



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**“LA UTILIDAD DE LA PROBÁTICA PARA LA PRUEBA INDICIARIA DE LA
CONCERTACIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN”**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

RAFAEL ALEXIS ARMAS CABRERA

ASESOR:

NOÉ VIRGILIO LÓPEZ GASTIABURÚ

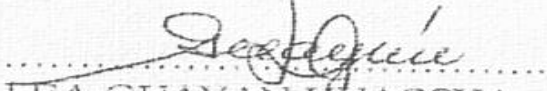
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

DERECHO PENAL

TRUJILLO - PERÚ

2018


PÁGINA DEL JURADO CALIFICADOR



LEA GUAYAN HUACCHA
PRESIDENTA



NOE LOPEZ GASTIABURU
VOCAL



ROGER RENATO VARGAS YSLA
SECRETARIO

DEDICATORIA

A Dios

A mi abuelita María, gracias por enseñarme que lo esencial es invisible a los ojos, siempre será una máxima en mi vida.

A mis dos latidos, mi madre Rosa y mi hermana Gabriela, porque ustedes significan la mayor expresión de amor en mi vida, por y para ustedes deseo ser un mejor hijo y hermano.

A Mirelly, por ser mi compañera y cómplice en la realización de mis utopías, mi gratitud siempre contigo.

AGRADECIMIENTOS

A Noé López Gastiaturú, Rafael Aldave Herrera y César Alva Florián, por el noble gesto de ser guías en mi formación profesional, siempre mi gratitud para con ustedes maestros y amigos.

A mis amigos Luis Alfredo, Kathe, Melani , Oscar y Jean Carlo por motivarme a cumplir cada una de mis utopías.

A los miembros del Estudio Alva & Galván Asociados por permitirme formar parte de su familia y laborar en el litigio penal desde la defensa privada.

A los miembros de la Asociación Civil Inquisitio Essentia Ius por compartir siempre la curiosidad intelectual y ser compañeros en la investigación jurídica.

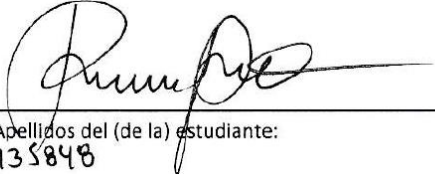
DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD

Yo, Rafael Alexis Armas Cabrera con Documento Nacional de Identidad N° 71435848, a efecto de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, Facultad de Derecho - Escuela de Derecho, declaro bajo juramento que toda la documentación que acompaño es veraz y auténtica.

Así mismo, declaro también bajo juramento que todos los datos e información que se presenta en la presente tesis son auténticos y veraces.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad César Vallejo.

Trujillo, Diciembre del 2018


Nombres y Apellidos del (de la) estudiante:
DNI: 71435848

PRESENTACIÓN

Señores Miembros del Jurado:

En cumplimiento del Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo presento ante ustedes la Tesis titulada: ***“LA UTILIDAD DE LA PROBÁTICA EN LA PRUEBA INDICIARIA DE LA CONCERTACIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN”***, la misma que someto a vuestra consideración y espero que cumpla con los requisitos de aprobación para obtener el **Título Profesional de Abogado**.

El autor

INDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
PRESENTACIÓN	v
RESUMÉN	ix
I. INTRODUCCIÓN	12
1.1. APROXIMACIÓN TEMÁTICA	12
1.2. ANTECEDENTES	15
A) TESIS	15
B) ARTÍCULOS JURÍDICOS	16
1.3. MARCO TEÓRICO	18
CAPÍTULO I:	18
“EL TIPO PENAL DE COLUSIÓN”	18
I.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA	18
I.2. ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE COLUSIÓN	22
I.2.1. TIPICIDAD OBJETIVA	22
I.2.1.1. BIEN JURÍDICO	22
I.2.1.2. SUJETO ACTIVO, COMPETENCIA FUNCIONAL E INTERVENCIÓN DIRECTA O INDIRECTA	27
I.2.1.3. SUJETO PASIVO	33
I.2.1.4. COMPORTAMIENTO TÍPICO	34
A. ACUERDO COLUSORIO	34
A.1. ANÁLISIS FÁCTICO DEL ACUERDO COLUSORIO	34
A.2. ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DEL ACUERDO COLUSORIO ...	46
I.2.1.5. LA DEFRAUDACIÓN	49
I.2.2. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA	51
I.2.3. TIPICIDAD SUBJETIVA	53
I.3. ESTRUCTURA DE IMPUTACIÓN MATERIAL Y FORMAS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA	55
CAPITULO II:	62
“LA PRUEBA INDICIARIA DEL ACUERDO COLUSORIO EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA	62
II.1. LA PRUEBA INDICIARIA	62
II.1.1. CONCEPTO	62
II.1.2. NATURALEZA JURÍDICA	63
II.1.3. ESTRUCTURA DE LA PRUEBA INDICIARIA	64
A. EL INDICIO	64

B.	LA INFERENCIA LÓGICA	70
C.	EL HECHO INFERIDO:	75
II.1.4.	LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA :	75
II.1.5.	LA PRUEBA INDICIARIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	78
II.1.6.	LA PRUEBA POR INDICIOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA	79
II.2.	LA PRUEBA INDICIARIA DEL ACUERDO COLUSORIO	80
II.2.1.	POSTURAS EN LA DOCTRINA NACIONAL	80
A)	POSTURA DE PARIONA ARANA	80
B)	POSTURA DE MONTOYA VIVANCO	82
C)	POSTURA DE CÁCERES JULCA	83
D)	POSTURA DE ROJAS VARGAS	91
II.2.2.	TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL	96
II.2.2.1.	LA NEGLIGENCIA FUNCIONARIAL Y EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL	96
II.2.2.2.	TRES MODELOS DE RAZONAMIENTO INDICIARIO	99
a.	MODELO 1	99
b.	MODELO 2	101
c.	MODELO 3	104
CAPÍTULO III:	109
“FUNDAMENTOS DE LA PRÓBATICA”	109
III.1.	CONCEPTO	109
III.2.	OBJETO	111
III.3.	LA RELACIÓN ENTRE PRUEBA Y PROBÁTICA	112
III.4.	LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO PROBATORIO Y LA PROBÁTICA	116
III.5.	LA FACTIBILIDAD HEURÍSTICA Y PROBÁTICA DE LA NORMA JURÍDICA	117
III.6.	EL ESPECTRO FACTUAL HIPOTÉTICO	120
III.7.	LA TRANSFIGURACIÓN JURÍDICA DEL HECHO	122
III.8.	LOS HEURIGRAMAS COMO INSTRUMENTO DE LA PROBÁTICA	124
III.9.	LA ESTRATEGIA EN LOS MEDIOS DE PRUEBA	127
CAPÍTULO IV:	129
“LA UTILIDAD DE LA PROBÁTICA PARA LA PRUEBA DEL ACUERDO COLUSORIO EN EL DELITO COLUSIÓN”	129
IV.1.	LA PRÓBATICA: MODELO PARA ARMAR	129

IV.2.	LA PROBÁTICA EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL ACUERDO COLUSORIO	130
IV.2.1.	REDACCIÓN DEL TIPO PENAL, CARGA DE LA PRUEBA Y PRUEBA INDICIARIA	130
IV.3.	LA IMPORTANCIA DE LA PROBÁTICA PARA LA PRUEBA DE LOS HECHOS EN CONTEXTOS DE DIFICULTAD PROBATORIA	135
IV.4.	LA NECESIDAD DE UN ANÁLISIS FÁCTICO DEL ACUERDO COLUSORIO EN EL REQUERIMIENTO ACUSATORIO FISCAL.....	138
IV.5.	LA ESTRATEGIA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS PARA ACREDITAR LOS INDICIOS DE CONCERTACIÓN	144
IV.6.	LA UTILIDAD DE LOS HEURIGRAMAS EN LA PRUEBA DE LA CONCERTACIÓN.....	148
1.4.	FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	152
1.5.	HIPÓTESIS	152
1.6.	JUSTIFICACIÓN	152
1.7.	OBJETIVOS DEL TRABAJO.....	153
II.	MÉTODO	153
2.1.	DISEÑO DE LA INVESTIGACION.....	153
	DISEÑO INTEPRETATIVO:.....	153
2.2.	MÉTODO DE MUESTREO	154
2.3.	RIGOR CIENTÍFICO	154
2.4.	ANÁLISIS CUALITATIVO DE LOS DATOS	154
2.5.	ASPECTOS ÉTICOS.....	154
III.	DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS.....	155
IV.	DISCUSIÓN DE RESULTADOS	176
V.	CONCLUSIONES.....	196
VI)	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	199
	Andrés Ibañez, P. (2005). <i>Los hechos en la sentencia penal</i> . México: Fontamara.....	199

RESUMÉN

El presente trabajo de tesis titulado: *“La utilidad de la probática para la prueba indiciaria del acuerdo colusorio en el delito de colusión”* esta construido por cuatro capítulos. En el primer capítulo , se identifica las principales exigencias fácticas que debe tener el acuerdo colusorio para su imputación. En el segundo capítulo, se explica el estado actual de la problemática de la prueba del acuerdo colusorio según la posiciones en la doctrina nacional y su tratamiento a nivel jurisprudencial . En el tercer capítulo, se describen los fundamentos de la probática . Y, finalmente en el cuarto capítulo se justifica las razones acerca de la utilidad de la aplicación de la probática para el representante del Ministerio Público en la probanza del acuerdo colusorio. Se tuvo como conclusión que la aplicación de la probática brinda al persecutor penal una estrategia de sus medios probatorios, aplicando el heurigrama como una herramienta de organización probatoria la cual facilita la realización de la prueba de cada hecho indiciario de concertación.

Palabras Clave: Probática, Colusión, Prueba Indiciaria.

ABSTRACT

The present thesis work entitled: "The utility of the probatic for the circumstantial evidence of the collusive agreement in the crime of collusion" is built by four chapters. In the first chapter, the main factual requirements that the collusive agreement must have for its imputation are identified. In the second chapter, the current state of the problem of proof of the collusive agreement is explained according to the positions in the national doctrine and thus also its treatment at the jurisprudential level. In the third chapter, the foundations of the probática are described and finally in the fourth chapter it is determined how useful is the application of the probática for the representative of the Public Ministry in the circumstantial evidence of the collusive agreement. It was concluded that the application of the probática provides the criminal prosecutor with a strategy of his evidential means applying the heurigram as a tool of probatory organization which facilitates the realization of the proof of each circumstantial fact of agreement.

Key Words: Probatic, Collusion, Indiciaria Test.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. APROXIMACIÓN TEMÁTICA

La prueba es un razonamiento en el que se alegan argumentos sobre las premisas fácticas que apoyan una conclusión probatoria, este razonamiento ingresa al torrente del procedimiento penal por medio del fiscal y la defensa técnica de modo disímil, esto es, para aceptar o negar que un hecho ha ocurrido. Entonces, el persecutor penal realiza afirmaciones sobre los hechos que contiene su hipótesis acusatoria sustentado en los medios de prueba que acreditan el hecho objeto de prueba, el mismo que es trazado por el tipo penal. Por su parte, la defensa técnica realizará el falsacionismo de la hipótesis inculpativa, cabe señalar que, falsear significa en palabras de Toulmin “*un proceso de poner a prueba la hipótesis y sus elementos de refuerzos, si logra superar el embate de la crítica y contradicciones está se convierte en la tesis de la sentencia y los elementos en la prueba plena*” (Citado por Luján Tupez, 2018 págs. 50 y 51) para lo cual podrá aportar medios de prueba que permitan concluir la falsedad de la hipótesis acusatoria; o en otros casos, cuando el imputado no aporte prueba contraria, efectuará una defensa a través de infirmaciones, es decir, realizando la negación de la conclusión del significado probatorio de los indicios de cargo o incluso- como suele ocurrir con mucha frecuencia en la práctica forense- ejercer una defensa pasiva que también constituye una estrategia de defensa. Luego, será el juez quien debe valorar los argumentos probatorios esgrimidos, a fin de que, tome la decisión de si se tiene por probado o no cada uno de los enunciados fácticos que postuló la tesis fiscal en su acusación.

Existen comportamientos típicos en las que preferentemente, el carácter “clandestino” será un contexto de realización típica, el mismo que incide en el ámbito de determinación fáctica y por supuesto en la actividad probatoria, algunos ejemplos de dichas conductas son: el denominado “pacto venial” en el delito de cohecho, “el pacto colusorio entre funcionario y tercero interesado” en el delito de colusión, “la violación sexual” en el delito de violación sexual, etc. Podemos agrupar a los delitos

en contexto de clandestinidad en cuatro grupos: a) los delitos sexuales b) los delitos de corrupción de funcionarios c) el delito de lavado de activos y d) delitos de organización criminal. Cabe mencionar que, recientemente la Casación N° 1179-2017- Sullana (Ponente: San Martín Castro) referida a un delito de violación sexual a menor de edad ha usado el término de “*delitos de clandestinidad*” para referirse a esta tipología de injustos, por lo cual, concordando con la precitada jurisprudencia, podemos afirmar que existen delitos de clandestinidad, más específicamente en un contexto de clandestinidad, en los que existe una característica común : una especial dificultad probatoria.

Bajo este contexto, uno de los delitos en contextos de clandestinidad -en el grupo de los injustos de los delitos de corrupción de funcionarios- más discutidos por la doctrina y la jurisprudencia nacional en la actualidad es sin lugar a duda el delito de colusión prescrito en el artículo 384 del Código Penal, específicamente en cuando a la conducta típica que recoge: el acuerdo colusorio entre funcionario y particular. Cabe señalar que, este injusto regula dos tipos penales autónomos: el delito de colusión simple y el delito de colusión agravada. El delito de colusión sanciona al funcionario público con competencia funcional específica que interviene directa o indirectamente y al tercero interesado en el que se conciertan para perjudicar económicamente al Estado, sea de modo probable (colusión simple) o efectivo (colusión agravada), en el contexto de una etapa específica dentro de un proceso de contratación pública. En España, el reconocido profesor Cándido Conde-Pumpido comentando los delitos de corrupción pública decía : “*la corrupción es como un tango, hay dos personas que bailan muy juntas que están perfectamente coordinadas y que rara vez se denuncian unos a otros, ya que, se denunciarían a sí mismos*”, siendo así, podríamos hacer un símil con la razón de ser del comportamiento delictivo de concertación y es allí donde se halla su dificultad para la determinación de su base fáctica y consecuentemente su especial dificultad probatoria, así nosotros podríamos decir que: “*la concertación será como un tango en donde los bailarines son el funcionario público y el tercero interesado, quienes están perfectamente*

coordinados y rara vez se denuncian unos a otros porque se denunciaran a sí mismos”.

Así las cosas, establecer los elementos de juicio suficientes para acreditar el acuerdo colusorio entre el funcionario y el tercero interesado por parte del persecutor penal al momento de presentar su tesis acusatoria se convierte en una tarea sumamente compleja, porque será muy poco probable de que exista un registro fílmico del momento exacto en donde se realiza la acción de concertación entre ellos, tampoco los propios sujetos intervinientes confesarán que se coludieron en el proceso de contratación estatal y menos aún existirá un testigo directo que declare que estuvo presente en el momento exacto del pacto colusorio entre funcionario y privado. En consecuencia, la prueba directa fracasará para lograr la acreditación de la concertación cuando se produzca en un contexto de clandestinidad, de modo que, allí la prueba indiciaria se erige como la opción idónea para probar la existencia del acuerdo colusorio.

Sin embargo, a pesar de identificar correctamente aplicación de la prueba indiciaria por parte del persecutor penal a fin de acreditar la concertación, se presenta un problema frecuente en la práctica, el cual reside en el cumplimiento de parte del representante del Ministerio Público al probar su hipótesis acusatoria, concretamente de probar cada indicio de concertación que construya conforme al caso en concreto con los medios probatorios admitidos, cabe subrayar que, la trascendencia de la prueba del indicio se justifica, porque es constituye uno de los requisitos esenciales para la existencia de un hecho indicante y sin el mismo será imposible que el juez de juzgamiento los utilizó para efectuar su razonamiento probatorio indiciario a fin de construir la prueba indiciaria y declarar como hecho probado el acuerdo colusorio, de modo que, sin una correcta aplicación de la misma, simplemente la actividad probatoria del fiscal habrá resultado totalmente ineficaz para lograr obtener un fallo condenatorio.

Ante dicha situación, hemos podido advertir que nuestros doctrinarios nacionales aún no se ha preocupado por proponer la aplicación de alguna técnica probatoria que apoye al Fiscal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios para facilitar su tarea de probar la concertación, y de modo específico los indicios de concertación que justifican su tesis acusatoria por el delito de colusión sea simple o agravada, ello a pesar de que, al representante del Ministerio Público en su rol contra la lucha contra la corrupción según el Decreto Supremo 092-2017-PCM “Política Nacional de Integración y Lucha contra la Corrupción” de fecha 14 de setiembre del 2017 se le exige fundar debidamente sus actividades probatorias en sus acusaciones y se propone que para lograr ello es necesario que cuenten con mecanismos que la faciliten.

Bajo este contexto, en la literatura jurídico-procesal hemos hallado una técnica denominada “probática”, desarrollada por el profesor español Lluís Muñoz Sabate, esta tiene como propósito ayudar al sujeto procesal que tiene la carga de probar los hechos que gocen de una especial dificultad probatoria, y siendo esto así, resulta válido interrogarnos acerca de la utilidad que tendría esta para contribuir a solucionar operativamente el problema de la probanza de los indicios de concertación el cual hemos identificado anteriormente como el principal obstáculo en la construcción de la postulación del fiscal de probar la concertación mediante la prueba indiciaria.

1.2.ANTECEDENTES

A) TESIS

- **(Asmat Rubio, 2015) “La aplicación de la prueba indiciaria en los delitos contra la administración pública en el distrito judicial de la libertad” Tesis para optar el Título de Abogado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo:**

Aporte concreto de la investigación: El trabajo de investigación se justifica como un antecedente de la investigación porque se realiza un estudio acerca de la aplicación de la prueba indiciaria en los delitos contra la administración pública al cual pertenece el delito de colusión en el que también estudiaremos su actividad probatoria, así las conclusiones del autor fueron que:

- i) En el 89.65% (26) de los casos sentenciados (29) durante los años 2008 al 2013 por delitos contra la administración pública, se ha constatado la presencia de la prueba indiciaria, lo cual nos permite catalogarla como la prueba reina.
- ii) En el 100% (26) de los casos sentenciados, en los cuales se ha utilizado prueba indiciaria, los jueces penales de Trujillo, no han observado durante su valoración los criterios específicos regulados en el art. 158.3 del Código Procesal Penal.
- iii) En el 100% (26) de los casos sentenciados, en los cuales se ha utilizado prueba indiciaria los jueces penales de Trujillo no han motivado su decisión de condenar o absolver, conforme lo exige el Tribunal Constitucional en la STC 00728-2008-PHC-TC-LIMA. Esto es, la expresión de la prueba del indicio y de las máximas de la experiencia utilizadas para su valoración.

B) ARTÍCULOS JURÍDICOS

- **(Bobadilla Bocanegra, 2018) “La necesidad de una estrategia probática en el delito de colusión: a propósito de la**

investigación de los casos relacionados a Odebrecht”. Artículo jurídico. Revista Gaceta Penal & Procesal Penal.

Aporte concreto de la investigación:

El aporte de la autora de este artículo jurídico resulta muy resaltante para la presente investigación, pues constituye el único antecedente directo con el tema que se investiga, dicho aporte se condensa en las tres conclusiones a la que se arriba:

- i) No se ha desarrollado con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico la probática como método de investigación y estrategia fiscal.
- ii) Es necesaria que los operadores jurídicos tengan una estrategia probática para abordar estas investigaciones y mega juicios contra altos funcionarios por delitos de corrupción, de otro modo, como ha sucedido los casos prescribirán o la acusación fiscal no tendrá asidero probatorio conllevando al sobreseimiento o absoluciones frente a flagrantes delitos por falta de una cultura de estrategia.
- iii) Teniendo en cuenta a la probática como estrategia del uso de los medios de prueba en el proceso, esta debe utilizarse bajo la siguiente estructura:

a) Plan: Uso de los medios de prueba de los que dispone a efectos de recrear el espectro factual hipotético que va a sostener e ideación de fuentes de prueba que apoyarán ello.

b) Táctica: Es la maniobra, o el arte de disponer y utilizar los medios de prueba, tal como la manera de en qué se asumen los interrogatorios, los exámenes a testigos y peritos, así como la introducción de la prueba documental.

c) **Perspectiva:** Este une los dos primeros elementos, aunado a la retórica, dando vital relevancia a los heurigramas.

1.3. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I:

“EL TIPO PENAL DE COLUSIÓN”

I.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Código Penal de 1924. Artículo 344 :“ El funcionario o servidor público que en los contratos, suministros, licitaciones, subastas o en cualquier otra operación semejante interviene en razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado o a empresas del Estado o a sociedades de economía mixta o de organismos sostenidos por el Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes , liquidaciones o suministros , sufrirá prisión no mayor de seis a los , e inhabilitación especial conforme a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27 , por tiempo no menor de cinco años.”

Código Penal de 1991. Artículo 384 :“El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros , licitaciones, concursos de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros , será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres , ni mayor de quince años.”

Modificatoria mediante Ley N° 26713 de fecha 27 de diciembre de 1996:

Artículo 384 del Código Penal. “El funcionario o servidor público que, en los contratos o suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial

defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.”

Modificatoria mediante Ley N° 29703 de fecha 10 de junio de 2011. Artículo 384 Código Penal: “El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudará patrimonialmente al Estado o entidad u organismos del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.

Demanda de inconstitucionalidad planteada por la Fiscalía de la Nación recaída en la STC N° 00017-2011 PI/TC que declaro nula y sin efecto respecto al término “patrimonialmente” del delito de colusión: Fundamento jurídico 29 se establece : “La introducción del término “patrimonialmente” puede direccionar la interpretación de la norma penal a supuestos en los que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a la vez sería contrario a lo dispuesto en el art. 3 de la Convención de las Unidas contra la Corrupción, según la cual, para la aplicación de la presente convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial”.

Modificación mediante Ley N° 29758 de fecha 21 de julio del 2011 Artículo 384 Código Penal: “El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquiera de las etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del 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.”. “El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes u 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.”

Ley N° 3011 publicada de fecha 26 de noviembre del 2013. Artículo 384 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 otra operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de la 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 cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado concierta con los interesados defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días multa.

Modificación, dispuesta por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243 y publicada el 22 de octubre de 2016, que establece la redacción vigente:

Artículo 384 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 concierta 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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; 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;

inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a seiscientos treinta días multa.”

Para nosotros, la técnica legislativa utilizada en el vigente artículo 384 del Código Penal es errada porque nuestro legislador no toma en consideración que existe una estructura típica autónoma lo que da como resultado natural que existan dos tipos penales independientes: el delito de colusión y el delito de colusión agravada, por tanto, no se trata de un tipo base y agravado. Al respecto, en doctrina nacional opina así (Prado Saldarriaga, 2017) cuando afirma : “*La ley (el artículo 384° del Código Penal) identifica dos modalidades delictivas diferentes y entre las cuales no hay una relación de tipo básico a tipo derivado cualificado. Esto es, la norma legal no criminaliza una forma simple y una agravada de colusión sino dos delitos autónomos y operativamente diferentes*” (pág. 189). Entonces, si afirmamos que el tipo penal de colusión simple y agravada son dos delitos autónomos, es preciso indicar que gozan de una actividad probatoria propia. Así, en la colusión simple consumada basta con la acreditación del acuerdo colusorio, ya que se trata de un delito de peligro abstracto, sin embargo, no sucede lo mismo en el delito de colusión agravada consumado, en el cual es necesario además de la probanza del pacto colusorio la acreditación del resultado material de un perjuicio económico efectivo a la entidad estatal específica que representa al Estado.

No obstante, lo clave de entender es que el descriptor fáctico común en la exigencia probatoria en el tipo penal de colusión simple y agravada es: *el acuerdo colusorio*. La doctrina se ha mostrado crítica al comentar la evolución legislativa del tipo penal de colusión al señalar que la misma resulta insatisfactoria porque “*el legislador plantea una errónea técnica legislativa al combinar sin un análisis previo los distintos modelos extranjeros, creando una figura que guarda similitud con el delito de negociación incompatible y que al ser muy similares deberían excluirse una a la otra*” (Castillo Alva, 2017 pág. 24). Recientemente, al revisar en la bibliografía actual sobre el delito de colusión nos encontramos con un trabajo de tesis en la que se plantea la ilegitimidad del tipo penal de colusión, según la propuesta debe darse una reconducción de la concertación como una modalidad típica del delito de aprovechamiento indebido del cargo. (Vidal Cordova, 2018). La importancia de citar esta investigación reside en que una de las causas que sirvió al autor para plantear aquella tesis fue que:

[“(…) Si la colusión exige concertación, esto provoca que el delito siempre se deba ejecutar con un partícipe necesario que, generalmente, tiene el rol del postor o contratista. La participación necesaria tiene un efecto importante, condiciona la sanción del autor a la sanción del partícipe. Esto quiere decir que, por más pruebas de cargo que se tenga contra un funcionario corrupto, si es que no se logra probar la voluntad defraudatorio del extraneus, ambos quedarán libres de los cargos por colusión. En otras palabras, el delito de colusión tiene una exigencia probatoria muy alta, pues requiere que el representante del órgano persecutor desarrolle, obligatoriamente, un doble esfuerzo al probar de manera conjunta tanto la voluntad defraudadora del autor como la del partícipe necesario. Probar una sola de estas voluntades no serviría de nada, pues no satisface el supuesto típico de colusión. Incluso, teniendo en cuenta que la conducta típica es la concertación, no solo se debe probar la existencia de al menos dos voluntades defraudadoras, sino también acreditar que, dichas voluntades, obran en coordinación recíproca, dicha opinión del autor no sirve para argumentar la existencia de la problemática existente en la prueba de la concertación en el delito de colusión”. (Vidal Cordova, 2018, pág. 84 y 85)]

En consecuencia, esto nos demuestra la importancia actual que tiene la discusión de la prueba del acuerdo colusorio, ya que, empiezan a surgir planteamientos de derogación del tipo penal de colusión y reconducción como una modalidad típica del delito de negociación incompatible teniendo como causa de tal propuesta el carácter de delito de participación necesaria que le dota de una alta dificultad probatoria, lo cual exige una respuesta por parte del uso de la prueba indiciaria por parte del representante del Ministerio Público.

I.2. ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE COLUSIÓN

I.2.1. TIPICIDAD OBJETIVA

I.2.1.1. BIEN JURÍDICO

Según (Salazar Sánchez, 2016), existe un bien jurídico pluriofensivo en el tipo penal de colusión: “El bien jurídico protegido en el delito de colusión es: i) la legalidad, ii) imparcialidad y iii) objetividad en el desarrollo de los procesos de contratación pública o de la ejecución de un contrato a efectos de evitar un perjuicio del patrimonio estatal (...) en el caso del delito de colusión ilegal

simple, tanto el fundamento como la consumación del injusto se configuran solo en función de la concertación ilegal. Por su parte, el delito de colusión agravada únicamente el fundamento del injusto está vinculado al acuerdo colusorio ilegal, en cambio, la consumación está relacionada a la producción del menoscabo material al patrimonio del Estado” (pág. 151).

Por otro lado, para (Guimaray Mori, 2015) lo penalmente tutelado en el delito de colusión es: *“La asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este. La eficiencia de la asignación tiene que ver más con criterios procedimentales, que con los resultados concretos de la propia asignación. Dicho de otro modo, la idoneidad en la asignación de recursos es una cuestión que se determina de forma ex ante, sin tomar en cuenta los resultados concretos. Si no fuese así, el objeto de prohibición penal se determinaría por sucesos posteriores a la conducta del agente, con lo cual la capacidad de motivación y la seguridad jurídica acerca de la propia punición se verían gravemente afectadas” (pág. 25).*

(Pariona Arana, 2017) identifica un bien jurídico genérico y otro específico en el tipo penal de colusión, en el cual también describe una pluriofensividad de intereses penalmente tutelados: *“El bien jurídico genérico protegido en el delito de colusión es el correcto funcionamiento de la administración pública. Los bienes jurídicos específicos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio sus funciones públicas. También lo es patrimonio administrado por el Estado” (pág. 25).*

Por otro lado, desde una postura funcionalista normativista (Martínez Huamán, 2016) señala que: *“Lo que propiamente se protege es la expectativa de conducta de que los intervinientes (funcionario y particular) en el proceso administrativo de contratación pública no abusarán de las facultades que le son conferidas por su posición, para concertarse ilícitamente defraudando al Estado. De esta forma, el funcionario público tiene que procurar que dentro del cumplimiento de sus deberes en el ámbito de la contratación pública no se derive ningún output que afecte al Estado (el adecuado y normal desarrollo de todas las fases del proceso de contratación pública), así como evitar que terceras personas*

pongan en peligro el regular desarrollo del ámbito de la contratación pública a su cargo, fomentando la relación jurídica con el espacio institucional puesto a su disposición. En tanto que el particular tiene el deber de participar del proceso administrativo de contratación pública sin infringir los deberes que adquiere con la calidad de concursante, específicamente el de no formar pactos ilícitos con los funcionarios para defraudar al Estado en las contrataciones públicas (págs. 18 y 19)”.

Encontramos recientemente un estudio crítico extenso respecto a las diferentes consideraciones en la doctrina y jurisprudencia nacional acerca del bien jurídico tutelado en el delito de colusión desarrollado por el destacado penalista nacional (Castillo Alva J. L., 2017), quien concluye en su toma de postura que: *“El bien jurídico protegido en el delito de colusión ilegal debe interpretarse en clave económica, debido a que el tipo penal plantea la existencia de concertación y fraude. Ello lleva a excluir de la norma actos jurídicos que no posean contenido económico – patrimonial, solo pueden tener relevancia en el ámbito del injusto penal las concertaciones que inciden sobre contrataos administrativos que por su propia naturaleza y sentido tienen carácter patrimonial”.* (págs. 114 y 115)

Finalmente, según (Castillo Díaz, 2016) el bien jurídico tutelado en el delito de colusión y en la negociación incompatible es la actividad contractual del Estado y crítica la posición doctrinal que sostiene que la colusión sólo tutela la contratación estatal: *“El ámbito o radio de acción de estos delitos es la contratación estatal o la actividad contractual del Estado. En ambos casos, se dice, la sanción de la concertación o del interés indebido depende de que estos hayan sido realizados en el marco de un procedimiento de contratación en la que una de las partes es el Estado. La pregunta es si la contratación estatal es un mero ámbito de aplicación de estos delitos o si tiene una relevancia mayor. Si se piensa en el resto de los delitos contra la Administración pública como, por ejemplo, el cohecho, nada impide que pueda ser cometido en el marco de un procedimiento de contratación estatal. Bien puede suceder que un funcionario público acepte o reciba donativo, promesa o cualquier ventaja para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones*

(cohecho pasivo propio) o para realizar un acto propio de su cargo o empleo (cohecho pasivo impropio) en el marco de un procedimiento de contratación. En el mismo contexto, un particular puede ofrecer, dar o prometer a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omite actos en violación de sus obligaciones o realice actos propios de su cargo (cohecho activo genérico). no es que los delitos de colusión y negociación incompatible sean los únicos aplicables al ámbito de la contratación estatal, sino que en ellos se pretende proteger la actividad contractual del Estado en sí misma. De hecho, la importancia de la actividad contractual del Estado para el correcto funcionamiento de la Administración pública posee tal entidad, que se constituye en bien jurídico de estos delitos. (...) la actividad contractual del Estado comprende toda la actividad que despliega la Administración pública para concretar cualquiera de los contratos estatales reconocidos en las diversas normas que recoge el ordenamiento jurídico peruano: desde la formación de la voluntad contractual hasta la ejecución de esta (...)" (pág. 194 y 195)

Resulta necesario que frente a la diversidad de posiciones en la doctrina sobre el bien jurídico en el delito de colusión decantarnos por alguna de ellas, a fin de, poder identificar con claridad cuál es el ámbito de tutela de este injusto funcional, lo cual es determinante para su interpretación. Siendo así, nosotros nos afincamos a la posición que en la doctrina nos brinda (Castillo Alva J. L., 2017) cuando advierte con razón que el bien jurídico tutelado es la tutela a la contratación estatal y esto importa comprender que:

- ✓ El contrato administrativo es el único objeto de protección penalmente tutelado en el tipo penal de colusión, siempre que posea un unívoco sentido económico, por eso se dice que debe interpretarse en sentido económico.
- ✓ Se tutela la contratación estatal en la medida de protegerla de la realización de un concreto modo típico de conducta: los acuerdos colusorios entre funcionario y privado que se realizan dentro un determinado procedimiento reglado de contratación con el Estado.

- ✓ La situación típica del injusto de colusión tiene un contexto concreto: el *iter* de los contratos con el Estado.
- ✓ Los actos jurídicos (contratos, convenios u operaciones) sin contenido patrimonial están excluidos de tutela penal en el delito de colusión. (pág. 114 y 115)

Por tanto, la colusión simple se configura cuando se cumpla el verbo rector “concertación”, porque basta el acuerdo colusorio para defraudar al estado al ser un tipo de peligro abstracto, esto explica (Pariona Arana, 2017) en razón a los criterios interpretativos en el principio de lesividad y mínima intervención la colusión simple supone una puesta en peligro del erario del Estado; mientras que en el caso del delito de colusión agravada es necesario que se realice el acuerdo colusorio pues este sirve de medio comisivo para el fraude efectivo al Estado ya que su verbo rector es “defraudaré” entendida como un perjuicio económico efectivo y real al erario público, por ello, sólo una vez que esta se produzca habrá un resultado material de lesión y por tanto la consumación del injusto, de no producirse un perjuicio efectivo, el hecho se encontrará dentro del radio de una colusión simple que estructuralmente viene a ser una tentativa de colusión agravada.

