

Análisis constitucional práctico de la prueba indiciaria en los delitos de colusión

Practical constitutional analysis of the circumstantial evidence in collusion crimes

Juan Alberto Castañeda Méndez*

Recibido: 03-11-2022

Aceptado: 03-06-2022

Resumen

El presente trabajo tiene por propósito analizar desde el ámbito constitucional penal si se aplica correctamente el razonamiento de la prueba indiciaria en los procesos por el delito de colusión del periodo 2012 al 2017.

Palabras clave: *Estado Constitucional, Prueba Indiciaria, Razonamiento Jurídico, Delito de Colusión, Funcionario Público, Corrupción.*

Abstract

The purpose of this work is to analyze from the criminal constitutional field whether the

reasoning of the evidence is correctly applied in the processes for the crime of collusion from the period 2012 to 2017.

Key Words: *Constitutional Status, Evidence of Evidence, Legal Reasoning, Crime of Collusion, Public Official, Corruption.*

I. INTRODUCCIÓN

La corrupción de funcionarios a nivel latinoamericano sufre un gran déficit en la capacitación probatoria, el sistema procesal penal especial para funcionarios públicos. Siendo así que los delitos contra la administración pública tienen una composición de estudio mixto de ciencias; es decir, todo tipo penal de tal naturaleza no únicamente encuentra respuesta en el derecho penal (dogmática) sino se tiene que entender de manera complementaria y de manera auxiliar de la ley especial en contrataciones, el derecho administrativo como también de la gestión pública.

Cómo citar

Castañeda Méndez, J. A. Practical Constitutional Analysis of the Circumstantial Evidence in Collusion crimes. *Constructos Criminológicos*, 2(3). <https://doi.org/10.29105/cc2.3-33>

*<https://orcid.org/0000-0003-4472-8709>
Colegios de Abogados de La Libertad, Perú

La Organización Internacional de Transparencia, en el año 2014, ubicó al Perú en el lugar N° 14 de 30 países en el índice de corrupción, cifra innegable pues en los dos últimos años en nuestro país se han descubierto grandes problemas de corrupción en los que lamentablemente resalta la actividad ilícita cometida desde los más altos funcionarios públicos, claros referentes son los casos: Odebrecht, Ecoteva, Petroperú, Comunicore, etc.

El acaecimiento de estos casos tiene en su mayoría las malas prácticas o prácticas ilícitas en compras públicas, concertación de montos, privilegios en el mercado, compras a precios elevados o aparentes, ya que como sabemos es el Estado el mayor comprador. Por su parte la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y Transparencia Internacional, organizaciones han reparado respecto a los efectos nocivos de la corrupción en el ciclo de la contratación, que abarcan el ámbito económico, político y social.

En mayo del presente año el diario peruano "Gestión" publica el informe emitido por la Defensoría del Pueblo respecto al índice de corrupción por cada departamento al 31/12/2016; en el que el departamento de La Libertad reporta 1,348 casos de corrupción de funcionarios; ésta realidad criminológica en la que trasciende la inclinación de los funcionarios para atentar contra el patrimonio del Estado resulta más que grave y vergonzosa.

Indudablemente, siendo la contratación estatal el instrumento a través del cual se viabiliza la

satisfacción de necesidades públicas, el interés de los funcionarios públicos y particulares en desviar el objeto de la contratación, de lo público a lo privado, termina afectando al Estado en diversas dimensiones, en la medida que la mayoría de contratos que el Estado celebra con particulares se ha convertido en el espacio perfecto para desviar los fondos públicos pero sobre todo para favorecer de forma desmedida los intereses privados por encima de los estatales. A partir de ello, el Estado ha establecido medidas de prevención de este fenómeno que van de la mano con las recomendaciones realizadas por la OCSE.

Sin embargo; el Plan Nacional de Lucha contra la corrupción junto con la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP), dan cuenta que aun con la implementación de medidas administrativas, estas resultan insuficientes, por lo que deben aplicarse mecanismos eficaces contra estas prácticas de corrupción.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado el delito de colusión, sin embargo dadas las características del tipo penal, resulta dificultoso probar el fraude, la concertación ilícita u oculta, haciendo imposible individualizar al autor del delito, generando así impunidad y perjuicio al patrimonio del Estado, a ello se suma que este tipo penal se caracteriza por ser un delito de cuello blanco, en la medida que el autor es un profesional o técnico especializado y conocedor de la administración pública lo que significa que está en sus manos la posibilidad de no dejar huellas o evidencias de la comisión del delito, en consecuencia la prueba indiciaria se aprecia

como la forma eficaz de acreditar la comisión de delitos de corrupción; sin embargo se puede advertir de la carga procesal en el Distrito Fiscal de La Libertad al año 2016, de 80 denuncias por el delito de colusión solo 20 de ellas son formalizadas ante el juez penal y en la peor de las situaciones se da el archivamiento de más del 60% de las denuncias por razones de insuficiencia probatoria.

Uno de los principales problemas resulta ser, la práctica legislativa en respecto a corrupción de funcionarios, concretamente en lo que a prueba indiciaria respecta, pese a ser un método elemental para determinar la responsabilidad penal, teniendo poca o mala funcionalidad dentro del sistema jurídico nacional debiendo ser utilizada en los requerimientos acusatorios por el delito de colusión así como al determinar la autoría del agente en una sentencia.

2. PRECISIONES SOBRE LA COLUSIÓN

2.1 Ejercer Aspectos Generales.

En junio del año 2016, la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima condenó a Alex Kouri Bumachar como autor del delito de colusión agravada contra el Estado. Igualmente en setiembre del mismo año la Sala Penal Liquidadora Permanente de la Corte Superior de Áncash condenó al gobernador regional de Áncash, Waldo Ríos Salcedo, ambos condenados a cinco años de pena privativa de libertad efectiva, así muchos funcionarios públicos no solo están siendo procesados, sino que son condenados a prisión efectiva por la comisión de estos delitos. Siendo de pleno conocimiento público que los fraudes por parte de funcionarios de la administración

pública en la contratación estatal alcanzan sumas altamente elevadas demostrándonos el crudo escenario criminológico respecto a la propensión de los funcionarios para afectar el patrimonio del Estado mediante acuerdos con los proveedores de bienes del Estado.

El delito de colusión recibe en legislaciones diferentes denominaciones como “negociaciones incompatibles”, “fraude a la administración pública”, “celebración indebida de contratos” o “fraude contra el Estado”, teniendo como antecedente más reciente a lo regulado por el artículo 344° de nuestro Código Penal de 1924.

Si bien no toda colusión entre el funcionario y el interesado puede considerarse como ilegal, en la medida que es importante hacer prevalecer el principio racionalizador del sistema penal como es el principio de subsidiariedad, teniendo al derecho penal como última ratio, el tipo penal requiere que el funcionario público concerte con el particular – proveedor condiciones menos beneficiosas para el Estado en el marco de la celebración o ejecución del contrato ya sea de bienes, servicios o de obra, no existiendo una correcta labor de negociación.

Dicha determinación por parte del funcionario ya sea con personas naturales o jurídicas proveedoras de bienes y servicios para el Estado, puede abarcar un extenso margen de acuerdos ilícitos, compromisos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego, ya sea el caso a través de: precios simulados, sobrevaluados o aceptar una calidad inferior a la que se solicita del producto.

2.2 Antecedentes Legislativos.

2.2.1 Código Penal de 1863

Diversos autores afirman que el antecedente normativo del tipo penal bajo análisis se encuentra en el Código Penal de 1924. Sin embargo, el referente más lejano de este delito lo encontramos en el Código Penal de 1863, el mismo que de acuerdo al profesor Villavicencio Terreros (2014), estuvo influenciado por el Código Penal español de 1850, Código brasileño de 1830, Código francés de 1810 y Código napolitano de 1819.

Al respecto, la autora Iñesta Pastor (2005) refiere que el legislador peruano optó el modelo español, regulándose con gran detalle los delitos cometidos por los empleados públicos como es el caso del tipo penal de los fraudes y exacciones que eran delitos funcionariales con influencia española.

De acuerdo al profesor Rojas Vargas, el legislador peruano redactó el delito de colusión previsto en el artículo 384° del Código penal, teniendo como antecedente el artículo 400 del Código Penal Español, a diferencia que el texto español de 1850 en su artículo 323°, establecía que la pena era el “presidio correccional e inhabilitación perpetua especial”, distinto a lo establecido por nuestro antiguo Código Penal.