En doctrina nacional, (Castillo Díaz, 2016) opina que : *“La peligrosidad como elemento del tipo de injusto de los delitos de peligro abstracto debe ser acreditada. En el caso del delito de colusión, no basta señalar que, producida la concertación entre el funcionario público y el particular el delito se habrá consumado, o mejor, que la conducta habrá colocado en peligro abstracto la actividad contractual del Estado.”* (pág. 389)

No obstante, a esta postura el profesor (Meini Mendez, 2014) contrariamente advierte que: *“Los tipos de peligro abstracto describen un comportamiento cuya realización se presume causa un peligro para el bien jurídico. A diferencia de los delitos de peligro concreto que exigen una comprobación ex post de la situación de riesgo creada, los tipos de peligro*

abstracto se limitan sancionar un comportamiento por una valoración ex ante, el legislador presume, sin prueba en contrario y sobre la base de datos estadísticos que la consecuencia del comportamiento típico es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico” (pág. 88)

Entonces, tenemos dos posturas respecto a si en el delito de colusión simple: i) la concertación con probabilidad defraudadora al erario nacional debe ser acreditada ii) la probabilidad defraudadora se presume sin admitir prueba en contrario fundado en que la probabilidad de lesión o puesta en peligro se funda en datos estadísticos, es decir, basta que se produzca la concertación para que se consume el delito y el probable resultado de peligro o de lesión es presumido por datos estadísticos de que toda acuerdo colusorio tendrá como consecuencia una defraudación al patrimonio estatal. Nosotros creemos que resulta correcta la postura de Meini Méndez para quien no es necesario tener como objeto de prueba la probabilidad abstracta de una defraudación al Estado y que sólo se tendrá como thema probandum el acuerdo colusorio entre el funcionario y el tercero interesado, puesto que, se presume por la frecuencia de dicha conducta que la producción del mismos dentro de un proceso de contratación estatal generará una probabilidad abstracta de que el Estado sufra un perjuicio económico efectivo.

Mientras que, en el caso del delito de colusión agravada por su condición de tipo de lesión no presenta mayor discusión en cuanto a su objeto de prueba, ya que en él se deberá acreditar que existió un acuerdo colusorio entre el funcionario y el tercero interesado dentro de un proceso de contratación estatal y así también se tendrá que probar que a causa de dicha concertación ilegal se ocasionó un perjuicio económico efectivo al Estado.

I.2.1.2. SUJETO ACTIVO, COMPETENCIA FUNCIONAL E INTERVENCIÓN DIRECTA O INDIRECTA

El sujeto activo del delito de colusión es un funcionario público. Los sujetos considerados funcionarios públicos se analizan según los alcances del artículo 425 del Código Penal y concordante con el artículo 1 de la

Convención Interamericana contra la Corrupción y el artículo 2 la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Se discute en doctrina si la interpretación del término “en razón del cargo” en cuanto a si debe ser genérica o específica, ello a propósito de la discusión de la responsabilidad penal de los Alcaldes, Presidentes Regionales o Presidente de la República en procesos por delito de colusión, la misma no ha tenido un pronunciamiento de parte de la Corte Suprema en el delito de colusión, sin embargo, si en el delito de peculado con el comparte en su estructura de tipicidad objetiva el elemento “en razón de su cargo” y en la que debe haber existir una interpretación armoniosa, así se ha discutido en el Caso “Los Diarios Chicha” en el R. N N° 615-2015-Lima emitido por la Sala Penal Permanente de fecha 16 de agosto de 2016 (Ponente: Pariona Pastrana) en el fundamento jurídico 3.2 : *“El tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un funcionario público no in abstracto, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública “en razón de su cargo”, es decir para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, los bienes objeto del delito deben encontrarse en posesión del sujeto activo, en virtud de los deberes o atribuciones de su cargo. Por lo tanto, si dicha vinculación funcional de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no podrá hablarse del delito de peculado. En este sentido, la reglamentación interna del sector se erige como un indicador normativo de las competencias propias pertenecientes al estatus especial en la estructura funcional. En primer orden, no todos son competentes de todo, solo se es responsable por la incorrecta administración personal de su ámbito de competencia. Es decir, cada funcionario responde por el deber especial que tiene determinado su ámbito de organización conforme lo establece el ROF y MOF, y no por todo aquello que acontece, ni por actuaciones inadecuadas de otros funcionario o servidores”.* y en el “Caso Proyecto Chincas” en la Casación 160-2014- El Santa emitido por la Sala Penal Permanente. Voto por mayoría de los magistrados Loli Bonilla, Neyra Flores a los que se adscribieron los magistrados Hinostroza Pariachi y Príncipe Trujillo considerando décimo segundo: *“El Presidente*

Regional tiene deberes con el patrimonio del Estado, en especial administrar los bienes del Gobierno Regional. Este es un elemento del tipo penal que presupone funciones activas de manejo y conducción (gobierno). La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público tiene implícita la vinculación funcional comprendiendo tantas relaciones directas con el caudal, efecto o relaciones mediatas, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego”, considerando décimo tercero : “En ese sentido, no se puede excluir al Presidente Regional de una investigación argumentando que tiene una relación funcional genérica con los bienes del Estado, pues la Ley le ha dado un deber específico: administrar los bienes de la Región, por lo que, en principio, tienen la administración de los recursos de la entidad” y finalmente el considerando décimo cuarto: “Entonces, el hecho de ser Presidente o Gobernador Regional no significa necesariamente la atipicidad de la conducta, la acreditación de la presencia o no de los elementos del tipo penal se verá en el desarrollo del proceso, constituyendo un análisis sobre el fondo del asunto, que no corresponde a una excepción de improcedencia de acción.”

En doctrina nacional, nos adherimos a la posición de (Carrión Díaz, 2018) que comenta la posición de la Corte Suprema en la Casación 160-2014-El Santa en cuanto a la interpretación de la competencia funcional exigida al funcionario sujeto activo en el delito de peculado -y también extensibles para el de colusión- porque ambos comparten en su estructura típica el elemento objetivo “en razón de su cargo”. El autor concluye que:

1. No existe ningún desarrollo doctrinario que inserte la posibilidad de que el funcionario público pueda responder como autor del delito de peculado sea suficiente que ostente un vínculo funcional genérica, por el contrario, la vinculación debe ser una relación directa con el patrimonio público.

2. La sentencia del Caso Diarios Chicha es la contrapartida del Caso Chinecas, mientras la primera exige que la vinculación sea específica, para la segunda basta con una vinculación funcional genérica, a pesar de que luego señalan que la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y el ROF se desprende una vinculación funcional específica.
3. Una imputación a un funcionario público por el delito de peculado en grado de autoría por el solo hecho que el artículo 72 de la Ley Orgánica de las Municipalidades señala que : “ El Gobierno Regional norma y administra sobre sus recursos , bienes y activos conforme a Ley “ o en el artículo 21 f. se indique que tienen la “ función de administrar los bienes y las rentas del Gobierno Regional”, aquello implica una “vinculación funcional genérica” que no permite, si se respeta la configuración del delito de peculado imputar un título de autor. Si aquello no se tiene en cuenta, se llegaría al punto de aceptarse una responsabilidad objetiva, criterio que se encuentra totalmente proscrito en el Código Penal, la imputación no puede ampararse en el alto cargo que ocupa en el Gobierno Regional.
4. Se debe tener presente que, si bien una función genérica no permite imputar a un funcionario como autor, sí le sería posible atribuirle algún supuesto por participación (instigación, cómplice primario y secundario), ese análisis no fue visto por la Corte Suprema en el Caso Chinecas.
5. En el caso Chinecas el Presidente Regional de Ancash no podía responder como autor de peculado, puesto que solo tenía una función genérica y no específica, esto es, no tenía competencia para elaborar las bases ni la selección de la empresa ganadora pues la administración del proyecto estaba a cargo del Director Ejecutivo funcionario que tenía el vínculo funcional específico, además el Presidente Regional tampoco firmó el contrato pues aquello era función del Gerente General.
6. Únicamente podrá ser imputado como autor que el funcionario que ostente una función genérica, cuando ello se encuentre manifiesta en una función específica.

7. Un alcalde o un presidente regional difícilmente pueden responder como autores del delito de peculado, debido a que cumplen una función política, ejecutiva y en cierta parte administrativa, quienes ostentan la administración directa del patrimonio público son por ejemplo el tesorero, el área logística o quien según el ROF o MOF cumpla dicha función específica.
8. En el caso de que el alto funcionario de la organización estatal ordena al tesorero o quien se encuentra en la administración directa del patrimonio de apropiarse indebidamente de los caudales, a pesar de la orden no podrán responder como autores de peculado, porque si bien son funcionarios, no tienen una vinculación específica. Por tanto, el alcalde o presidente regional responderá como partícipe (instigador o cómplice) mientras que el tesorero o funcionario con competencia funcional específica responderá como autor. (pág. 1089 al 1093).

A nuestro modo de ver, el elemento “en razón de su cargo” debe interpretarse en una forma amplia, ya que el funcionario público puede incidir sobre un proceso de contratación mediante opiniones, informes y no sólo desde una interpretación restrictiva señalar que sujeto activo pueda ser el funcionario público que sólo suscribe el contrato o que solamente pertenezca al Comité Especial de Selección. Entonces, no puede ser autor quien no es funcionario público o quien siendo funcionario público carece del elemento “en razón de su cargo” (vg. un asistente administrativo de la oficina de planificación, el Jefe de la Oficina de Control Patrimonial, miembro del Consejo Directivo, la secretaria letrada y asesora legal interna de la Junta Liquidador de una Empresa Estatal, etc.) (Castillo Alva J. L., 2017).

Ahora bien, nos preguntamos *¿qué sucede si un funcionario público sin competencia funcional específica que interviene en el proceso de contratación estatal y brinda un aporte para la materialización del acuerdo colusorio defraudatorio?* aquel no podrá responder bajo un título de imputación de autoría, porque obviamente hay ausencia de vínculo funcional específico, pero ello no quiere decir que existe una atipicidad

en su conducta, ya que, si respondería el funcionario público bajo un título de imputación de cómplice primario en el delito de colusión. En doctrina nacional, (Rojas Vargas, Estudios fundamentales de la Parte General y Parte Especial, 2013) señala sobre la complicidad del funcionario público en el delito de colusión que: *“la complicidad del intraneus se trata de sujetos públicos sin poder de decisión en las negociaciones ilegales, pues de tenerlo, serán coautores, circunscribiéndose a las contribuciones de dichos cómplices tanto a actos materiales de contribución como a reforzamientos psíquicos de colaboración, igualmente pueden ser de naturaleza primaria o secundaria”*. (pág. 412). Del mismo modo, en doctrina nacional (Castillo Alva J. L., 2017) señala que: *“Quien ejerce el poder en una entidad estatal e influye y determina en un concreto proceso de contratación si bien no puede ser autor del hecho al carecer de competencia funcional específica para contratar, es posible que pueda realizar cualquier forma de participación criminal: complicidad o instigación. La falta de competencia funcional, pero al mismo tiempo el ejercicio del poder e influencia por parte de un funcionario no quiere decir que sea ajeno del todo a un contrato estatal y que no pueda determinar en un concreto y específico proceso de contratación en cualquiera de sus fases: preparatoria, selección y ejecución. Incluso es posible imputar autoría si dicho funcionario domina o maneja el proceso de contratación de modo “indirecto”* (pág. 176 y 177).

Finalmente, respecto a la intervención directa e indirecta del funcionario público. Debemos señalar que en el caso de la intervención directa no resulta problemático, un ejemplo clásico de dicha forma de intervención serían los Comités Especiales que se concertan directamente con el privado. Las dudas comienzan a darse en cuanto a la intervención indirecta, es allí donde el funcionario que tiene el deber especial de contratación se colude con los interesados, no de manera directa, sino a través del intermediario, apunta (Pariona Arana, 2017) que antes de la reforma legislativa de la actual fórmula típica de colusión esto era resuelto aplicado con las reglas de autoría mediata sin embargo de lege lata no hay mayor problema para solucionarlo haciendo responder al funcionario público como autor pues la redacción típica actual sanciona la “intervención indirecta”. La razón del castigo de la intervención indirecta

lo que busca es comprender dentro de los alcances la actuación de “un funcionario de atrás” que sin aparecer de manera evidente en el proceso de contratación lo dirige, orienta, y determina hacia un determinado fin, se trata en palabras de (Castillo Alva J. L., 2017) de: “*castigar al funcionario encubierto, al flautista, a quien dirige real y materialmente la contratación estatal, se busca alcanzar penalmente a quien detenta el poder material en la contratación más allá de competencias formales*” (pág. 318). Será usual la atribución de responsabilidad penal por intervención indirecta a funcionarios de la alta dirección de la organización estatal (alcaldes, gobernadores, gerentes) que influye, determina y actúa sobre los órganos especializados a fin de favorecer a un contratista en razón a un acuerdo colusorio, lo particular es que no basta una mera “posibilidad de intervención indirectamente”, sino que debe existir una intervención real y material debidamente acreditada.

I.2.1.3. SUJETO PASIVO

Es el Estado, específicamente la organización estatal en donde se lleva cabo el proceso de contratación estatal en el que se realiza la concertación y fraude. Una cuestión importante que hace notar recientemente en doctrina nacional (Pariona Arana, 2017), es que, si bien es cierto, es de común acuerdo que el Estado es el sujeto pasivo del delito de colusión, también es posible considerar que particulares pueden ser perjudicados a causa de la concertación defraudatoria y puedan intervenir como parte civil para la reparación civil en el proceso penal por el delito de colusión., así refiere que : “ *si bien el tipo penal de colusión ha sido creado para defender los interés del Estado y no de los particulares, es importante mencionar que la responsabilidad civil se genera por un acto comisivo u omisivo de naturaleza ilícito, en tanto produce un daño efectivo y cierto que se traduce en el detrimento de un bien que constituye el objeto de un interés jurídicamente tutelado y que es susceptible de reparación económica*” (pág. 38 y 39)

I.2.1.4. COMPORTAMIENTO TÍPICO

A. ACUERDO COLUSORIO

En el presente apartado realizamos un análisis pretendiendo establecer algunas exigencias fácticas mínimas que posee una concertación penalmente relevante, asimismo un breve análisis sobre sus aspectos jurídico-penales.

A.1. ANÁLISIS FÁCTICO DEL ACUERDO COLUSORIO

El punto de partida para un análisis fáctico parte de entender que en el delito de colusión “*una cosa es el acto en el cual se revela el acuerdo colusorio (vg. firma del contrato, entrega, recepciones de bienes, entre otros) y otra muy distinta el acuerdo colusorio al que llegan los funcionarios y los terceros interesados. El acuerdo colusorio es previo y anterior al acto que se revela, manifiesta o exterioriza incide en cualquier etapa del proceso de contratación estatal. Por ello, hay que subrayar que la actividad probatoria y de investigación se dirige no a probar la consecuencia del acuerdo ilícito (vg. suscripción del contrato, de una adenda, conformidad del servicio, etc.) y en el que se plasma la concertación sino la causa de este: la concertación ilegal. Lo que la ley penal prohíbe no es el acto en el que plasma y refleja la voluntad de contratación o de ejecución contractual, sino el acto que le precede y que es finalmente el causante de que el Estado contrate en condiciones desventajosas o perjudiciales, sea que dicho acto se manifiesta al momento de preparar el contrato, en la selección del postor o en la ejecución del contrato*”. (Castillo Alva, 2017, pág. 257 y 258)

(Arismendiz Amaya, 2018) plantea que el pacto colusorio tiene que ser entendido desde una perspectiva normativa, esto es, concertación no puede ser entendido como un elemento descriptivo del tipo penal propio de un escenario fenomenológico

en el cual se exige, fácticamente, el acuerdo de voluntades y para fines de su probanza porque demostrar que el funcionario y el privado conversaron, dialogaron y lograron conocerse fenomenológicamente, por ello afirma que: *“concertar no es el acuerdo de voluntades fácticas entre intraneus y extraneus , sino por el contrario, concertar es la comunicación entre el funcionario y el privado , por lo tanto, la comunicación no resulta ser la expresión fonética propios del habla o del lenguaje corporal del ser humano (situaciones afines a reuniones fácticas , propias de charlas, conversaciones, llamadas telefónicas, mensajes de textos, correos electrónicos, etc.), sino por el contrario, entiéndase por comunicación al proceso de interacción desplegado por una persona según el rol social el mismo que aparecerá materializado a través del ejercicio de los deberes y derechos , por tanto, el intraneus responderá en la medida que incumple su rol especial , por otro lado, el interesado responderá en la medida que quebrante su rol general de no dañar, por ello, en el escenario probatorio aparecerá circunscrito la verificación de las expectativas sociales del funcionario y particular que intervienen un proceso de contratación estatal”* (pág. 407 y 410).

Sin embargo, nosotros no estamos de acuerdo con dicha postura, porque no es coherente con la estructura de imputación material de delito de infracción del deber con cuotas de dominio, que es la posición asumida en la presente investigación, la razón fundamental es que el acuerdo colusorio constituye el lado de dominio u organización del tipo penal de colusión en el cual se encuentran los comportamientos del funcionario público y del tercero interesado en el que también debemos recordar tiene una naturaleza de un delito de participación necesaria

El acuerdo colusorio debe darse en algunos de los aspectos esenciales del contrato estatal en sinergia con la etapa de contratación en que se produzca, por ejemplo (los plazos del servicio en la etapa de ejecución contractual) siendo así que, se requiere una precisión de qué tipo de contrato, por ejemplo, si es un contrato de obra, de bienes, de servicios (Castillo Alva, 2017, pág. 231); *contrario sensu* una referencia genérica de sólo

“un contrato estatal” importará una vaguedad e indeterminación para afirmar un hecho que suponga un acuerdo colusorio no cumpliendo con una exigencia fáctica mínima que es la sinergia en la concertación entre el aspecto esencial del contrato, la etapa de la contratación y el tipo de contrato.

Asimismo, la concertación si bien puede ser realizada en un acto, es totalmente plausible que se realice en una pluralidad de actos o acciones de los funcionarios y los terceros interesados. (Castillo Alva, 2017, pág. 231). Por tanto, la concertación puede ser en un solo acto como también en un conjunto de actos dirigidos a plasmar una decisión y sellar una concertación.

En esta misma línea, (Vidal Cordova, 2018) con mucha claridad afirma que: *“el acuerdo defraudatorio debe ser cabal o real, de modo que, no basta la solicitud o requerimiento para llegar a un acuerdo sino que este debe haberse producido y aceptado por todas las partes intervinientes, incluso , aun cuando el funcionario o el privado haya aceptado la reunión, si esta no se llega a producir no existirá un acuerdo colusorio, entonces a juicio del autor lo clave para que el acuerdo colusorio sea tal no es necesario que las partes expongan de manera verbal o escrita su voluntad, sino que este también puede tener lugar por actos concluyentes- actos posteriores que, sin haber existido realmente un acuerdo, se ejecutan tal como si fueran consecuencia de una concertación, es decir, en reciprocidad”* (pág. 19 y 20) . La concertación puede ser en un solo acto como también en un conjunto de actos dirigidos a plasmar una decisión y sellar una concertación.

Siguiendo a (Castillo Alva J. L., 2017), podemos afirmar que el acuerdo colusorio debe distinguirse de la mera propuesta, la simple solicitud o el ofrecimiento que realiza el particular o el funcionario, pues la propuesta todavía no importa el acuerdo o la acción de concertar. Incluso la aceptación de la propuesta no implica que haya colusión o concertación para defraudar al estado si es que, por ejemplo, ella no es definitiva o concluyente (pág.

248), considerar lo contrario, sería un adelantamiento ilegítimo del *ius puniendi* : principio de mínima intervención y de legalidad proscriben las sanciones de meros requerimientos, ofrecimientos, propuestas o solicitudes. (Pariona Arana, 2017, pág. 50)

Del mismo modo, otra exigencia factual para el acuerdo colusorio es que el mismo sea real, se exige que el mismo realmente ocurrido y se encuentre referenciado en sus circunstancias en la medida de lo posible -de modo, tiempo y lugar-. Siendo así que, *“las sospechas de acuerdo colusorio”, “la presencia de algunos indicadores objetivos de dicha situación de ilegalidad” merece ser esclarecida en una investigación fiscal, pero para dictar una sentencia condenatoria ha de acreditarse la concertación ilegal más allá de toda duda razonable, resultando dicha postura compartida por nosotros.* (Castillo Alva, 2017, pág. 232)

Al respecto, en el R.N N° 2673-2014 emitido por la Sala Penal Transitoria de fecha 11 de mayo del 2016 (Ponente: Prado Saldarriaga) fundamento jurídico octavo: *“Que el argumento de la decisión cuestionada, más allá que concluyó por la responsabilidad de los citados acusados, alegando solo irregularidades como haber efectuado cotizaciones a un solo proveedor, entregando materiales para la fabricación de los tachos de basura y haber autorizado el desembolso de anticipos, sin que estos estén sustentados debidamente, no explica de forma concreta y adecuada cuáles serían los actos colusorios que estos realizaron con el extraneus para acreditar su responsabilidad en el delito imputado, pues para la configuración del delito de colusión , el tipo exige que el funcionario público concierte con los particulares, en el caso de autos con el sentenciado Mauro Antonio Porras (extraneus) para defraudar al estado . Pero no se hace referencia a concertación alguna con dicho imputado, por ende, no se efectuó una adecuada fundamentación de la*

decisión judicial, tal y como exige el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución del Estado”

Una exigencia fáctica mínima es que el acuerdo colusorio sea serio, verosímil y de plausibilidad racional, estos requisitos permiten depurar: i) acuerdos extravagantes ii) acuerdos imposible realización fáctica o jurídica (vg. cuando se produce un acuerdo colusorio para la venta de la Plaza de Armas, Palacio de Gobierno, o general se trata de un contrato estatal de imposible realización o ejecución) (Castillo Alva, 2017, pág. 233).

El acuerdo colusorio puede ser a título oneroso o gratuito, sin embargo, al ser oneroso no será necesario la probanza del monto dinerario, al respecto así lo expresa el R.N N° 1815-2009 Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado): *“el delito de colusión no se requiere probar que entre las partes que concertación en perjuicio al Estado medio alguna contraprestación pecuniaria”*.

Otra exigencia fáctica de la concertación reside en la individualización de funcionario público y privado que intervienen en el acuerdo colusorio, no olvidemos que la colusión al tratarse de un tipo penal de participación necesaria requiere una identificación de cada uno de los sujetos intervinientes (funcionario o funcionarios públicos y el privado o los privados) en la acción de concertación la cual es un acto bilateral y no unilateral.

En doctrina nacional uno de los autores que analiza la individualización del funcionario y privado es el destacado penalista (Castillo Alva J. L., 2017), así entonces, recogemos cuatro consideraciones importantes que hace al respecto: i) El fundamento de la exigencia de la individualización e identificación del funcionario y de los terceros interesados reside

en el principio de legalidad y el principio de presunción de inocencia. ii) La individualización del funcionario público exige que se establezca con meridiana claridad las funciones que desempeñaba, la fecha de ingreso a la función y el cargo públicos desde el cual intervino. iii) Observamos que Castillo Alva no describe cuales serían los aspectos a considerar en la individualización del privado, no obstante, podemos afirmar que siguiendo con nuestra posición de identificar las competencias del rol social que cumplen tanto funcionario y privado para la imputación penal, entonces diremos que: resultará clave en el caso de los privados advertir que en general estos tienen que cumplir el deber de no intervenir en pactos colusorios para una contratación estatal, no obstante, de modo específico cuando ya están dentro del proceso de contratación se deberá observar en las normas administrativas (Ley de Contratación con el Estado, Reglamento, Contrato Estatal, etc.) la determinación de cuáles son los límites de las atribuciones que tiene este durante el desarrollo del proceso de contratación, a fin de poder saber que la vulneración de dichos deberes que enmarca su rol social de postor, contratista, proveedor, etc. convergen con la infracción de las competencias institucionales del funcionario cuya finalidad común es de un fraude a la administración pública.

Se ha calificado en la doctrina peruana al delito de colusión como un injusto que refleja una modalidad típica referenciada, en la medida que solo castiga una exclusiva conducta comisiva como es la concertación entre los interesados (funcionarios y contratistas). Siendo así que, al ser un tipo penal especial cuyo núcleo del injusto se define en la descripción típica de ciertas modalidades tasadas o limitadas de acción y que en el caso del tipo penal de colusión se reflejan en el acuerdo colusorio entre funcionarios e interesados. (Castillo Alva, 2017, pág. 238).

Mayoritariamente, la doctrina nacional y la jurisprudencia es de la postura que el delito de colusión es un delito de participación o un delito plurisubjetivo, específicamente, un delito de encuentro porque concurren en el injusto penal conductas desplegadas por diferentes sujetos (funcionario y privado) que buscan una misma finalidad (concertar defraudatoriamente).

Otro punto al analizar las exigencias fácticas de la concertación es el que se vincula respecto a la clandestinidad del acuerdo colusorio. El problema identifica la doctrina nacional se origina en la jurisprudencia nacional quien frecuentemente cuando se refiere a este supuesto de hecho utiliza la expresión de que: “el delito de colusión supone un pacto “clandestino”, “oculto” o “subrepticio”, entonces, las interrogantes que se plantean son: i) ¿necesariamente todo acuerdo colusorio para ser típico de colusión (simple o agravada) debe ser clandestino? ii) ¿cuál es la implica del carácter de clandestinidad en el supuesto de hecho típico: acuerdo colusorio?

En doctrina nacional, (Pariona Arana, 2017) señala que si revisamos el artículo 384 de nuestro Código Penal podremos notar que el injusto de colusión no señala si la concertación debe ser clandestina o no. En consecuencia, este no resulta ser un elemento del tipo, ya que lo contrario supondría que determinados casos donde la concertación no se realiza de forma clandestina o deja de serlo en el transcurso de la acción, deriven en conductas contradictorias con el tipo penal, incluso atípicas en la configuración del delito. Afirma enérgicamente el autor que esta forma de interpretación vaciaría de contenido la norma penal, pues esta solo exige que la concertación del funcionario con el interesado, pudiéndose materializar esta conducta prohibida en un contexto clandestino o no, sin embargo, afirma que la clandestinidad supone una “modalidad o forma” de proceder frecuentemente en la casuística y es por ello que la jurisprudencia

opta por incluir el contexto de clandestinidad para fundamentar el delito de colusión por lo cual no debe prescindir de los alcances interpretativos hallados por la judicatura nacional cuando corrobora que la concertación casi siempre se da en contextos subrepticios, libres de controles de la institución y opinión pública. (pág. 48 y 49).

En la jurisprudencia nacional podemos notar que por ejemplo en el R. N N° 284-2013 explica el carácter de clandestinidad del delito de colusión precisa que: “El acuerdo ha de ser ilegal y no justificado por el derecho, esto es, oculto o clandestino: no conocido más allá de quienes intervienen en el acuerdo, especialmente fuera del conocimiento y alcance de los órganos vinculados al sistema de control- no necesariamente ha de haber manipulaciones o maniobras engañosas-”.

En suma, podemos concluir que la clandestinidad no es un elemento del tipo objetivo del tipo penal de colusión, sino que es una forma de contexto de realización típica. Y si esto es así, puede haber dos formas de comisión del acuerdo colusorio: *i) en contextos de clandestinidad y ii) en contextos no clandestinos*. Asimismo, el carácter de una concertación clandestina resulta ser la forma más frecuente del delito de colusión.

Hay que tener presente que la imputación de cargos del acuerdo colusorio en el tipo penal de colusión en un contexto de realización típica clandestina no debe soslayar el deber de establecer una correcta imputación necesaria de parte del persecutor penal, así se afirma que: “*no resulta correcto partir de que todos los delitos de comisión clandestina (vg. abuso sexual, colusión, lavado de activos, etc.) tienen como característica común y predominante que no se pueda determinar el marco temporal y las circunstancias especiales del crimen, de tal modo que, en estos casos*

sea posible prescindir automáticamente de este requisito". (Castillo Alva J. L., 2017, pág. 296)

Otro ámbito controvertido en las exigencias fácticas del acuerdo colusorio es la cuestión de si existe un supuesto de hecho de concertación debe existir necesariamente una infracción de una norma extrapenal (vg. reglamento, directivas, MOF, ROF, recomendaciones de organismos de decisión o supervisión, entre otros que tengan idoneidad para establecer pautas de decisiones). La respuesta es que no necesariamente para que se materialice un acuerdo colusorio se requiere la infracción de una norma, máxime reconoce que es un indicativo, pero basta que se incurra en una infracción de los deberes funcionariales contraria a los principios y objetivos institucionales de la organización del Estado y que ocasionen un riesgo prohibido que tenga idoneidad para defraudar al Estado, esto es, que se asuma conscientemente un riesgo contrapuesto con los intereses institucionales utilizando soluciones de naturaleza y contenido distintos a los admitidos o aplicando un razonamiento cuyo alcance propio y específico resulta perjudicial para los intereses económicas de la institución (Cáceres Julca, 2016, pág. 208 y 209)

En el ámbito factual de la concertación se requiere que el persecutor penal individualice de manera acabada, completa y minuciosa la modalidad comisiva o la forma como aconteció el acuerdo colusorio entre el funcionario y el privado, puesto que, afirmar que existe una concertación entre un funcionario y un privado, sin que se precise el cómo, cuándo y dónde o la forma que revistió dicho acuerdo se reputara como una imputación fáctica deficiente, vaga y genérica, pues como apunta (Castillo Alva J. L., 2017)“concertar” es un verbo transitivo y por tanto requiere una delimitación precisa y acabada por parte del persecutor penal al momento de la imputación de su cargos pues

este tiene la “carga fáctica” de atribución de la comisión de hechos de relevancia jurídico penal que configuran un delito.

Consideramos que dicha postura es correcta, en la medida en que el respeto al principio de imputación necesaria no admite una excepción de su vigencia para la imputación fáctica de algunos delitos como el de colusión ni tampoco es de recibo una suerte de “flexibilización” de la imputación necesaria para este delito funcional porque la exigencia de una imputación necesaria resulta ser aplicado de modo homogéneo para todos los delitos de nuestro Código Penal, así en palabras del procesalista colombiano (Gomez Pabon, 2018): *“ la imputación de cargos es un acto relacional que implica acción y comunicación, o de manera más clara acción e imputación, pues como es de su esencia estructural, formal y material, lo que la fiscalía atribuye o imputa no es una mera comunicación, sino la comisión de una conducta humana con relevancia jurídico penal”*

Otro aspecto factual importante es que se debe identificar si la intervención del funcionario público en el acuerdo colusorio fue directa o interpósita persona. En la colusión directa tanto el funcionario público y el privado de modo directo y sin intermediación de una persona acuerdan las condiciones del contrato, el direccionamiento de este o determinadas condiciones en la ejecución contractual. Mientras que, en la colusión interpósita persona la concertación se lleva a cabo a través de otras personas que facilitan, promueven o concretan o logran la concertación, de modo que, el acuerdo colusorio se produce a través de terceros que se desempeñan como intermediarios en la concreción y cierre de la concertación. Sobre los terceros intermediarios pueden ser particulares, trabajadores, encargados de hacer lobby o también de funcionarios públicos, etc.

A nivel probatorio tiene consecuencias, ya que, el fiscal al determinar el del objeto de la imputación debe ser cuidadoso al momento de individualizar la forma y modalidad de la colusión ya que no es lo mismo plantear una imputación por colusión directa que una colusión por persona interpuesta. En el caso de la colusión directa deberá probarse que hubo un acuerdo colusorio entre privado y funcionario y en el segundo se deberá probar que la concertación se produjo y realizó a través de terceros que ayudaron a facilitar o sellar el pacto colusorio.

Otra cuestión muy controvertida en el aspecto factual del acuerdo colusorio reside en si debería reducirse la interpretación del acuerdo colusorio como un sinónimo de una maniobra engañosa y de dar apariencias de actitudes legítimas, por lo cual, se exigiría para la tipicidad objetiva de la colusión una maniobra engañosa con el fin de inducir a error a la entidad estatal generando un desplazamiento patrimonial, dicha interpretación se sustenta en la postura que considera que el delito de colusión es una figura similar al delito de estafa y que tiene como especial particularidad la afectación del patrimonio del Estado y no de una persona cualquiera, dicho criterio ha sido asumido por algún sector jurisprudencial, así el R. N N° 1819-2013 (Ponente : Villa Sean) señala que : “ la concertación debe darse de manera fraudulenta, es decir, mediante maniobras de engaño, dando la apariencia de actitudes legítimas, ocultando los hechos a la otra parte” o por ejemplo en el R. N N° 1621-2009 (Ponente: San Martín Castro) cuando señala que *“se ha de realizar maniobras de engaño , llevar a cabo diversas modalidades confabuladoras enderezadas a perjudicar económicamente a la Administración, a lesionar los intereses patrimoniales o la regularidad y corrección del servicio público”*. Sin embargo, en la doctrina nacional, (Castillo Alva J. L., 2017) ha criticado dicha postura al reducir la interpretación de la concertación al engaño, máxime, no niega que a veces hay acuerdos colusorios que pueda revestir la forma a un engaño al

Estado, siendo sus fundamentos los siguientes: 1. El funcionario público con competencia funcional tiene en su dominio en desarrollo del iter negocial y desplazamiento patrimonial y al coludirse con el privado sabe los alcances y límites del acto de concierto en donde incluso como es usual interviene en diferentes momentos y cuenta con el poder de decisión que le permite justamente concretar el fraude 2. Para defraudar la confianza de una persona no siempre se tiene que engañar a esta, induciéndola a error. El engaño es una forma de defraudación que no agota su sentido ni la variedad de conductas que puedan ser recogidas en el tipo penal 3. No es posible equiparación del incumplimiento de deberes funcionales tendientes a lograr una negociación exitosa que beneficia a la entidad estatal o a una parte de ella con la realización de una maniobra engañosa 4. La afectación al patrimonio estatal no tiene como causa una supuesta maniobra engañosa, en realidad, en el delito de colusión hay un comportamiento distinto a un engaño ya que el particular y el funcionario se ponen de acuerdo de manera consciente y deliberada para perjudicar al Estado. Ni los particulares inducen a error a los funcionarios ni los funcionarios inducen a error a los particulares, entre ellos no hay engaños sino un acuerdo plenamente consciente y libre en cualquiera de las etapas del contrato estatal 5. Se confunde el hecho de realizar una negociación a espaldas o en contra de los intereses estatales con la ejecución de un acto engañoso pasando por alto que una cosa es ignorar los intereses de la entidad pública y otra muy distinta es engañar. (pág. 293 y 294).

Finalmente, un análisis factual de la concertación nos demuestra que existen exigencias fácticas mínimas que se deben cumplir para poder imputar aquel a los intraneus y extraneus, empero, no desconocemos que la concertación en palabras de Cáceres Julca es *“un fenómeno multicausal y sujeto a un sinnúmero de condicionantes que varían considerablemente de acuerdo a la forma*

que adquiere el pacto colusorio, el tiempo en que se comete, las personas que intervienen, incluso varía de acuerdo al lugar donde se realiza” (Cáceres Julca, 2016, pág. 210).

A.2. ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DEL ACUERDO COLUSORIO

Por otro lado, desde un análisis jurídico penal del acuerdo colusorio es clave entender que :*“no toda acción de ponerse de acuerdo es relevante para el derecho penal ni crea el riesgo penalmente previsto por la norma”* (Castillo Alva J. L., 2008, pág. 118) , puesto que, la concertación no es ilícita *per se*, ya que, puede ocurrir que un funcionario, en representación de una institución pública en el marco de un contrato público se reúna y llegue acuerdos lícitos con el interesado por tanto existe un supuesto de concertación lícita que no es típicamente relevante del injusto de colusión ilegal.

En la misma línea, se ha precisado que si en el caso en concreto no se da un acuerdo ilegal entonces no se podrá sancionar el hecho como delito de colusión , a pesar que se produzca una defraudación , en todo caso , se deberá recurrir a otro ilícito penal (patrocinio ilegal, negociación incompatible u otros) dependiendo de la manifestación fáctica del comportamiento o dejar su sanción a las normas administrativas (Pariona Arana, 2017, pág. 42). Se excluyen del ámbito de tipicidad objetiva del delito de colusión las concertaciones ventajosas para el Estado , tanto por la forma y modo que se llevó a cabo el acuerdo como por inexistencia de perjuicio, por ejemplo, si el funcionario o comisión a cargo del proceso de contratación cumplido con respetar el procedimiento o los requisitos para llegar al acuerdo y dicha acción trajo consecuencias favorables para el Estado tanto en precio y/o calidad del servicio o bien pactado, no habrá ni desvalor de acción ni de resultado. (Castillo Alva J. L., 2017, pág. 289).

Otro supuesto de exclusión de tipicidad de colusión reside en que no habiendo una concertación defraudatoria entre funcionario y privado, sino una participación regular de proveedores sin ningún ingrediente de ilicitud se produzca un perjuicio patrimonial al Estado y que dicho daño no dependa ni haya sido controlado por las partes, por ejemplo, en un contrato para la obtención de un bien (maquinaria) la cual el proveedor la adquiere de una concesionaria ha sido adecuada, pero resulta que tienen defectos de fabricación en su estructura y de la que es responsable la casa matriz de la maquinaria, si bien hay un resultado perjudicial dicho evento no se debe a la creación de un riesgo prohibido o una conducta que realiza el núcleo del injusto penal. Asimismo al momento de efectuar la valoración de la relevancia penal de la concertación no interesa si la iniciativa de la concertación ilegal partió del funcionario o del interesado a diferencia de lo que ocurre con el delito de cohecho que sí impone un tratamiento de mayor drasticidad punitiva en su caso si tuvo la iniciativa del pacto venial el funcionario, pero en la colusión no interesa quien propuso el acuerdo de voluntades, solo basta que se haya producido (Castillo Alva, 2017, pág. 262).

Según la doctrina mayoritaria, el acuerdo colusorio para ser típico debe ser idóneo, siendo así que esta se expresa en la capacidad de poner en peligro el patrimonio del Estado durante el trámite del proceso de contratación pública.

Al respecto, en doctrina nacional (Castillo Alva J. L., 2017) nos brinda algunos ejemplos de una concertación inidónea: a) La que se produce entre un funcionario público absolutamente incompetente (vg. portero de una entidad y un particular) b) Si el acuerdo se produce con anterioridad al inicio de un concreto proceso de contratación (vg. antes de que se formule el requerimiento técnico por el área usuaria de la entidad. c) La concertación se realiza luego de culminado o extinto el contrato estatal (vg. la resolución del contrato por alguna de las partes que

no es impugnada en forma alguna. d) El acuerdo colusorio para que sea relevante típicamente solo se puede producir en el marco de un proceso de contratación o adquisición pública, de otra forma no es idóneo para poner en peligro el patrimonio estatal. (pág. 260).

Es opinión unánime en la doctrina nacional señalar que no cabe la realización de un delito de colusión mediante una omisión pura de garante, debido a que, el acuerdo colusorio devela la existencia de una conducta comisiva, de un actuar positivo tanto del funcionario público y del privado que desde sus distintas posiciones infrinjan sus competencias institucionales y de organización respectivamente, empero de dicho quebrantamiento funcional autónomas su voluntades se encuentran en la acción de concertación (conducta típica de la colusión) con el objeto de perjudicar económicamente al Estado, puesto que, el contexto de realización típica de la conducta se debe dar dentro del iter de un proceso de contratación pública lo que implica un contenido pecuniario indefectiblemente. Es menester entender que una omisión pura del funcionario público podrá tener una relevancia típica para el delito de omisión de actos funcionales o de ser el caso una infracción administrativa que puede ser vista en sede administrativa sancionadora o disciplinaria, pero no constituirá un delito de colusión, además se debe evaluar también que existe un aporte necesario del intraneus, sin aquella, no podemos formar un juicio de desaprobación típica. En la jurisprudencia de la Corte Suprema dicha posición es unánime, al respecto es ilustrativa el R. N N° 1969-2012- La Libertad emitida por la Sala Penal Permanente de fecha 16 de enero del 2014 (Ponente: Pariona Pastrana).

Finalmente, podemos concluir este apartado recordando que la tipicidad representa la puerta de entrada para analizar la relevancia jurídico penal de la conducta (Andrés Ibañez, Los hechos en la sentencia penal, 2005, pág. 113), por tanto, se

afirma que la búsqueda de la verdad procesal supone la búsqueda de la verdad típica. (Sanchez Vera Gomez Trelles, Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal , 2012, pág. 125).

I.2.1.5. LA DEFRAUDACIÓN

La doctrina nacional mayoritaria coincide en que la interpretación del “defraudar” debe ser entendido como sinónimo de perjuicio patrimonial. El objeto de la concertación en el delito de colusión es defraudar al Estado, empero la materialización presenta dos resultados disímiles: un resultado de peligro, en la colusión simple y un resultado de lesión en la colusión agravada. En doctrina, han señalado correctamente que, en el caso de la colusión simple como finalidad a alcanzar , ello se desprende del término “para” o en el caso del delito de colusión agravada como un resultado necesario ello se desprende del término “defraudaré”. (Pariona Arana, 2017, pág. 50)

En tal sentido, el elemento diferenciador del tipo penal de colusión simple y agravada reside en el “defraudar”, cuya interpretación tanto por la doctrina y jurisprudencia en su mayoría significa un perjuicio económico al Estado. El perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado posee una variada gama en cuanto a su etiología y causas, el acuerdo colusorio solo viene a ser una fuente concreta y determinada de otras categorías más amplias para lograr una defraudación que se pueda generar al sistema de contratación y patrimonio del Estado. En suma, de los posibles conductas y peligros que puedan perjudicar al patrimonio del Estado al artículo 384 del Código Penal sólo le interesa prohibir una conducta: la concertación entre funcionarios y privados (Castillo Alva, 2017, pág. 236), aquello es el fin de protección de la norma. Una observación importante de hacer, es que el perjuicio que puede sufrir una entidad del Estado no sólo por el incumplimiento total o parcial de un contrato o derivado de la existencia de acuerdos colusorios , sino de múltiples factores como un deficiente requerimiento técnico del área usuaria, un inadecuado estudio de mercado,

la no presentación de los mejores proveedores y agentes, la negligencia en buscar una mejor optimización y cuidado en la elección del mejor postor, tomar en cuenta el precio y no la calidad del producto (bien o servicio), las causas extraordinarias e imprevistas sobrevinientes al proceso de contratación. (Castillo Alva, 2017, pág. 235)

No existirá perjuicio económico al Estado si la oferta económica aceptada fue menor al valor estimado en el mercado por el Estado para la ejecución de la obra y se produjo un ahorro, no se modificó la calidad del bien, su duración o mantenimiento y plazo de entrega de la obra, en suma, no hay perjuicio si se obtuvo una ventaja para la entidad estatal. No toda compra de un bien a un precio debajo del precio en el mercado es una buena compra, dado que a dicho bien le puede faltar condiciones de calidad adecuada. El pago de un precio superior por un bien puede estar justificado según las características. (Castillo Alva J. L., 2017). Asimismo, la defraudación patrimonial debe ser entendida no sólo como la disminución del patrimonio estatal, sino también como la posibilidad de aumento del patrimonio del Estado, pues en los casos que el Estado venda un bien o realice una prestación (por ejemplo una subasta) se busca el beneficio acorde con los parámetros que el mercado establezca. (Martínez Huamán, El estado actual del delito de colusión. A propósito de la Casación 660-2016-Piura, 2017).

Una de las formas más comunes de la expresión de una defraudación a la entidad en los casos de una sobrevalorización o de una subvaluación, en ambos para acreditar las mismas se requiere de modo necesario una pericia valorativa, sin embargo, en otros casos que tengan que ver por ejemplo con un contrato público de bienes, servicios u obra que se haya criminalizado, esto es, en donde haya existido una concertación defraudatoria que constaba por ejemplo en que el proveedor o el contratista deliberadamente sólo daría la mitad de los bienes objeto del contrato o que cumpliría con el ochenta por ciento del servicio o la obra, pero a pesar

de ello, la entidad estatal desplaza el patrimonio del estado a pagar por dicho contrato estatal como si se hubiera cumplido de forma total, esto es, que se entregaron todos los bienes o se realizó al cien por ciento un servicio y una obra, en dichos casos, considero que no resultará necesario e imprescindible una prueba pericial para probar el perjuicio patrimonial, al respecto ya la Corte Suprema en la Casación 660-2016- Piura es clara cuando advierte que una prueba idónea - obsérvese que no se utiliza el término “necesaria” - que logra establecer el perjuicio económico es la pericia contable, en tanto, sea concreta y específica para acreditar el perjuicio económico al Estado sea probable o efectivo, es decir, lo único que dice la jurisprudencia citada es resaltar la idoneidad del medio de prueba pericial para acreditar dicho hecho frente a otros medios probatorios, dicha postura es defendida en la doctrina por el profesor Guillermo Bringas.

En opinión de (Castillo Alva J. L., 2017), el perjuicio económico no es necesario que derive de manera inmediata sin solución de continuidad del acto de concertación, dicho elemento puede aparecer después de efectuado el acuerdo colusorio, asimismo, tampoco se exige una simultaneidad entre concertación y perjuicio ya que el mismo puede darse en cualquier etapa del proceso de contratación estatal el cual por su naturaleza tiene un componente estrictamente económico en caso de ser otro tipo de perjuicio será de irrelevancia jurídico penal.. Normalmente, según la casuística, el perjuicio patrimonial se presenta durante la etapa de ejecución del contrato, es decir, luego de perfeccionado el contrato estatal a través de la suscripción por las partes contratantes privado y Estado.

I.2.2. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Sobre el momento consumativo en el delito de colusión simple y el delito de colusión agravada hay un consenso en la doctrina, así y jurisprudencia nacional, por ejemplo el R. N N° 341-2015-Lima de fecha 04 de noviembre

del 2015 que refiere que: “La colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un perjuicio patrimonial ni de que se verifique la obtención de la ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como finalidad defraudar al patrimonio estatal. Mientras que para que configurase como colusión agravada, es necesario que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando un perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal”. Recientemente la Casación 660-2016- Piura emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de fecha 11 de julio del 2017 que constituye doctrina jurisprudencial vinculante en el considerando décimo quinto: “(...) Así, la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la Administración Pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse la colusión agravada es necesario que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal”. Además, señala que la colusión simple exige para su concurrencia dos elementos típicos: a) La concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y b) El peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Así, la modalidad simple de colusión constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta (“para defraudar”). En tanto que para la configuración de la colusión agravada “es necesario que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal”. Igualmente, señala que la colusión agravada es 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, la razón de ser de la misma creemos estriba en que se ha identificado correctamente el modo de ofensa del bien jurídico que se sustenta el binomio: “tipo de lesión/ tipo de peligro (concreto – abstracto)”.

En doctrina nacional, (Castillo Alva J. L., 2017) apunta que : *“habiendo un acuerdo que se revela por ejemplo a través del incumplimiento grosero del procedimiento administrativo dicha concertación no genera consecuencias perjudiciales al erario público ni provoque un perjuicio económico a la entidad estatal. Estos casos se tratan de una concertación frustrada que no llega a tener éxito, esto puede ocurrir por un hecho fortuito (vg. la adquisición de un producto que luego eleva su precio drásticamente en el mercado internacional; hay un incremento de la demanda) o porque habiendo una concertación hay un cálculo fallido de ganancia (vg. Se cree que el comisionista va a salir beneficiado económicamente cuando finalmente pierde), en dichos casos estamos ante la presencia de un caso de una responsabilidad penal en grado de tentativa de colusión agravada que es lo mismo que colusión simple”.* (pág. 220)

I.2.3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El delito de colusión sólo puede ser imputado subjetivamente a título de dolo, específicamente sólo admitiéndose un dolo directo. No existe un elemento subjetivo adicional al dolo en el delito de colusión. Resulta atípica una colusión culposa, esto se sustenta en el principio de taxatividad, que implica que el castigo de delitos a título de culpa debe estar de forma expresa en la redacción del tipo penal (vg. el delito de homicidio culposo, peculado culposo, etc.) que rige en nuestro sistema penal nacional.

Al respecto, en doctrina (Castillo Alva J. L., 2017) realiza un análisis respecto a la prueba del dolo en el delito de colusión, sobre el cual podemos precisar algunas cuestiones relevantes:

1. El dolo no se puede presumir ni puede inferirse de:

1.1. Condición de máxima autoridad: R. N N° 2517-2014 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Loli Bonilla): “Al cargo de máxima autoridad que poseía el impugnante, ante lo cual es racional inferir que tenía la capacidad suficiente para concluir que un contrato bajo los términos realizados exigía el cumplimiento de determinados requisitos, que no se presentó en el caso de actuados judiciales y aun

así lo celebró, derivando ello en el consiguiente perjuicio para la entidad agraviada”.

1.2. Calidad de Funcionario Público: R. N N° 2517-2014 Sala Penal Permanente (Ponente: Neyra Flores): “La encausada sostuvo que desconocía de los procedimientos a seguir para la citada compra y que dio su conformidad porque presumió que el procedimiento era correcto, lo que en su caso constituye un argumento insostenible dada su condición de funcionario público”.

1.3. Condición profesional: R.N N° 3537-2009 Sala Penal Transitoria (Ponente: Neyra Flores): “No puede esgrimir de forma válida el desconocimiento de las normas de procedimientos de adquisiciones, estando al cargo que ostentaba, esto es, Jefe de Abastecimiento, encargado de la adquisición de bienes y servicios, tanto más si como miembro del Comité de Adjudicación procedió en contra de las bases del concurso que dieron como ganador a la empresa “Miami Engines y Truck Sales”.

1.4. La expresión del funcionario tenía a obligación de hacer cumplir las normativas y funciones no prueba de manera razonable el dolo; por el contrario, alude a una posibilidad de que se haya actuado de manera imprudente.

2. Señala que se vulnera la responsabilidad subjetiva y la presunción de inocencia cuando:

2.1. Un funcionario que vulnera la Ley de Contrataciones con el Estado no puede suponer de manera automática la comisión del delito de colusión como tampoco es correcto inferir el dolo del hecho que se haya seguido con el proceso de contratación distinto al que debía seguirse.

2.2. El hecho de ser funcionario público miembro de una Comisión en el que cumple con una determinada competencia no quiere decir que actué siempre de manera dolosa y en el caso de colusión de manera concertada con el tercero interesado.

2.3. El hecho de que se incumpla con la normatividad administrativa para contratar no quiere decir que los funcionarios involucrados se hayan

concertado con el tercero interesado y que todos hayan actuado dentro de un plan y patrón criminal.

2.4. La condición de un rol funcional no puede ser utilizado para suponer, sospecha o atribuir conocimientos que realmente no se tienen, pues el conocimiento real (no potencial) debe acreditarse por medios de prueba por ley o través de prueba de indicios. Al respecto en la jurisprudencia el R.N N° 1092-2011 de fecha 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Príncipe Trujillo) se absolvió a funcionarios públicos en razón a que cada uno de los encausados realizó una acción propia de sus funciones sin que se haya demostrado el dolo en sus conductas para coadyuvar con el propósito delictual de sus coencausados.

I.3. ESTRUCTURA DE IMPUTACIÓN MATERIAL Y FORMAS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA

El Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 señala en cuanto a la estructura de imputación material de los delitos contra la Administración Pública que : i) el dominio del hecho y la infracción del deber vienen a ser dos estructuras de imputación material diferentes ii) un delito especial puede tener una estructura de imputación de dominio o de infracción del deber y iii) se decanta por explicar que los delitos cometidos por los funcionarios son delitos especial poseen una estructura de imputación de infracción del deber y no una de dominio del hecho.

En doctrina nacional, podemos afirmar que al día de hoy mayoritariamente la infracción del deber es concebida como una estructura de imputación material que fundamenta la autoría de los injustos funcionariales que son pues delitos especiales, si bien es cierto, un sector doctrinal que crítica a la teoría de los delitos de infracción del deber, ello aún es materia de un arduo debate, máxime, como dijimos la posición del precitado acuerdo es que en su gran mayoría los delitos funcionariales poseen una estructura de imputación de infracción del deber. Cabe apuntar no se debe confundir las categorías de delitos especiales y delitos de infracción deber , pues el primer concepto sólo hace alusión a la cualificación del sujeto activo del tipo penal (vg. funcionario público, madre, etc.) y su objetivo es solamente delimitar el círculo

de autoría en el injusto, mientras que el segundo concepto lo que hace es ser un fundamento material de la atribución de responsabilidad penal o en términos simples de la imputación jurídico penal a título de autor al igual que el dominio del hecho que también es una estructura de imputación material.

(Caro Jhon, 2018) ha señalado que: “ *la institución positiva engloba a la institución negativa, puesto que, precisamente el lado material u organizacional es donde opera la comunicación entre el funcionario y el extraneus haciendo posible que este pueda responder por el mismo delito de funcionario público*”, comenta el precitado autor que ello interpreta de las afirmaciones del maestro español (Silva Sanchez, 2013) cuando escribió que “ *las instituciones generan deberes para sujetos outsider, consistente en que estos no perturban la gestión de la institución por los insiders. En efecto, las instituciones no sólo tienen una función ad intra sino también otra ad extra*”. (pág. 2).

La posición de Silva Sánchez es defendida en la doctrina nacional por Reaño Peschiera, García Caverro, San Martín Castro y recientemente por Caro Jhon. Las consecuencias dogmáticas de concebir a la estructura de imputación infracción del deber subdividida en delitos puros de infracción del deber y con cuotas de dominio son las siguientes:

- a) En los delitos de infracción de deber el bien jurídico y autor ya se encontraban vinculados mediante una relación institucional positiva (de fomento y ayuda) ex ante al hecho delictivo. (Sanchez Vera Gomez Trelles, Delitos de infracción del deber, 2011)
- b) Los delitos de infracción del deber, a diferencia de los de dominio del hecho u organización, tienen su base en un comportamiento solidario o de ayuda. Se trata de un comportamiento solidario porque, aunque no se haya organizado nada, existe un deber positivo que vincula siempre, y que obliga a ayudar y fomentar el bien jurídico. Un deber de ayuda que no se basa en una obligación mediante una organización previa, sino en un deber solidario, lo cual diferencia a estos delitos de los de dominio del hecho o de organización. En el caso específico de los funcionarios públicos, estos tienen deberes especiales, deberes que no posee todo

ciudadano, y que, al igual que en el caso de una madre o un juez, son deberes positivos de cuidado y fomento basados en una solidaridad estatal en sentido amplio, respecto de los bienes jurídicos que entran en su competencia. (Sanchez Vera Gomez Trelles, Delitos de infracción del deber , 2011, pág. 470)

- c) Mientras no se dé un comienzo de la realización típica- *contrariamente a la tesis de Jakobs y Sánchez-Vera* – la lesión “no” se ha producido en toda su plenitud penal. Lo realizado por el funcionario implica solo una lesión de la institución positiva en sentido administrativo, disciplinario, un delito de función dependiendo del sector público que se trate, pero no una lesión de la institución positiva en sentido jurídico penal. El quebrantamiento del deber solo tiene sentido jurídico penal cuando se traduce en una realización típica”.
- d) Por tanto, resulta necesario que la institución positiva que se ve lesionada alcance en su lesión objetivación acorde a la semántica del tipo penal, siendo así que, el contenido material del delito de infracción del deber se plasma en los elementos de un tipo penal y en la que la competencia que el obligado especial quebranta está asegurada institucionalmente, él se encuentra en una relación inmediata con el tipo penal, pero, el extraneus, también se relaciona con el tipo penal, pero de una forma mediata.
- e) La afirmación que la institución de la función pública únicamente puede ser lesionada por el funcionario, o que los tipos penales de los delitos cometidos por funcionarios públicos, sólo se dirigen a estos, como si se tratará de una “casta” dentro de la cual no tienen acogida los particulares. No existe impedimento alguno, ni teórico, ni legal, para afirmar la participación de un extraneus en un delito cometido por un funcionario público. Jakobs señala que del ciudadano cualquiera se espera que no cometa prevaricato, la expectativa de conducta abarca tanto al juez (funcionario público) como al ciudadano porque entre ellos “no existe una diferencia de casta” sólo que el ciudadano cualquiera solo está en

posibilidades de cometer el prevaricato cuando adapta su conducta, o cuando se adhiere, al comportamiento de un juez.

- f) La comunicación que se puede dar entre el funcionario intraneus y el particular extraneus es por el lado organizativo del tipo penal, en base del deber negativo que sirve de fundamento sobre el cual se edifica el deber funcional al particular también le alcanza el deber de no prevaricar, de no concertarse, en no afectar a la administración de los caudales públicos, solamente que por una regla fundamental del principio de legalidad, no accede al tipo penal en incumbencia a la institución positiva protegida por el tipo penal, pero es su asunto la lesión de la administración pública, por lo que responde penalmente finalmente y únicamente como partícipe, sea como instigador o cómplice.
- g) No se quiere decir con la división de los delitos de infracción del deber que la institución tenga una naturaleza “mixta” y que el funcionario responde también por una competencia de organizacional. La organización solo es traída a colación por aportar el fundamento del deber jurídico. Sobre él se levanta el edificio del deber positivo por cuya infracción responde el obligado especial de manera institucional, en mérito a su estatus especial. (Caro Jhon, 2018, pág. 824 a la 830).

En la jurisprudencia de la Corte Suprema advertimos dos pronunciamientos que recoge la postura doctrinal de Silva Sánchez en cuanto a la división de los delitos especiales de infracción del deber en : a) delitos puros de infracción del deber y b) delitos de infracción del deber con cuotas de dominio o elementos de organización y que como hemos advertido es seguida por importantes autores en nuestro medio. Respecto al delito de peculado, recientemente se ha dicho que se trata de un delito especial de infracción del deber con cuotas de dominio, así lo refiere la Casación 1004-2017 – Moquegua emitida por la Sala Penal Permanente (Ponente : San Martín Castro en su considerado quinto cuando dice :“Es verdad que el tipo delictivo de peculado es un delito especial de infracción de deber, pero lo es con “elementos de dominio” -éste se erige por la conjunción de actos concretos de organización, la infracción de deberes institucionales en orden a la Administración Pública y la

producción de perjuicio-, por lo que, sin romper el título de imputación, se acepta la intervención delictiva a título de cómplice”.

Y en el caso del tipo penal de colusión, la Corte Suprema en el R. N N° 248-2013 emitido por la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro) se reconoce a nivel jurisprudencial que el delito de colusión es un delito de infracción del deber y más en específico un delito especial de infracción del deber con cuotas de dominio :*“La colusión es un delito de infracción del deber : el funcionario tiene deberes especiales positivos que no posee todo ciudadano, son deberes de cuidado y fomento del ejercicio de la función administrativa de acuerdo con los principios constitucionales. Que en un delito de infracción del deber solo pueden ser autores los intraneus, quienes se encuentra en condiciones de infringir los deberes jurídico-administrativos cuya cualificación da lugar al delito, vale decir, los sujetos vinculados por el deber de intervenir en una contratación pública. Este Supremo Tribunal ha venido sostenido en que todos los delitos especiales, concretamente los delitos contra la Administración Pública, los extraneus pueden responder a título de cómplices - no hay problema en la instigación sea cual fuere la opción doctrinaria, por la diferencia estructural en su intervención con la de un cómplice, siempre responden desde la perspectiva del tipo legal especial propio: unidad de título de imputación. Así las cosas, es posible entender que dentro de los delitos de infracción del deber, como postula Silva Sánchez (El nuevo escenario del delito fiscal en España , Atelier, Barcelona , dos mil cinco, página cincuenta al sesenta y setenta y nueva al setenta y uno) además de los delitos puros de infracción del deber o en sentido estricto , se erigen los “delitos mixtos o delitos especiales de infracción de deber con elementos de dominio, en los que los extraños además de infringir ese deber general de abstenerse de perturbar las institución positiva que subyace al deber específico del intraneus, contribuye efectivamente al dominio del intraneus, contribución que permite fundamentar su sanción directamente a partir del hecho del intraneus. El delito de colusión es un delito de infracción del deber con elementos de dominio en el que para su comisión no sólo requiere que el agente público intervenga con motivo de su intervención oficial en los procesos de contratación pública u operaciones del Estado, sino que se coluda con el interesado en ese ámbito en perspectiva de atender contra el patrimonio público, por lo que sí cabe la posibilidad complicitad del extraneus”*

Ahora bien, en cuanto a las formas de intervención delictiva solamente haremos comentarios breves de los aspectos más relevantes respecto a la autoría, complicidad e instigación del delito de colusión. Respecto a la autoría en delito de colusión ilegal como ya hemos advertido en el apartado referido en la estructura típica, específicamente, en la del sujeto activo y la interpretación del elemento objetivo “en razón de su cargo” que debe existir una doble condición para ser autor del delito de colusión : i) ser funcionario o servidor público y ii) una competencia funcional específica en el proceso de contratación estatal, no obstante, el fundamento material de la autoría residirá en cuanto se cumpla con la conducta típica que exige el injusto.

Asimismo, también señalamos que se puede ser autor del delito de colusión identificando si el funcionario público con una competencia funcional específica lo ha realizado bajo una intervención directa o indirecta, en esta última el funcionario no exige la presencia del funcionario en el acuerdo colusorio. Finalmente cabe dejar por sentado que sólo es posible aceptar un título de intervención delictiva de autoría en su forma directa y negar la posibilidad de una intervención delictiva bajo el título de coautoría o de autoría mediata, ello en razón a su carácter de delito de infracción del deber con cuotas de dominio, el cual impide que exista una instrumentación del funcionario público, esto no se debe confundir con el caso de la autoría del funcionario en un supuesto de una intervención delictiva indirecta en la ejecución del delito de colusión.

De otro lado, en el caso del cómplice en el delito de colusión ilegal podemos advertir dos escenarios, el primero referido a la complicidad del funcionario público y el segundo el referido a la complicidad del tercero interesado. En el caso de la complicidad del privado, cabe señalar siguiendo a (Rojas Vargas, Aspectos problemáticos en los delitos contra la administración pública. Estudios críticos, informes y comentario jurisprudencial , 2016), que con la expresión “tercero interesado” sólo alude a la otra parte de la contratación estatal y tiene una interpretación restringida, distinto al uso del término “tercero” en el delito de aprovechamiento indebido del cargo en donde no solamente puede ser el contratista sino cualquier persona, hasta incluidas empresas vinculadas a la empresa contratista, aquí opera una interpretación amplia. En consecuencia, no hay que perder de vista la

interpretación restrictiva del tercero interesado a la hora de la calificación de un título de imputación de cómplice en el delito colusión, ya que no cualquier privado podrá responder penalmente cuando interviene en un acuerdo colusorio con un funcionario o servidor público que actúa en razón de su cargo, sino solo aquel privado que intervenga en el proceso de contratación estatal, aunque ello ciertamente deje espacios de impunidad respecto a la intervención de cualquier tercero, sin embargo, en respeto al principio de legalidad de lege lata esto debe seguirse.

Si bien es cierto la doctrina y jurisprudencia nacional ha tomado postura por resaltar la complicidad del privado interesado, es necesario tener en cuenta que puede existir un aporte de complicidad de parte de un funcionario público para la materialización del acuerdo colusorio celebrado entre el funcionario público competente en razón de su cargo y del tercero interesado, aquí no opera como aduce un sector de la doctrina una suerte de “complicidad de complicidad”, cabe resaltar que no resulta necesario que el funcionario cómplice intervenga en el acuerdo colusorio, por ello si la defensa de un funcionario calificado como cómplice del delito de colusión cuestiona el hecho de la no intervención el acuerdo colusorio pues dicho argumento debe ser desestimado de plano, así en la jurisprudencia en el Caso SIMA por el delito de colusión agravada en la Resolución N° 02 del Expediente 00004-2015-40 de fecha 31 de julio del 2017 emitida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios Colegiado A (Ponente: Salinas Siccha) se desestimó un argumento de la defensa de un funcionario público investigado bajo un título de intervención de complicidad.

Finalmente, en el caso de la instigación en el delito de colusión podemos señalar que esta es totalmente posible que el funcionario o el privado sean calificado de instigadores de una concertación fraudulenta. Al respecto podemos ver su aplicación en la jurisprudencia en el R. N ° 1015-2009- Puno de fecha 17 de febrero del 2010 emitido por la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro) : “Que los encausados Fernández de Paredes Arévalo y Pacheco rodrigues alegan ser ajenos al proceso de adjudicación cuestionado penalmente. Es cierto no integraron el Comité Especial de adjudicación, cuyos miembros fueron los que otorgaron la buena pro a la empresa Wensa. Empero, su intervención en los hechos fue de tal entidad que delimitaron, en función a su nivel jerárquico dentro de la institución, el ámbito de la

actuación del Comité Especial y determinaron a sus integrantes a que escogieran a la empresa Wensa. Por consiguiente, es claro que no pueden tener la calidad de autores porque les falta la estricta relación funcional para decidir la adjudicación a la empresa Wensa, por la que intercedieron indebidamente. Pero, desde luego, según la conducta que llevaron a cabo para concertar el acto prohibido, tienen la calidad de instigadores. Ambos imputados ejercieron indebida y eficazmente su poder jerárquico y fijaron un marco fáctico de tal entidad que incrementaron de modo relevante la posibilidad – finalmente concretada- de que los inducidos adopten y ejecuten la resolución delictiva a la que se les incito. Ellos finalmente, impusieron a los integrantes del Comité Especial de Adjudicación- sin que pierdan la capacidad de decisión sobre la ejecución – el favorecimiento fraudulento a la empresa Wensa. Los encausados Pacori Parisaca, Cosar Solorzano, Condor Flores, Monteza Rosales y Ramos Flores según se tiene expuesto tenían el dominio del hecho y realizaron personalmente el acto defraudatorio al Estado. Por ello, los encausados Fernández de Paredes Arévalo y Pacheco Rodríguez solo pueden tener la calidad de inductores, sin perjuicio de que la relación funcional específica, como ha quedado expuesto, la ostentaban los cinco primeros encausados.”

CAPITULO II:

“LA PRUEBA INDICIARIA DEL ACUERDO COLUSORIO EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

II.1. LA PRUEBA INDICIARIA

II.1.1. CONCEPTO

El concepto que ha sido seguido por la mayoría de autores en los Manuales de Derecho Procesal Penal o Derecho Probatorio en nuestro medio es el que nos brindó el desaparecido maestro Mixán Mass quien afirmaba que : “ *la prueba indiciaria es un tipo de actividad probatoria de naturaleza discursiva e indirecta que se concreta en la obtención de la argumento probatorio mediante una inferencia correcta que tiene como una de sus premisas , una regla de la experiencia o una regla técnica o una natural : la otra premisa que refleja el significado del*

indicio (dato cierto) – dato que sirve de punto de partida de esta actividad probatoria, como conclusión (llamada presunción de hombre o juez , sic) el juicio que expresa el significado ya identificado de otro dato descubierto (de “ hecho indicado, del “hecho desconocido” que era la incógnita del problema) finalmente, ese significado debe ser conducente hacia el thema probandum”. (pág. 45)

II.1.2. NATURALEZA JURÍDICA

Según (San Martín Castro, Derecho Procesal Penal. Lecciones, 2015) : *“la prueba indiciaria no es un auténtico medio de prueba , sino un modo de valoración judicial de determinación hechos o circunstancias debidamente acreditados en el proceso que, sin tener por sí carácter delictivo , pueden permitir la deducción de otros que sí lo tienen, así como la participación y responsabilidad en ellos. Es una prueba en sí misma, no es de aplicación subsidiaria o supletoria.”* (pág. 600).

Sin embargo, es preciso hacer una aclaración cuando se advierte que el reconocimiento de la prueba por indicios como método probatorio y no como medio de prueba implica aceptar como consecuencia que esta no existe proposición , ni práctica de aquellas , porque es una operación basada en el resultado de la prueba (San Martín Castro, Derecho Procesal Penal. Lecciones, 2015). Nosotros críticamente, observamos el extremo de que la prueba indiciaria no debe ser propuesta, esto llevaría a pensar que el fiscal no suministra la prueba por indicios y esta es exclusivamente administrada por el juez , siendo aquella una conclusión equivocada , pues es el persecutor penal quien tiene la carga de probar los hechos que afirma en su acusación , entonces, esté si suministra la producción de la prueba indiciaria como refiere con mucha razón García Caveró, de modo que, le corresponde aportar en el proceso los indicios de cargo con los que pretende acreditar el elemento objetivo o subjetivo del supuesto de hecho fáctico que exige la norma penal calificada en su tesis acusatoria.

Esto implica que, no es posible que el juez de juzgamiento en la sentencia realice la aplicación del método probatorio indiciario sobre la base de hechos indiciarios disntitos a los que ha seleccionado el persecutor penal en su acusación y aportado al debate probatorio, ya que, dicha selección es

manifestación de su condición de titular de la acción penal y que, en aceptar una sentencia efectuada así, sería vulnerar el principio acusatorio que rige nuestro sistema procesal penal. Asimismo, la comunicación por parte del fiscal de que su tesis acusatoria parte de la utilización de prueba indiciaria permite que la defensa técnica de los acusados conozcan que el persecutor penal planteará una acreditación indiciaria a fin de que el juez penal de por probado determinada base fáctica de algún elemento del tipo penal objeto de acusación mediante la aplicación del método de prueba indiciaria y siendo esto así permite a los imputados la posibilidad de establecer una línea de defensa idónea para el contradictorio con fiscalía, contrario sensu, si el juez penal emite una sentencia aplicando este método probatorio a pesar que fiscalía nunca introdujo en el debate probatorio que utilizaría el método probatorio indiciario vulneraría el principio acusatorio que establece que la carga de prueba la tiene el persecutor penal teniendo este que comunicar en el contradictorio la utilización del tipo de método probatorio que utilizará, asimismo, se vulneraría también el principio de contradicción y el derecho de defensa, puesto que, los acusados de conocer que el fiscal se decantaría por suministrar la prueba indiciaria hubieran tenido la posibilidad de un contradictorio mediante la proposición de conraindicios o prueba en contrario e incluso una exclusión de otras posibles conclusiones de los indicios de cargo, que es una forma de defensa distintiva a las que se dan en el método probatorio de prueba directa y, luego de producido el mismo, el juzgador hubiese podido realizar la toma de su decisión judicial.