En DIC1996 se publica la Ley N° 26713 cuyo artículo 2° modifica el delito de colusión en cuanto a la sanción del funcionario o servidor que defraudaba al Estado, excluyendo además como sujetos agraviados particularmente a las empresas del Estado, sociedades de economía mixta u órgano sostenidos por el Estado, teniendo en cuenta que no solo producían

recursos de los contribuyente sino sus propios recursos.

Posteriormente la Ley N° 29703 en su artículo 1° nuevamente modificó el delito de colusión convirtiéndolo en un delito de resultado, peculiaridad que generó disconformidad por lo que en JUL2011, se publica la Ley N° 29758 modificando en su artículo Único el artículo 384°, desdoblado al delito de colusión en dos supuestos colusión simple y colusión agravada. Finalmente, mediante Ley N° 30111 de NOV2013, se realizó la última modificatoria al artículo 384° del Código Penal, que le adiciona al tipo penal la pena de multa.

2.3 Definición.

Artículo 384°. Colusión simple y agravada. (Código Penal)

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concertada con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente

al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.” (Código Penal Peruano, 1991, p.224).

El término concertación que utiliza nuestra legislación, abarca el origen causante del riesgo y la única conducta incriminada al funcionario al ocasionar un perjuicio patrimonial; es decir que si el perjuicio a los intereses del Estado tiene su origen en otras causas que no es dicha concertación podríamos estar ante la comisión de otro delito o ante una infracción administrativa grave, pero no ante el delito de colusión.

Dicha concertación no requiere de determinadas formalidades, pero si el acto defraudatorio y el acuerdo colusorio deben darse antes de la culminación del contrato, ya sea en la fase de tramitación, celebración y ejecución del mismo, por lo que una vez concluido éste proceso, ya sea por la entrega de la obra o porque ya ha terminado la correspondiente liquidación o ajuste, el delito no podrá ser cometido.

Este tipo penal requiere la acreditación de la concertación ese “encuentro”; entre el funcionario público y el particular, cuyo objetivo debe ser defraudar al Estado en un procedimiento de contratación estatal. Por tanto al existir un acuerdo de voluntades, la colusión constituye un delito de participación necesaria en el que resulta imprescindible la intervención de ambas partes. Es decir; podemos colegir que la colusión en el tipo penal viene a ser ese acuerdo clandestino entre dos o más agentes

que buscan un fin ilícito con perjuicio de un tercero, que necesariamente va a ser el Estado. La primacía de los intereses particulares ante los del Estado por parte del funcionario Resulta manifiesta una modalidad dolosa del tipo penal, más aun si se tiene en cuenta lo regulado por el segundo párrafo del artículo 12° del Código Penal respecto al agente de infracción culposa. La consecuencia de la comisión del delito de colusión trasciende el aspecto económico, político y los derechos fundamentales de la persona, en la medida que disminuye el presupuesto público, genera pérdida de legitimidad de la autoridad pública e impide la igualdad de acceso a servicios públicos respectivamente.

Como ya se ha manifestado, por razones político - criminales, el legislador separó el tipo penal de colusión en dos supuestos:

a) Colusión Simple.

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”. (Código Penal Peruano, 1991, p.224).

En el delito de colusión simple el acto de concertación como fraude al Estado es visto en sentido amplio, la doctrina le considera un delito de peligro ya que no se requiere la

existencia del daño al patrimonio del Estado, ni la materialización de alguna ventaja ilícita por parte del particular para con el funcionario o servidor público, en la medida que se sanciona el acto de quebrantar esa función especial asumido por el funcionario público, aquella conducta que vulnera el principio de confianza depositado en él, contrario a los intereses patrimoniales del Estado (Rojas V, 2002, p. 281).

b) Colusión Agravada.

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”. (Código Penal Peruano, 1991, p.224).

La colusión agravada establece el término “perjudicare” exigiendo la materialización del perjuicio patrimonial y real al Estado, superando la presunción regulada en delito de colusión simple con el término “defraudar”. (Rojas V, 2002, p. 282).

La jurisprudencia a determinado que la relevancia del provecho patrimonial del agente, debe ser tomado en cuenta para individualizar la pena, mas no para la tipicidad.

2.4 El Bien Jurídico Protegido.

Como ya se ha mencionado éste tipo penal en general ha sufrido diversas modificaciones en

su regulación por lo que la doctrina ha señalado diversos puntos de vista respecto a cuál es el bien jurídico protegido en esta figura delictiva, así se tiene lo siguiente:

- Los principios de la actuación administrativa: afirma Rojas Vargas F, que se busca cautelar la regularidad y el correcto funcionamiento al ejercer función de negociación, al igual que el patrimonio del Estado, postura sustentada también por el Tribunal Constitucional.
- El correcto funcionamiento de la actividad contractual del Estado: conforme lo ha establecido el Ministerio Público el delito cautela la vulneración al correcto funcionamiento del sistema de contratación pública a través de la concertación ilegal. (Prof. Sansinetti).
- El deber de lealtad: configurándose el delito cuando el funcionario infringe su deber de lealtad al desempeñar una concreta función estatal.
- La integridad y rectitud del funcionario: parte de la doctrina sustenta que se busca primar la protección del aspecto moral de la conducta más que el perjuicio patrimonial.
- La libre competencia de los proveedores: considerado como bien jurídico al ubicar al mermado en desventaja cuando el contrato estatal es obtenido por un interesado que ya ha concertado previamente e ilegalmente con el funcionario favoreciéndole con beneficios. (Abanto, 2006, p. 35)
- El patrimonio del Estado: el tipo penal busca proteger al patrimonio estatal siendo relevantes en el ámbito del injusto penal dichas concertaciones que transgreden el carácter patrimonial de los contratos administrativos; sin embargo para Castillo

Alva, es necesario además de cautelar los gastos en los negocios de bienes y servicios, proteger aquellos ingresos que aumentan o compensan de cierta forma el gasto público.

Para la doctrina nacional el bien jurídico protegido está definido como *“el correcto y regular funcionamiento de la administración pública, el debido ejercicio de la función pública”*, tendiendo a la administración pública como el desenvolvimiento de los funcionarios y servidores públicos para que un Estado Constitucional, Social, Democrático y de Derecho cumpla con su rol de prestar y administrar los servicios públicos. Por tanto; desde este punto de vista, no se protege a la administración pública en sí, en tanto órganos o instituciones sino a la administración en sentido funcional, en tanto su función se orienta a hacer realidad los fines del Estado constitucionalmente establecidos. (MONTROYA, 2013, p 96).

Reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema manifiesta que los bienes jurídicos tutelados en el delito de colusión son el actuar del funcionario conforme al deber que importa su cargo asegurando la buena imagen institucional. Finalmente podemos concluir que el delito de colusión supone una vulneración por parte de los funcionarios o servidores públicos que intervienen en el negocio estatal, ya sea por razón de su cargo o por delegación especial, de sus deberes inherentes al cargo o encargo confiado, valiéndose de las atribuciones que se les confiere, para sustituir ilícitamente los intereses y pretensiones estatales, priorizando sus pretensiones e intereses particulares, manifestándose un peculiar abuso de poder del sujeto activo que interviene por cuenta y en

nombre del Estado en un negocio jurídico de contenido económico.

2.5 Sujetos del tipo penal de colusión

Las dos modalidades del tipo penal nos enmarca en un delito personalísimo de infracción de deber (delito especial propio), exigiéndose que el sujeto activo, además de tener la condición especial requerida por el tipo penal, de ser funcionario o servidor público, tiene que ostentar la facultad funcional de participar en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación en representación del Estado.

Consecuentemente, solo pueden ser autores del delito de colusión aquellas personas que tienen la condición señalada en el párrafo anterior, recalando que es importante que dentro de sus facultades les corresponda participar en cualquiera de las etapas del proceso de adquisición o contratación de bienes, obras o servicios en representación del Estado, ya sea supervisando las adquisiciones o contrataciones a fin de que se desarrollen en su curso normal y con transparencia. Concretamente, debe corroborarse la relación funcional del funcionario público con el objeto material del delito, de no verificarse dicha vinculación, el delito no se configura.

La Jurisprudencia Nacional, tiene al organismo público como sujeto pasivo del delito, en tanto éste tenga *“autonomía jurídica”*, como los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, las entidades públicas de economía mixta o las aquellas que ostenten personería jurídica.