II.1.3. ESTRUCTURA DE LA PRUEBA INDICIARIA

A. EL INDICIO

(Mizan Mass, Teoría y Técnica Procesales. La prueba indiciaria. 2da edición, 2018) definió al indicio como: “aquel dato real, cierto, concreto, indubitadamente probado, inequívoco e indivisible y con aptitud significa para conducir hacia otro dato aún por descubrir y vinculado como el *thema probandum*” (pág. 34).

En la misma, línea se ha escrito que : “*el dato o circunstancia surge del dicho por el testigo, del contenido de la declaración del imputado, de un*

dictamen pericial , de una inspección o de cualquier otro medio, luego dicho dato constituye un elemento probatorio del cual el juez , mediante un razonamiento lógico, puede inferir otro hecho desconocido, es la operación mental por medio de la cual se toma conocimiento de un hecho desconocido por inferencia que sugiere el conocimiento de un elemento comprobado. Este elemento comparado es un indicio". (Jauchen, 2017, pág. 513) .

Los requisitos de existencia, validez y eficacia de los indicios siguiendo a (San Martín Castro, Derecho Procesal Penal. Lecciones, 2015)son:

1. Requisitos de existencia:

- ✓ Que haya prueba plena del hecho indicante o indicado
- ✓ Que tal hecho tenga alguna significación afirmativa respecto del hecho indicado , hecho consecuencia, por existir alguna conexión lógica entre ellos.

2. Requisitos de validez de los indicios:

- ✓ Que el medio confirmatorio del hecho indicante haya sido decretado y practicado en forma legal y realizado por medios lícitos y no prohibidos por ley.
- ✓ Que no haya una causa general de inutilización que vicie el hecho indicante , ni prohibición legal a investigar el hecho indicante o indicador o el hecho consecuencia .

3. Requisitos de eficacia de los indicios:

- ✓ Que exista conducencia entre los dos hechos y se haya descartado la posibilidad de que la conexión entre los dos hechos sea aparente, por obra de la casualidad, el azar , así como la posibilidad de falsificación del hecho indicante por parte de las partes o un tercero.
- ✓ Que parezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho o hechos indicante y el o los hechos indiciados o consecuencia y que sean varios, graves o indicadores son contingentes.

- ✓ Que no haya contraindicios que una posible hipótesis y argumentos que puedan contradecir la conclusión adoptada.
- ✓ Que el resultado inferido sea unívoco e inequívoco.
- ✓ Que no existe otros medios de confirmación que contradigan los hechos indicadores o que demuestren la existencia de un hecho puesto a indicado por aquellas.
- ✓ Que se haya llegado a una conclusión precisa y segura , basado en el pleno conocimiento o la certeza del juez. (pág. 603 y 604)

En doctrina nacional, (García Cavero, 2010) en su monografía sobre la prueba indiciaria recoge los principales tipos de indicios criminales, los cuales son :

- A. Indicios de capacidad delictiva: aptitud física o síquica del agente para cometer el delito.
- B. Indicios de capacidad moral: propensión del reo al delito.
- C. Indicios de oportunidad: momento concreto, lugar, coparticipación.
- D. Indicios de móvil delictivo: odio, animosidad, peleas previas, diferencias.
- E. Indicios de mala justificación: afirmación de coartadas falsas ante circunstancias incriminatorias
- F. Indicios de fuga: el imputado huye, inexplicablemente, del lugar de los hechos en el momento en que se realizó el delito.
- G. Indicios de corrupción o soborno: se ofrece un soborno al funcionario encargado de la persecución penal.
- H. Indicios de modus operandi: reiteración de conductas delictivas de forma semejante y en concretos lugares, por parte de uno o varios sujetos, pueda dar lugar a que la acreditación de la participación de todos o alguno de ellos en uno de los delitos sirva de indicio de autoría para los restantes.

- I. Indicios de cambio de situación económica: el incremento injustificado de patrimonio, útil para los casos de enriquecimiento ilícito, lavado de activos o delito tributario.

El artículo 158 numeral 3 reconoce el valor probatorio de la prueba por indicios estableciendo ciertas exigencias :

- **El indicio debe estar plenamente probado :** La prueba o acreditación del indicio tiene que darse por medio de prueba directa, al respecto Azabache Caraciolo afirma que: “la construcción de la prueba indiciaria se construye a través de una secuencia de pruebas directas”. (Azabache Caraciolo, 2003, pág. 208), aunque en los estudios doctrinarios se ha escrito que es posible que el indicio sea probado por otra prueba indirecta a fin de no limitar la prueba del indicio, sin embargo, también se critica con que se pueda probar por prueba indirecta pues significaría mediatizar el enlace con una doble inferencia. (García Caveró P. R., 2010, pág. 69).
- **Los indicios deben ser contingentes:** Son aquellos que presentan simultaneidad con el objeto de prueba. Aquí se diferencian los indicios fuertes y débiles. Máxime, la doctrina señala que los indicios son por lo general débiles pues no tienen por sí mismo la suficiencia para probar el hecho penalmente relevante. (García Caveró, 2010, pág. 96)
- **Los indicios sean plurales:** Significa que deben existir dos o más indicios los que darán peso pero no desde una perspectiva cuantitativa sino cualitativa en específico respecto a su capacidad indicativa. Esta es una regla para los indicios concomitantes y la excepción es cuando el indicio es único o necesario. Asimismo se debe precisar que los indicios plurales deben ser independientes entre sí , de manera que un único indicio , acreditado por distintas fuentes de prueba sea tenido como una pluralidad de indicios. (García Caveró, 2010, pág. 98)
- **Los indicios deben ser concomitantes:** Exige que todos los indicios se relacionen entre sí y no exista una relación de exclusión ya que

esto desvirtúa que se argumente que la relación es producto del azar o casualidad.

- **Los indicios deben ser convergentes:** Importa que todos los indicios deben llevar a la misma conclusión lógica, si hay divergencia no existe fuerza probatoria pues abre la puerta a una explicación alternativa.
- **Deben interrelacionarse entre sí :** Este requisito importa que todos deben estar imbricados pues ella será la razón de ser de la fuerza probatoria y no solo el conjunto abundante de indicios.

Ahora bien, el imputado o el tercero civil pueden cuestionar la eficacia probatoria del indicio, lo que es una consecuencia ordinaria del mecanismo general de la prueba. A este mecanismo probatorio se denomina “prueba en contrario”, que se subdivide en contraprueba y prueba de lo contrario. La primera está dirigida a desvirtuar un indicio, y la segunda persigue destruir una presunción ya formada”. (San Martín Castro, La prueba indiciaria, 2017, pág. 13)

La contraprueba, como tal, persigue crear la duda del juez sobre la realidad de determinado indicio. Apunta a cuestionar la aparente solidez del indicio de cinco formas:

- a) Probando que el hecho indiciario no ha tenido existencia,
- b) Procurando acreditar que no ha quedado suficiente probado
- c) Probando la realidad de otro hecho incompatible con el indicio
- d) Planteando alguna otra posibilidad fáctica que ponga en duda la realidad del hecho indiciario. (San Martín Castro, La prueba indiciaria, 2017)

Dentro de la contraprueba se distingue:

- i) **Contraprueba directa:** busca refutar inmediatamente el hecho indiciario, cuestionando su eficacia probatoria.

ii) Contraprueba indirecta: busca la prueba directa de otros hechos que, por su incompatibilidad con el indicio o los indicios sobre los que se asienta la presunción, hace decaer la fuerza probatoria de éstos –a ésta se le denomina contraindicios–

Existen dos filtros que pueden obstaculizar la existencia de una prueba indiciaria:

- a) **Prueba de lo contrario:** Trata de desvirtuar el hecho presunto que se ha obtenido tras la probanza de los hechos indicio. Concurrencia de una prueba que desvirtúa o hace ineficaz la presunción. Busca desvirtuar el hecho presunto, sea a través de prueba directa o prueba por indicios. Puede probar que el hecho presunto no existe u otro hecho incompatible con el hecho presunto.

- b) **Exclusión judicial de otras posibles conclusiones presuntivas o Infirmaciones:** Todo hecho, considerado en sí mismo y fuera de su contexto, de las circunstancias que lo rodean, es ambiguo equívoco. Los indicios, como hechos que son, son polisémicos o equívocos. Todo depende de la intensidad probatoria de cada indicio: alta o baja; cuando es la primera el nivel de equivocidad es menor (se distinguen entre indicios débiles o indicios fuertes, según su valor indiciario). (San Martín Castro, La prueba indiciaria, 2017)

Finalmente, al respecto debemos advertir con (Pastor Alcoy, 2003) que: *“el imputado debe evitar mantener una postura defensiva pasiva ante los indicios incriminadores pues quien la mantenga puede encontrarse con que la presunción de inocencia termine cediendo, por el contrario, debe existir una acción defensiva por parte del imputado, esto se debe dar, ya sea prueba directa o indiciaria de la acusación fiscal, esto significa que, si ante un testigo de cargo la defensa debe verificar, contrastar, impugnar o articular prueba de descargo, el mismo proceder debe asumir ante la prueba de indicios. Del mismo modo si la defensa ha tenido la posibilidad real y efectiva para destruir los indicios de cargo y haber aportado o intentado*

aportar conraindicios y esta no lo realizado ,puede aparecer la sombra de una “indefensión probatoria de facto”(pág. 167 y 168).

(Delpiane, 1994) advierte las diferencias entre indicio y sospecha, esto resulta relevante porque se ha escrito constantemente en la jurisprudencia de la Corte Suprema que no se debe confundir indicios con sospechas, así el precitado autor señala que estas son :

- El indicio tiene una estructura integrada por un hecho indiciante, un hecho indicado y una relación lógica entre ambas, la sospecha carece de esta estructura.
- El indicio tiene como función probar , con algunos grados de probabilidad un hecho , mientras que la sospecha es una institución que no tiene una base externa y objetiva para demostrar un hecho.
- La sospecha puede convertirse en un indicio, pero este no puede adquirir car de sospecha.
- Un indicio es una prueba indirecta, la sospecha no es una prueba directa ni indirecta.
- Un conjunto de indicios puede ser utilizados para fundamentar una sentencia condenatoria o absolutoria, la sospecha, sea individual o en conjunto no se puede utilizar para el dictado de ningún tipo de sentencia.
- La sospecha no tiene una valoración subjetiva, el indicio una valoración objetiva.
- La sospecha carece de una estructura probatoria , en cambio el indicio posee una estructura probatoria. (pág. 81)

B. LA INFERENCIA LÓGICA

Es el elemento más importante de la prueba indiciaria que consiste en la conexión racional entre indicio y hecho inferido a través un

razonamiento. (San Martín Castro, Derecho Procesal Penal. Lecciones, 2015) afirma respecto a la inferencia lógica que la diferenciación entre tipos pruebas directas e indiciarias se basa en el número de pasos inferenciales que hay que realizar, siempre menor en la prueba directa que en la indiciaria, en cuanto que esta última siempre va a exigir de inferencias adicionales o suplementarias al recaer sobre hechos de carácter secundario o periférico. (pág. 599 y 600).

Es necesario advertir que la prueba del indicio, por sí mismo, no prueba directamente el hecho penalmente relevante, por lo que el aporte respecto del objeto del proceso se da propiamente con el razonamiento lógico utilizando una máxima de experiencia que abarca las leyes de la ciencia y la lógica, sino concuerda con el carácter lógico racional de la inferencia se excluye el hecho que de ellos se intenta derivar (García Caveró P. R., 2010, pág. 66 y 67).

La inferencia debe producir un enlace directo y preciso entre el indicio y el hecho consecuencia, contrario sensu el indicio será nulo. Será directo el enlace cuando la conclusión directamente inferida debe ser la existencia del delito, de modo que, no puede ser un dato a partir del cual se suponga la existencia del delito y será preciso si la deducción no lleva a una amplitud de posibles alternativas de explicación (motivos infirmantes) , dentro de los cuales estaría el hecho consecuencia, sino que la realización del delito debe ser la única explicación razonable del indicio. (García Caveró P. R., 2010, pág. 68) .

Entonces, en el proceso penal el persecutor penal realiza la inferencia y debe proponer al juez de juzgamiento a través de una imputación, este finalmente dará la decisión si la inferencia lógica es razonable y válida, de no ser así, se establecerá lo correspondiente a fin de cautelar el derecho a la presunción de inocencia. Entonces, el representante del Ministerio Público será quien en primer acto realice la operación de la prueba indiciaria para formar su fáctico de la imputación, si la imputación fáctica es indiciaria o si se quiere imputación inferencial , la logicidad de

la inferencia lógica debe ser controlada desde el hecho inferido forme el factico que será subsumido en el tipo penal. Cabe precisar que, el control de las conclusiones de la inferencia lógica de la prueba indiciaria puede ser controlada no sólo por el juez de juzgamiento, sino también por el juez de garantías en la etapa intermedia , así también como es propio de la dialéctica el proceso, la defensa de los imputados también efectuaran dicho control a partir de argumentos que rechazan la solidez y objetividad de la inferencia que da el representante del Ministerio Público. (Cusi Rimache, 2016).

Es importante diferenciar en la aplicación por la judicatura en el razonamiento probatorio indiciario tres tareas fundamentales: la interpretación, aproximación y valoración indiciaria así lo recoge en nuestra doctrina (San Martín Castro, Derecho Procesal Penal. Lecciones, 2015) cuando afirma que : i) La interpretación importa, primero, dar crédito o no a un indicio, segundo, determinar su alcance y significado, esto es, que dice en relación con el delito acusado. ii) La labor de aproximación signficia la agrupación de los indicios de un mismo signo, los cuales puedan alcanzar una gran probabilidad del hecho desconocido. En esta etapa se pueden encontrar contraindicios y verá su contrapeso con los indicios de cargo y iii)La labor de la valoración, una vez agrupados no será arimétrica, antes que contarlos, los indicios deber ser pesados y contrapesados. El poder de convicción es directamente proporcional a su precisión, unidad de especie y peso específico- proximidad a la acción delictiva- un indicio específico será más fuerte frente a indicios genéricos o indeterminado, noción de gravedad y urgencia. (pág. 605) .

Ciertamente, los hechos indiciarios aparecen tales desde el inicio de investigación , así , la defensa podrá articular los medios probatorios bien para demostrar la inexistencia del hecho-base o bien para explicar satisfactoriamente lo sucedido mediante pruebas o contra indicios de los que pueden desprenderse que los indicios no resultan en realidad incriminatorios. Sin embargo, ocurre que los hechos que el juez considera

en la sentencia condenatoria como indicios incriminadores, no se han presentado como tales en juicio, de forma tal que la defensa no ha tenido la posibilidad de desbaratarlos ni contradecir los juicios inferenciales sopesivos introducidos en la sentencia, estos son llamados: inferencias sopesivas. (Pastor Alcoy, 2003, pág. 161). En la misma línea criticando las inferencias sopesivas, (Pastor Alcoy, 2003) afirma que: “*la cautela que impone la prueba indirecta, el principio de igualdad de las partes, la buena fe procesal nos llevan a postular que los indicios deben aparecer como tales durante la celebración del juicio y no sorpresivamente en la sentencia mediante inferencias, que aun siendo coherentes, no han sido debatidas y ello porque la defensa tiene derecho a saber de qué medios y elementos de prueba va a valerse la acusación, en otras palabras, la inferencias sopesivas sobre hechos que no se presentaron como indicios y por tanto no fueron de un debate procesal*” (pág. 162).

A propósito de las inferencias sopesivas, en el Seminario -Taller Internacional Sobre Sistema Acusatorio organizado por el Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, durante la ronda de preguntas sobre la ponencia sobre la prueba indiciaria brindada por la profesora española Monserrat de Hoyos Sancho hubo una intervención de parte de la jueza superior Susana Castañeda Otsu quien es la Magistrada Coordinadora del Sistema Especializado en Delitos de Corrupción, quien refirió que existe un problema y es el que los requerimientos acusatorios por delitos de corrupción de funcionarios no hay un mínimo de argumentación acerca de la sustentación de indicios de cargo de la hipótesis incriminatoria, ciñéndose sólo los fiscales especializados a enumerar los indicios y no los desarrollan, reclamando los abogados defensores que exista un desarrollo de estos en los casos en que se enumeren los indicios que sustentan la acusación fiscal para que propagan sus contraindicios y sean sometidos a debate. Al respecto, un grupo de jueces del Sistema Especializado consideran que el juez puede en el debate fomentar para poder utilizarlo en su sentencia, pero en verdad, en las acusaciones fiscales recurren a prueba indiciaria, pero no hay un desarrollo de la misma, generando un problema cuando

interponen casación los abogados defensores ya que señalan que el juez se valió de prueba indiciaria para la condena y en el debate nunca ha sido propuesta por el fiscal esa prueba y a pesar de ello ha sido desarrollada por el juez. Incluso comenta la magistrada que hay un caso en que un abogado defensor plantea que ante estos indicios que nunca fueron presentados por el fiscal en la audiencia y que el juez los acepta y la Sala también los acepta hubiera podido presentar los siguientes contra indicios y expresa cuales son.

Ante ello, la profesora Hoyos responde que hay un déficit de defensa y contradicción, porque si no se ha discutido sobre el hecho base del indicio y es que en la redacción de la sentencia el juez realiza ese razonamiento y se “saca de la manga” una prueba indiciaria sobre la que no ha podido defenderse sería una vulneración al derecho de defensa y contradicción, y el cauce sería atacar la valoración de la prueba indiciaria por el juez.

En el derecho procesal español, Pastor Alcoy citando a Lorca Martínez señala que : *“Los hechos básicos de la prueba indiciaria deben ser incluidos en el relato de los hechos que ha de haber en el escrito de acusación, no siendo suficiente que tal escrito se limite a concretar el hecho consecuencia (...) hay que expresar en tales escritos de las acusaciones con los que se inicia el verdadero proceso penal contradictorio todos aquellos hechos cuya concurrencia pueden perjudicar al reo, para que éste pueda articular su defensa al respecto, y entre ellos los hechos básicos de una prueba básicos de una prueba básica contraria al acusado. No cabe duda de que el ciudadano imputado al que se le ha comunicado la acumulación de indicios concretos e inferencias que obran en su contra, podrá articular medios probatorios en su defensa”*(pg. 88)

Por ello , como afirma (Pastor Alcoy, 2003) con mucha razón que: *“el principio de contradicción es la mejor garantía de la veracidad de la prueba de indicios, ya que, resulta injusto que unos hechos inocuos (que justamente por ello el imputado no se ha molestado en intentar contradecir probatoriamente) se conviertan en invencibles gigantes en la sentencia (esto*

es lo que constituye una inferencia sorpresiva) . En suma, los indicios determinantes de la condena no pueden pasar como hechos inocuos para aparecer de súbito en la sentencia como prueba fatal mediante inferencia que nadie antes había realizado , ni sospechado, sin posibilidad de descargo de explicación por parte del reo, por ello el indicio sorpresivos causa una efectiva indefensión y por tanto vulnera el precepto 24.2 de la Constitución Española” (pág. 163)

C. EL HECHO INFERIDO:

El hecho inferido es la base fáctica del hecho penalmente relevante el cual esta referido no sólo al injusto penal, sino también a la culpabilidad del autor. (García Caveró P. R., 2010, pág. 69). Si el dato descubierto es pertinente y útil respecto al *thema probandum* entonces se obtiene un argumento probatorio de naturaleza indiciaria (Talavera Elguer, 2009, pág. 141). Hay que precisar que, la doctrina advierte que la denominación correcta del conocimiento inferido partiendo de la fuente indiciaria es la de *conclusión de naturaleza indiciaria*. (Mixan Mass, 2018 pg. 116).

II.1.4. LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA :

Según (García Caveró, 2010) existen tres etapas de la producción de la prueba indiciaria. Señala que: *“el representante del Ministerio Público por tener la carga de la prueba, le corresponde realizar la labor de la producción de la prueba , dentro de la cual se encuentra la prueba indiciaria . Y advierte que el éxito de la actividad probatoria corresponde a que el fiscal debe ser consciente de la diferenciación de las tres etapas que a continuación se detalla, pues los defectos en cada etapa afectan la idoneidad para ir configurando la prueba indiciaria a utiliza por el juez en su decisión final”* (pág. 77):

Primera etapa : “La obtención de los indicios”: (i)Es llevada por el persecutor penal en la etapa de investigación preparatoria . (ii)Según el artículo 64.5 del Código Procesal Penal el fiscal tiene que definir su estrategia probatoria en la etapa de investigación preparatoria dirigida a reunir prueba

indirecta con la que acreditar la comisión de un delito y la responsabilidad penal del imputado. **(iii)** El persecutor penal debe tener una visión aislada del valor probatorio de los indicios y realizar una recopilación de la mayor cantidad de ellos, no debe considerar que los obtenidos son suficientes para probar el hecho investigado. **(iv)** Un aspecto para tener en cuenta en la recopilación de la gran cantidad de indicios es preocuparse porque estos tengan una fuerza probatoria, es decir, la relación los elementos del hecho investigado. **(v)** El fiscal reunirá los datos indiciarios que utilizará como actos de convicción para sustentar en la etapa intermedia su eventual acusación para pasar a la etapa de juzgamiento. **(vi)** En la etapa de obtención del indicio el investigado o procesado, a través de su defensa puede ejercer una actividad dirigida a negar o cuestionar la existencia del indicio.

Segunda etapa: “La interpretación de los indicios”: **(i)** Es el examen analítico del significado de cada uno de los indicios en relación con el hecho investigado. **(ii)** Esta labor comienza a realizarse de alguna manera en la investigación preparatoria, queda claro que el momento en que propiamente se debe expresar la interpretación de cada uno de los indicios obtenidos es en la etapa intermedia al formular la acusación fiscal. **(iii)** La labor de la interpretación del indicio de cargo será una labor que deberá desarrollar fundamentalmente el Ministerio Público. **(iv)** Respecto a dicha labor interpretativa de los indicios se requiere un persecutor penal que tenga cualidades intelectivas y suficiente experiencia de vida para encontrar las relaciones de necesidad entre los datos obtenidos y el hecho investigado. **(v)** En caso de la existencia de indicios técnicos resulta importante para la labor interpretativa los resultados de la pericia que se hayan realizado para determinar hacia donde apunta la indicación que se deduce del indicio analizado. **(vi)** Durante esta etapa es necesario que el fiscal sea muy crítico al formular la acusación con base en los indicios reunidos, de manera tal que pueda excluir los supuestos del azar o falsificación del indicio, también debe descartarse cualquier motivo infirmante de la conclusión inferida del indicio, esto es, cualquier motivo para dudar del significado racional del indicio. **(vii)** Según el art. 349. 1 del Código Procesal Penal establece que la acusación debe contener todos los elementos de convicción que fundamenten

el requerimiento acusatorio (literal c). En el caso de la prueba indiciaria, los elementos de convicción será los datos indiciarios a partir de los cuales el Ministerio Público considera que hay fundadas razones para acreditar en juicio una base fáctica de la imputación penal. No basta hacer una enumeración de los datos indiciarios , sino que resulta necesario motivar debidamente como se puede llegar a concluir de los indicios que el hecho penalmente se ha realizado , ello según el mismo dispositivo legal que señala que a acusación deba estar debidamente motivada, del mismo modo, el literal h) impone al fiscal la obligación procesal de indicar los medios de prueba que se actuaran en el juicio para acreditar los datos indiciarios que respaldan su requerimiento acusatorio.

Tercera Etapa: “La aproximación de los indicios entre sí” : (i) Es la operación de síntesis posterior a la interpretación de los indicios que consiste en establecer las relaciones entre los diversos indicios reunidos con la finalidad de formar un todo inteligible sobre el hecho penalmente relevante. (ii) Esta labor la realiza el Juez de Juzgamiento por medio de una valoración racional de la prueba tanto con los indicios de cargo como los indicios de descargo. (iii) La utilidad de esta labor de aproximación sirve para excluir el azar como unión causal de los indicios o los casos de falsificación de indicios permitiendo que, si se aproximan todos entre sí como un rompecabezas, entonces es improbable que la presencia de indicios inculpativos sea una cuestión de azar o de falsificación de indicios. (iv) No se deben interrelacionar los indicios de los que se deduce la misma circunstancia del hecho que se pretende acreditar, sino que esta operación solamente se puede hacer con los indicios que arrojen los diversos aspectos del suceso fáctico que lo hacen penalmente relevante. (v) Resulta necesario para que el juez penal puede tener por probada la base fáctica de la imputación penal encontrar una explicación razonable, contrario sensu, la prueba indiciaria será defectuosa incapaz de generar convicción razonable en el juez sobre la realización del hecho penalmente relevante. (García Caveró P. R., 2010, pág. 77 a 87)

II.1.5. LA PRUEBA INDICIARIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El caso más relevante en donde el Tribunal Constitucional pudo advertir un análisis respecto a la prueba indiciaria en el proceso penal fue sin duda en el Caso Giulana Llamuja en el Expediente 0728-2008- PHC/TC de fecha 13 de octubre del 2008 el en el cual estableció que:

Fundamento Jurídico 25:

“Bajo tal perspectiva, si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando esta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene”.

Fundamento Jurídico 26:

“Justamente, por ello, resulta válido afirmar que si el juez puede utilizar la prueba indirecta para sustentar una sentencia condenatoria, y si esta, a su vez, significa la privación de la libertad personal, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle el tratamiento que le corresponde; solo así se podrá enervar válidamente el derecho a la presunción de inocencia, así como se justificará la intervención al derecho a la libertad personal, y por consiguiente, se cumplirán las exigencias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme a las exigencias previstas por el artículo 139°, inciso 5, de la Constitución. En ese sentido, lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el hecho base o hecho indiciarlo, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros, debe ser directo y preciso, pero

además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.

Fundamento Jurídico 27:

“Asimismo, cabe recordar que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, y que, como dijimos supra, el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia. Y es que, a los efectos del control de calidad del curso argumental del juez (control del discurso), ello supone mínimamente que de su lectura debe verse cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos a probar. Pero, además, se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubiera varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos.

II.1.6. LA PRUEBA POR INDICIOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

El Acuerdo Plenario N° 01-2006 establece las reglas de la prueba indiciaria son: i) el indicio es un hecho base que ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la ley ; otra cosa sería una mera sospecha. ii) los indicios han de ser plurales, excepcionalmente únicos, pero con singular fuerza acreditativa iii) los indicios han de ser concomitantes al hecho a probar iv) los indicios han de estar interrelacionados cuando sean varios, de modo que, se refuercen entre sí y no se excluyan del hecho consecuencia. EL R.N N° 1912-2006-Piura en su considerando cuarto que constituye doctrina jurisprudencial vinculante señala los presupuestos materiales para enervar la presunción de inocencia utilizando prueba indiciaria:

- a) Deben estar plenamente probados, por los diversos medios de prueba que autoriza la ley (testimoniales, pericia, etc.) pues de contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno.

- b) Deben ser plurales o excepcionalmente únicos, pero de singular fuerza acreditativa
- c) Deben ser concomitantes al hecho de que se trata de probar (periféricos al dato a probar)
- d) Deben estar interrelacionados , cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan al hecho consecuencia y con relación a la inferencia esta debe ser razonable , esto significa responda a las reglas de la lógica y la experiencia , de suerte que de los indicios surga el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.

II.2. LA PRUEBA INDICIARIA DEL ACUERDO COLUSORIO

II.2.1. POSTURAS EN LA DOCTRINA NACIONAL

A) POSTURA DE PARIONA ARANA

La prueba del acto de “concertación” siempre ha sido difícil para la jurisprudencia , lo que ha generado una distorsión en la práctica, pues ante la dificultad en la prueba de la concertación, se ha pretendido invocar y convertir a las infracciones administrativas como evidencias de la concertación. Debido a la dificultad en la actividad probatoria se ha legitimado cada vez más la prueba indiciaria frente a las limitaciones de la prueba plena. (Pariona Arana, 2017, pág. 146).

Por ello afirma el autor que : “no se puede legitimar la prueba del acuerdo colusorio únicamente sobre la base de “irregularidades” de índole administrativa, dado que la suma de infracciones de los deberes funcionales y administrativos no será por si indicio suficiente para acreditar la concertación.” Empero, si bien las irregularidades administrativas se pueden considerar como indicios de colusión , no siempre será así ello, dependerá de la pertinencia, concurrencia , concordancia y utilidad que ostenten para probar un acuerdo colusorio y no una mera infracción administrativa. (Pariona Arana, 2017, pág. 145 y 146).

Asimismo, señala que el objeto principal de la prueba en el delito de colusión es la concertación, sino se prueba esta, no será posible una condena por el delito de colusión, por más infracciones administrativas que se descubran o se le imputen al investigado. Pariona afirma que existe una actuación y valor probatorio diferenciada entre el delito de colusión simple y agravada, cuya postura compartimos. En el caso de la colusión simple será necesario actos de investigaciones como el secreto del levantamiento de las comunicaciones, interceptaciones e incautación postal, intervención o grabación, registro de comunicaciones telefónicas, incautación de documentación, levantamiento de secreto bancario, testimonios, carpetas de control, informes, etc. todo ello con el fin de acreditar la concertación entre el funcionario y el privado, dado que en la colusión simple el verbo rector gira en torno a la concertación. Mientras que, en el delito de colusión agravada además de la prueba de la concertación, deberá acreditarse el núcleo del injusto: la defraudación. En este sentido, la investigación de la colusión agravada estará dirigida a ratificar el perjuicio, de forma cualitativa y cuantitativa, Para acreditar el perjuicio en esta modalidad se requiere la realización de las pericias valorativas contables, financiera, económica, todo aquel medio probatorio dirigido a identificar el perjuicio estatal real. La sola afirmación de una afectación no será suficiente para acreditar la colusión agravada por lo que la prueba pericial será la prueba por excelencia para demostrar objetivamente el perjuicio causado. (Pariona Arana, 2017, pág. 148).

La postura de Pariona se resume fundamentalmente en que la prueba del delito de colusión no tiene por objeto acreditar que existen irregularidades administrativas, sino demostrar la concertación propiamente dicha. La concertación no se prueba solo con el descubrimiento de irregularidades, sino con la acreditación de que los funcionarios e interesados de manera clandestina o no se reunieron o pactaron, acordaron, negociaron o transaron ilegalmente para defraudar al Estado. No obstante, si bien las irregularidades o

infracciones admirativas tienen la virtualidad de acreditar indiciariamente determinadas conductas por ejemplo las colusorias ello no implica que toda irregularidad o infracción deba derivar en la prueba indiciaria de la concertación. (Pariona Arana, 2017, pág. 96)

B) POSTURA DE MONTOYA VIVANCO

Según este autor, en la actividad probatoria del acuerdo colusorio debe tomarse en consideración su naturaleza subrepticia o clandestina por lo cual necesita de diversos indicios para poder ser probado judicialmente. Asimismo afirma que algunos “aspectos sintomáticos” que deberían ser tomados en cuenta para sospecha la posible comisión del delito colusión son : i) la regularización posterior al contrato ii) elegir sin justificación el monto más alto que el Estado deba pagar a cambio de la prestación de bienes y/o servicios iii) la sobrevaluación desproporcionada de bienes iv) la aceptación de bienes o servicios en mal estado v) la multiplicidad de normas de contratación estatal infringida, etc (Montoya Vivanco, 2015, pág. 139).

En la misma línea, sostiene que en la jurisprudencia nacional ya advertido algunos ejemplos de indicios de concertación , así lo ha hecho el Exp. 184-2011 de fecha 11 de abril del 2013 emitido por la Sala Penal de Apelaciones de Lima :

- Concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos
- Precios sobrevaluados o subvaluados
- Inexperiencia comercial de los postores
- Plazo de la garantía de los postores
- Admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores respectivamente a los requeridos
- Celeridad inusitada de los pazos de duración en el proceso de selección
- Falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta

- La no correspondencia de calificación técnica- económica con la experiencia o especialización del postor
- Inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas.
- La no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos y normas técnicas.
- Apariencia de ejecución de contratación
- Reintegro a los terceros interesados
- Ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia.

C) POSTURA DE CÁCERES JULCA

El autor da algunas premisas antes de pronunciarse respecto a la prueba del acuerdo colusorio. En principio, parte por definir ¿ que es una concertación?, señalando así que los actos colusorios son manifestaciones indebidas del mal uso del poder público en la toma autónoma y racional de decisiones, ocasionado por influencias externas para adoptar un comportamiento distinto al que hubiera seguido en cualquier otra circunstancia similar, esto es, sin la influencia indebida en la toma de decisiones en una contratación pública.

La concertación desde la perspectiva probatoria requiere un análisis serio , exhaustivo y detallado en el que se identifique el conjunto de factores que denoten la distorsión significativa que se presenta en el comportamiento del funcionario para adecuarse a las características, cualidades y circunstancias que reúne el particular al cual se beneficia en algún momento de la licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía.

El autor afirma que no toda irregularidad implica un acto de concertación , por ejemplo, es usual que el Ministerio Público afirme

como un indicio de concertación , la inexistencia de una licitación pública o concurso público para adquirir un bien o servicio, lo que implicaría un acto de favorecimiento se manifestó al omitir convocar a una licitación pública, tal circunstancia sin negar que puede ser cierta en algunos casos , no implica la falta de concurso público sea por regla un acto de concertación, ya que existen reglas y excepciones en casos donde no debe existir un concurso o licitación . (vg. en caso de que un proveedor es determinado por mandato expreso de una ley o norma con rango de ley, o de una orden judicial o cuando el trabajador o personal de la Entidad se vincula directamente con la institución educativa, obteniendo financiamiento correspondiente por parte de la Entidad , en tal caso , no se aplicará la normativa de la contratación pública) . Cáceres Julca afirma que el medio idóneo para demostrar la concertación es el de la prueba indiciaria , ello en razón a que los hechos que sustentan el pacto colusorio son actos disimulados u ocultos lo que hace de poca utilidad las pruebas directas debido a los sofisticados métodos de ocultación y destrucción utilizados por los intervinientes en el acuerdo colusorio , por ello , resultan determinante el uso de la prueba indiciaria.