Como lo menciona Salinas Siccha, en cuanto al sujeto pasivo debe dejarse claro que el operador jurídico asume que el delito de colusión perjudica a la entidad u organismo estatal, de manera que se excluye al Estado. Para entender mejor este aspecto es importante citar la Ejecutoria Suprema del MAR2005: “tratándose de delitos contra la administración pública el sujeto pasivo resulta ser únicamente las instituciones que representan al Estado y que a su vez son perjudicadas con la comisión del delito”. (Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente, 2005, p. 12) (Expediente: 003017-2004)

Finalmente debemos precisar que resulta importante la interpretación que se realice respecto al sujeto pasivo debiendo hacer una interpretación amplia teniendo en cuenta que el Estado cuenta con diversos organismos constitucionales autónomos y/o de derecho público (universidades, sociedad de beneficencia pública, Essalud, Ministerio Público, Poder Judicial, etc.) quienes convienen contratos y numerosas negociaciones que comprometen directamente el presupuesto estatal el cual puede verse perjudicado.

3. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

3.1 Definición de la Prueba Penal.

El sentido etimológico de la palabra prueba para SENTIS MELENDO, citado por MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, manifiesta que prueba deriva del término latín probatio, probationes, que procede del vocablo probus, que significa bueno; entendiendo que lo probado es bueno y se ajusta a la realidad.

Para MIXÁN MASS (2005), el término prueba tiene una definición polisémica, ya sea que se usa para referirse a una argumentación correcta afirmando la verdad o falsedad obtenida sobre el objeto de un hecho, o bien se utiliza para revelar algún dato o signo cuya elucidación conlleve a determinar la verdad o credibilidad sobre aquello que ese dato indica.

En sentido amplio, prueba es lo que confirma o desvirtúa una suposición o aseveración precedente, ello define a la prueba como todo lo que es útil para el develamiento de la verdad de los hechos que en aquel son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva dentro del proceso penal. (Cafferata, 1998) (Rosas, 2011, p.87).

3.2 Principios generales de la prueba.

Nuestro Código Procesal Penal del 2004 consagra un sistema procesal en el que la prueba aportada debe ser oralizada, en consecuencia, dichos medios de prueba deben regirse bajo los lineamientos orientadores del debate adversarial inspirados en los siguientes principios:

- a) P. de gratuidad de la justicia penal.
- b) P. de concentración.
- c) P. de contradicción.
- d) P. de intermediación.
- e) P. de la doble instancia o pluralidad de instancia.
- f) P. de presunción de inocencia.
- g) P. de legitimidad de la prueba.
- h) P. de derecho de defensa.
- i) P. de libertad probatoria.
- j) Derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación.
- k) Principio de oralidad.

l) P. de incautación de la prueba.

3.3 Clasificación de la prueba.

El Código Procesal Penal admite la siguiente clasificación.

- Prueba directa e indirecta.
- Prueba ilícita o prohibida.
- Prueba nominada e innominada
- Prueba de cargo y descargo.
- Prueba histórica.
- Prueba plena.

3.4 Elementos de la Prueba.

Elemento es todo antecedente objetivo que se introduce al proceso conforme a ley, con el fin de conseguir un juicio innegable o factible acerca de hechos que se imputan al supuesto autor, elementos que deben resaltar los siguientes caracteres:

- Objetividad.
- Legalidad.
- Relevancia.
- Pertinencia.

3.5 Valoración de la prueba.

La prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad real, y a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales, su valoración consiste en la operación intelectual que busca determinar la verdad de los elementos de prueba recibidos.

“La valoración de la prueba es el acto procesal mediante el cual se determina cualitativamente el significado de los medios de prueba y su poder de presunción racional para resolver correctamente el caso”. (Mixan Mass, 1995, p. 216) (Rosas, 2011, p.100).

TOMÉ (1995), señala que nuestro Código Procesal Penal se orientan en la libre valoración de la prueba, lo que no implica discrecionalidad o arbitrariedad, sino que dicha valoración será conforme a las reglas del criterio racional, las normas de la lógica, de las máximas de la experiencia común o de las especializadas que proporcionan los peritos”. (Molina, 2014, p. 38).

CAFFERATA NORES establece los siguientes sistemas de valoración de la prueba: libre convicción, prueba legal e íntima convicción. Respecto a la valoración de la prueba nuestro Código Procesal Penal (art. 158°), establece que se deben observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, sustentando los resultados alcanzados y los criterios que fueron adoptados.

4. LA PRUEBA INDICIARIA

4.1 Aspectos Generales.

La palabra indicio tiene su origen en el vocablo “indicium”, del verbo induco, compuesto de la proposición in, y del verbo duco, “ducere”, que significa conducirla, llevarla. Para algunos autores la palabra indicio procede de indicare, que significa indicar, descubrir, dar a entender, revelar. Mittermaier, Jiménez de Asenjo y Brito Alves, entienden que el origen se une a la palabra *index*, que expresaba el dedo indicador, el objetivo o el hecho que se indica. (Hurtado, 2004) (Rosas, 2004, p. 289 – 290).

Históricamente en el proceso penal, la prueba indiciaria ha desarrollado progresivamente una importancia destacada concretándose con la abolición del tormento que era empleado para

arrancar la confesión que era considerada la reina de las pruebas. Así su importancia ha ido creciendo cada vez más, tanto en la doctrina como en la legislación, más a ello consideramos el desarrollo científico y tecnológico. Por tanto los indicios adquieren mayor credibilidad, y las pruebas antes estimadas empiezan a generar desconfianza como la testimonial.

La epistemología de la Prueba Indiciaria, es la contrastación entre teoría y realidad, examinando para ello las circunstancias positivas y negativas; detallando los aspectos predictivos de las unidades de análisis. Por lo que es importante la valoración epistemológica ya que nos permite una constante revisión de los diferentes conceptos penales y procesales para la transformación de la realidad social acorde con el sistema jurídico, indicando una correspondencia de integración y seguridad para el Estado en sus múltiples manifestaciones. (Trinidad, 2001, p. 19).

4.2 Definición de Prueba Indiciaria.

El problema de la prueba constituye el centro de la ciencia jurídica penal, tanto en el ámbito teórico como práctico, la complejidad abarca no solo la prueba propiamente dicha, sino también los indicios. A la primera se le denomina prueba directa y a la segunda indirecta o indiciaria

En el Derecho Romano el indicio era el resultado, es decir, la teoría de la prueba indiciaria es fruto de una elaboración doctrinal y jurisprudencial, que tiene sus raíces en el Derecho Romano Justiniano y la etimología de la palabra indicio es análoga a la inducción, en lugar de referirse a la idea, se hace referencia a la proposición material, sustituyendo al "*in deduco*" y el "*in dedico*".

San Martín Castro, nos aproxima al concepto de prueba indiciaria definiéndola como aquella cuyo objetivo es evidenciar los hechos (indicios) que no constituyen el delito en si objeto de la acusación, pero que, mediante la lógica y las reglas de la experiencia, infieren hechos delictivos y contribuyen a determinar la responsabilidad penal del acusado; dicha motivación debe sustentar la existencia del nexo causal plasmando la coherencia entre los hechos probados y el que se trate de probar.

Mixán Mass (1995), califica a la prueba indiciaria como aquella acción probatoria de naturaleza compleja, cuyo origen es un hecho corroborado, y que concluye con un argumento probatorio mediante una inferencia correcta. (p. 37).

La prueba indiciaria es aquella actividad intelectual de inferencia realizada por el juzgador, una vez finalizado el periodo de práctica de pruebas, se parte de una afirmación base, a través de un conjunto de indicios, para llegar a la afirmación consecuencia, llamada hipótesis probada, a través de un enlace causal y lógico existente entre ambas afirmaciones, integrado por las máxima de experiencia y las reglas de la lógica.

Mediante la prueba indiciaria el objetivo es establecer un raciocinio fundado que vinculado a la existencia de indicios o hechos base, concluyan en el convencimiento de la verdad del hecho consecuencia de manera que sea factible ser plasmada en la sentencia.

4.3 Elementos estructurales de la prueba indiciaria.

La estructura de la prueba indiciaria está es el indicio como hecho o afirmación base y la presunción:

a) El Indicio.-

SAN MARTÍN CASTRO (2001) señala que el indicio es todo hechos cierto y probado (hecho indicador).

El indicio es un antecedente real, delimitado con características determinantes que conllevan a otro dato aún no descubierto, a través de una inferencia correcta vinculada con el *thema probandum*, debe carecer de cualquier elemento irracional y ser por el contrario netamente objetivo vinculándose a las regla de experiencia, de la ciencia, o, incluso, del sentido común, la inferencia, a través de la lógica, de un hecho consecuencia o hecho oculto, al que se refiere la actividad probatoria. (Molina, 2014, p. 55).

La jurisprudencia peruana ha declarado el carácter vinculante de los siguientes requisitos con respecto a los indicios.

- El hecho base debe estar plenamente probado, excluyendo toda sospecha sin sustento alguno. Dicho hecho debe quedar acreditado mediante una prueba directa.
- Deben ser plurales o excepcionalmente únicos peculiarmente objetivos.
- Ser concomitantes al hecho que se pretende acreditar, y ser periféricos respecto al dato cierto que se va a probar.
- Cuando se trate de varios indicios deben encontrarse interrelacionados, de manera

que se refuercen entre sí y no excluyan el hecho consecuencia. (Molina, 2014, p. 56).

El *Indicio como hecho indicador*, entendido como aquel hecho que se relaciona directamente al hecho punible con el autor del delito y que llega a ser probado en el proceso. (Trinidad; Guevara, 2001, p. 64).

El indicio como relación de causalidad: Francisco Gorphé, se inclina a esta segunda corriente afirmando que el indicio reside esencialmente en la deducción entre el dato conocido y el dato sometido a prueba. (Trinidad; Guevara, 2001, p. 65).

Gustavo Rodríguez, hace tres definiciones:

- El Indicio es el hecho indiciario.* Aquel hecho indicador del delito.
- El Indicio es la inferencia lógica,* aquella operación mental a cargo del juez, que contiene la relación de causalidad existente entre el hecho conocido y demostrado, y el hecho desconocido que esta por probarse.
- El Indicio es todo el proceso,* en la medida que comprende a los tres elementos: el hecho indicador, el hecho desconocido, y la inferencia lógica o relación de causalidad entre ellos. (Trinidad; Guevara, 2001, p. 65 - 66).

b) La Inferencia.

Es aquella conclusión de un hecho reconstruido obtenido del indicio con el fin de acreditar hechos diferentes, resultado del razonamiento realizado en base a la premisa mayor (la ley basada en la experiencia, en la ciencia o en el

sentido común) apoyada en la premisa menor. (Martínez, 1993) (Molina, 2014, p.56).

La inferencia es el resultado de la deducción que se hace, sobre la base de las reglas de la experiencia, técnicas o científicas, del hecho conocido, y la inferencia de la existencia o inexistencia de otro hecho al cual se determinará. (Talavera, 2009) (San Martín, 2000, p.84)

Los elementos integrantes de la estructura de la prueba indiciaria que le permiten tener una entidad sustancial, son los siguientes: (Miranda, 2012) (Molina, 2014, p. 58).

1) Afirmación Base (AB): puede estar integrada por uno o varios indicios equivalentes a datos acreditados, ya sean contingentes, aquellos que se originan por muchas causas o son causa de muchos efectos, o necesarios aquellos que conducen obligatoriamente al hecho que se desconoce.

2) Afirmación Consecuencia (AC): resulta de la afirmación base, caracterizándose por incorporar un dato nuevo, para formar parte del hecho real sustentado en la sentencia, en cuanto sea notable.

3) Enlace entre Afirmaciones (E).- Es el nexo que permite pasar de la afirmación base (AB) a la afirmación consecuencia (AC), relación directa sometida a las máximas de la experiencia, reglas de lógica y/o los conocimientos científicos. Dicho nexo dota de carácter probatorio al indicio; por tanto no estamos ante una presunción judicial, sino ante un elemento integrante de ella, dado que la presunción judicial es consecuencia del raciocinio judicial. (Miranda, 2012) (Molina, 2014, p. 59).

El Código Procesal Penal vigente, (artículo 158.3.b); prescribe que la inferencia debe basarse en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. Así, La Corte Suprema a través del Acuerdo Plenario No 1-2006-ESV-22 del 13-10-2006, en su cuarto fundamento prescribe algunos criterios de valoración de la prueba por indicios: *“a) Que, el hecho base ha de estar plenamente probado, por los diversos medios de prueba que autoriza la ley; b) Deben ser plurales o excepcionalmente únicos, pero de singular fuerza acreditativa; c) También deben ser concomitantes con el hecho de que se trata de probar; y, d) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no solo se trata de suministrar indicios, sino que éstos estén imbricados entre sí”.* [R.N. N° 1912-2005-Piura del 06-09-2005]. (Molina, 2014, p. 59).

Entendiendo que nuestro ordenamiento jurídico acoge la estructura elaborada propuesta por Estrampes, debido a su funcionalidad, debiéndose acreditar los indicios antecedentes, concomitantes y subsiguientes en la medida que sean oportunos.

4.4 El indicio y su clasificación.

a. El indicio necesario: es aquel hecho deducido que se tiene como hecho probado propiamente y no como hecho causante, fundándose en las leyes científicas inalterables, donde cada efecto corresponde a una causa específica, este tipo de indicios corroboran por si mismos la verdad del hecho indicado al que conllevan, encontrándose exentos del requisito de la pluralidad. (Martínez, 2002, p. 334) (Molina, 2014, p. 52).

b. El indicio contingente: (MIXÁN, 1994) es aquel que conlleva a deducir varios hechos, debiendo ser como mínimo dos. (p. 114)

La doctrina establece que el número de los indicios es ilimitado y que ninguna clasificación puede abarcar totalmente dada su naturaleza, varios tratadistas hacen la clasificación atendiendo al mérito probatorio, a la relación que guarden dentro del tiempo o al reconocimiento de los distintos medios probatorios.

La clasificación, hecha por el tratadista Mittermaier, en su obra *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*

- 1) Atendiendo su extensión: en indicios generales y particulares;
- 2) Atendiendo su fuerza probatoria: indicios manifiestos, próximos y remotos;
- 3) Desde el punto de vista cronológico: en antecedentes, concomitantes y subsiguientes;
- 4) Atendiendo las circunstancias probatorias: indicios de delito en potencia, indicios referentes;
- 5) Desde el punto de vista de la sustancia probatoria: indicios causales y de efecto.

4.5 Naturaleza jurídica de la Prueba Indiciaria.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la prueba indiciaria es aún vigente el debate entre quienes afirman que es un medio de prueba propiamente dicho y quienes le niegan dicha característica.

Los indicios conforman medios de prueba indirectos, y el no conferirles tal naturaleza radica en considerar el hecho en sí mismo

aislándolo de la inferencia de la cual el juzgador obtiene un resultado y que constituye su carácter probatorio. (De Santo, 1992) (Molina, 2014, p. 46).

Parte de la doctrina ubica a la prueba indiciaria como medio de prueba, ya que compone un hecho que a través de la inferencia se concluye con la determinación de otro hecho desconocido. En la medida que ingresa al conglomerado probatorio a raíz de otros medios de prueba, que hacen posible cumplir el objeto que como medio de prueba ostenta. (Rivera Morales, 2009, p. 365). De manera que el indicio como verdadero medio de prueba, es aquel suceso verificado que permite inducir otro suceso no conocido, a través de una demostración obtenida a través de él, mediante un ejercicio lógico basado en la regla general de la experiencia o en principios científicos o técnicos, bajo ese criterio, es posible diferenciar la presunción judicial y el indicio, pues el último es un medio de prueba, mientras que la presunción se considera un principio lógico, basado en las máximas de la experiencia o en conocimiento técnicos y científicos que utiliza el juez para decretar el valor probatorio del indicio. En consecuencia podemos afirmar que el indicio es la prueba en sí y la presunción es la consecuencia del conocimiento utilizado que sustenta dicha valoración. (Devis, 2002, p. 587-589).

La prueba indiciaria es una institución probatoria al igual que la prueba de presunción judicial donde el indicio vendría a ser un elemento de esa compleja estructura. Concluyendo que tanto la presunción judicial y la prueba indiciaria son esa actividad intelectual del juzgador, dirigida

por las reglas de la lógica y de la experiencia, cuyo sustento es una afirmación base o indicio que debe estar totalmente acreditado. (Miranda, 1997) (Molina, 2014, p. 47).

Otra parte de la doctrina define a la prueba indiciaria, como un método probatorio visto como un proceso que le corresponde al juzgador, aquel proceso intelectual para inferir algo, basándose en el uso de reglas o máximas de la experiencia y de la lógica, partiendo de las propuestas ciertas ingresadas y acreditadas en el juzgamiento, para confirmar nuevas afirmaciones respecto al hecho objeto de prueba. (Gascon, 1999, p. 152) (Molina, 2014, p. 49).

4.6 Legislación de la Prueba Indiciaria.

Código Procesal Penal.