Asimismo, propone una serie de pasos necesarios a tomar en cuenta para la prueba del acuerdo colusorio : 1. Es necesario establecer un conjunto de condiciones que deben presentarse como propicias para que se informe el acuerdo defraudatorio . 2. Ello permitirá que cada hecho que forme parte del pacto colusorio deba establecer no solo los actos u omisiones en las que incurrieron los partícipes, sino también se debe analizar el comportamiento adoptado por los organismos encargados de supervisar los actos de decisión. 3. Este razonamiento permite profundizar el conocimiento de las circunstancias que propiciaron las concordancias de pareceres del privado y el funcionario lo cual permitirá identificar: i) que se dejó de hacer ii) que se dejó pasar iii) que se omitió o incumplió iv) las causas y condiciones que lo facilitaron v) los órganos que tengan un deber de supervisión y que recomienda una opinión para la toma de decisión

en el proceso de contratación Y 4. Es deber del investigador (el persecutor penal) , el identificar los vínculos directos o indirectos entre los funcionarios encargados de seleccionar a las empresas postoras o de realizar recomendaciones , informes, etc., los funcionarios que decidirán qué propuesta es la ganadora con el postor beneficiario, a partir de esta interrelación podemos establecer si las diversas manifestaciones en las conductas de los particulares son eficaces para determinar un acuerdo colusorio . Finalmente, el autor propone que los acuerdos colusorios defraudatorios pueden ser probados esencialmente a través de tres clases de indicios:

1. INDICIOS REFERIDOS A LA SITUACIÓN PREVIA DEL ACUERDO DEFRAUDATORIO

Los indicios referidos al acuerdo previo deben circunscribirse a tres tipos de indicios:

Vinculaciones previas: Son las interrelaciones que existe entre los funcionarios con competencia funcional específica en el proceso de contratación pública en la que se denote la existencia de contactos con los beneficiarios o con terceros vinculados a ellos, fuera del ámbito establecido en los procedimientos administrativos y dentro del cumplimiento de un procedimiento. (vg. los representantes directos o intermediarios hayan estado vinculado en negocios anteriormente, que tengan amigos comunes o que sean compañeros o que tengan algún grado de parentesco de cualquier grado, que existen vínculos entre sus parejas, o incluso que tengan intereses comunes, como se parte de un mismo club social, que sus hijos estudien en el mismo colegio , instituto o universidad, o cualquier otro que denote un vínculo previo directo e indirecta)

Indicios de motivo : Las razones por las que el funcionario y un particular coinciden denotan su voluntad por llegar a un acuerdo colusorio, ello se evidencia desde los beneficios que trae el pacto para ambos. Dicho beneficio puede ser económico , devolver o hacer algún favor o prebenda , tampoco se requiere la existencia

de una ganancia o ventaja inmediata, o incluso una promesa de un provecho de cualquier tipo.

Indicios de falta de diligencia profesional: La distorsión sustancial del comportamiento y la inaplicación de los criterios establecidos son los ejemplos más significativos.

Todos estos indicios corresponden a ser indicios del delito en potencia que son aquellos que no vinculan directamente al sospechoso con la realización del delito en concreto, sino que sólo permite afirmar la capacidad del sospechoso de realizarlo. Aquí también el autor nacional precisa cinco principales tipos de indicios y cómo suelen manifestarse:

i) **Indicios de capacidad de delinquir o de oportunidad personal :** Se analiza la conducta anterior a la licitación, a los contratos públicos, suministros, licitaciones y otros del funcionario y privado (autor y cómplice) . Así también, las actitudes asumidas en el curso de la convocatoria o en la realización del acto de la buena pro, incluso posterior a ella (*vg. actos en los que el beneficiado recibe tratamiento preferencia u obtiene ventajas no establecidas en la convocatoria*)

A continuación, describiremos diferentes datos que permiten establecer la existencia de algún tipo de irregularidad y corresponderá a quien afirme la existencia un acuerdo colusorio incorporar otros elementos indicios: a. Practicas orientadas a influir en la toma de decisiones del funcionario público competente. b. Contactos inusuales del funcionario con competencia funcional específica y los oferentes en cualquiera de las fases de la contratación. c. Conductas paralelas de las cuales se pueda inferir un acuerdo colusorio. d. La decisión de contratar el bien o servicio se tome tomando en consideración datos adicionales o distintos a los que están previstos en las bases, entrega de cantidades dinerarias no programadas o mayores a las establecidas.

- ii) Indicios de motivo:** Este indicio tiene como objeto responder el porqué del ilícito, las circunstancias del móvil o de la acción punible tanto de las declaraciones de los imputados o de tercero, sino además de las expresiones físicas y psíquicas que pueden ser percibidas de lo que dice como de lo que no se dice. Resulta clave para poder establecer el motivo por el cual se presume que el funcionario favoreció al tercero interesado en la contratación requiere saber cuál o cuáles son los vínculos o intereses que los vinculan, esto es importante pues el acuerdo colusorio busca concretar un efecto a partir del cual se pueda analizar los móviles que vinculan al funcionario que tienen el poder de decisión y al tercero interesado favorecido.

Las principales situaciones de los indicios de motivo son :

- a. Existencia de una relación directa o indirecta entre el funcionario y el privado, dicho vínculo puede ser amical , parentesco, consanguineidad , matrimonial o situación asimilable con algunos de los integrantes del órgano decisor , padrinazgo, etc. . Lo relevante es encontrar la fuente de la influencia necesaria para primer la concertación que promueva preferencias sobre el tercero interesado.
- b. Un caso posible es que el privado sea acreedor del funcionario con competencia específica , existiendo, una relación de acreedor y deudor.
- c. Otro caso es cuando existe un interés de reciprocidad , como cuando el funcionario y el beneficiario tienen negocios en común , son socios o cuando menos tienen intereses comunes.

La importancia de hallar este tipo de indicios permite plantear como hipótesis si el motivo del favorecimiento al beneficiario fue debido a interés económico, amistad u otro.

- iii) Indicios de oportunidad física:**

Son datos fácticos que denotan conductas orientados a influir en cualquier actuación del proceso de contratación a través de actuaciones funcionales que constituyen modos distintos a la Administración Pública para promover o asegurar la mejora de la posición competitiva del particular con el cual el funcionario concierne. Así, el indicio de oportunidad se da cuando en el curso de los actos de decisión, se incurren en actividades contrarias a los establecidos en los procedimientos administrativos.

iv) Indicios de participación en el delito:

Este indicio tiene por finalidad establecer la participación del funcionario en el acto de decisión, ya sea a través de actos de poder, informes, oficios, requerimientos, memorándum o cualquier otro rastro o vestigio que nos permita presumir la participación de los funcionarios encargados de efectuar recomendaciones o de decidir.

v) Actitud sospechosa y conducta posterior:

Se trata de indicios que busquen establecer si las manifestaciones exteriores del individuo al que se le sindicada como posible sujeto activo del delito, son constantes o erráticas, tanto antes como después del hecho delictivo, en suma, nos interesa el comportamiento posterior al acto de decisión.

Ejemplos de estos indicios son : la falta de aviso a los otros postores de algún acto que forme parte del procedimiento, por ejemplo, la falta de citación para la apertura de los sobres, el aviso en caso se requiera subsanar una omisión, falta de convocatoria para una entrevista que se encuentra programada en el procedimiento de contratación pública. Así también, las decisiones que se manifiestan como arbitrarias en tanto que con los mismos argumentos aducidos se podría haber llegado a una decisión más favorable para la entidad licitante.

2. INDICIOS GENERADOS AL MOMENTO DE CELEBRAR EL ACUERDO O QUE REFLEJAN LA CONCERTACIÓN:

La celebración de conciertos defraudatorios suele dejar algunas huellas o elementos que pueden apreciarse desde la naturaleza misma del acuerdo, para ello se debe analizar la concreta área afectada (bienes , productos o servicios) , el objeto de los acuerdos, las relaciones entre las partes, la extensión de la cooperación entre los intervinientes. El autor refiere que aquí existen tres tipos de indicios que suelen manifestarse en el acuerdo colusorio.

- **Indicios antecedentes:** Son datos previos a la comisión del hecho delictivo del delito de colusión. Así dentro de este tipo de indicios encontramos:

(i)La realización de actos preparatorios :Se trata de preparar las condiciones necesarias para que el acuerdo colusorio se materialice , esto es, el advertir si hubo reuniones, vinculaciones entre el funcionario y el privado. No obstante, este indicio son meras potencialidades para la comisión del delito , por lo que se requiere el concurso de otros indicios que refuercen la posibilidad de que haya existido un acuerdo.

(ii)Las manifestaciones previas: En el delito de colusión se expresa cuando el funcionario público competente en el proceso de contratación utilizando cualquier instrumento o medio genere tratamientos diferenciados que cuestionen la cualificación o capacidad de los otros postores (vg. afirmaciones sobre su situación y financiera no acreditadas, de morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones en contratos estatales previos) o menosprecio de otros postores con el fin de resultar las cualidades del tercero interesado con quien se ha concertado.

- **Indicios concomitantes:** Son los casos en los que se altera las condiciones establecidas para la contratación pública, incorporando requisitos o prestaciones simultaneas o posteriores, a las establecidas en las bases o en los criterios de adquisición de bienes o servicios que posean autonomía respecto a lo establecido en las fases de programación y actos preparatorios o de selección y ejecución contractual. Así , dentro de este plano tenemos las huellas, vestigios o elementos para la ejecución de la actividad delictiva o que sea efecto de ella tales como documentos, dinero, bienes, u otros efectos de cualquier índole hallados y que sean provenientes o vinculadas a la actividad ilícita. Del mismo modo ingresan a aquí las grabaciones , audio , video , fotografías, correo electrónico, mensajes o cualquier otro medio para determinar las circunstancias reales de tiempo, modo y lugar en que el delito se realizó.
- **Indicios subsecuentes :** Aquí se tienen indicios que son producto de la declaración del investigado o actitudes de las cuales tenemos las declaraciones falsas, la imposibilidad de justificar determinaciones acciones como un incremento patrimonial, intento de soborno, obstrucción de la investigación, fuga inexplicable del lugar de los hechos.

Aquí también están los indicios de coartada fallida , que son aquellos que surgen como producto de la versión que ofrezcan el privado o el particular tales como explicaciones contradictorias, no convincentes por su inconsistencia o falsedad manifiesta desde el punto de vista de la racionalidad, la lógica y las máximas de la experiencia o cuando se afirma la existencia de un hecho sin proponer un medio de prueba o cuando menos indicios que tiendan a demostrar la versión propuesta , de modo que, la futilidad del relato alternativo del acusado, si bien es cierto no puede sustituir la prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, si puede servir como elemento de corroboración de

los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad. Estos indicios deben ser ligados para ir desenredando y descubriendo hechos ocultos o inciertos de los que se denote la posibilidad de que se haya tomado un acuerdo colusorio.

3. INDICIOS QUE MANIFIESTAN EN LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO

Son un conjunto de indicios que suelen ser los más evidentes y de los cuales se debe partir para la construcción de la prueba por indicios. Debemos precisar que se requerían salvo que estemos ante la existencia de indicios necesarios o únicos, de otros indicios que confirmen o descarten la hipótesis de la existencia de un acuerdo colusorio. En estos indicios será relevante las consecuencias que ocasiona a la entidad se construye la prueba indiciaria, iniciándose la búsqueda de los otros elementos inciertos u ocultos que tengan entidad probatoria para confirmar o rechazar la hipótesis de un acuerdo colusorio.

Al respecto, el autor precisa dos ejemplos: i) Caso de la Concertación de Precios entre las diversas empresas que forman parte de un grupo económico que tienen un poder en el mercado que busca de modo mediato ganar la licitación o contrato, mientras que a, mediano o largo plazo buscan mantener o incrementar su poder en un ámbito concreto del mercado, impidiendo la participación futura de potenciales competidores, coludiéndose para ello con los funcionarios públicos. ii) Caso de la Estandarización de la calidad de un bien o servicio de modo paralelo por todos los participantes de un grupo empresarial, que a través de diferentes empresas postulan a licitaciones o convocatorias.

D) POSTURA DE ROJAS VARGAS

El Código Penal no es nada infrecuente la presencia de tipos legales que se asientan en una base administrativa de regularidades (por ejemplo, el delito de apropiación ilícita) pero también de irregularidades , a partir de las cuales se construye el ámbito de relevancia penal. Es decir, el tipo penal necesita que se determine la existencia de actuaciones o actos administrativos como presupuesto para activar las tipificaciones penales, las que se tornarían insubsistentes de no tener dicho engarce de origen, ello pasa por ejemplo con el delito de colusión(en sus dos modalidades) , en el delito de aprovechamiento indebido del cargo, , malversación de fondos , entre otros. (Rojas Vargas, Aspectos problemáticos en los delitos contra la administración pública. Estudios críticos, informes y comentario jurisprudencial , 2016, pág. 321 y 322).

Así las cosas, el delito de colusión al ser un tipo penal construido con un entramado de base de naturaleza estrictamente administrativa , sin la cual es impensable jurídico penalmente la existencia de los delitos de infracción del deber, presuponen por parte del operador jurídico un complejo ejercicio de valoraciones de lo que sucede- regular o irregular- en tanto datos de interés a utilizar en el proceso de construcción de la imputación, por ello, afirma enfáticamente que no toda irregularidad merece igual conceptualización de relevancia, así existen dos posibilidades a identificar: i) El caso de aquellas que trascienden el umbral de simples irregularidades para proyectarse y engazarse con las exigencias de la norma penal y ii) El caso de aquellas irregularidades que se cierran en sí mismas y definen un esquema de carencia desde la exigencia de la norma penal. (Rojas Vargas, Aspectos problemáticos en los delitos contra la administración pública. Estudios críticos, informes y comentario jurisprudencial , 2016, pág. 322).

El acuerdo colusorio se produce en el marco de las actuaciones administrativas ya sea en el curso del procedimiento en la toma de decisiones en las que el funcionario público impulsa, decide o dispone

beneficien un marco o contexto de interacciones en las que : a) El funcionario o servidor público defrauda las expectativas normativas y b) El contratista o interesado incurre en anomalías- de polifacética gama- que necesitan ser valoradas para destacar su interés penal en función al hecho cometido. El autor apunta un dato importante a tener en consideración al momento de efectuar la acreditación del acuerdo colusorio y es que señala que se ha de valorar las actuaciones administrativas irregulares o los actos irregulares de los extraneus (terceros interesados) las cuales elevadas a la condición de indicios sirven para validar el proceso de configuración de la prueba indiciaria , en tanto sustento de condena, refiere que son numerosas las sentencias a nivel nacional que en línea correcta han valorado dicha situación.

Creemos que esta precisión hecha por (Rojas Vargas, Aspectos problemáticos en los delitos contra la administración pública. Estudios críticos, informes y comentario jurisprudencial , 2016)es correcta y justamente se sustenta en que el acuerdo colusorio es la expresión del porque el delito de colusión se trata de un delito de participación necesaria, específicamente uno de encuentro -como es de opinión mayoritaria la doctrina y jurisprudencia nacional- en el cual confluyen las intervenciones delictivas del funcionario y del privado dos sujetos con distintas posiciones (el primer es un sujeto cualificado y el segundo no) para realizar el hecho delictuoso (concertarse fraudulentamente) , de modo que, resulta lógico que se valore los aportes jurídico penalmente relevante a través del análisis de la infracción de las competencias institucionales (en el caso del funcionario) y de organización (en el caso del privado) de ambos y no sólo dirigirse a las actuaciones irregulares del funcionario público que supondrían un indicio de concertación ; sin analizar, ni pronunciarse sobre los actos irregulares del privado, pues como dijimos el “encuentro” de ambos comportamientos permiten llegar a la inferencia lógica y unívoca de la existencia de una concertación fraudulenta en el proceso de contratación estatal y así dar por probado

el acuerdo colusorio , es más, si sólo existen indicios del interés de favorecimiento del funcionario público y no se realiza un trabajo de búsqueda de indicios en la conducta del privado indefectiblemente no podrá probarse el acuerdo colusorio, máxime, ello podría constituir la prueba de otro delito funcional que no es objeto de acusación (salvo en los caso no exista una acusación alternativa de ambos tipos penales) como el de aprovechamiento indebido del cargo que exige un acto unilateral del funcionario público al interesarse indebidamente en un contrato estatal.

Entonces, para (Rojas Vargas, Aspectos problemáticos en los delitos contra la administración pública. Estudios críticos, informes y comentario jurisprudencial , 2016)la prueba del acuerdo colusorio se resume al problema de las implicancias – penales de las irregularidades administrativas en el marco de los delitos de infracción del deber que aún ni la doctrina ni jurisprudencia nacional han dado un tratamiento uniforme, su importancia radica en que son las irregularidades que acontecen en el tracto sucesivo del proceso de contratación pública las que requieren ser debidamente categorizadas en cuanto a si tienen una naturaleza jurídica y valoración sobre su entidad para construir un indicio o prueba que afirme un hecho penalmente típico de colusión, asimismo advierte correctamente las implicancias en la acreditación del acuerdo colusorio respecto a un análisis de las infracciones de las competencias institucionales y de organización del funcionario y del privado respectivamente en razón a que el delito de colusión es un delito de participación necesaria específicamente de encuentro.

El autor nacional como es de costumbre en sus análisis comenta un importante caso sobre la prueba de la concertación en el delito colusión que se dio en Chiclayo, específicamente en la Municipalidad Distrital Leonardo Ortiz en el que se condenó al Alcade , Miembros de Comité de Adjudicaciones y a los representantes de la contratista “Empresa Siglo XXI” y “Keint Construcciones” en base al criterio que

no era posible entender las numerosas irregularidades administrativas de los funcionarios y los privados en el proceso de contratación de una obra de pavimentación de los “Parques Micaela Bastidas” y “Francisco Cabrera” sino era desde la perspectiva de que se habrían producido actos colusorios, es decir, que estos podían ser presumidos. La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema declaró la nulidad de la primera sentencia y dispuso la actuación de medios de prueba omitidos, en una segunda decisión, apelada la segunda sentencia condenatoria, la Sala Penal Suprema en mayoría se pronunció declarando absueltos a los procesados jugando un rol importante lo establecido por la Primera Fiscalía Suprema que fijó un criterio dogmático procesal especialmente ilustrativo cuando piden la absolución de los condenados al considerar que: *“ si bien se advierten irregularidades durante el proceso de adjudicación de las obras, en el presente caso no se advirtieron elementos probatorios que acrediten que ha existido concertación defraudatoria entre los funcionarios y los representantes de las empresas constructoras”*.

Ello coadyuvo a que en el R.N N° 2683-2014 de fecha 21 de enero del 2015 emitida por la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro) que por voto en mayoría (hubo un voto discordante de la magistrada Barrios Alvarado) se absuelva de los cargos de colusión a los funcionarios y privados y se advierta que las irregularidades determinantes que denotan concertaciones fraudulentas de las irregularidades que no tienen esa denotación, así véase en el ***Considerando décimo tercero***: *“No existe prueba suficiente, primero, para sostener las presencias de irregularidades en el proceso de adjudicación y ejecución de las dos obras cuestionadas que denotarían algún tipo de concertación fraudulenta: la base probatoria es débil y la pericia institucional no es lo suficientemente convincente frente a las pericias de parte y a las testificales de descargo”*. Segundo, *de hecho, pueden existir algunas irregularidades en la primera etapa del proceso de licitación- no necesariamente en su ejecución-, pero estas no son determinantes ni denotan con claridad*

que se optó por las empresas de los imputados Acuña Peralta y Santa Cruz Acuña en perjuicio de una correcta función pública y del interés económico de la Administración Pública. Tercero en la línea de cargos no se especifica quien fue el que se concertó con los interesados , cómo lo hizo , y en qué fase del procedimiento de contratación público se perpetró- el propio fiscal supremo destaca la vaguedad de la acusación fiscal- . Cuarto la negativa de los imputados recurrentes en modo alguno ha sido enervada, por lo que subsiste plenamente la presunción de inocencia”

II.2.2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

II.2.2.1. LA NEGLIGENCIA FUNCIONARIAL Y EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Las irregularidades pueden ser indicios de colusión, pero también en determinados casos no pueden serlo y pueden como advierte correctamente la doctrina y la jurisprudencia tratarse de casos de impericia o negligencia funcionarial en los procesos de contratación estatal o de incumplimientos contractuales.

Respecto al caso de la negligencia funcionarial apunta (Pariona Arana. 2017) que a diferencia de la ilicitud en la concertación , la mala negociación no necesariamente está vinculada a la infracción de alguna norma , pues esta se refiere a la impericia para lograr condiciones más ventajosas para el Estado a través de la negociación en los procesos de contratación pública de bienes, obras y servicios para el Estado, por ello , un mal negocio no necesariamente es evidencia de la concertación , pues esta se puede dar sin que se haya producido un concierto ilegal. (pág. 47)

Por ejemplo, el R. N N° 707-2011-Lima de fecha 07 de marzo de 2012 emitido por la Sala Penal Permanente **Considerando Sétimo:** “*Se advierte que la sentencia absolutoria se encuentra arreglada a ley, pues la imputación formulada por el Fiscal Superior – consistentes en la sobrevaloración de precios, la relación de parentesco entre*

postores (accionistas) y los plazos excesivos para la entrega de medicinas e insumos, los cuales no habrían sido entregados de forma oportuna – no han sido suficientemente acreditados durante el proceso al no haberse determinado con elementos de prueba la concertación previa entre los encausados- miembros del Comité Especial y representantes legales de las empresas ganadoras de la buena pro- para favorecer a estos últimos, defraudando al Estado, sino que por el contrario, las pruebas actuadas han evidenciado que los funcionarios del Programa de Administración de Acuerdos de Gestión del Ministerio de Salud no adoptaron las medidas correspondientes para la efectiva ejecución del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía , hecho constituye infracciones de carácter administrativo y no contenido penal”

Respecto al caso del incumplimiento contractual también comenta el precitado autor que un incumplimiento contractual tampoco será la premisa idónea para determinar que nos encontramos ante un acuerdo colusorio y por tanto ante un delito de colusión pues la misma puede ser resuelta a través de la Ley de Contrataciones con el Estado, la resolución del contrato y el pago de una indemnización o reparación , lo relevante será advertir que para la configuración del delito de colusión las ocurrencias adicionales como el incumplimiento contractual no configura el delito ni mucho menos lo determina. (Pariona Arana, 2017, pág. 102).

Al respecto, hemos podido encontrar en la jurisprudencia nacional el Recurso de Nulidad N° 2949 – 2011 – Amazonas emitido por la Sala Penal Permanente de fecha 29 de marzo del 2012 (Ponente: Neyra Flores) donde justamente la Corte Suprema advierte la existencia de un incumplimiento contractual que no supone un indicio de pacto colusorio. Los hechos que sustentaban la acusación fiscal en este caso eran que el Alcalde de la Municipalidad de Conila- Cohechán (Amazonas) se habría concertado ilegalmente para defraudar al Estado con Pedro Castañeda Gallac el día 13 de diciembre del 2002 la adquisición de 120 cajas de leche marca “Pura Vida” para el

Programa de “Vaso de Leche” y a pesar de haber cancelado , dicho proveedor solo entregó 31 cajas con 42 unidades entregando la cantidad restante recién el día 3 de febrero del 2003, pero reemplazando el producto por leche de marca “Gloria” , sin embargo, el mencionado Alcalde para encubrir tal irregularidad hizo firmar los documentos de recepción para encubrir tal irregularidad a los agentes municipales Emiliano Gómez Pulce y Florencio Sánchez Valerín , haciendo aparecer como si hubieran recibido tales productos en el mes de diciembre del 2002. **Considerando quinto** : *“ En cuanto al delito de colusión (...) para dictarse una decisión de condena debe acreditarse el acuerdo colusorio entre el funcionario y el particular que dio origen a la relación contractual o semejante, sin embargo, en el presente caso , no ha sido factible acreditar dicho elemento del tipo penal, en efecto, si bien el representante del Ministerio Público ha dejado establecido, que en lo concerniente a la compra que realizó la entidad edil al establecimiento del encausado Castañeda Gallac para el programa del “Vaso de Leche”, consistente en ciento dos cajas de leche “Pura Vida” a fin de que sean repartidas en los anexos de dicha localidad existió un retraso injustificado y que se habrían omitido las formalidades del caso, sin embargo, se debe precisar que la demora en la entrega del producto no puede ser imputado al encausado Pedro Cachay Huamán quien no se advierte en autos que haya habido algún hecho notorio o acreditable que dé por cierta la colusión denunciada, en efecto, obran en copias fedateadas las cotizaciones alcanzadas a la entidad municipal sobre las propuestas para dotar al producto al programa mencionado, advirtiéndose que la ofertada por Castañeda Gallac resultaba ser la más beneficiosa , en tal sentido, al no haberse siquiera cuestionado por el Ministerio Público dichas instrumentales y al no haber aportado este material de prueba de cargo idóneo debe procederse absolver a los encausados de los cargos contenidos en el dictamen acusatorio en ese extremo, toda vez que el cumplimiento tardío de la obligación asumida por el proveedor Castañeda no se encuentra dentro del presupuesto del delito de colusión, es más , al subsanar la*

demora este entregó un producto (leche “Gloria”) que de por sí resulta ser más oneroso , en consecuencia, si bien se reconoce la existencia de un incumplimiento en la ejecución de la obligación asumida por el proveedor, ello debe investigarse y sancionarse en la vía administrativa correspondiente , no siendo el caso que se invoque la intervención del derecho penal por ser de última ratio”

II.2.2.2. TRES MODELOS DE RAZONAMIENTO INDICIARIO

Hemos seleccionado de la jurisprudencia nacional actual tres modelos de un correcto razonamiento indiciario acerca de la prueba del acuerdo colusorio.

a. MODELO 1

El R. N N° 1722-2016- El Santa de fecha 23 de enero del 2017 emitido por la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro) en su considerando octavo: *“Que, en principio, se tiene que el procedimiento de adquisición fue absolutamente irregular y, además, lo que se pagó por los bienes adquiridos fue sobrevalorado, es decir, se pagó un sobreprecio por la adquisición de bienes, muy superior al que tenían en el mercado. La ausencia de bases para la convocatoria, la falta de objetividad en la participación a los proveedores –a quienes incluso se convocó telefónicamente–, la inusitada rapidez del procedimiento de contratación pública, la falta de una información analizada acerca del valor de los productos que debían adquirirse (falta del expediente administrativo), permitió que se otorgue la buena pro a personas que ofertaron un precio excesivo. Si esto es así, es obvio que los funcionarios públicos: el director de la UGEL y los integrantes del Comité de Adquisiciones, se concertaron con los proveedores en desmedro del patrimonio público. No de otra forma se explica una festinación de trámites y una buena pro a determinados*

proveedores por un precio excesivo. Es claro que los funcionarios públicos imputados niegan el concierto y lo quieren referir al hecho de la acreditación de contactos personales entre sí y con los proveedores para justificar la lógica fraudulenta. En clave probatoria, empero, lo que se debe verificar es la existencia de una contratación pública que se produce a través de una concertación entre funcionarios públicos competentes e interesados (proveedores). La concertación, ante la ausencia de prueba directa –testigos o documentos que consignent la existencia de reuniones, contactos, y acuerdos indebidos–, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria. Por ejemplo, (i) si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes –verbigracia: celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, falta de cuadros comparativo de precios de mercado, elaboración del mismo patentemente deficiente, ausencia de reuniones formales del comité, o ‘subsanações’ o ‘regularizaciones’ ulteriores en la elaboración de la documentación, etcétera–; (ii) si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad –marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores–; y, (iii) si los precios ofertados –y aceptados– fueron sobrevalorados o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencia del servicio público o fundamento de la adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado.”

y el **considerando noveno**: *“Que llama la atención las explicaciones del acusado Buitrón Rodríguez, en el sentido de que no hizo el requerimiento de compras; que elaboró el cuadro comparativo de las cotizaciones cuando los productos ya se encontraba internados en el Almacén –éste se realiza antes de la buena pro– (dice que cumplió las órdenes sobre el particular del Director Colonia García y del Presidente del Comité Cotillo*

Antúnez); que no sabía que lo que se adquirió se podía comprar más barato en Huarmey [declaración plenarial de fojas mil noventa y seis]. Este dato, más allá de la lógica exculpatoria del imputado, revela que no se trató de un proceso objetivo ni se indagó por la corrección de los precios de los productos en el mercado. De igual manera, el otro miembro del Comité, Huamán Inchicaqui, señaló que no mediaron reuniones del Comité –nadie los convocó–; que no participó en la elección del proveedor; que se limitaba a firmar los documentos: cuadro comparativo y acta de otorgamiento de buena pro, los cuales se los traía Buitrón Rodríguez; que no se le acompañaron proformas de menores precios [instructiva de fojas cuatrocientos veintiséis y declaración plenarial de fojas mil ciento setenta y nueve]. Tales afirmaciones, sin duda alguna, revelan la irregularidad del trámite y permiten inferir fundadamente la concertación con los proveedores (...) existe, pues, prueba fiable, plural, convergente y suficiente. La presunción de inocencia se enervó con las pruebas de cargo ya citadas.”

b. MODELO 2

El Expediente N° 89-2014-30 de fecha veintiuno de agosto del 2017 emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional (Ponente: Carcausto Calla) por el delito de colusión por extensión en el *fundamento 61.10*: “*Por las razones ya expuestas, esta Sala concluye lo siguiente:*

Existió un acuerdo colusorio entre los representantes del Gobierno Regional de Tumbes y los de la Empresa Contratista A&J Inversiones SAC antes de la solicitud de la conciliación que hiciera Castañeda Serrano al Tribunal Arbitral hasta el momento de la formalización de dicho acuerdo mediante la audiencia de conciliación.

Este acuerdo colusorio era de conocimiento de Gerardo Fidel Viñas Dioses Daniel Castañeda Serrano, Juan Carlos Quinde Rojas, Javier Francisco Martín Rodríguez, Juan Carlos Quinde

Rojas y Jorge Villegas Angeldonis, porque para efectos de solicitar la conciliación, la experiencia indicia que quien solicita conciliar tiene intención de llegar a un acuerdo, asimismo, quien asiste emplazado a una audiencia de conciliación, conoce el tema que se va a tratar si decide continuar su realización

Este acuerdo colusorio se formalizó mediante la audiencia de Conciliación del 13 de julio, en cuya acta se consignaron los términos del acuerdo colusorio, lo que verificó que las partes fueron con acuerdos previos, ya que en la práctica, un acuerdo conciliatorio tiene dos escenarios: i) cuando el acuerdo se realiza antes de la audiencia o ii) cuando el acuerdo se realiza antes de la audiencia, y por la magnitud y naturaleza de los puntos controvertidos, y por el tiempo que duró la audiencia no pudo realizarse la concertación en la misma audiencia. En el caso concreto, se acredita que el acuerdo tuvo lugar antes de la audiencia (fue previamente acordado), y que buscaban dotar de legalidad a través del mecanismo de transacción (conciliación) en el proceso arbitral.

El acuerdo colusorio se formalizó inicialmente con el acta de la audiencia de conciliación del 13 de julio, que luego fue homologado mediante el Laudo emitido por el Tribunal Arbitral con fecha 25 de julio del 2011, donde se materializó los acuerdos previos.

Se ha suscrito el acta con una persona que no tenía la representación legal del Gobierno Regional de Tumbes que le permita arribar a los acuerdos y se incorporó una condición suspensiva de los acuerdos arribados, sin embargo, la empresa tuvo conocimiento y se apresuró en ejecutar al día siguiente el punto referido a la devolución de las cartas fianzas.

Del contenido de la Audiencia de conciliación se puede verificar que los acuerdos arribados eran favorables sólo a la empresa : “1 . Dar solución a todas las controversias Dirac o indirectamente vinculadas con la obra : “ Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable de los distritos de

Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen del Departamento de Tumbes”. 2.Resolver el contrato de obra entre el Gobierno Regional de Tumbes y la empresa A&J Inversiones S.A.C bajo el sistema de precios unitarios para la ejecución de la obra : “Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable de los distritos de Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen del Departamento de Tumbes”. 3.Por lo tanto, el Gobierno Regional de Tumbes dejará sin efecto la resolución del contrato practicado por la entidad mediante Carta Notarial de 14 de diciembre de 2010 , la cual debe formalizarse en el término de 10 días hábiles contados a partir de la notificación del Laudo que homologue el presente Acuerdo Conciliatorio”.

En otro extremo del acta se señala : “ Aprobar la liquidación de la obra tantas veces citada fijándola de común acuerdo en la suma de tres millones trescientos mil soles por todo concepto que deberán ser abonados por el Gobierno Regional de Tumbes a la empresa A&J Inversiones S.A.C en el término de 20 días calendario a partir de la notificación del laudo que homologue el presente acuerdo conciliatorio. En consecuencia, las pretensiones de la empresa han disminuido de seis millones ciento un mil quinientos cuarenta y dos soles deviene en la suma de dos millones ochocientos unos mil quinientos cuarenta y dos soles. Esta cláusula exterioriza con mayor intensidad el acuerdo previo, por la magnitud de los montos discutidos , en tanto, se fijó el monto de la liquidación en aproximadamente un millón de dólares en ese tiempo, así como el monto pretendido originalmente , por lo que no puede haberse discutido en la misma audiencia la fórmula y criterios utilizados para fijar dicha cantidad ya que el acta solo consigna que hubo “intercambio de ideas”, por lo que este Colegiado deduce que las partes tenían un acuerdo previo a la realización de la audiencia , ya que no hubo observación o cuestionamiento de las partes asistentes

Y finalmente, cuando en el Acta se consigna que el Gobierno Regional de Tumbes procederá a la devolución de todas las garantías (cartas fianzas) otorgadas por A&J Inversiones S.A.C con ocasión de la obra tantas veces citada en el término de 24 horas contados a partir de a presente acta” , esta cláusula también exterioriza intensamente el acuerdo previo de las partes al establecer una cláusula favorable a la empresa, al despojar de cualquier garantía al Gobierno Regional. Se manifiesta también la ausencia de algún tipo de objeción u observación de la representación del Gobierno Regional. Además, este punto del acuerdo se ejecutó apenas las 24 horas de suscrito el contrato obviando la cláusula suspensiva determinada por el Tribunal Arbitral – acreditación de la representatividad de Quinde Riojas- generando un perjuicio directo a los intereses del Gobierno Regional y verificándose de esta manera la existencia de un acuerdo colusorio”.

c. MODELO 3

El Expediente N° 3964-2016-44- emitido por la Segunda Penal de Apelaciones de Cusco . Caso de Ex Congresista Benicio Ríos y otros por el delito de colusión en el considerando tercero: *“Hecho Base N° 1: “ Que Benicio Ríos y Mario Ccoyori Salgado, determinaron un encuentro entre el dieciséis de junio y el diecisiete de junio de dos mil nueve , visitando el predio Jahuacollay II, donde Benicio Ríos Osca informa que el predio sea evaluado para el relleno sanitario. Del cual tenemos como INDICIOS :*

- ✓ La fecha del 16 de junio y 17 de junio del 2009 , Mario Ccoyori Salgado prescinde los servicios de Ronald Escobar Alegría – hecho no controvertido- asumiendo de manera directa negociación con la Municipalidad Provincial de Urubamba (indicio fuerte) que este Tribunal Considera “indicio de oportunidad persona o de capacidad para*

delinquir” porque le permite al imputado desplegar el acto colusorio, sin ser entorpecido por tercero el intermediario Escobar Alegría, tener la oportunidad de cometer un ilícito penal y por las circunstancias favorables para desplegar su conducta ilícita resalta este indicio.