Artículo 158°.- Valoración de la prueba.

3. La prueba por indicios requiere:

- a) Que el indicio esté probado;
- b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.
- c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten conraindicios consistentes. (Código Procesal Penal, 2004, p. 103)

Del artículo precedente se determina que la prueba por indicios está conformada por dos elementos: el indicio y la inferencia. El primero conformado por todo hecho o conducta que viene a ser distinto a los hechos materia de prueba; sin embargo, de alguna manera se vincula con la ámbito de este, siendo determinante en lo que es materia de la actividad probatoria. Y el segundo, debe estar

debidamente acreditado; así la doctrina asienta a que el indicio debe estar acreditado inclusive mediante prueba mediata.

Debiendo precisar que en nuestro ordenamiento jurídico no se regula todo cuanto respecta a la prueba indiciaria por lo que deberían establecerse criterios que determinen el procedimiento de su aplicación en el proceso penal.

4.7 La Prueba Indiciaria y el Principio de Presunción de Inocencia.

Si bien los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por Ley, en algunos casos se pueden utilizar medios distintos, siempre que éstos no vulnere los derechos y garantías procesales reconocidas en la Ley de los sujetos procesales, su incorporación al proceso se adecuará al medio de prueba más equivalente, de los previstos. (Art. 157° NCPP).

Como bien sabemos la carga de la prueba recae sobre quien acusa, en este caso el Representante del Ministerio Público, conforme al debido proceso, en ese contexto la presunción de inocencia prevalece sobre la prueba indiciaria, toda vez que se ubica dentro de los derechos fundamentales de toda persona y es innata, a diferencia del indicio, o la presunción e incluso todo el ámbito de la prueba indiciaria necesita ser contrastado y verificado para ser plasmado de acuerdo a los requisitos que la norma procesal regula a fin de otorgarle validez legal de prueba.

Joan Pico I. Junoy, sobre este aspecto dice: “el derecho a la presunción de inocencia solo puede

ser desvirtuado cuando el juicio de culpabilidad se apoya en pruebas legalmente practicadas (...), bajo los principios de contradicción, igualdad, publicidad, oralidad e inmediación” (Rodríguez, 2000) (Pérez, 2007, p. 50).

Fundamentar un indicio en base a la regla de la experiencia admite ejercer el derecho de contradicción, a fin de no vulnerar el derecho a la presunción de inocencia con quien también se encuentra vinculado dicho principio. De igual forma puede suceder con la prueba indiciaria.

Es importante señalar que el principio de presunción de inocencia es sucesivo al principio de culpabilidad, tratándose de una presunción iuris tantum, ello significa que dicho principio se quebranta en la medida que la prueba legal incorporada al proceso aun cuando se trate de una prueba indiciaria convenza de lo contrario. De esta forma importa un límite al razonamiento del juzgador, de manera que a falta de elementos probatorios evidentes de la responsabilidad del acusado, se remitirá a la inocencia del mismo. (Pérez, 2007, p. 54).

Por su parte, Quispe Farfán manifiesta que la doctrina mayoritaria sostiene que es necesario que la prueba indiciaria quebrante la esfera de la presunción de inocencia, para ello se necesita que los indicios se encuentren debidamente corroborados y que el órgano judicial exponga en sus resoluciones el razonamiento por el cual ha podido concluir de que el acusado realizó la conducta tipificada como delito.

4.8 El Valor Probatorio de la Prueba Indiciaria.

El proceso de valoración de la prueba consiste en un procedimiento particularmente racional y necesario. En cuanto a la valoración de la prueba indiciaria la doctrina separa dos posturas: autores como Pisan, Siracusa, Florián le otorgan a la prueba indiciaria un valor subsidiario, sin embargo; otros afirman que éstos complementan a la prueba directa. Debemos entender que esta parte de la doctrina le da un valor probatorio relativo en la medida que es una prueba sujeta cierta graduación, por ser indirecta. La otra parte de la doctrina le otorga a la prueba indiciaria el mismo valor que se le otorgan a las otras pruebas, autores como Lucchini, Manzini, Mittermaier, Silva Melero, quienes la consideran como una de las pruebas de mayor importancia dentro del proceso penal. (Pérez, 2007, p. 36).

El fundamento probatorio de los indicios radica en la aptitud del juez para que infiera lógicamente de ellos el hecho desconocido que investiga, este fundamento se apoya en la experiencia y en los conocimientos técnicos científicos especializados, ya sean indicios ordinarios o técnicos; se trata de las máximas de la experiencia que le son útil al juez para la valoración de toda clase de pruebas y en especial la indiciaria, aplicando a los hechos indiciarios éstos quedarán plenamente corroborado. Por lo tanto, la fuerza probatoria de los indicios, depende de la mayor o menor conexión lógica que el juez encuentra entre los indicios y el hecho desconocido que se investiga. (Mancheno, 2014, p.53).

La fuerza probatoria podrá ser eficaz en la medida que se eliminen totalmente, las dos causas que pueden generar su invalidez, la falsificación de los hechos indiciarios o de su prueba y el azar que pueda surgir de una aparente conexión entre éstos y el hecho investigado, desvirtuando estas dos hipótesis se puede hablar de plena eficacia probatoria. Por lo tanto, para otorgar trascendencia y valor probatorio a los indicios, es necesario que el indicio sea cierto y no hipotético, que la valoración se realice mediante un análisis crítico y que el indicio sea autónomo. (Mancheno, 2014, p.54).

La doctrina considera a la sana crítica como un “principio de la prueba judicial”, y en estas circunstancias, se le conceptúa a la sana crítica como la fórmula objetiva que surge entre la libertad de criterio y la necesidad de sustentarse en la experiencia y la razón, ante los conflictos de la prueba valorada, es decir; le permite al Juez aplicar su criterio dando un fallo determinado; sin embargo para que ésta tenga los efectos deseados, se requiere de una admisión procesal y el apoyo doctrinal. La primera se refiere a la necesaria existencia de una norma legal, contenida en los códigos procesales penales; y la segunda, que le permita el criterio de juristas sobre la forma y la manera de establecer la sana crítica.

Las reglas de la sana crítica, son un conjunto de normas éticas y psicológicas que la propia mentalidad del juez haya formado, no solamente por el examen de su conciencia sino además por la existencia y la verificación de los hechos que existen en el mundo exterior permitiéndole al juez sustentar convicción libremente, pero obligándole a fundar sus fundamentos de la

misma con juicio razonados apoyados en proposiciones lógicas, correctas fundadas en análisis de experiencias confirmadas por la realidad, en el presente caso la sentencia analizada hace buen uso de la sana crítica.

La utilidad de la prueba indiciaria en el proceso penal se hace viable básicamente por su eficacia para formar la seguridad judicial, su fuerza probatoria que despliega al destruir válidamente la presunción de inocencia reconocida al acusado, con la concurrencia de todos los elementos del tipo penal y la responsabilidad del inculpado.

4.9 La prueba Indiciaria en el delito de colusión.

Frente a delitos de especial magnitud como el caso de colusión, la investigación no puede agotarse en la indagación de pruebas directas, por lo que se debe optar por aplicar el método de la prueba indiciaria, así lo ha recalcado el Tribunal Supremo argentino, al establecer que no es posible solicitar pruebas directas para demostrar hechos cometidos en la clandestinidad por sujetos que son parte de organizaciones de poder, y que se encuentran con todas las posibilidades de no dejar evidencia de ningún tipo.

Al respecto, la Defensoría del Pueblo ha apuntado en un reciente informe la dificultad para sancionar el delito de colusión, en la medida que los actores actúan desde diversos ángulos, de entre ellos conviene destacar su propia práctica en el tema de la contratación pública, escenario que les permite encubrir el direccionamiento del procedimiento bajo un manto de legalidad. El Informe Defensorial N° 168, detalla los problemas de prueba con que

se encuentran los fiscales penales al momento de enfrentarse a una denuncia por el delito de colusión, resumidos en la dificultad de acreditar el acuerdo parcializado, mayoritariamente verbal y oculto, entre el funcionario y el particular; y la consiguiente obtención de documentos direccionados correctamente desde el punto de vista técnico a favor de un postor. (Defensoría del Pueblo, Informe Defensorial N° 168, op. cit., pág. 57).

Diversos pronunciamientos judiciales relevantes manifiestan que en sede fiscal se ha generado que parte de sus criterios sean trasladados como parámetros de calificación en la investigación preparatoria, permitiendo con ello el archivo de denuncias a pesar que estas requieren sólo de indicios razonables para su formalización.