- ✓ *Otro indicio es las Actas de sesiones de Concejo Municipal que se suceden entre el mes de Junio a Octubre del 2009 en que se define la adquisición del predio Jahuacollay C-6 posteriores a la sesión del día 17 de junio del 2009 , en ninguna se hace referencia a requerimientos de compra, informes legales o similares , o que estos hayan existido; sesiones de consejo en el que participaron los intraneus en este caso, donde se habló sobre el predio C-, donde no se han apreciado los requerimientos , informes y participación de organismos técnicos: CONAM, DIGES, INC y otras instituciones, corroborado con testimoniales actuados en juicio, donde se detallan las fechas diversas, siendo este un indicio fuerte, lo que en doctrina se llama “indicio abusivo del cargo” , porque esta relacionado con el ejercicio del cargo que ejercieron los dos funcionarios inmersos en este delito, debido a su función irregular, podemos determinar las actitudes que asumieron frente al ejercicio del cargo, que finalmente permitió beneficiarse económicamente con el procedimiento económico que se ha acreditado.*
- ✓ *El Memorándum N° 017-2009-A/MPU de fecha 22 de junio del 2009 , Benicio Ríos Osca , determina que el Gerente Municipal – Gerencia y Jefe de Área, determine el proceso de adquisición del predio Jahuacollay y sello de recepción de Asuntos Sociales 22-06-2009 ; es un indicio que por su sólo contenido se corrobora, a lo que anteriormente hemos determinado “ indicios previos al hecho investigado” , que siendo un indicio fuerte, la doctrina conforme a su detalle , llama “indicio de oportunidad para delinquir” porque le permite a los funcionario que participan en el hecho delictivo*

tener la oportunidad y las circunstancias favorables para desplegar su conducta ilícita, así , este indicio que se concatena con el indicio de abuso del cargo , que también se presenta en los otros indicios.

- ✓ *Acuerdo de Consejo Municipal N° 149-2009-MPU/A de fecha 31 de julio es publicado el 04 de setiembre del 2009 (indicio débil) respecto del cual este Tribunal considera que es también como un indicio fuerte porque corrobora el trámite irregular que se dio a la compra del terreno y el que no exista notificación a Mario Ccoyori Salgado respecto del monto del precio a pagar (indicio fuerte) , considerando este como “ indicio de oportunidad para delinquir” Respecto a este hecho base N° 01 tenemos los CONTRAINIDICIOS: 1. Negativa de Mario Ccoyori Salgado de haber determinado una negociación directa precisando que o hacía con asesoría legal (indicio débil) 2. Negativa de Raimundo Romero Cavero de haber realizado gestiones directas con Mario Ccoyori Salgado, salvo los documentos propio de su trámite (indicio débil); estos contraindicios lo único que hacen es corroborar y precisar lo que ya se ha analizado en el caso de autor, consideramos así que son indicios “ no corroborables” e indicios “ de mala justificación” que en realidad sirven para completar y precisar lo acreditado en autos, dado que es una explicación inverosímil , que sus afirmaciones no tuvieron correlato con medio probatorio alguno, siendo sólo un argumento de defensa.” Así prosigue con el Hecho Base 2 , 3 y 4 para finalmente advertir que (...) tenemos que conforme a la Casación N° 628-2015-Lima , los indicadores o hechos bases son varios y vieren sobre el hecho objeto de imputación que en el presente caso es la concertación para acreditar el hecho nuclear en el que se desarrolla el verbo rector, siendo así, al verificar que todos se encuentran relacionados y son convergentes, reforzándose entre sí le ha permitido al A Quo concluir que entre los*

acusados existieron actos de negociación respecto al predio Juhuacollay, se tienen los indicios desarrollados precedentemente que acreditan la conducta inicial sucedida entre Mario Ccoyori Salgado y Benicio Ríos Osca de visitar el predio entre el 16 de junio y 17 de junio del 2009 , un día antes del acuerdo de la compra del predio, hacen determinar que entre los acusados si existió negociaciones respecto a la adquisición del predio, siendo así , permiten determinar que el acusado Benicio Ríos debió necesariamente enterarse de la oferta de dicho predio por la intervención necesaria de Romero Cavero, que con su calidad de Gerente, recibió las ofertas por Mario Ccoyori Salgado a la suma de cinco dólares por otros metro cuadro. Igualmente concluir que en los meses de junio de octubre del 2009 , Benicio Ríos Osca, mediante memorándum ordena el proceso de adquisición del predio Jahuacollay, luego, se concluye que el requerimiento a la Gerencia de Asuntos Sociales fue ordenado por Benicio Ríos y Romero Cavero a Edgar Ochoa Astete donde consta la suma de trece soles por metro cuadro, en este entender, por la posición que tenían como autoridades y la naturaleza del delito, es posible concluir que Ríos Osca, ya tendría pactado el precio del valor del bien , por cuanto, de todos los actos administrativos realizado, que debieron constatar en dicha entidad edil, no existe medio de prueba que determine la valoración del precio del bien, sólo fue a través de un simple requerimiento, en este sentido, se tiene que el pacto del valor del precio solo pudo ser realizado entre el acusado Benicio Ríos Osca como Alcalde y Mario Ccoyori Salgado , quien tenía el dominio para la venta del bien , y Raimundo Romero Cavero como Gerente Municipal encargado del procedimiento de adquisición. También se relata que en el mes de octubre del 2009 y entre el 19 de octubre y el 26 de octubre, que se hace, la firma de la minuta, la resolución de pago , la emisión del cheque, y la firma de la escritura , se

configura como conductas totalmente inusuales y céleres conforme a los indicios descritos anteriormente, en vista que para adquirir bienes , sobre todo de esta envergadura, la entidad edil agota todos los actos administrativos, así en el Acuerdo de Concejo Municipal N° 256 , que exonera de proceso de selección fue publicado el 17 de noviembre de 2009, es decir, que sólo a partir de esta fecha se pudo determinar la exoneración del proceso de selección y notificarse también al extraneus , generar procedimiento administrativo de pago, no cumpliendo el artículo 45 de la Ley Orgánica de Municipalidades, siendo que, no existe la notificación que realiza a Mario Ccoyori Salgado, respecto del predio y cómo se debió enterar el propietario del bien en la compraventa. Por lo tanto concluimos que la inferencia realizado por el A Quo, es racional , corroborado con una pluralidad de indicios de cargo que fundado en las máximas de la experiencia fiables, descritos en los tipos de indicios que refuerzan y son convergentes a los hechos base que se dieron por probados, siendo lógica , precisa , directo y corroborable, contando con la motivación debida, los que fueron objeto de análisis por este Tribunal estableciéndoles su categoría y complementando la motivación que el A Quo realizó al describir los indicios”

CAPÍTULO III:

“FUNDAMENTOS DE LA PRÓBATICA”

III.1. CONCEPTO

Etimológicamente el término probática responde a la combinación de los términos “prueba” y la expresión griega *tekné* (arte, técnica), de allí que, en sus estadios más tempranos a la probática se le conociera como “técnica probatoria” (Muñoz Sabate L. , Curso de Probática Judicial, 2009, págs. 21 ,nota 21).

La probática es la ciencia aplicada a la prueba de los hechos en el proceso, si bien este encuadre requiere un plus de precisión en el sentido de que el objeto de la prueba no son realmente los hechos sino las afirmaciones de que los mismos hacen las partes en el proceso. (Muñoz Sabate L. , 2007, pág. 11). De Miranda Vásquez precisa que, además de ser la probática la ciencia y el arte de probar los hechos en el proceso lo particular es que la misma logra una actividad probatoria de modo *eficiente*. (De Miranda Vásquez, Probática Penal en los Delitos contra la Administración de Justicia, 2012, pág. 34).

La probática como actividad es un proceso operativo, físico y mental que desarrolla cualquier sujeto , generalmente institucionalizado (abogado , fiscal , detective, juez, policía) con la finalidad de investigar y/o probar un hecho de interés para un proceso judicial en preparación o ya activado (Muñoz Sabate L. , Curso de Probática Judicial, 2009, pág. 8).

Entonces, la probática esta *omnipresente* en el quehacer cotidiano de la mayoría de los operadores forenses porque su tarea consiste en probar, ya sea porque le corresponde investigar para que luego le sea posible probar o para dar probado

un hecho. Y esta actividad la llevan a cabo prácticamente a diario, los jueces, los abogados, los fiscales, los policías y otros profesionales que sirven a la Administración de Justicia; sin embargo, paradójicamente a pesar de que se la realiza a diario se tiene una escasa atención al arte o técnica de probar que ha tenido una especial atención por Muñoz Sabaté y en la medida en que no existía esa sistematización de los conocimientos del arte de probar adquiridos por la experiencia diaria se han venido transmitiendo de generación en generación como acontecía por ejemplo antes con el “arte culinario”, de modo que, como refiere el profesor norteamericano Twining este *corpus* de conocimientos no se enseña en la universidad y tampoco se encuentra material bibliográfico, no obstante, las cosas van cambiando y la probática ya está siendo considerada una verdadera disciplina científica. (De Miranda Vásquez, Probática Penal en los Delitos contra la Administración de Justicia, 2012, pág. 36 y 37).

De otro lado, es necesario señalar que la probática enseña como probar, pero a la vez observa, describe, define y clasifica los hechos y fenómenos que maneja, por ello, pertenece a las ciencias llamadas *praxiologicas* que estudian los procesos de decisión y selección y evalúan la pertinencia de los conocimientos disponibles para la solución de un determinado problema, como por ejemplo la medicina. Por ello, el profesor Muñoz Sabaté advierte que es posible construir una semiótica jurídica, para ello hace un símil con la semiótica médica en la que por ejemplo el descubrimiento de un buen número de síndromes como: Down, Diógenes, Guillain Barré, Asperger, etc. recogen el cuadro de síntomas propios de la enfermedad, de hecho, el médico examina al paciente con el fin de recabar el mayor número de signos posibles de la enfermedad, para seguidamente, relacionarlos con un cuadro típico y efectuar un diagnóstico. Ahora bien, en el campo jurídico donde existe una actividad factual no se ha contado con una semiótica propia (no tenemos un “síndrome de la simulación” o un “síndrome del contrato verbal”), por ello es necesario la construcción de una semiótica jurídica cuya tarea es asilar determinados supuestos de hechos y buscarlos sus cuadros de indicios asociados – a modo de síntomas- conformando lo que en probática se llama una “*exposición semiótica del thema probandum*” (De

Miranda Vásquez, Probática Penal en los Delitos contra la Administración de Justicia, 2012, pág. 62 y 63)

III.2. OBJETO

La probática es una ciencia cuyo objeto de estudio son las afirmaciones de los hechos. Al respecto Muñoz Sabate L. , Curso de Probática Judicial, 2009, señala que los sujetos u operadores jurídicos a quienes les puede interesar como destinatarios la probática son los sujetos procesales que tienen que probar en el marco de un proceso judicial, aquí encontramos al abogado defensor y los fiscales y los que tienen que dar por probado son los jueces y Tribunales encargados de fallar (pág. 24)

Resaltando la alta valía del hecho en la probática (Muñoz Sabaté , L, 2007) sentencia que: “Si para la práctica judicial el hecho es capital, para la probática es el hecho su elemento basal”. (pág. 51). En el ámbito de la denominada por (De Miranda Vásquez, Probática Penal en los Delitos contra la Administración de Justicia, 2012) como “probática penal” se tiene como objetivo principal la realización de un análisis fáctico del tipo penal para de allí desarrollar una exposición sistemática de la prueba del ilícito (pág. 37 y 38), esto implica un estudio del supuesto de hecho a probar en la estructura del tipo penal.

Finalmente, podemos decir que la utilidad de la probática para la prueba de los hechos se sintetiza en que la probática es como una guía de orientación al litigante para lograr una eficiente actividad probatoria, así lo grafica (Muñoz Sabate L. , 2007) cuando expresa que : *“La factualidad es como una inconmensurable selva amazónica para penetrar en la cual las experiencias propias tienen su utilidad si uno camina acompañado entre otras cosas de una buena guía que le sirva de orientación”*(pg. 51)

III.3. LA RELACIÓN ENTRE PRUEBA Y PROBÁTICA

Existe indefectiblemente una relación entre prueba y probática. No obstante, el punto de partida para analizar dicha relación es necesaria conocer el concepto de cada uno de ellos, en los párrafos precedentes ya hemos desarrollado en extenso el concepto y objeto de la probática, siendo necesario ahora aproximarnos al concepto y objeto de prueba. La palabra “prueba” en el plano jurídico tiene carácter polisémico (Wroblewski, 2013, pág. 135), así podemos encontrar al menos tres acepciones: La “prueba” como medio de prueba: Según esta acepción cuando se habla de prueba dice Taruffo hace referencia aspectos como la relevancia, admisibilidad, tipicidad o atipicidad de las pruebas dentro del proceso judicial. (Taruffo M. , 2008)vg. fuente u órgano de prueba; elemento de prueba, medio de prueba.

La prueba como procedimiento probatorio o actividad procesal: La prueba como actividad tendría la función de comprobar la decisión de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o lo que es lo mismo determina el valor de la verdad de las proposiciones que describen de la concurrencia de esos hechos condicionantes. (Ferrer Beltrán, Valoración racional de la prueba, 2007, pág. 30)

Es preciso advertir que probar es actividad y, sobre todo, es la consecución de un resultado. La convicción judicial se alcanza cuando el órgano enjuiciador concluye en su fuero interno que de una determinada afirmación de hecho controvertida se corresponde con la realidad, dicho con otras palabras, la aludida convicción se produce cuando el juzgador considera verdadera una aseveración factual disputada. (De Miranda Vásquez, Probática Penal en los Delitos contra la Administración de Justicia, 2012, pág. 35)

- a) La prueba como resultado probatorio: La prueba hace referencia desde esta acepción a la conclusión acerca de si constan en el proceso suficientes elementos de juicio para considerar existente o inexistente determinado hecho.

En la doctrina contemporánea existe un sector importante que defiende la concepción racionalista de prueba (Ferrer Beltrán, Vasquez Rojas , Michelle Taruffo, Gonzales Lagier y en doctrina nacional Castillo Alva, Talavera Elguera y San Martín Castro) que rechaza la postura que defiende la vinculación entre prueba y convencimiento psicológico del juez propio de la tradición psicologista de la prueba. Nosotros somos partidarios de la primera. Y siendo esto así, a continuación, expondremos las principales características que implica asumir una concepción racional de la prueba:

- a) Hacer efectivo el derecho a la prueba y consiguientemente el derecho de defensa.
- b) El recuso al método de corroboración y refutación de la hipótesis como forma de libre valoración de prueba (estándares de prueba objetivo) sin prueba legal o tasada que predetermine el resultado probatorio de forma vinculante para el juez.
- c) Una fuerte exigencia de detallada motivación de la decisión sobre los hechos y no una explicación, no importa el estado psicológico del juez que lo llevo a su decisión, sus creencias o perjuicios, la motivación debe basarse en las pruebas que justifican su decisión.
- d) La defensa de un sistema de recursos que ofrezca un cumplido de control de la decisión y su revisión en instancias superior porque se puede conocer las razones por las que se ha decidido porque se dispone de una motivación detallada de la decisión que da cuenta del proceso de corroboración de la hipótesis que sea declarada probada y de las que sí es el caso se hayan refutado. (Ferrer Beltrán, Valoración racional de la prueba, 2007, pág. 19)

Es imprescindible al abordar el concepto de prueba hacer mención del derecho a la prueba. En doctrina nacional y extranjera se ha escrito en extenso respecto a ello, sin embargo, reseñar aquello significaría una extralimitación a nuestro propósito, en tal sentido, precisamos que

compartimos la postura del profesor español Ferrer Beltrán sobre la existencia de cuatro elementos definitorios del derecho a la prueba:

El primer elemento es el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión.

El segundo elemento es el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso.

El tercer elemento definitorio del derecho a la prueba es el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas. Es habitual considerar que el derecho a la prueba no supone un derecho a un determinado resultado probatorio. Por ello, y por una exagerada devoción a la discrecionalidad del juez en la valoración de la prueba, no es extraño que la doctrina y la jurisprudencia consideren, a menudo, que el alcance del derecho a la prueba se agota en los dos elementos anteriores. Sin embargo, en mi opinión, esa limitación es manifiestamente insatisfactoria.

El cuarto elemento es la obligación de motivar las decisiones judiciales que es el derecho obtener una decisión suficientemente justificada. En el ámbito del razonamiento sobre los hechos, esa justificación deberá versar tanto sobre los hechos que el juez declare probados como sobre los hechos que declare no probado. (Ferrer Beltrán, Valoración racional de la prueba, 2007, pág. 54 y 57)

La averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la prueba en el proceso judicial (Ferrer Beltrán, Valoración racional de la prueba, 2007, pág. 31). El concepto de verdad que acepta la concepción racional de la prueba es el de *verdad como correspondencia* por ser este el más adecuado para dar cuenta de las exigencias de la aplicación del derecho: aplicar la norma que prescribe una consecuencia jurídica para el caso en que se dé el hecho *h* requiere que se haya producido *h* y por tanto que los enunciados que se declaran probados en el proceso se correspondan con lo ocurrido

en el mundo o la realidad. (Ferrer Beltrán, La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthaniana, 2016)

Ahora bien, una vez reseñado nuestra posición respecto a que es prueba es necesario advertir la relación entre está y la probática, en la doctrina De Miranda Vásquez plantea una explicación respecto a la relación existente entre probática y prueba, así afirma que: “La probática tiene que ver con los tres significados al significante “prueba”. Como técnica, enseña cómo localizar, recoger y tratar la prueba entendida como instrumento (rama de la probática que estudia la investigación del hecho y que se conoce como “heurística”) enseña, también a sacar el máximo provecho de la prueba como actividad (nos dice, por ejemplo, qué preguntas conviene realizar a un testigo o cómo descubrir la manipulación de un documento); enseña por último, como convencer al juzgador, de manera efectiva, de que determinada afirmación de hecho, controvertida, se corresponde con la realidad, es decir, se quiere facilitar su mejor prueba en aras de potenciar la convicción judicial en un caso concreto”. (De Miranda Vásquez, Probática Penal en los Delitos contra la Administración de Justicia, 2012, pág. 35)

En la misma línea, Muñoz Sabaté analizando esta relación entre prueba y probática advierte que en el campo de la prueba como medio existen dos espacios idóneos en donde se aplica la probática, estos son: i) la estrategia en la propuesta de medios probatorios y ii) la táctica en la ejecución de los mismos en el proceso, así lo podemos observar cuando refiere que: “(...) tres principales direcciones con que habitualmente se ha enfocado el concepto prueba, como factor resultado (prueba equivalente conceptualmente a evidencia), en el factor medio (la prueba como instrumento) o en el factor actividad (la prueba equivalente a la búsqueda de las fuentes y al desarrollo y optimización de medios) (...) El factor medio, del que con más densidad se ocupa el derecho probatorio posee sin embargo dos espacios idóneos para ser tratados por la probática: el que atañe a la estrategia en la propuesta de los medios (por ejemplo: el orden

de proponerlos, practicarlos o sustituirlos) y el que afecta a la táctica en la ejecución de los mismos” (Muñoz Sabate L. , 2007).

III.4. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO PROBATORIO Y LA PROBÁTICA

La probática es la ciencia que estudia la prueba de los hechos en el proceso, mientras que, el derecho probatorio son el conjunto normativo que regula la prueba de los hechos en el proceso y básicamente se descompone en reglas de admisibilidad, ejecutoriedad y valoración.

De Miranda Vásquez comentando esta relación apunta correctamente que: “Aun cuando pudiera parecer que son lo mismo, no se puede confundirlas. Una cosa son las “reglas del juego probatorio” y otra, bien distinta, es como saber jugar adecuadamente a dicho juego. Haciendo un parangón, a nadie se le escapa que, en el juego del ajedrez, por un lado, van las normas que reglamentan cómo se pueden mover las piezas (reglas del juego, propiamente dichas y, por otro lado, se encuentran las técnicas de estrategias, de defensa de ataque, etc. algo similar acontece con la prueba.” (De Miranda Vásquez, Probática Penal en los Delitos contra la Administración de Justicia, 2012, pág. 39). En el mismo sentido, Muñoz Sabaté enseña que el derecho probatorio propiamente no enseña a probar y la respuesta es porque ese es el objeto de la probática, el único propósito del derecho probatorio es reglamentar como probar un hecho.

En suma, la relación entre derecho probatorio y probática es que no se controvierte la necesidad de regular la proposición y práctica de las pruebas para evitar convertir el proceso en una inacabable e ingobernable debate historiográfico por medio del derecho probatorio, sin embargo, allí observa Muñoz Sabaté dos cuestiones relevantes:

La primera cuestión reside en denunciar que no está de acuerdo con un “fundamentalismo hiperconstitucionalista”, esto es la inevitable discrecionalidad que comportan los actos judiciales de admisibilidad y valoración, convirtiendo las declaraciones de impertinencia, inutilidad o ilicitud en un mal necesario “para el triunfo de la justicia”. La segunda cuestión estriba en que a juicio del autor

existe una diferencia entre el acto binomial de proposición /admisión de la prueba. La cantidad y la calidad del del trabajo que suele emplear un abogado en diseñar lo que llama como fórmula probática necesariamente supera la de del juez al dictar su proveído de admisión, en otras palabras, el abogado al proponer la prueba se encuentra en una relación de familiaridad con el hecho, el juez en una relación de extrañeidad.

Finalmente, podemos concluir en palabras de (Muñoz Sabaté , 2007): “Cuantas menos trabas formales oponamos a la prueba, más fácilmente nos acercaremos a la verdad del hecho. El peor enemigo de la probática es el derecho probatorio. No dudo de que este apotegma constituye una hipérbole que solo tiene un alcance historiográfico, pero no jurídico. Es evidente que la probática necesita del derecho probatorio para no hacer descarrilar el proceso. Pero el apotegma pudiera servir de aviso para evitar ciertos abusos hiperformalistas o hipergarantistas (..) la probática recoge e incorpora las enseñanzas y experiencias mostradas por la aplicación del derecho probatorio y aquellas otras que le brinda la práctica jurídica sin llegar a empero confundirse (...)” (pág. 20)

III.5. LA FACTIBILIDAD HEURÍSTICA Y PROBÁTICA DE LA NORMA JURÍDICA

El profesor (Muñoz Sabaté 2007) denuncia que: “el notable olvido de la probática por parte del derecho probatorio ha terminado castigando este último conduciéndolo a una especie de “rincón del derecho”, cosa que ha impedido un primoroso y respetado cultivo del mismo en aras a la consecución de mejores resultados en la aplicación de las normas”. En consecuencia, siempre el legislador ha realizado su función pensando en el temple directivo de la norma jurídica y con escasa preocupación acerca de los problemas de prueba que pudiera generar su aplicación. (pág. 21). Frente a esta realidad, se plantean dos objetivos o dos condiciones que debe perseguir el legislador al momento de la creación de normas jurídicas:

1. Que la norma jurídica posea una *factibilidad heurística*: Es aquella capacidad genérica del supuesto de hecho normativo para poder ser

investigado. (Muñoz Sabate L. , Curso de Probática Judicial, 2009, pág. 35)

2. Que la norma jurídica posea una *factibilidad probática*: Considerado como tal capacidad de hecho normativo para ser probado en juicio, por ejemplo, diseñando normas jurídicas de modo que la prueba del hecho constitutivo de la acción no se convierta en una prueba excesivamente difícil, es decir, exista una dificultad probatoria procurando en ciertas materias muy sensibles descriptores fácticos no necesitados de valoración , haciendo entrar en juego las presunciones iuris tantum o las inversiones del onus probandi , ello aparte de potenciar al máximo la valoración de los indicios endo procesales. Lograr facilitar la factibilidad probática no siempre tendrá como una solución ideal a una inversión de la carga de la prueba en la medida en que puede sobrecargar a veces a la otra parte con una prueba mucho más dificultosa. (Muñoz Sabate L. , Curso de Probática Judicial, 2009, pág. 36)

Al respecto, podemos notar una clara diferencia entre la factibilidad heurística y probática de una norma jurídica, la primera hace referencia a la capacidad de que el hecho pueda ser investigado por el sujeto procesal pertinente, en este caso , por el fiscal del caso quien es el director de la investigación y por otro lado la factibilidad probática hace referencia a la capacidad de probar el hecho en el proceso, en lo que nos interesa, la proposición de la prueba de cargo por parte del representante del Ministerio Público en su requerimiento acusatorio.

Resulta clave diferenciar investigación y prueba, así en palabras de (Muñoz Sabaté , L , 2007): “investigar es como abrir una puerta para descubrir lo que hay dentro. Probar es afirmar lo que hay dentro para juzgar si resulta de interés abrir esa puerta” (pg.23)

Ahondando más , el precitado autor señala que la investigación equivale a la búsqueda de conocimientos acerca de *cómo ocurrió* determinado hecho mientras que la prueba equivale al desarrollo de los *medios pertinentes* para trasladar su evidencia al proceso, pero téngase en cuenta que no se trata de operaciones

aisladas, sino que guardan una sinergia; así pues, procesalmente investigar significa busca y huellas del presupuesto de hecho normativo (heurística) las cuales una vez encontradas, habrán de someterse para ser útiles a los fines de investigación, a un desarrollo inferencial dotado de simples o complejas hilaciones (prueba) que conduzca a cierta o probable reproducción o representación de lo realmente sucedido. (Muñoz Sabate L. , 2007, pág. 25)

La actividad heurística o indagatoria en el proceso penal la desarrollar el fiscal del caso, esta inicia con la disposición de apertura de investigación preliminar y culmina con la disposición de conclusión de la investigación preparatoria, esta fase de investigación según la probática tiene su propia metodología y características como son las siguientes:

- a. Se trata de un método frecuentemente informal, salvo pocos casos en que la ley regula alguna manera el método de investigación
- b. Empieza con una hipótesis y a medida que progresa, se suelen aparecer sobre la marcha otra micro hipótesis. Nada impide pues, la mera sospecha como desencadenante.
- c. Su rumbo es imprevisible, ya que el investigador no puede prever todas las posibles variables que vaya surgiendo en su camino
- d. Es autocorrectivo. Los nuevos datos que se van obteniendo pueden obligar a modificar el conocimiento disponible, ya que, en ningún caso, deben adaptarse lo nuevos datos al conocimiento existente, sino que esté último a los primeros
- e. Es acumulativo. Se suman las experiencias obtenidas antes por otros investigadores, cosa que optimiza el trabajo a realizar por el nuevo investigador.
- f. Sus resultados son siempre positivos, ya que los negativos, al destruir la hipótesis, impiden repeticiones inútiles.
- g. El valor de sus datos básicos depende de los medios con los que fueron obtenidos
- h. Pueden no coincidir con las deducciones del sentido común.

III.6. EL ESPECTRO FACTUAL HIPOTÉTICO

Es una técnica valiosa de la Probática para la adecuada investigación de un caso. Muñoz Sabaté señala que es la descomposición o atomización el hecho a probar en una serie imaginaria de hechos simples como hipótesis de trabajo para elaborar la fórmula probática o cualquier tipo de interrogatorio.

Para comprender mejor este concepto, resulta necesario tener en consideración el concepto de hecho desde la probática. Así, podemos darnos cuenta de que para la probática el hecho es un fenómeno epistemológico, propio y excluyente de la percepción humana, lo cual permite que el ser humano tenga la facultad de graduar en cada momento el mayor o menor ámbito de la realidad que percibe, gráficamente se podría comparar la percepción humana con un microscopio. Siendo que la realidad que percibimos es única, según acerquemos la lente, el ámbito de nuestra observación será mayor o menor y, en proporción, el detalle de esa porción de la realidad apreciada será mayor o menor.

Así, en palabras de (Muñoz Sabate L. , Curso de Probática Judicial, 2009): *“el hecho es como un núcleo enquistado en una periferia que la lente de aumento del probatorista debe esforzarse en captar. Ningún hecho carece de periferia, como ningún núcleo celular carece de protoplasma ni ninguna célula carece de sinapsis con el tejido que la rodea”* (pág. 64) . Al respecto, se ha señalado que el hecho ya no es solo un descriptor contenido en la norma, sino que ya en su génesis presenta ciertas dolencias semánticas, sino que al descender al proceso judicial se convierte en cuestión que obliga a una actividad eminentemente fáctica , de búsqueda de algo ya sucedido con un método y sistemática diferente a lo que pudiera exigir la norma, esto se define como la cuestión de hecho , esto es equivalente a la cuestión referente a la prueba de un hecho .

Una vez explicado el concepto de “hecho” que tiene la Probática que será una suerte de punto de partida, debemos señalar los dos conceptos propios que alumbrada esta disciplina, estos son, que dentro de un hecho se distinguen : el “hecho molecular” y el “hecho molar”. Con el mismo ejemplo del microscopio podemos explicar ambos conceptos , así se ha dicho que las unidades mínimas de realidad se las conoce como “hechos moleculares” , por el contrario, a la agrupación de elementos unitarios se las conoce como “hecho molar” ; entonces , la aplicación del adjetivo molar o molecular dependerá del enfoque que interese

en cada caso . O más gráficamente un accidente puede ser considerado un “hecho molar” que cabe diseccionar en hecho menores, unitarios o “hechos moleculares” como puede ser las abolladuras de los vehículos, etc. Ahora bien, la utilidad práctica de esta técnica reside en que un determinado supuesto de hecho necesitado de investigación y prueba es susceptible de ser descompuesto en las unidades inferiores que lo conforman, su análisis, se tornará más sencillo y productivo, allí reside el aporte que da esta suerte de construcción de hechos moleculares y molares de parte de la Probática.

Entonces, en el caso del espectro factual hipotético consistirá justamente en descomponer hechos molares en sus componentes moleculares y repetir dicho proceso tantas veces como resulte necesario para obtener un nivel de precisión adecuado cuya consecuencia será que podremos sacar a la luz la inmensa corriente de detalles significativos del propio acontecimiento , gráficamente nos dice Muñoz Sabaté sería algo así como la visualización de la escena de película a cámara lenta , siendo posible de esta forma apreciar hasta más insignificantes bruznas de evidencia. (Muñoz Sabate L. , 2007, pág. 69). En suma, el espectro factual hipotético no deja de ser una simulación mental de la ocurrencia de un hecho, a la que se aplica una potente lente óptica, de tantos aumentos como queramos hasta alcanzar a ver aspectos de la realidad que en otras condiciones se nos escaparían. (De Miranda Vásquez, Probática Penal en los Delitos contra la Administración de Justicia, 2012). Cabe precisar que, la aplicación de esta técnica de la probática resulta idónea y productiva para la labor fiscal durante la etapa de investigación preliminar y preparatoria en el proceso penal ya que indica dónde y qué tenemos que hacer para poder localizar pruebas y que se evite en palabras de Muñoz Sabaté “dar palos de ciego” de una forma no sistemática , de modo que, se pretende dar una “cabeza de puente” a partir de las cuales se puedan elaborar proposiciones de prueba, interrogatorios, repreguntas y otros actos de investigación. (Muñoz Sabate L. , 2007, pág. 70). Así, el espectro factual hipotético es una de las mejores herramientas con las que dispone el operador jurídico para alcanzar hipótesis plausibles sobre la ocurrencia de un supuesto de hecho contenido en la norma, sobre todo si dispone de una coordenadas de tiempo y lugar y sabe cómo exprimir las dando vida a la simulación de un modelo. (Muñoz Sabate L. , Curso de Probática Judicial, 2009, pág. 87).

III.7. LA TRANSFIGURACIÓN JURÍDICA DEL HECHO

Según Muñoz Sabate, en el derecho, el hecho se trasfigura en dos momentos distintos: cuando se trasfigura en descriptor, lo cual sucede independientemente de que haya o no litigio y cuando se trasfigura en narrativa dentro ya de un proceso.

- a) **El hecho dentro de la descripción normativa:** El hecho jurídico es el que viene descrito en la norma como condición de la aplicación de esta, en otras palabras, debe tratarse de un hecho que sea presupuesto de la norma jurídica. Asimismo, el centraje de este hecho para la posterior prueba de este – *thema probandi* – dependerá de una labor previa a la prueba y la cual es la hermenéutica de dicho supuesto de hecho, vg. si la norma habla de nave, antes de probar, si la nave fue autorizada para dicha actividad (autorización: hecho pasado) deberemos entrar en la interpretación si un bote de remos es una nave a efectos normativos. Del mismo modo, los hechos o los hechos en la norma jurídica al activarse en el proceso suelen recibir el nombre de hecho principal o nuclear pero es necesario precisar que el descriptor que contiene la norma para presentar al hecho además de ser genérico y necesitado de interpretación puede llegar a existir descriptores complejos que al descomponerse revela en forma de círculos concéntricos o cadena. (Muñoz Sabate L. , Curso de Probática Judicial, 2009, pág. 72)
- b) **La narrativa procesal:** Una narración de los hechos nunca es – y menos en un proceso- algo que se encuentre preparado y listo para llevar o que caiga del cielo sobre el escritorio de un abogado o de un juez. Por el contrario: las narraciones son construidas por sus autores, a menudo, por medio de complejas y sofisticadas actividades creativas. Esta construcción no consiste sólo en una descripción pasiva, abstracta o neutral de los hechos: como se ha dicho, las narraciones construyen los hechos que son relatados. En cierta forma, por tanto, la construcción de una narración por su autor es también la construcción de una narración por su autor es también la construcción de los hechos que el narrador relata, en otras palabras, el autor construye su versión

del hecho. Al construir su narración, el autor da forma a la realidad. (Taruffo M. , 2010, pág. 67). En suma, la narrativa alegatoria es donde opera la “carga de la explicitación” -en palabras de Muñoz Sabate - del litigante respecto a los hechos concretos que acreditan el supuesto de hecho que la norma jurídica exige.

Al respecto, Taruffo precisa que las narraciones sólo pueden comprender los “enunciados sobre hechos” definiendo estos como cualquier enunciado en el que se describe un evento que ocurrió de tal y cual manera en el mundo real, asimismo afirma que muchos casos se ganan o pierden “en los hechos” dependiendo de si el sujeto que tiene la carga de la prueba logra o no acreditarlos pues muchos hard cases son hard porque los hechos son demasiados complejos y difíciles de subsumir en una regla jurídica determinada, más aún, en el proceso los hechos son el punto de referencia de todo aparato de reglas relativas a las pruebas y su asunción. (Taruffo M. , 2010, pág. 53 y 54).

En la misma línea, se ha escrito que la narrativa procesal suele ser fértil en brotes indiciarios y además puede llegar a desplegar un efecto reactivo importante porque los mismos hechos y argumentos expuestos de manera diferente producen respuestas o efectos distintos, de modo que, la forma de narración del hecho por cualquiera de las partes provoca una lectura que puede mover por sí sola la credibilidad por parte del órgano jurisdiccional en su día de sentar la evidencia definitiva. (Muñoz Sabate L. , 2007, pág. 61)

El rol de las narraciones en contextos procesales y probatorios son necesarias y peligrosas. Las historias y narraciones son necesarias porque constituyen los instrumentos principales mediante los cuales elementos de información fragmentarios y dispersos y piezas de acontecimiento pueden ser combinados y articulados como un conjunto de hechos coherente y dotado de sentido. Las historias dicen Taruffo son construcciones interpretativas de acontecimientos que dan una forma posible, un modelo, a un conjunto de datos. Proporcionan

una heurística, esto es, un método para descubrir lo que realmente ocurrió, pero su característica principal es proponer posibilidades, sin importar cuán lejos estén de la realidad. En este sentido, las narrativas son como la figura que forma, a partir de un montón de piezas de vidrios de colores, un mosaico. Por otro lado, las mismas son peligrosas porque abren la puerta a la imprecisión, a la variabilidad y la manipulación en la reconstrucción de los hechos que pueden llevar a errores sustanciales en la decisión final de la controversia, máxime, un proceso no sólo incluye una narración se trata de una situación compleja en la que varias historias son contadas por diferentes sujetos desde sus puntos de vista y de distintas maneras. (Taruffo M., 2010, pág. 48 y 49).

III.8. LOS HEURIGRAMAS COMO INSTRUMENTO DE LA PROBÁTICA

Se trata de una plantilla, que es como una tabla de apuntes, la cual consta de varias celdas ordenadas según su destino probatorio y en las cuales se toma nota de los distintos medios de prueba, datos de hecho, inferencias y otras incidencias que pueden ser visionadas y relacionadas de conjunto en vistas no sólo a confeccionar la fórmula probática del sujeto que propone la prueba de un supuesto de hecho sino también en la fase de conclusiones para quien tiene que dar por probado un hecho.

Los heurigramas tienen una utilidad cognitiva para los operadores jurídicos en la medida que la causa bajo análisis posea una pluralidad de proposiciones fácticas que construyen la premisa fáctica del supuesto de hecho difícil y además con la pluralidad de sujetos que intervienen haciéndolo claramente un caso complejo en su imputación y posibilidades de probar el mismo dentro del proceso, siendo este el contexto idóneo donde el operador se debe dar cuenta que resulta necesario el apoyo de instrumentos como en este caso es el heurigrama para una correcta administración de sus medios probatorios y que facilitar su actividad probatoria en la teoría del caso del persecutor penal en nuestra investigación. En consecuencia, el heurigrama sirve como una buena guía orientadora de la narrativa en la proposición de sus elementos de juicio del supuesto de hecho de parte del persecutor penal.

La estructura de los heurigramas consta de los siguientes elementos:

a. Genothema probandi:

Contiene el supuesto de hecho normativo del que se desprende una proposición factual enunciada genéricamente.

b. Thema probandi:

Contiene la transformación de la proposición fáctica genérica en una proposición factual específica y concreta que va a convertirse en el objeto de prueba.

c. Substema Probandi:

Se trata de encasillar los indicios que en su caso pueden presentarse para probar un thema probandi.

d. Fijación:

Contiene los medios de prueba del operador del heurigrama.

e. Infirmación:

El operador anota aquella información o infirmaciones que le planteando o imagina podrá replicarle el adversario frente a una exposición presuncional.

f. Argumento:

Aquí se anotarán las máximas de la experiencia, atribución y distribución del onus probandi, infirmaciones para tener en cuenta.

PLANTILLA DEL HEURIGRAMA

Caso:

Nº Carpeta Fiscal:

Expediente Judicial:

Genothema Probandi
Thema Probandi
Subthema
Fijación
Infirmación
Argumento

Fuente: *Muñoz Sabate, Lluís. Introducción a la Probática. Colección de Formación Continua Facultad de Derecho ESADE. Serie Manuales y Monografía. Editorial JM Bosch, Barcelona, 2007, pg. 143*

III.9. LA ESTRATEGIA EN LOS MEDIOS DE PRUEBA

Medio de prueba es cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa. Constituyen datos cognitivos, así como información a partir de los cuales se puede derivar la verdad de los hechos en litigio, sólo si se sacan las inferencias apropiados a partir de ellos y las inferencias apropiados a partir de ellos y tales inferencias probatorias conducen a la verdad de los hechos motivo de disputa, así en un cualquier contexto procesal medio de prueba es todo lo pueda usar significa mente para apoyar la prueba de un hecho. No se espera encontrar la verdad de los hechos recurriendo a la adivinación, echándolo a la suerte, leyendo, las hojas de té, mediante un duelo judicial o por algún otro medio irracional e incontable (como los juicios de Dios o algún otro tipo de ordalías medievales) sino sobre la base de medios de prueba que han de ser apropiadamente ofrecidos , admitidos y presentados. (Taruffo M. , La prueba, 2008, págs. 15 , 16 y 34)

Usualmente hay un poco de confusión respecto a los conceptos “prueba”, “medios de prueba” y “verdad judicial” , al respecto Taruffo explica que: “Los medios de prueba constituyen las base para las inferencias lógicas cuyo objetivo es dar sustento a conclusiones acerca de los hechos litigiosos ; prueba por su parte hace referencia a los resultados positivos de tales inferencias (resultado probatorio) , mientras que verdad judicial de los hechos significa que la hipótesis acerca de los hechos en el litigio esta apoyada por inferencias racionales basadas en medios de prueba relevantes y admisibles” (Taruffo M. , La prueba, 2008, pág. 35)

Denotando la importancia que de vela el medio de prueba dentro del derecho probatorio podemos advertir que esta sólo plantea cuestiones normativas en su regulación las cuales podemos ver en el Código Procesal Penal, sin embargo, no proporciona conocimientos útiles para obtener a través de la observación, selección y manejo de los medios, resultados satisfactorios para la prueba, ni tampoco explica cuál es su idoneidad para fijar los diferentes temas probandi que constituyen el objeto de la misma, es justamente allí donde la ingresa la probática

y suele comprenderse para el apelativo de “estrategia probática”. La estrategia referida a un correcto suministro de los medios probatorios tiene tres estratos estratégicos (Muñoz Sabate L. , Curso de Probática Judicial, 2009, pág. 96 y 97):

- A. Un plan** que exige al operador jurídico un proceso de ideación de las fuentes y de los propios medios para lo cual el agente tiene que realizar su espectro factual hipotético, siendo así que se debe proceder a una selección de los medios probatorios más idóneos para acreditar el *thema probandi* que exige el supuesto de hecho de la norma jurídica resultando útil la aplicación de los heurigramas a fin de que se pueda diseñar la fórmula probática que es aquella proposición de los elementos de juicio de una de las partes de los hechos probatorios que sustentan el supuesto de hecho a probar a esto podemos llamarlo una *imputación probatoria*.

- B. Una táctica** entendida como una maniobra específica de cada medio en el proceso una vez declarada su pertinencia por el juez (vg. la forma de concebir los interrogatorios, como responder a ellos, etc.)

- C. Una perspectiva** es un enfoque integrador de todos los resultados obtenidos en el plan y la táctica en la que cumple un rol importante la argumentación probatoria, aquí se resalta la utilidad que le suministra al litigante para efectuar la alocución de su imputación probatoria el haber usado un heurigrama.

CAPÍTULO IV:

“ LA UTILIDAD DE LA PROBÁTICA PARA LA PRUEBA DEL ACUERDO COLUSORIO EN EL DELITO COLUSIÓN”

IV.1. LA PROBÁTICA: MODELO PARA ARMAR

La probática es una disciplina muy poco conocida en nuestro medio, por no decir, nula, esta situación es homogénea a un gran número de ordenamientos jurídicos latinoamericanos e incluso europeos, pues la misma ha sido gestada en Barcelona - específicamente en la Universidad ESADE por el profesor Lluís Muñoz Sabaté- en la que han empezado a cultivarla y su proceso de expansión aguramos será progresivo. Es preciso anotar que, el desarrollo de la probática ha sido mucho más desarrollado en el campo del proceso civil que en el del proceso penal, máxime, en este último uno de los trabajos más importantes es el que nos da (De Miranda Vásquez, Probática Penal en los Delitos contra la Administración de Justicia, 2012) , uno de los discípulos de Muñoz Sabate, máximo defensor de esta disciplina.

Un argumento que evidencia la poca preocupación en doctrina nacional de la Probática es que al recopilar los antecedentes de nuestra investigación, solo hemos encontrado apenas un solo trabajo que se constituya como un antecedente directo a nuestra tesis , y ese es el trabajo de (Bobadilla Bocanegra, 2018) quien empieza a desarrollar esta técnica probatoria para los delitos de corrupción de funcionarios. De este modo, podríamos afirmar que la introducción de un estudio de la disciplina de la Probática aplicada en el campo del proceso penal en nuestro país recién este año ha empezado a desarrollarse con trabajos como el Bobadilla Bocanegra, y por ello es aún un campo poco explorado entre la doctrina penal contemporánea, de modo que, la realización del presente estudio se hace con la intención de seguir ampliando el ámbito de reflexión de esta interesante disciplina en el espinoso tema de la prueba del acuerdo colusorio que es uno de los temas que urge búsqueda de soluciones por su importante relevancia práctica.

Resultaría en este apartado sobreabundante hacer una recapitulación de todos los aspectos esenciales de la probática que ya hemos desarrollado a profundidad en el Capítulo III , para lo cual, exhortamos al lector que será imperativo en algunos

momentos del desarrollo de este capítulo volver a dar lectura alguno de los términos propios de la Probática, puesto que, nosotros los penalistas aún no nos encontramos muy familiarizados con ellos. Finalmente, queremos afirmar que para nosotros, la Probática es aún un modelo para armar en el ámbito del proceso penal peruano según sea delito en el que se aplique, recordemos que está se trata de una disciplina que exige desarrollar previamente la determinación de un análisis fáctico de la conducta típica a probar, siendo una tarea aún pendiente de trabajar en nuestro derecho penal nacional.

IV.2. LA PROBÁTICA EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL ACUERDO COLUSORIO

IV.2.1. REDACCIÓN DEL TIPO PENAL, CARGA DE LA PRUEBA Y PRUEBA INDICIARIA

El punto de partida para comenzar a reflexionar acerca de la utilidad de la probática en el campo de la prueba es comprender la relación que existe en la redacción de un tipo penal, la carga de la prueba y la prueba indiciaria. Ciertamente, la redacción de un tipo penal no resulta aséptica respecto a la carga probatoria y la prueba indiciaria, esto implica una manifestación de la relación que existe entre el derecho penal, procesal penal y probatorio en lo que los doctrinarios denominan un “Sistema Integral de Derecho Penal”. De modo que, una simple modificación al Código Penal puede servir para dotar o eliminar la dificultad de la carga probatoria de un elemento objetivo o subjetivo del tipo penal. Entonces, la redacción del tipo penal en su configuración como delito de lesión, de peligro, de tenencia, etc. no son neutros en cuanto a la carga de la prueba y la aplicación de la prueba por indicios. (Pastor Alcoy, 2003, pág. 180 y 181).

En el caso de los delitos de colusión simple y agravada es importante identificar la técnica legislativa de tipos de peligro o de lesión que se ha utilizado en el artículo 384 del Código Penal. Así pues, de modo breve, podríamos expresar que en la colusión simple es reconocido por la doctrina y jurisprudencia nacional

mayoritaria como un delito de peligro abstracto en el cual al ser la “concertación” su verbo rector sólo bastará que se produzca un acuerdo colusorio entre el funcionario y privado para que se consume el tipo penal, el perjuicio económico potencial al Estado es irrelevante a efectos consumativos, además, es preciso afirmar que la concertación resultará ser el objeto de prueba como expresión del comportamiento típico que exige probanza para la configuración de este ilícito penal. En la colusión agravada también hay una posición uniforme doctrinal y jurisprudencialmente que afirma que se trata de un delito de lesión, en el que se identifica como verbo rector “defraudaré” el cual exige a efectos consumativos además de un acuerdo colusorio entre el funcionario y el tercero interesado se requiere un perjuicio económico real y efectivo al erario a causa exclusivamente de un acto colusorio. La concertación y el perjuicio económico efectivo al Estado dos objetos de prueba como expresión del comportamiento típico que exige la configuración de este injusto.

Entonces, podemos identificar que el tipo de colusión simple y agravada poseen una exigencia probatoria común que recae sobre el descriptor fáctico: acuerdo colusorio, cuya responsabilidad de acreditarlo recae en el titular de la acción penal quien posee la carga de la prueba. Por tanto, en el delito de colusión simple o agravada será el acuerdo colusorio celebrado entre el funcionario público y el tercero interesado el hecho común a probar por el fiscal responsable del caso, siendo así que, es válido decir que siempre habrá una dificultad probatoria en los casos donde se haya calificado los hechos bajo el artículo 384 del Código Penal.

Muñoz Sabate al trabajar su libro sobre la Probática señala que casi siempre se ha legislado pensando en el temple directivo de la norma y con escasa preocupación en los problemas de la prueba que genera su aplicación, situación que se subsume en el trabajo que hemos venido realizando, señala además que el legislador en la redacción de un tipo penal lo ha realizado sin importar si este tiene una factibilidad heurística y una factibilidad probática. Es necesario recordar a que hacemos alusión cuando nos referimos a los términos *factibilidad heurística* y *factibilidad probática*. En principio, el término factibilidad significa la descripción del hecho en la norma penal y cuando se añadía el término heurística significa la capacidad genérica del supuesto de hecho normativo para ser

investigado, mientras que, cuando se añadía el adjetivo probática significa la capacidad del hecho normativo para ser probado en juicio.

Entonces, si hemos identificado que la concertación es una exigencia probatoria común para acreditar el tipo penal de colusión simple y agravada ya que está presente en su redacción típica, nos preguntamos si ¿ el acuerdo colusorio tiene una factibilidad heurística? y ¿el acuerdo colusorio tiene una factibilidad probática?

Respecto a la primera interrogante, podríamos afirmar que el acuerdo colusorio desarrollado en un contexto de clandestinidad como generalmente se presenta - según lo afirma la doctrina y la jurisprudencia nacional - presenta una especial dificultad en su heruística o llamada capacidad de investigación para el representante del Ministerio Público, en razón a: la pluralidad de sujetos interviene, el retraso en la presentación de documentos (bases integradas, expediente técnico, propuestas económicas, etc.) relacionados con el proceso de contratación estatal donde se presume se realizó la colusión, la recepción de las pericias (financieras, contables, económicas, bromatológicas) institucionales referidas a los bienes, servicios u obras objeto del contrato público, incluso levantamientos del secreto bancario y todo acto de investigación destinados a buscar datos indicantes que permitan acreditar una concertación entre el o los funcionarios públicos y el tercero o terceros interesados, pues como dijimos estos delitos se cometen con una pluralidad de funcionarios y ocasionalmente de los privados.

Al respecto de la dificultad en la investigación de los delitos de corrupción en España y extrapolable a nuestro medio apunta (Nieva Fenoll, 2013) que : *“Los delitos de corrupción contienen un elemento clandestino muy importante , aún más quizás que otros supuestos, porque dicha clandestinidad se suele desarrollar a lo largo de un período extenso de tiempo, y no constantemente, sino en momentos puntuales. No es lo mismo que un robo, un homicidio o una agresión sexual, que suelen ser puntuales. La corrupción, es algo que se va larvando poco a poco en una estructura de poder, y que va adquiriendo dimensiones variables, más o menos estables, a lo largo del tiempo. Es posible que sólo consiga identificarse un acto de corrupción , pero la situación de*

irregularidad suele ser algo más generalizada de lo que es posible demostrar. Este fenómeno de clandestinidad continuada es común con el modus operandi de las bandas organizadas, y requiere una paciencia investigadora que motiva una sigiliosa instrucción (investigación) extendida en el tiempo sea normalmente inevitable.” (pág. 11 y 12).

Ahora bien, respecto a la segunda interrogante, podríamos afirmar que la prueba del supuesto de hecho normativo acuerdo colusorio constituye una prueba difícil en razón a la clandestinidad que es el contexto de realización típica predilecto en la comisión de este descriptor fáctico y a que por su naturaleza de un delito de participación necesaria se debe probar la conducta del funcionario y del privado, este alto nivel de prueba del acuerdo colusorio llevó en doctrina nacional a que el autor (Vidal Córdova, 2018) proponga la ilegitimidad del delito de colusión, esto es, su derogación y reconducción al delito de negociación incompatible que tendría una modificación en redacción típica siendo una de las causas principales para dicha propuesta el hecho de que :*“La concertación, exige que siempre se deba ejecutar con un partícipe necesario que, generalmente, tiene el rol del postor o contratista. La participación necesaria tiene un efecto importante, condiciona la sanción del autor a la sanción del partícipe. Esto quiere decir que, por más pruebas de cargo que se tenga contra un funcionario corrupto, si es que no se logra probar la voluntad defraudatorio del extraneus, ambos quedarán libres de los cargos por colusión. En otras palabras, el delito de colusión tiene una exigencia probatoria muy alta, pues requiere que el representante del órgano persecutor desarrolle, obligatoriamente, un doble esfuerzo al probar de manera conjunta tanto la voluntad defraudadora del autor como la del partícipe necesario. Probar una sola de estas voluntades no serviría de nada, pues no satisface el supuesto típico de colusión. Incluso, teniendo en cuenta que la conducta típica es la concertación, no solo se debe probar la existencia de al menos dos voluntades defraudadoras, sino también acreditar que, dichas voluntades, obran en coordinación recíproca, dicha opinión del autor no sirve para argumentar la existencia de la problemática existente en la prueba de la concertación en el delito de colusión”.* (pág. 84 y 85)

Asimismo, al desarrollar dentro de la estructura típica del delito de colusión el elemento objetivo acuerdo colusorio habíamos efectuado un análisis fáctico que sirven para lograr conocer las exigencias fácticas de la concertación y que así la fiscalía teniendo en cuenta las mismas permita construir su imputación precisa y concreta al momento de formular su hipótesis acusatoria. Es importante la cuestión factual en el proceso, pues *“si solo se litigara por cuestiones de derecho no habría otra habilidad expresiva más importante que la palabra, la factualidad busca en cambio signos naturales que la identifiquen, lo cual no evita que hayamos de conservar en sus convenientes dimensiones el cordón umbilical que une esa factualidad al universo normológico”* (Muñoz Sabate L. , *Curso de Probática Judicial*, 2009, pág. 14).

Habíamos resaltado que una de las exigencias fácticas más importante de un supuesto de concertación va dirigido a identificar si el contexto de realización típica fue clandestino o no, siendo la primera la forma más común en que aparece como lo avala la práctica jurisprudencial y del mismo modo la posición mayoritaria en la doctrina peruana al comentar este tema. Y, si afirmamos que el contexto de clandestinidad es el predilecto en el que se lleva a cabo un acuerdo colusorio entre el funcionario y el tercero interesado dentro de un proceso de contratación estatal traerá como consecuencia que la determinación de las proposiciones fácticas que sustentan el marco imputativo en la acusación fiscal es un trabajo complejo para el persecutor penal . Así también , una dificultad probatoria para el fiscal quien al tener la carga de la prueba tiene que proponer en su tesis acusatoria los indicios de cargo debidamente probados que sustentarían mediante una inferencia lógica la existencia de un acuerdo colusorio, que, constituye el elemento común en el comportamiento típico del delito de colusión simple y agravada.

En la misma línea, la doctrina nacional mayoritaria (Pariona Arana, Montoya Vivanco, Rojas Vargas, Cáceres Julca) advierte que existe una dificultad probatoria al momento de probar -por parte del Ministerio Público- y dar por probado -en razón a la función del juzgador -la existencia del acuerdo colusorio y ello en relación con su contexto de realización típica generalmente clandestino. Por todo, podemos afirmar que existe en el delito de colusión ilegal una especial dificultad en su factibilidad heurística , es decir, en su capacidad de investigación

por parte del representante del Ministerio Público, y también una especial dificultad en su factibilidad probática, esto es, en su capacidad para ser probado en juicio oral. Por tanto, la relación que existe entre la redacción de un tipo penal carga de la prueba y prueba indiciaria importa que el operador jurídico reconozca la especial dificultad en la capacidad de investigación y capacidad de ser probado en juicio del acuerdo colusorio en el tipo penal de colusión simple y agravada. Además, es necesario que identifique correctamente si el injusto bajo análisis se trata de un delito de peligro (concreto o abstracto) o de lesión, ello no sólo le permitirá tener claro en el plano sustantivo el momento consumativo, sino también, en el ámbito probatorio para determinar el objeto de prueba respecto al comportamiento típico que exige.

En la misma línea, es preciso tener claro que en el proceso penal quien tiene la carga de la prueba de cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal es tarea del representante del Ministerio Público. Asimismo, es clave que el persecutor penal logre una determinación del objeto de prueba del cual se extrae de un correcto análisis en la estructura típica del injusto identificando si se trata de un delito de peligro o de lesión. Y, finalmente la interrelación de la prueba indiciaria se sustenta en la medida en que el fiscal advierta, si el contexto de realización típica de la conducta criminal fue clandestino o no; ello justificará la aplicación de la prueba indiciaria a fin de que la misma permita dar por probado el acuerdo colusorio que es un elemento de la tipicidad objetiva que exige el artículo 384 del Código Penal tanto en la colusión simple o agravada.

IV.3. LA IMPORTANCIA DE LA PROBÁTICA PARA LA PRUEBA DE LOS HECHOS EN CONTEXTOS DE DIFICULTAD PROBATORIA

Al abordar los fundamentos de la probática en el Capítulo III habíamos encontrado que los autores que la han trabajado (Muñoz Sabaté, De Miranda Vasquez, De Madrid Dávila) destacan como premisa que: *“la probática es la ciencia de la prueba de los hechos en el proceso”*, añadiríamos nosotros, de los hechos “difíciles” que son aquellos en los que existe una especial complejidad en dos sentidos: i) para probarlos y ii) para que se tengan por probado. Es dificultad se da debido a diferentes causas: a. *Intrínsecas*, como por ejemplo la norma jurídica objeto del proceso presenta un

supuesto de hecho que se realiza en un contexto de clandestinidad o *b. Accidental*, por ejemplo, por una negligente conservación de las fuentes de prueba que permitían acreditar el hecho.

No obstante, como precisa Muñoz Sabaté la dificultad probatoria no está siempre en la localización de la fuente de prueba, sino en la falta de control y hallazgo de los medios de traslado al proceso. Idear, por ejemplo, que el dinero sustraído se encuentra en una cuenta bancaria en Suiza puede ser una posibilidad altamente cualificada, pero pueden faltar, y de hecho faltan, más de lo que fuera posible, mecanismos de investigación y prueba, así con una investigación habilidosa se logrará darse el *favor probationes*. (Muñoz Sabate L., Curso de Probática Judicial, 2009, pág. 20)

Así pues, los casos en donde exista una dificultad probatoria - ya sea por causas intrínsecas o accidentales- , necesariamente tendrá la aplicación del método probatorio indiciario por parte de quien aporta el material probatorio que sustenta su requerimiento acusatorio y del mismo modo de quien tiene que valorar y motivar la tesis probatoria del Ministerio Público en referencia con los hechos contenidos en su acusación y de ser el caso los argumentos probatorios de contradicción de la defensa técnica. De todo ello, podemos darnos cuenta que un caso con una dificultad probatoria intrínseca o accidental exige que los fiscales utilicen la prueba indiciaria para poder probar el hecho difícil que exige la norma jurídica aplicable al caso, es aquí, donde importa resaltar la trascendencia de la probática en el proceso penal, pues para esta disciplina el principal receptor de la misma es el representante del Ministerio Público que es quien tiene la carga de probar cada uno de los elementos que configuran el tipo penal que contiene su hipótesis acusatoria, en este caso, tendrá que probarlo aplicando prueba indiciaria. Y entonces, siguiendo a García Caveró, es el representante del Ministerio Público quien se encarga de la producción de la prueba indiciaria en la cual debe cumplir con las siguientes etapas: i) obtención de indicios ii) interpretación del indicio y iii) interrelación de los indicios entre sí .

Bajo este contexto, la importancia de la probática es que constituiría una metodología útil para el persecutor penal a fin de acreditar con los medios de prueba correspondientes cada hecho indicante para que se constituya como un indicio de cargo válido, ya que , le brinda la plausibilidad de tener una estrategia de sus medios

probatorios (estrategia probática) que son los que le servirán como prueba de cada uno de los indicios de cargo que postulará a través del instrumento que posee la probática, el denominado heurigráma, el cual le permiten una organización de sus argumentos probatorios a fin de que construya su fórmula probática que es aquel inventario o relación de todos los indicios de cargo que aporta el fiscal en su acusación para que se declare como un hecho probado por el juzgador. No obstante, la probática no sólo tiene como principal destinatario en el caso del proceso penal al fiscal, sino que, también será incluido como destinatario final al juez, porque finalmente, éste será quien decidirá si el hecho se tiene por probado o no. Por tanto, podemos advertir que la aplicación de la probática por el fiscal permitirá que el juez tenga un mejor escenario para la valoración racional de la prueba.

La importancia de la probática como ciencia que estudia la prueba de los hechos es reconocida por uno de los más grandes exponentes del derecho probatorio a nivel mundial, esto es, por el profesor Michelle Taruffo, quien afirmó hace unos años que: *“las aportaciones de la probática han sido y continuará siendo una contribución importante para profundizar en el estudio del Derecho Probatorio (...) la verdadera dificultad en el fallo judicial son los hechos, y los hechos significan pruebas, cuanto más estudiemos prueba comprenderemos que es administrar justicia”*. (La Ley, 2012).

En conclusión, nos podemos dar cuenta de que la trascendencia de la aplicación de la probática radica en que le sirve al persecutor penal como beneficiario principal - y como destinatario final al juez penal- en la aplicación de la prueba indiciaria para el aporte de los indicios de cargo que buscan acreditar un supuesto de hecho normativo, como el acuerdo colusorio, que por su redacción típica presenta una dificultad en razón a su contexto de realización clandestina preferente suponiendo para el fiscal -en términos de Muñoz Sabate- un hecho con una especial dificultad en su capacidad de investigación y también en su capacidad para ser probado.

IV.4. LA NECESIDAD DE UN ANÁLISIS FÁCTICO DEL ACUERDO COLUSORIO EN EL REQUERIMIENTO ACUSATORIO FISCAL

Los hechos resultan ser la base fundamental para la Probática ya que la fijación de los mismos resulta ser el paso previo inexorable para poder probarlos en el proceso judicial, por ello, como dice Taruffo se realiza la prueba de los hechos, aunque, en la Probática se precisa que lo que se prueba en realidad no son los hechos en sí mismos sino las “afirmaciones de los hechos” que son las que expresan los litigantes en sus alegatos.

Ahora, en el proceso penal quien suministra la determinación de los hechos materia del proceso penal es el fiscal, los mismos que subyacen en la disposición fiscal y/o requerimiento acusatorio a través de la imputación de los cargos a cada uno de los investigados y/o acusados respectivamente. Ahora bien, es necesario saber ¿qué significa imputación?, aquí siguiendo a Nieva Fenoll debemos entender que : *“La imputación es una cuestión hecho y derecho. La imputación recoge en sí los hechos delictivos, es decir, no se pone en marcha sí no existe al menos sospecha de un acaecimiento de un hecho que presente caracteres del delito, esas sospechas, de hecho, es la primera imputación. En consecuencia, no tiene sentido separar el sustantivo “hecho” y el adjetivo “delictivo” porque sólo la expresión global en sí adquiere significado para el proceso penal. Hecho y derecho deben estar unidos a estos efectos y los mismos cambian a lo largo del proceso”*. (Nieva Fenoll, Fundamentos de Derecho Procesal Penal, 2012, pág. 24 y 25).

Entonces, el hecho delictivo es indeterminado a lo largo del proceso , esté puede cambiar varias veces , porque las investigaciones comienzan veces por un camino y concluyen por derroteros absolutamente diferentes. Por ello, conforme al Acuerdo Plenario N° 02-2012 /CIJ -116 por el principio de variabilidad de la hipótesis fiscal respecto de los hechos (vg. incorporar nuevos hechos) y la calificación jurídica (vg. calificaciones jurídicas alternativas o subsidiarios, variar el título de intervención delictiva , etc.) se irá delimitando de manera progresiva en el curso de la investigación preparatoria, del mismo modo ha sido refrendado recientemente en el sistema especializado en delitos de corrupción de funcionarios en la Resolución N° 03 en el Expediente N° 46-2017-13 emitido por la Sala Penal de Apelaciones

Colegiado A emitido el ocho de junio del dos mil dieciocho (Ponente: Castañeda Otsu).

En la misma línea, debemos tener presente el fundamento veintitrés de la Sentencia Plenaria Casatoria No. 01-2017/CIJ-433, I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 25 de octubre de 2017 al advertir lo niveles de sospecha para la emisión de una disposición fiscal de apertura de diligencias preliminares, de formalización de investigación preparatoria y el requerimiento acusatorio :

1. La emisión de la disposición de diligencias preliminares sólo se requiere sospecha inicial simple, para “...determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su (delictuosidad), así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión [...], y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente” (artículo 330, apartado 2, del CPP) .
2. Para la expedición de la disposición de formalización de la investigación preparatoria se necesita sospecha reveladora, esto es, “...indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad...” (Artículo 336, apartado 1, del CPP).
3. Para la formulación de la acusación y la expedición del auto de enjuiciamiento se precisa sospecha suficiente, vale decir, “...base suficiente para ello...” o “...elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado” (artículo 344, apartado 1 y apartado 2, literal d), a contrario sensu, del CPP).
4. Asimismo, corresponde, por su importancia y especialidad, abordar otro supuesto de convicción judicial, el referido a la prisión preventiva. Para pronunciar dicha resolución coercitiva personal se requiere sospecha grave, o sea, “...fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo” (artículo 268, literal a, del CPP).

Ahora bien, en el presente apartado sólo nos interesará abordar lo referido a la acusación, cuyo nivel de sospecha debe ser suficiente según la Sentencia Plenaria Casatoria precitada . Al respecto, en doctrina nacional el maestro Luján Túpez partiendo de la jurisprudencia precitada señala que en realidad lo que se exige en el proceso penal son conjeturas y que estas son progresivas, afirmación que compartimos, y bajo esa premisa concluye que la acusación exige una conjetura sólida o falseada, siendo así que, según su postura : *“la construcción cognitiva que supera además la justificación externa de la premisa fáctica, lo cual supone que se encuentra plenamente respaldada con elementos suficientes de convicción que colaboran plenamente con acreditar que la conjetura planteada es verosímil y capaz de superar el procedimiento de falsación; es decir, que su autor (el fiscal) puede defenderla fácilmente frente a los argumentos de contradicción u objeciones que pudieran hacer quienes se ven afectados por la postulación de la conjetura. Este último caso, se debe presentar en la postulación del requerimiento acusatorio, eventualmente también para el requerimiento mixto o para el requerimiento de sobreseimiento”*. (Luján Tupez, 2018, pág. 20)

Entonces, la acusación supone una firme convicción por parte del persecutor penal, de que el acusado es responsable de los hechos, de ninguna manera se debería poder acusar a alguien simplemente “para ver que se averigua en el juicio” , es clave una convicción firme sobre la imputación realizada, lo contrario contravendría la presunción de inocencia, si no se dudara de la inocencia, la acusación nunca hubiera sido presentada, lo que ocurre es que la parte acusadora pone en duda esa inocencia . (Nieva Fenoll, La duda en el proceso penal , 2013, pág. 61) al que también deben respeto los fiscales. (Nieva Fenoll, Fundamentos de Derecho Procesal Penal, 2012, pág. 30). En doctrina nacional, del Río Labarthe señala que mediante la acusación , la fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal, además está obligada – en base al principio de legalidad u obligatoriedad- a acusar cuando las investigaciones ofrecen *base suficiente* sobre la comisión de un hecho punible atribuido al imputado (Del Río Labarthe, 2017, pág. 137). Además, la postulación del requerimiento acusatorio debe estar justificada tanto como se le exige a la sentencia (Luján Tupez, 2018, pág. 15)

La razón de ser de que en este trabajo se proponga una estructura fáctica del supuesto de hecho normativo de acuerdo colusorio implica un intento de sistematizar algunas exigencias en el plano fáctico que exige la concertación, las cual deberán ser atendidas por el fiscal al momento de la construcción de imputación de la concertación entre el funcionario y tercero interesado en su requerimiento acusatorio por el delito de colusión simple o agravada, siendo así que, una correcta determinación fáctica del supuesto de hecho normativo importa que su probanza sea idónea, así, en palabras de Nieva Fenoll : *“el mal uso de la norma jurídica condiciona irrediblemente el error en la determinación fáctica”* (Nieva Fenoll, La duda en el proceso penal, 2013, pág. 26) y agregaríamos nosotros, un error en la determinación fáctica apareja una incorrecta actividad probatoria.

Cabe señalar que, una de las características que tiene el delito de colusión se convierten en casos complejos por la intervención en el mismo de una pluralidad de funcionarios públicos y en algunos casos de privados, razón que complica también la atribución del acuerdo colusorio, no obstante, como bien apunta Del Río Labarthe : *“ la acción penal responde al hecho o hechos atribuidos al imputado, por lo que existen tantas acciones, como acusados comprendidos en el escrito de acusación. Por esta razón el art. 349 CPP utiliza el termino imputado, en carácter singular, aludiendo a la existencia de tantas acusaciones como acusados. Es fundamental que el resalto de los hechos pueda individualizar la situación procesal de cada uno de ellos, evitando así acusaciones genéricas, estereotipadas o colectivas”*(pg. 90).

A continuación, presentamos un pequeño gráfico que contiene conforme lo hemos sustentado en el presente trabajo algunas exigencias fácticas del acuerdo colusorio, cabe precisar que, estas no son taxativas, sino que son de amplio espectro, es decir, pueden ir ampliándose en la medida en que la práctica jurisprudencial y la doctrina vayan encontrando más características que ayuden a identificar un acuerdo colusorio.