Como ya se ha explicado el delito de colusión presenta la especial característica en cuanto a su dificultad de probar el hecho delictivo de modo que se debe utilizar el método de la prueba indiciaria como regla para probar dicho delito, conforme jurisprudencia a nivel nacional aunque escasa pero determinante, se ha observado que son indicios comunes, las actuaciones administrativas y el peritaje financiero, de obra y contable mediante los cuales es posible acreditar el perjuicio que sufrió la administración; hechos que conforme también se advierte de los pronunciamientos fiscales devienen en insuficientes generando el archivamiento de la causa por insuficiencia probatoria. Por esta razón en el presente trabajo se busca que la investigación en los delitos de colusión debe sujetarse a la prueba indiciaria siempre que se tenga cuenta criterios debidamente establecidos legislativa y

doctrinariamente. (Mandujano, 2017, p. 175). El delito de colusión se desarrolla bajo la esfera de actuaciones administrativas (expediente administrativo), que si bien siempre es posible apreciar que existen indicios razonables de la comisión del delito suele darse la desaparición o alteración del expediente administrativo, ante este escenario los indicios vulgares son los que podemos identificar del expediente de contratación sin la necesidad de tener conocimientos especiales, como es que el contrato se suscribió un día inhábil por autoridad impedida, o se realizaron modificaciones a las cláusulas contractuales sin las opiniones de los órganos técnicos, sin opinión o aprobación de la contraloría, o sin dar cuenta del mismo a los órganos de control o supervisores de la contratación; vicios que no necesitan de conocimientos especiales para ser identificados que son el primer filtro para proseguir al segundo paso como es la individualización de los indicios técnicos; en caso de indicios técnicos éstos son determinados por peritos especialistas. (Mandujano, 2017, p. 177).

En el delito de colusión como cualquier infracción penal, debe ser objeto de prueba de cada uno de los elementos típicos: a) especial condición del sujeto activo o imputado, no olvidemos que este es un delito especial propio, por lo que debe acreditarse que el imputado no solo tiene la condición de funcionario público, sino que también interviene un determinado acto jurídico en representación del Estado; b) concertación con el particular o entera neus, c) la conducta fraudulenta en perjuicio del Estado (no necesariamente patrimonial); y d) la naturaleza del acto jurídico (licitación, suministro, concurso de precios, etcétera)

materia del delito. La entidad o suficiencia de la prueba, cuya complejidad se reconoce, debe armonizarse con la vigencia de principios constitucionales de indiscutible valor, como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo y la exclusión de la prueba ilícita. Las reglas del ofrecimiento, actuación y valoración de la prueba no deben sufrir relajamiento, flexibilidad o merma alguna, así como la complejidad del tema probatorio no debe llevar a sostener el atemperamiento de la calidad y suficiencia de la prueba. La materia o el ámbito temático que ha de probarse, por más dificultad que encierre, no debe ejecutarse con desmedro de los derechos fundamentales. (Mandujano, 2017, p. 94).

La Corte Suprema a lo largo de su jurisprudencia en los últimos años, ha desarrollado una serie de conceptos y principios referidos a los indicios que tanto las partes como los jueces pueden o deben tomar en cuenta durante la actividad probatoria respecto a este delito, por ejemplo la Sala Penal de la Corte Suprema determinó como prueba en el delito de colusión la entrega de productos en mal estado, pero que pese a todo llevó a los procesados a pagar con inusitada rapidez el íntegro del dinero, expidiendo un cheque a favor del encausado, cuando lo correcto hubiera sido girar el cheque a nombre de la empresa contratista, hecho que además se produjo cuando el producto ni siquiera había ingresado en el almacén de la entidad agraviada. A ello se agrega la falsificación de una carta de cotización de una empresa contratista que nunca fue remitida. (Mandujano, 2017, p. 175).

De la jurisprudencia señalada en el párrafo anterior podemos rescatar la importancia

de la fundamentación de la sentencia al confirmar la condena impuesta en primera instancia, en una *pluralidad concatenada de indicios relevantes*, los que demostrarían la concertación producida entre la empresa contratista y los funcionarios públicos, tales como: a) la entrega del producto en mal estado, que se entiende no supuso una labor de verificación y de control previo por parte de los funcionarios, más aún cuando uno era jefe de la Oficina de Abastecimiento; b) la rapidez en el pago del íntegro del dinero; c) el giro del cheque salió a nombre del encausado y no a nombre de la empresa contratista, si bien este indicio no es unívoco ni rotundo debe interpretarse junto a los demás indicios; d) el producto ni siquiera había ingresado en los almacenes, lo que supone que no se desarrolló un visto bueno o la conformidad de los bienes en cuanto al estado, cantidad y calidad por parte del funcionario competente; y e) la falsificación de una supuesta cotización de una empresa contratista que no participó en el proceso de selección. (Mandujano, 2017, p. 176).

5. ANALISIS JURIDPRUDENCIAL.

1) Casación 661-2016, Piura: Colusión agravada requiere que agente perjudique o defraude de modo efectivo patrimonio del Estado.

En el delito de colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado; es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado -desvalor

de resultado-. Una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad viene a ser la pericia contable, en tanto esta sea concreta y específica

2) R.N. 1722-2016 del Santa: El delito de colusión y la prueba indiciaria.

La concertación, ante la ausencia de prueba directa —testigos presenciales o documentos que consignen la existencia de reuniones, contactos, y acuerdos indebidos, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria.

3) R.N. 1527-2016 del Santa: Acto colusorio entre funcionario y particular interesado puede manifestarse en cualquier fase de la contratación pública.

El concierto en los marcos de una contratación pública se puede producir durante todo el procedimiento de adquisición, que implica el acto de la toma de la decisión para adquirir determinados bienes, el acto de adquisición y celebración del contrato, el acto de consolidación de la misma, el acto de entrega y de control de lo adquirido y, finalmente, el acto de validación o confirmación de lo adquirido y ulterior pago final del producto. El ámbito de actuación es extenso y en cualquiera de esas fases de la contratación pública puede producirse el concierto punible.

4) Casación 634-2015, Lima. Gerente general es funcionario público para los efectos penales cuando la empresa desarrolla actividades y servicios públicos.

Bajo lo establecido por la Convención Interamericana contra la Corrupción, a la cual

estamos suscritos y vigente al momento de los hechos objeto de inculpación formal, se entenderá que el gerente general de EMMSA es funcionario público para los efectos penales; y las funciones de regulación y servicios que desarrollaba esa empresa pública integran la noción de servicios públicos. Siendo así este es sujeto activo del delito de colusión; así como los cómplices.

5) Insuficiencia probatoria en el delito de colusión. Resolución N° 1396-2011-Arequipa, del 21-10-2011, Sala Penal Transitoria.

“Cuarto. [...] [En] el presente caso, el único fundamento que respalda la imputación del Ministerio Público contra el procesado LAMS [chofer de la municipalidad], radica en que éste cobró un cheque [...] que debería hacerlo efectivo el procesado VIV [contratista] [...] ; empero, esta circunstancia por sí misma no resulta suficiente para acreditar su responsabilidad penal en el presente caso, no apreciándose del estudio de autos medios probatorios que permitan determinar que dicha acción tuvo como origen su participación en un acuerdo colusorio con sus coprocesados, a efectos de defraudar a la referida entidad edilicia, apreciándose únicamente una actuación en cumplimiento del encargo que le hizo su coprocesado [...], luego de lo cual entregó el dinero cobrado [...], presentándose este hecho como ajeno al núcleo de imputación del delito de colusión desleal [...]”

De 3 sentencias con sentencia sobre el delito de colusión por el Juzgado Unipersonal de la CSJLL, se obtenido como siguiente resultado lo siguiente:

Análisis de Sentencia N° 01

1. Generalidades

Expediente: 05492-2012

Sentencia: 30/09/2017

Delito: Colusión

Imputado: Juan Simón Ruidias Ojeda /

Eleuterio Sánchez Vega / Otros

Entidad: Municipalidad Distrital de Victor Larco Herrera

Agraviado: El Estado

2. Análisis

Los hechos refieren que la acusación se da en el marco de un proceso de adjudicación directa selectiva, en la que luego de otorgada la buena pro, el OCI de la entidad delimitó que mediante esta obra se había causado un perjuicio patrimonial a la entidad por no haber sido ejecutada de forma completa, configurando presuntamente el delito de colusión.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que a nivel jurisprudencial y de conformidad con la Sentencia de Corte Suprema de Justicia en el Exp. 4661-2007, el núcleo rector del delito de colusión, es que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y viola el principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado.

En tal sentido en el caso de la sentencia analizada, la fiscalía no ha logrado demostrar el acuerdo colusorio, en relación al criterio de concurrencia de prueba, generando una valoración integral de los medios probatorios, a saber, las declaraciones de testigos, el expediente técnico y los documentos de gestión, lo cual no han significado indicios razonables para una actuación incriminatoria.

Por tanto, al no haberse probado que la voluntad del funcionario público se orientó premeditadamente a favorecer a un tercero en contubernio con el mismo, en ninguna de la fase de planificación, selección o ejecución del contrato, quedando entonces sin siquiera probarse por medio de indicios que los imputados han intervenido en la elaboración del expediente técnico. De ahí que, en el presente caso, la solución fue absoluta tomando en cuenta la valoración probatoria.

DATOS OBTENIDOS

Análisis de Sentencia N° 02**1. Generalidades**

Expediente: 3282-2012

Sentencia: 03/01/2017

Delito: Colusión – Uso documento privado falso

Imputado: José Lino Velásquez Novoa
Ignacio Villavicencio Saona

Entidad: Municipalidad Provincial de Trujillo

Agravado: El Estado

2. Análisis

Los hechos refieren que la acusación se da en el marco de un proceso de licitación pública, en la que luego de ejecutada la obra, se detectaron irregularidades en la suscripción de vales adulterados para transporte, apareciendo la firma de uno de los imputados.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que los indicios, además de ser una herramienta para el Ministerio Público en su labor de creación de un caso, no pueden ser incorporados de forma escueta, que sirvan de sustento únicamente ante el eventual cuestionamiento de la defensa técnica sobre los elementos que sustenten la concertación colusoria. No es suficiente, pues, consignarlos como elementos de convicción, sino que es imprescindible, al amparo de una imputación suficiente, que sean redactados y esbozados en la forma precisa cómo engranan para sustentar la concertación que requiere el tipo penal del delito de colusión.

En tal sentido en el caso de la sentencia analizada, la fiscalía no ha logrado demostrar el aspecto subjetivo del delito, ni siquiera por indicios, ya que debe considerarse que el tipo implica indefectiblemente dolo, en otras palabras, el agente debe actuar voluntariamente con la finalidad de defraudar la confianza del Estado. Tangencialmente con relación al uso de documento privado falso, no se ha logrado probar la condición objetiva de punibilidad, esto es, el perjuicio en agravio del Estado.

Por tanto, al haber hecho el juicio de tipicidad y haberse valorado integralmente los medios de prueba – tales como la declaración de testigos – se concluyó que los implicados no conocían al residente de obras, asimismo, que el hecho de haber encontrado un sobre manila en posesión de los talonarios, era insuficiente para poder determinar que dicho hecho implicado un acuerdo colusorio. De ahí que, en el presente caso, la solución fue absolutoria tomando en cuenta la valoración probatoria.

DATOS OBTENIDOS

Análisis de Sentencia N° 03**1. Generalidades**

Expediente: 3380-2012

Sentencia: 23/10/2017

Delito: Colusión

Imputado: Daniel Marcelo Jacinto y otros

Entidad: Municipalidad Distrital de La Esperanza

Agravado: El Estado

2. Análisis

Los hechos refieren que la acusación se da en el marco de un proceso de licitación pública, en la que tuvo lugar el delito de colusión agravada, pues, aunque en las bases integradas se indicaba que no era posible modificar los costos, durante la ejecución del mismo, se hizo una adenda de contrato con dicha modificación.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que ciertamente, el delito de colusión responde al abuso de las funciones que el funcionario público asume al ostentar un cargo, generando con ello ya sea un perjuicio potencial o real para el Estado. Dicho incumplimiento funcional responde a un interés oculto que necesariamente debe originar el acuerdo colusorio, dentro del ámbito de las contrataciones estatales, y que necesariamente requieren de un actuar consciente del riesgo o del perjuicio que se causará.

En tal sentido en el caso de la sentencia analizada, se evidenciaron indicios que observaron los principios de pluralidad, de concordancia y de convergencia, siendo así, permitió generar la inferencia de certeza de culpabilidad, en términos que el acusado durante la ejecución del contrato, se dio un favorecimiento, mediante la renegociación del precio de la leche sin ningún fundamento fáctico ni jurídico para ello. Por tanto, debe considerarse esas razones pueden y deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. De ahí que, en el presente caso, la solución fue condenatoria a los imputados Marcelo y Urbina, además de ser absolutoria respecto de Córdor.

DATOS OBTENIDOS

6. CONCLUSIONES

1. El tipo penal de colusión, es uno de los delitos de difícil probanza debido a la concertación clandestina o concertación previa que ha tenido que suceder en abuso

de las funciones públicas. No obstante en la línea jurisprudencias y casatoria, se ha validado como criterio de razonamiento tanto para la defensa, fiscalía y juzgador que; los indicios deben ser constitutivos y argumentados para deducir de manera

lógica el acuerdo colusorio. No pueden ser los indicios, fundantes, cuando son conclusiones de subjetividades de la fiscalía o presunciones por parte del juzgador.

2. La prueba indiciaria exige una debida motivación concreta tanto para imputación del delito como para el razonamiento de defensa y del juzgador. De lo contrario pierde su naturaleza de respeto por los principios constitucionales que se ventilan en un determinado proceso como también en el peso del valor probatorio.
3. El razonamiento de la prueba indiciaria es precario en su uso por los operador jurídicos, debido al no recurrir tanto a las ciencias auxiliares (ley especial, derecho administrativo, gestión pública) especialmente a la parte fiscal toda vez que su carga probatoria debe satisfacer el principio de imputación necesaria por el cual debe presentar una acusación fundada en un argumentación lógica: clara, precisa, contextos y cómo se correlacionan.

7. TRABAJOS CITADOS

- ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 4° edición, Lima, , 2003.
- “Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”, *Revista penal*, N° 18, Lima, 2006.
- “Obtención y Valoración de la Prueba”, Academia de la Magistratura, Lima, 2000.
- “Derecho Penal Económico. Consideraciones jurídicas y económicas”, Lima, 1997.
- ACCATINO SCAGLIOTTI, D. *La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot. 2010.
- Algunos apuntes de la Prueba Indiciaria*. Colombia. 2005.
- ALRACON MENDEZ, Jorge. *La Investigacion Preparatoria en el Nuevo Sistema Penal*, Grijley, Lima, 2010.
- ARAUJO MARIÑOS, M. A. *Utilidad de la Prueba Indiciaria en el Delito de Colusion*. Trujillo. 2013.
- ARIAS QUISPE, W. *La prueba indiciaria y la importancia de su aplicación en la justicia militar*. Lima, 2006.
- ASENCIO MELLADO, J. M. *La prueba prohibida y prueba preconstituída en el proceso penal*. Lima: INPECC. 2008.
- ASUA BATARRITA, Adela. *Delitos contra la Administracion Pública*. España. 1997.
- BLANCO LUCANA, Danitza. *La Prueba Indiciaria en los delitos de corrupción de funcionarios*, Edición N° 09, Rev. Miscelanea Juridica, Lima, 2015.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, R. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: Ara Editores. 2001.
- CAFFERATA NORES, J. *La Prueba en el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010.
- CAFFERATA NORES, J. *Manual de Derecho Penal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1998.
- CASTILLO ALVA, J y CAVERO GARCIA; P. *El Delito de Colusión*. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág. 64.
- CONDOR AGUILAR, J. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso pena*. Salamanca, España. 2011
- CORDON Julio César. “La prueba indiciaria y la presunción de inocencia en el proceso penal”. Salamanca. 2011.
- DE MIRANDA VASQUEZ, Carlos. *Probática Penal. La prueba de los delitos contra la administración de Justicia*. Editorial La Ley. España-2012.
- DEVIS ECHANDIA, HERNANDO (S/F) *Compendio de pruebas judiciales*. Tomo I y II Rubinzal y Culzoni SCC Editores (S/E) Santa Fe, República de Argentina.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá - Colombia: Editorial Temis. 2002.
- DÍAZ CASTILLO, Ingrid. “El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación”, España, 2016.

- INCOMPATIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO
- EL COMERCIO. (03 de 02 de 2016). PERU BAJA AL PUESTO 88 EN EL INDICE DE LA PERCEPCION DE LA CORRUPCION. Obtenido de <http://elcomercio.pe/economia/peru/peru-baja-al-puesto-88-indice-percepcion-corrupcion-noticia-1876061>
- FERRER BELTRAN, J. (2007). *La valoración racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- FRAMARINO DE MALATESTA, N. (1997). *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*. Bogotá: Temis.
- GÁRCIA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios, Reforma*, Lima, 2010.
- GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GONZALES LAGIER, D. (2005). *Questio facti. Ensayos sobre la prueba*. Lima: Palestra Editores.
- HERNANDEZ OCAMPO, Maria y FLORES URRUTIA, Wendy. (Agosto de 2014). *Procesos de resocialización de las mujeres pos penadas: una mirada crítica desde el Trabajo Social*. Obtenido de http://repository.uniminuto.edu:8080/jspui/bitstream/10656/3314/1/TTS_HernandezOcampoMaria_2014.pdf http://m.tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4775/RAMIREZ_PARCO_GABRIELA_DERECHOS_RECLUSOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- HURTADO POZO, Jose. *La Reforma del Proceso Penal Peruano*. 2004. Editorial PUCP. Lima. 2004.
- MANCHENO FREIRE, Mónica. *La prueba Indiciaria y la Responsabilidad Penal en la Legislacion Ecuatoriana*. Quito. 2014.
- MANDUJANO RUBIN, Jose Luis. *“Problemas de Imputación y prueba en el delito de Colusión”*. Huánuco. 2017.
- MARTÍNEZ ARRIENTA, Andrés. *La Prueba en el Proceso Penal*. Volumen 12. Madrid España: Centro de Estudios Judiciales Ministerio de Justicia. 1993.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones Adoptadas al Código Procesal Penal Peruano de 2004*, Lima: Jurista Editores. 2012.
- MIXÁN MASS, Florencio. *Prueba indiciaria*, Ediciones BLG, Trujillo, 1995.
- MIXÁN MASS, Florencio. *La Prueba en el Procedimiento Penal*, Lima, EJ 1990.
- MOLINA SÁNCHEZ, Erika Lizbeth. *“Aplicación del Método de La Prueba Indiciaria en la Determinación de la responsabilidad Penal en el delito de Lavado de Activos Puno 2009 - 2013”*. Puno. 2014.
- MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Estudios críticos sobre los delitos de corrupcion de funcionarios en el Perú*, Lima. 2012. Obtenido de: PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la Prueba Judicial Indicios y Presunciones*. Editorial ABC, Bogotá-Colombia. 2005.
- PEREZ MEDINA, L. *“Eficacia de la Prueba Indiciaria en el Proceso Penal Ecuatoriano”*. Ecuador. 2007.
- PISFIL Daniel. *La Prueba Indiciaria y su relevancia en el Proceso Penal*. Revista de Maestría en Derecho Procesal, Vol. 5. Lima. 2014. *Prueba Indiciaria: Doctrina y Jurisprudencia*, Lima, 2004.
- RAMIREZ PARCO, G. *“El ejercicio y limitación de los derechos fundamentales de los reclusos: análisis normativo y de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional”*. 2012.
- RIVERA MORALES, Rodrigo: *Las pruebas en el derecho venezolano*, Librería J. Rincón G., Barquisimeto, Venezuela, 2009.
- RODRÍGUEZ Orlando Alfonso, *La Presunción de Inocencia*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogota Colombia 2000.
- ROJAS VARGAS, F. *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Grijley. 2007.
- ROSAS YATACO, Jorge. *“Los medios de prueba - Mecanismos de Investigación Criminal”*, Lima, 2003.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra las entidades de la administración pública*. Editorial Iustitia, y Grijley. 4ta edición. Setiembre-2016.
- SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *“Derecho Procesal Penal”*. Tomo II. Lima. 2003.
- SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición. Lima Perú: Editorial Grijley. 2006.

- SANCHEZ VERA, Javier y GOMEZ TRELLES, Javier. *La prueba en el Nuevo Código Procesal Penal*. Manual de Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso común. Academia de la Magistratura. Disponible en http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/la_prueba_nuev_proc_penal.pdf.
- TALAVERA ELGUERA, P. *La prueba en el Proceso Penal*. Academia de La Magistratura. Lima. 2009.
- TALAVERA ELGUERA, P. *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons. 2012
- TAPIA LIENDO, Gina Pamela. Valoración de la Prueba Indiciaria en los delitos de corrupción de funcionarios. Gaceta Penal N° 79. Lima. 2016.
- TRINIDAD CRUZ, Jose; GUEVARA TURCIOS, Henry Albertico. "Valoración de la Prueba Indiciaria". El Salvador. 2001.
- UGAZ SEGARRA, Fernando. *Colusión Desleal*, Centro de Estudios en Justicia y Derechos Humanos – Ministerio de Justicia, Lima, 2017.
- VARGAS VALDIVIA, L. *Tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: especial referencia a la prueba indiciaria*. Lima. 2012.
- VILCA VILVA, Saul. "Afectación del Derecho Constitucional de no discriminación en la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios o servidores públicos previsto en el último párrafo del artículo 57 del Código Penal". Puno. 2016.
- VILLAVICENCIO TERREOS, Felipe. Análisis del Proyecto de Código Penal del 2015: Aproximaciones desde la Dogmática Penal y La Política Criminal (Parte II). Centro de Estudios en Derecho Penal. Lima. 2016.
- http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2257_modulo1_tema4.pdf
 - INEI. 2016. Denuncias de <https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/seguridad-ciudadana/>.
 - <http://repositorio.udh.edu.pe/>
 - <http://repositorio.uancv.edu.pe/>
 - <https://es.scribd.com/document/355627757/Prueba-Indiciaria>
 - <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>
 - http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPROCESALPENAL.pdf
 - http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf
 - http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130208_01.pdf
 - spij.minjus.gob.pe

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

- Código Civil Peruano.
- Código Penal Peruano. 1924.
- Código Penal Peruano. 1991.
- Código Procesal Penal Peruano.
- Ley 29758,
- Ley N° 26713,
- Ley N° 29703,
- Ley N° 30225: Ley de Contrataciones del Estado.
- Ley de Control Interno de las Entidades del Estado.
- Ley del Código de Ética de la Función Pública.
- Ley que regula la publicación de la Declaración Jurada de Ingresos y Bienes y Rentas de los funcionarios y servidores Públicos del Estado.

WEBGRAFIA.

- <http://derechopenal-law.blogspot.pe/2013/08/colusion-corrupcion-de-funcionarios.html>.
- <http://www.parthenon.pe/editorial/aspectos-relevantes-del-delito-de-colusion-regulado-en-el-codigo-penal-peruano-a-proposito-de-los-casos-de-alex-kouri-y-waldorios-salcedo/>

JURISPRUDENCIA.

- EXP N° 1218-2007-PHC/TC, Victor Neson Calderón Barnaola (Tribunal Constitucional - Perú).
- EXP N° 2101-2005-HC/TC, Luis Zevallos Chávez y otros (Tribunal Constitucional 2005).
- Resolución N° 1109-2014-Callao del 09-06-2015. Sala

Penal Nacional Permanente.

- Resolución N° 1396-2011-Arequipa, del 21-10-2011222, Sala Penal Transitoria.
- Acuerdo Plenario No 1-2006-ESV-22 del 13-10-2006 [R.N. N° 1912-2005-Piura del 06-09-2005].

Presidente Fundador del Instituto de Investigación Iberoamericano Apex Iuris

Juan Alberto Castañeda Méndez

Afiliación: Colegios de Abogados de La Libertad

Abogado, docente universitario en pre y postgrado e investigador Renacyt MR II. Doctorando en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialista en Constitucionalismo Latinoamericano y Derechos Fundamentales por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP-Perú). Maestrando en Derechos Fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid -España y maestrando en Derecho Parlamentario y técnicas legislativas en la Universidad Castilla de La Mancha. Especialista en Justicia Constitucional e interpretación por la Universidad Castilla de La Mancha de España (UCLM). Cursante en la Especialidad en Interpretación Jurídica y Motivación Judicial por la Universidad de Génova y la Fundación Girona.. Ejerció la labor de Abogado Constitucionalista en la Procuraduría Nacional del Poder Judicial - Procesos Constitucionales en el Perú y fue Asesor Parlamentario en el Congreso de la República del Perú. Actualmente es Director Académico y promoción cultural del Colegio de Abogados de La Libertad (2021 – 2023), se desempeña como Asesor Constitucional en la Procuraduría General de la Municipalidad Provincial de Trujillo y Socio Principal de la Firma Castañeda & Abogados. Asociado de la Academia Peruana de Derecho Constitucional. Miembro senior de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.