EXIGENCIAS FÁCTICAS DEL ACUERDO COLUSORIO

1. Se distinguen dos momentos en el acuerdo colusorio: i) el acto de concertación ilegal y ii) el acto a través del cual se materializa. La actividad probatoria y de investigación se dirige no a probar la consecuencia del acuerdo (vg. suscripción del contrato, de una adenda, conformidad del servicio, etc.) y en el que se plasma la concertación sino la causa de este: la concertación ilegal. (Castillo Alva J. L., 2017)

2. El acuerdo colusorio debe darse sobre un aspecto especial del contrato estatal respecto a la etapa de contratación en que se produzca, siendo así que, se requiere una precisión de que tipo de contrato (por ejemplo, si es un contrato de obra, de bienes, de servicio)

3. La sola propuesta, la simple solicitud o el ofrecimiento que realiza el particular o el funcionario no constituye una acción de concertar, incluso, la sola aceptación de la propuesta tampoco significa un acuerdo colusorio, sino que, este existiría siempre y cuando esta sea concluyente.

4. El acuerdo colusorio puede ser en un solo acto como también en un conjunto de actos.

5. El acuerdo colusorio debe ser real, se exige que el mismo realmente ocurrido y se encuentre referenciado en sus circunstancias en la medida de lo posible -de modo, tiempo y lugar.

6. El acuerdo colusorio puede ejecutarse ya sea a título oneroso o a título gratuito. Si es oneroso no será necesario la probanza del monto dinerario.

7. El acuerdo colusorio debe ser serio, verosímil y de plausibilidad racional.

8. La concertación al ser un delito de participación necesaria y de encuentro exige como intervinientes a un funcionario público y un privado. Por ello, esta no se dará cuando solo hay concertación, entre los funcionarios, pero en ella no participan los privados o a la inversa: los diversos interesados concertan, pero no con los funcionarios.

9. La clandestinidad es un contexto de realización típica, por tanto, puede haber dos formas de comisión del acuerdo colusorio: i) en contextos de

clandestinidad y ii) en contextos no clandestinos, siendo el más frecuente el primero.

10. La identificación de un acuerdo colusorio no siempre exigirá una infracción de una norma administrativa-y en caso de haberla serviría como un indicativo de un presunta concertación- pues lo que resulta reprochable en el accionar de concertar será que el funcionario público haga un mal uso del poder público adoptando u decisiones de forma autónoma y racional ocasionado por influencias externas para adoptar un comportamiento distinto del que hubiera seguido en cualquier circunstancia similar.

11. El acuerdo colusorio puede darse con o sin la utilización de maniobra engañosa o dar apariencia de legitimidad actuaciones administrativas, lo que se debe negar que siempre la concertación exiga un engaño.

12. El acuerdo colusorio puede tener lugar por actos concluyentes, que son actos posteriores en los que sin haber existido realmente un acuerdo, se ejecutan tal como si fueran consecuencia de una acción de concertar , es decir, en reciprocidad.

IV.5. LA ESTRATEGIA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS PARA ACREDITAR LOS INDICIOS DE CONCERTACIÓN

Los litigantes, saben que un porcentaje importante- por no decir decisivo en múltiples casos- su éxito depende de la prueba y saben igualmente lo relativamente fácil que en tales casos resultará manipularla subversivamente con otros hechos o con el simple lenguaje blandido en la narrativa y a partir de esa sabiduría surge en el proceso una estrategia de yugulación de lo histórico, que para contrarrestarla exige reforzar los adecuados anticuerpos que puedan proporcionarle la probática. (Muñoz Sabate L. , Curso de Probática Judicial, 2009, pág. 14). Por eso se afirmado que “ *la probática será una suerte de “guía de viaje” que nos ahorre muchas preguntas e indicaciones, sencillamente con no perder el tiempo en dar pasos inútiles, encaminándonos directamente a nuestro objetivo, ya habremos ganado mucho*”. (De Miranda Vásquez, *Probática Penal en los Delitos contra la Administración de Justicia*, 2012, pág. 43)

Es así que, se afirmado que: “*existe una mínima atención al arte de probar un supuesto de hecho que contempla la norma jurídica*” (Muñoz Sabate L. , *Reflexiones sobre la probática o ciencia de la prueba judicial* , 2009, pág. 3) ; dicho diagnóstico no es nuevo, hace muchos años Jeremy Bentham uno de los mejores tratadistas en materia probatoria en el derecho anglosajón sostuvo que : “*El arte del proceso no es otra cosa que esencialmente el arte de administrar las pruebas*” (Bentham, 1971). De ambas afirmaciones podemos darnos cuenta de que el punto central en el proceso penal reside en el arte de una correcta administración de las pruebas de las partes, en este caso, de la parte acusadora.

Entonces, sobre la base de ello entendemos que el litigio pretende dos cosas: *i) fijar los hechos* y *ii) influir en el juzgador sobre su interpretación en relación con los supuestos de hechos de la norma jurídica aplicable*. Así, resulta trascendental en el proceso judicial a la parte acusadora el aporte de los hechos, como hilvanarlos bajo una teoría de por qué y cómo ocurrieron, no sólo se trata de aportar cualquier hecho, sino los hechos relevantes o nucleares relaciones con el delito, pero es también importante los hechos que sustente la teoría de referencia para la interpretación de los mismos. (De Madrid Dávila, 2012, pág. 32 y 33) y justamente aquí la probática postula dentro de su corpus una estrategia de los medios probatorios , así que en

palabras de (De Madrid Dávila, 2012) : *“la probática no es una opción, sino una necesidad táctica en presencia de adversarios”*.

La estrategia de los medios probatorios o llamada también estrategia probática es un arte complejo que necesita tiempo para su elaboración, para la obtención de información en bruto, análisis, investigación, proceso de aportación de hechos, elección del modus operandi de ataque y defensa a medios de prueba, etc.; todas estas, son actividades que necesitan tiempo y reflexión, pero a su vez flexibilidad y rapidez para reaccionar contra las alegaciones inesperadas que nos viene en contra dentro del proceso. (De Madrid Dávila, 2012, pág. 35).

Al respecto, en doctrina nacional (Luján Tupez, 2018) afirma con mucha razón que : *“un litigante cuando va a un estrado judicial lleva dos cosas en la mente : i) la “incertidumbre” en el resultado de la audiencia, de la sentencia, de proceso y ii) la estrategia del caso que me lleve a vencer . Asimismo, nos dice el autor que el litigante debe tener una estrategia cierta que le permita tener una teoría del caso que haya podido ser capaz de superar el rigor del falsacionismo. Toda estrategia (acusatoria, postulativa o defensiva) puede ser elaborada de dos modos: i) Práctica: Hacer lo mismo, y esperar que el resultado sea diferente, aunque antes haya sido adverso. ii) Técnica: Elaborar una hipótesis recurriendo a la teoría del caso, escoger en función a ellas las técnicas de litigio más convenientes y conseguir la demostración de la hipótesis como favorable o poner a prueba la sabiduría y prudencia del juez que se supone conoce el derecho y, por tanto, esta en obligación de examinar la teoría del caso postulada y determinar la justificación que posee su pedido. Por ende, está obligado a dar razones válidas para descartarla, en particular, cuando ha logrado demostrar su punto, no sólo con argumentos sino con suficientes elementos de prueba , según el caso”*.

Creemos que el representante del Ministerio Público debe realizar una estrategia técnica en el litigio penal, no obstante, el derecho probatorio sólo nos establece un estudio respecto a las reglas probatorias de las normas del Código Procesal Penal, pero estas no proporcionan conocimientos útiles para obtener a través de la observación, selección y manejo de los medios, resultados satisfactorios para la prueba, ni tampoco explica cuál es su idoneidad para fijar los diferentes *themas probandi* que constituyen el objeto de la misma. Por tanto, la realización de esta labor exige que el fiscal tenga que realizar una administración de sus medios de prueba que

serán aquellos los que le permitan acreditar cada uno de los hechos que ya delimito se denomina : *estrategia de los medios probatorio o estrategia probática*.

ESTRUCTURA DE LA ESTRATEGIA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

A) Un plan :

Se da en la fase de investigación preliminar y preparatoria, en la que según las fases de la producción de la prueba indiciaria se contrasta con la fase de obtención de indicios con los actos de investigación , aquí se aplica según la *Probática* la técnica del espectro factual hipotético , cuya utilidad reside en que un determinado supuesto de hecho, en este caso, el acuerdo colusorio necesitado de investigación y prueba es susceptible de ser descompuesto en las unidades inferiores que lo conforman, esto es en hecho moleculares y molares a fin de que se obtenga un nivel de precisión y de los detalles significativos del evento delictivo, sería algo así como la visualización de la escena de película a cámara lenta , siendo posible de esta forma apreciar hasta más insignificantes bruznas de evidencia y teniendo como consecuencia que existirá un análisis más sencillo y productivo al momento de ya identificado los hechos que construyan la imputación progresiva a fin de plantear los actos de investigación idóneos a fin de encontrar si existe o no base probatoria indiciaria que forme convicción en el fiscal para posteriormente acusar o por el contrario sobreseer la causa.

B) Una táctica:

En la táctica importa la elaboración del heurigrama por parte del persecutor penal a fin de lograr según las fases de la producción de la prueba que le corresponde al Ministerio Público la realización de la interpretación de los indicios que acreditan el acuerdo colusorio, identificando para ello los medios de prueba que acreditan cada uno de los hechos indicantes, además, se efectuá una perspectiva de cuales pudieran ser las infirmaciones que utilizará la defensa técnica para atacar la conclusión inculminatoria de los indicios de concertación que sostienen probatoriamente el acuerdo colusorio

C) Una perspectiva:

Es un enfoque integrador de todos los resultados obtenidos en el plan y la táctica en la que cumple un rol importante la argumentación probatoria. Aquí se resalta la utilidad que le suministra al persecutor penal para efectuar la aportación de los indicios de cargo de concertación en su alegato -que es lo que denomina en Probática como una fórmula probática-, que luego de haber aplicado los heurigramas le han permitido determinar cada medio de prueba que acredite cada hecho indicante.

En suma, en el caso de la prueba del acuerdo colusorio, postulamos que al representante del Ministerio Público le resulta útil establecer una estrategia sobre sus medios probatorios, porque está lo ayudará en las fases de la producción de la prueba indiciaria, específicamente en nuestro tema de investigación, respecto a la etapa de interpretación de los indicios en la que se encuentra la labor de acreditación de cada hecho indicante con el medio probatorio correspondiente, la cual constituye el aporte probatorio en su tesis acusatoria por el delito de colusión simple o agravada.

Entonces, como señala (Castillo Alva J. L., 2017): *“el acuerdo colusorio no sólo debe existir como hipótesis de trabajo del fiscal o judicial, sino que debe probarse de manera adecuada y plena, más aún constituye un elemento del tipo objetivo que debe ser objeto de acreditación minuciosa a través de medios de prueba lícitos, incorporados válidamente al proceso, respetando los principios de legalidad y la presunción de inocencia. Es incompatible con los principios constitucionales imputar o acusar a una persona por colusión ilegal y no acreditar el principal elemento integrante de la tipicidad objetiva del delito: la concertación.”* (pág. 248)

Finamente, cabe resaltar que, la actual Política Anticorrupción vigente exige que el rol del Ministerio Público en la lucha anticorrupción es que estas funden debidamente las actividades probatorias en sus acusaciones ante el Poder Judicial y para ello se tiene como un objetivo que existan mecanismos que faciliten dichas actividades probatorias para estos delitos. Entonces, bajo esta línea, podemos afirmar que la estrategia probática o de los medios probatorios se erige como un mecanismo que facilita la actividad probatoria fiscal del acuerdo colusorio en el delito de colusión

que es un injusto de corrupción funcional según lo exige la actual política anticorrupción en nuestro país, denotando de ello su necesidad y utilidad en nuestro medio.

IV.6. LA UTILIDAD DE LOS HEURIGRAMAS EN LA PRUEBA DE LA CONCERTACIÓN

Es necesario recordar a que nos referíamos cuando hablábamos de heurigramas. Los heurigramas fueron definidos como una plantilla, que es como una tabla de apuntes, la cual consta de varias celdas ordenadas según su destino probático y en las cuales se toma nota de los distintos medios de prueba, datos de hecho, inferencias y otras incidencias que pueden ser visionadas y relacionadas de conjunto en vistas no sólo a confeccionar la fórmula probática del sujeto que propone la prueba de un supuesto de hecho sino también en la fase de conclusiones para quien tiene que dar por probado un hecho.

Del mismo modo, afirmamos que los heurigramas tiene una utilidad cognitiva para el persecutor penal en la medida que las causas por colusión al ser un delito cometido en el marco de un proceso de contratación estatal presenta una pluralidad de proposiciones fácticas que construyen la premisa fáctica del supuesto de hecho difícil y además una pluralidad de sujetos (en el caso de pluralidad de funcionarios y aveces de particulares) que intervienen haciéndolo claramente un caso complejo en su imputación, investigación y posibilidades de prueba.

Y finalmente, describirnos la estructura de los heurigramas consta de los siguientes elementos:

- 1. Genothema probandi:** Contiene el supuesto de hecho normativo del que se desprende una proposición factual enunciada genéricamente. En el caso del delito de colusión el supuesto de hecho normativo es **el acuerdo colusorio**.
- 2. Thema probandi:** Contiene la transformación de la proposición fáctica genérica en una proposición factual específica y concreta que va a convertirse en el objeto de prueba. De acuerdo con el caso que se presente será el acuerdo colusorio celebrado entre el funcionario o los funcionarios y el privado o los privados (vg. existió un acuerdo colusorio entre el Jefe de Abastecimiento y

el contratista Contador Marco Galván Matos en la fase de ejecución del contrato de servicio de Saneamiento Contable celebrado entre este y la Municipalidad de Carabaylo, para la sobrevalorización del costo del servicio que según las bases integradas dicho servicio sería por el valor de S/. 5 900 soles y que fue aumentada en S/. 7 500 soles mediante una adenda contractual)

3. Substema Probandi: Se trata de encasillar los indicios que en su caso pueden presentarse para probar un thema probandi. Algunos ejemplos de indicios de un acuerdo colusorio lo encontramos en la jurisprudencial Exp. 184-2011 de fecha 11 de abril del 2013 emitido por la Sala Penal de Apelaciones de Lima :

- a. Concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos.
 - ii) Precios sobrevaluados o subvaluados
 - iii) Inexperiencia comercial de los postores
 - iv) Plazo de la garantía de los postores
- b. Admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores respectivamente a los requeridos
- c. Celeridad inusitada de los pazos de duración en el proceso de selección
- d. Falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta
- e. La no correspondencia de calificación técnica- económica con la experiencia o especialización del postor
- f. Inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas.
- g. La no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos y normas técnicas.
- h. Apariencia de ejecución de contratación
- i. Reintegro a los terceros interesados
- j. Ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia.

4. Fijación: Contiene los medios de prueba del operador del heurigrama. Aquí se organizarán todos los medios de prueba documentales, testificales, periciales, etc.

5. Infirmación: El operador anota aquella información o infirmaciones que le planteando o imagina podrá replicarle el adversario frente a una exposición presuncional. Como habíamos dicho la infirmación serán las otras posibles

explicaciones que pudiera darle la defensa técnica a los indicios de concertación de cargo que presentamos a fin de socavarlos.

6. Argumento: Aquí se anotarán las máximas de la experiencia, atribución y distribución del onus probandi, infirmaciones para tener en cuenta.

Entonces, desde nuestra perspectiva, los heurigramas constituyen una herramienta de la Probática que sirve para una organización probatoria de los elementos clave en la actividad probatoria fiscal como son : i) el supuesto de hecho normativo ii) determinación del objeto de prueba iii) indicios para probar el objeto de prueba iv) medios de prueba que acreditan los indicios vi) máximas de la experiencia y vi) posibles infirmaciones de la defensa respecto a los elementos de convicción que ha recabado el Ministerio Público en la etapa de investigación preparatoria y sirven para formular su requerimiento acusatorio estableciendo los indicios de cargo del acuerdo colusorio ayudando a que estos esté debidamente probados y que finalmente este logre realizar su fórmula probática, que significa la determinación de sus argumentos probatorios en la aportación de los indicios de cargo en el proceso. Cabe precisar que, los heurigramas forman parte de la estrategia de los medios probatorios o llamada estrategia probática, su presencia se da en la elaboración de una táctica y también de una perspectiva.

En tal sentido, podemos darnos cuenta de la importancia que el persecutor penal mantenga una organización probatoria en un proceso penal por colusión para acreditar el acuerdo colusorio, puesto que, facilita a que exista una mayor precisión en la tarea de la interpretación de los indicios generando que estos se encuentren debidamente acreditados, teniendo así una acusación fiscal debidamente fundamentada en su actividad probatoria habiendo aportado indicios de cargo debidamente probados.

Ahora, como también apuntamos, el uso de los heurigramas por el persecutor penal permitirá tener un escenario idóneo para la toma de decisión de la declaración de la prueba del hecho que en este caso es el acuerdo colusorio, entonces, indirectamente también existe un beneficio para la actividad de valoración y motivación que realiza el juez penal , al respecto en la doctrina se ha

escrito que en la sentencia penal tienen un gran peso su parte fáctica, ese detalle , la singulariza respecto a otras sentencias, como las de orden administrativo, en las que la extensión de la cuestión jurídica es muy superior , no habiendo tan frecuentemente hechos discutidos. En el orden civil también existe un porcentaje considerable de ocasiones en las que la discusión simplemente sobre la interpretación del ordenamiento jurídico. Si la conclusión es condenatoria la motivación de la sentencia debe exponer todos los hechos que sustentan esa conclusión, explicando clara y concretamente de qué prueba derivan , las conclusiones , de manera que, puedan ser objeto de una crítica en un ulterior recurso de apelación. Y si es absolutoria de igual forma, la motivación debe expresar la inocencia precisando los hechos absolutorios con la prueba de la que provengan o quizás , frecuentemente con ausencia de prueba de cargo que ponga en cuestión la inocencia, es decir los casos de insuficiencia probatoria.

Es esquema debería ser el siguiente tanto si la conclusión judicial es condenatoria o absolutoria: 1. Enunciación del hecho probado – 2. Descripción de la prueba que deriva dicho hecho - 3. Razonamiento judicial que permite deducir el hecho de esa prueba en concreto (Nieva Fenoll, Fundamentos de Derecho Procesal Penal, 2012, pág. 293 y 294).

1.4.FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es la utilidad de la probática para el fiscal en la prueba indiciaria del acuerdo colusorio en el delito de colusión?

1.5.HIPÓTESIS

La probática es útil al representante del Ministerio Público porque le brinda una estrategia de sus medios probatorios, facilitado con ello la prueba de cada indicio de concertación en su tesis acusatoria por el delito de colusión.

1.6.JUSTIFICACIÓN

JUSTIFICACIÓN TEÓRICA: La justificación teórica del presente estudio radica en que se contribuye a la discusión en la doctrina que discute acerca de la prueba de la concertación con una perspectiva novedosa que aún no ha sido explorada y es la pretende estudiar la disciplina de la probática y develar su utilidad para el representante del Ministerio Público en la acreditación del acuerdo colusorio en el delito de colusión.

JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA: De igual manera, metodológicamente este proyecto se justifica en su diseño investigativo - descriptivo, por medio del cual se pretenderá realizar un análisis de la problemática expuesta desde los postulados doctrinales y jurisprudenciales respecto a la concertación en su parte fáctica y probatoria. una vez comprendidos estos adentrarnos en los fundamentos de la probática para finalmente culminar exponiendo los argumentos que justifican la utilidad de la misma para el representante del Ministerio Público para acreditar el acuerdo colusorio.

JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA: La investigación de orden práctico se justifica porque tiene como propuesta demostrar que la probática

constituye un mecanismo útil para la actividad probatoria indiciaria sobre el acuerdo colusorio que realiza el representante del Ministerio Público al formular su tesis acusatoria.

1.7.OBJETIVOS DEL TRABAJO

A) GENERAL

Determinar la utilidad de la probática para el fiscal en la acreditación indiciaria del acuerdo colusorio en el delito de colusión.

A) ESPECÍFICOS

- Identificar las exigencias fácticas del acuerdo colusorio.
- Determinar el estado actual de la prueba del acuerdo colusorio a nivel doctrinal y jurisprudencial.
- Determinar los fundamentos de la Probática.

II. MÉTODO

2.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACION

DISEÑO INTEPRETATIVO:

La presente investigación es de tipo cualitativa, siendo así se utilizará un diseño interpretativo estudio de caso pues se realizará un caso representativo en el que se aplicará la probática para la acreditación indiciaria del acuerdo colusorio en el delito de colusión demostrando la utilidad de una estrategia probática fiscal.

2.2. MÉTODO DE MUESTREO

En la presente investigación por su carácter cualitativo, no presentará una población ni muestra, y atendiendo a que estamos frente a un trabajo de naturaleza jurídico, siendo el sustento de la misma la doctrina y jurisprudencia.

2.3. RIGOR CIENTÍFICO

El rigor científico se justifica en que el tema de investigación propuesto tendrá validez y confiabilidad, puesto que, los contenidos propuestos para ser estudiados corresponden a las siguientes ramas científicas:

- a) Dogmática penal
- b) Derecho procesal penal
- c) Derecho probatorio

2.4. ANÁLISIS CUALITATIVO DE LOS DATOS

Al referirnos a los datos cualitativos estamos hablando de textos y no de números, de modo que, el diseño cuantitativo a diferencia del cualitativo radica en que en el primero son más palpables ya que las preguntas ofrecen, en general, respuestas estandarizadas; mientras que, en el diseño cualitativo el sesgo se percibe en la interpretación de los datos, que se ve impregnada . Por las distintas posturas teóricas que se adoptan, los datos se construyen a partir de la información recolectada y, fundamentalmente, del marco teórico conceptual que guiará nuestro trabajo (Schnettini, 2015, pág. 11 y 65).

2.5. ASPECTOS ÉTICOS

La investigación se realizará en base al respeto a la propiedad intelectual, fuentes confiables, información clara y concisa; aplicando las reglas de citación pertinentes y dando fe de la confiabilidad de los datos consignados.

III. DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS

4.1. DE LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

LA UTILIDAD DE LA PROBÁTICA PARA LA PRUEBA DEL ACUERDO COLUSORIO EN EL DELITO DE COLUSIÓN		
DATO CUALITATIVO (Fase Descriptiva)	HALLAZGO (Fase de Clasificación)	INTERRELACIÓN (Fase de contrastación)
<p>Respecto al</p> <p>Objetivo 1:</p> <p>EXIGENCIAS FÁCTICAS DEL ACUERDO COLUSORIO</p>	<p>Los aspectos discutidos en el plano del análisis fáctico del acuerdo colusorio fueron :</p> <ul style="list-style-type: none"> • ¿Es necesario que al realizarse el acuerdo colusorio se sepa de que tipo de contrato se trata? • ¿El acuerdo colusorio debe recaer sobre aspectos esenciales o accidentales del contrato estatal? • ¿La sola propuesta, la simple solicitud o el ofrecimiento que realiza el particular o el funcionario constituye una acción de concertar? ¿La sola aceptación de la propuesta colusoria significa un acuerdo colusorio? • ¿El acuerdo colusorio puede ser en un solo acto como también en un conjunto de actos? • ¿El acuerdo colusorio debe estar referenciado en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar? • ¿El acuerdo colusorio puede ser realizado a título oneroso o a título gratuito y si es realizado en esta última forma debe probarse la dación del monto dinerario? 	<p>La determinación de una estructura fáctica del acuerdo colusorio contribuye en la utilidad de la Probática en cuanto a que una determinación de la imputación respecto a este elemento en la formulación de requerimiento acusatorio, siendo la fijación del hecho a probar por el representante del Ministerio Público una de las tareas nucleares para la determinación del objeto de prueba en el delito de colusión sea simple o agravada porque la concertación es el elemento común en su estructura de tipicidad</p>

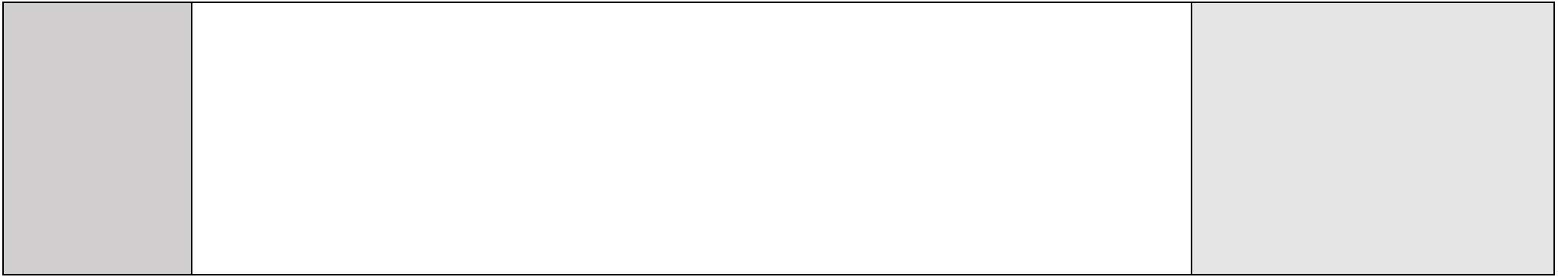
	<ul style="list-style-type: none"> • ¿ El acuerdo colusorio tiene que ser serio y con una plausibilidad racional o se aceptan los inverosímiles ? • ¿ Habrá acuerdo colusorio sólo entre los funcionarios o sólo entre terceros interesados? • ¿Necesariamente la clandestinidad debe estar presente para que exista el acuerdo colusorio? • ¿Un acuerdo colusorio necesariamente exigirá una infracción de una norma administrativa? • ¿Necesariamente debe darse la utilización de maniobra engañosa o dar apariencia de legitimidad actuaciones administrativas para la existencia de un acuerdo colusorio? • ¿Puede existir un acuerdo colusorio por actos concluyentes que son actos posteriores en los que sin haber existido realmente un acuerdo, se ejecutan tal como si fueran consecuencia de una acción de concertar? 	<p>objetiva y constituye una exige probatoria común.</p>
<p>Respecto al Objetivo 2:</p>	<p>A) Posiciones en la Doctrina :</p> <p>i) Pariona Arana:</p> <p>Destaca que el contexto de realización típica clandestina es el más frecuente en la colusión y en mérito a ello se hace necesario el uso de la prueba indiciaria. Asimismo, apunta que, si bien las irregularidades administrativas tienen la virtualidad de acreditar indiciariamente determinadas conductas, por ejemplo, las colusorias; ello no implica que toda irregularidad deba derivar en la prueba indiciaria de la concertación.</p>	<p>El estado actual en la doctrina nacional respecto a la prueba del acuerdo colusorio coincide en reconocer :</p> <p>i) La clandestinidad es un contexto de realización típica frecuente en la concertación y por tanto su actividad</p>

<p>ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA PRUEBA INDICIARIA DEL ACUERDO COLUSORIO</p>	<p>ii) Montoya Vivanco:</p> <p>Señala que la prueba en el acuerdo colusorio debe tomarse en consideración su naturaleza subrepticia o clandestina por lo cual necesita de diversos indicios para poder ser probado judicialmente.</p> <p>iii) Cáceres Julca:</p> <p>Destaca que existen tres momentos de la aparición de los indicios en el acuerdo colusorio y clasifica los tipos de indicios que se presentan en la prueba de la concertación.</p> <p>iv) Rojas Vargas:</p> <p>La prueba del acuerdo colusorio se resume al problema de las implicancias –penales de las irregularidades administrativas en el marco de los delitos de infracción del deber que aún ni la doctrina ni jurisprudencia nacional han dado un tratamiento uniforme, su importancia radica en que son las irregularidades que acontecen en el tracto sucesivo del proceso de contratación pública las que requieren ser debidamente categorizadas en cuanto a si tienen una naturaleza jurídica y valoración sobre su entidad para construir un indicio o prueba que afirme un hecho penalmente típico de colusión, asimismo advierte correctamente las implicancias en la acreditación del acuerdo colusorio respecto a un análisis de las infracciones de las competencias institucionales y de organización del funcionario y del privado respectivamente en razón a que el delito de colusión es un delito de participación necesaria específicamente de encuentro.</p> <p>B) Tratamiento Jurisprudencial sobre la prueba de la concertación :</p> <p>Se ha seleccionado tres modelos de razonamiento indiciario judicial sobre la prueba indiciaria :</p> <p>* Caso del Excongresista Benicio Ríos. Expediente N° 03964-2016-44- emitido por la Segunda Penal de Apelaciones de Cusco.</p>	<p>probatoria se logrará con la aplicación de la prueba indiciaria.</p> <p>ii) Debe existir un control de relevancia jurídico penal a fin de reconocer : a) Las irregularidades administrativas que constituyan un indicio o un conjunto de indicios de concertación y b) Las irregularidades administrativas que sólo tienen relevancia para el ámbito administrativo.</p> <p>iii) La prueba de la concertación exige que el operador jurídico conozca la posibilidad de los indicios de concertación según su aparición : a) Indicios referidos a la situación previa del acuerdo defraudatorio: b) Indicios generados al momento de celebrar el acuerdo o que reflejan la concertación: c) Indicios generados después de celebrado el acuerdo colusorio.</p>
--	---	---

	<p>* Caso Ex Presidente Regional de Tumbes Viañas y otros . Expediente N° 89-2014-30 de fecha veintiuno de agosto del 2017 emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional. agravada</p> <p>* R. N N° 1722-2016- El Santa de fecha 23 de enero del 2017 emitido por la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro)</p> <p>Asimismo, se ha señalado los dos supuestos en donde no hay un supuesto de acuerdo colusorio:</p> <p>* El caso de incumplimiento contractual Recurso de Nulidad N° 2949 – 2011 – Amazonas emitido por la Sala Penal Permanente de fecha 29 de marzo del 2012 (Ponente: Neyra Flores)</p> <p>* El caso de Negligencia Funcionarial R. N N° 707-2011-Lima de fecha 07 de marzo de 2012 emitido por la Sala Penal Permanente .</p>	<p>El estado actual en la jurisprudencia nacional coincide con la doctrina en que:</p> <p>i) La prueba del acuerdo colusorio se realiza mediante prueba indiciaria en razón al contexto de clandestinidad en que se produce frecuentemente.</p> <p>ii) Sobre las irregularidades administrativas y su relevancia jurídico penal encontramos dos casos típicos como supuestos negativo de un acuerdo colusorio: a) la negligencia funcional y b) el incumplimiento contractual.</p> <p>iii) Se han destacado tres modelos de razonamiento probatorio judicial del acuerdo colusorio en el delito de colusión , estas fueron emitidas por la Corte Suprema , la Sala Penal Nacional y la Sala Penal de Apelaciones del Cuzco.</p>
--	---	---

		<p>De aquel estado actual de la prueba indiciaria del acuerdo colusorio en la doctrina y en la jurisprudencia nos podemos dar cuenta que es la clandestinidad como contexto de realización típica frecuente la que genera una especial dificultad probatoria para su acreditación en el proceso penal , sin embargo, no se evidencia algún estudio que ponga atención en lo tocante a cómo ayudar a la actividad de probar por el persecutor penal, quien tiene aportar los indicios suficiente de cargo de concertación para que se declar por probado que ha existido un acuerdo colusorio entre el privado y el tercero interesado”.</p>
--	--	---

<p>Respecto al Objetivo 3:</p> <p>FUNDAMENTOS DE LA PROBÁTICA</p>	<p>La probática tiene como fundamentos :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La Factibilidad Probática y Heurística de la norma jurídica: La primera es la capacidad de probar el supuesto de hecho en el juicio y la segunda referida a la capacidad de investigar el supuesto de hecho. b) El Espectro Factual Hipotético: Es una técnica que sirve para la investigación de un hecho realizado una descomposición del hecho en hechos molares y moleculares a fin de encontrar con mayor precisión los detalles necesarios para guiar la investigación y también para comprender mejor los hechos objeto de investigación. c) Los heurigramas: Es una herramienta de organización probatoria que consiste en una tabla de apuntes en donde consta: i) el supuesto de hecho normativo ii) determinación del objeto de prueba iii) indicios para probar el objeto de prueba iv) medios de prueba que acreditan los indicios v) máximas de la experiencia y vi) posibles afirmaciones de la defensa respecto a los elementos de convicción que ha recabado el Ministerio Público en la etapa de investigación preparatoria. d) Estrategia de los medios probatorios: <p>La estrategia de los medios probatorios o llamada también estrategia probática es un arte complejo que necesita tiempo para su elaboración, para la obtención de información en bruto, análisis, investigación, proceso de aportación de hechos, elección del modus operandi de ataque y defensa a medios de prueba, etc; todas estas, son actividades que necesitan tiempo y reflexión, pero a su vez flexibilidad y rapidez para reaccionar contra las alegaciones inesperadas que nos viene en contra dentro del proceso. Tiene tres estratos : a) Un plan b) Una táctica y c) Una perspectiva.</p>	<p>Sobre la base de todos los fundamentos y principios de la Probática se construyó la propuesta de la utilidad de ésta para el representante del Ministerio Público respecto a la prueba de cada uno de los indicios de concertación de cargo que presenta su tesis acusatoria por el delito de colusión.</p>
---	--	--



4.2 CASO REPRESENTATIVO

DATOS DEL CASO:

Expediente N°: 3380-2012-47

Acusados: Daniel Marcelo , Raúl Urbina Gutierrez, Yessenia Karina Condor Novoa

Delito: Colusión

HECHOS	ACREDITACIÓN DE LA CONCERTACIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO	SENTENCIA CONDENATORIA EMITIDA POR EL CUARTO JUZGADO UNIPERSONAL DE TRUJILLO
<p>1. Con fecha 06 de febrero del 2011 el Consorcio Agroindustrial Don Demetrio conformado por la Empresa Don Demetrio S.A.C (representante legal Raúl Urbina Gutierrez), Comercializadora y Distribuidora (gerente Rosa Casamayor Sauna) y el consorcio era representado por Raúl Urbina Gutierrez obtuvo la buena pro del proceso de licitación pública N° 001-2011-MDP-LP “Suministro de productos alimenticios para los beneficiarios del programa del vaso de leche de la Municipalidad Distrital de La Esperanza” que tenía por objetivo el suministro de productos alimenticios a los beneficiarios del vaso de leche de la Municipalidad Distrital de La Esperanza.</p> <p>2. Según los documentos presentados por el precitado Consorcio a través de su representante legal fue que Jorge Luis Contreras Medina,</p>	<p>El persecutor penal realiza el aporte probatorio de una concertación entre los intraneus y extraneus en función a los siguientes hechos probatorios:</p> <p>a. Adenda del Contrato N° 05-2012: El valor referencial por litro de leche fue establecido en las bases integradas del proceso de licitación por el programa del vaso de leche fue por S/. 1.80 soles el litro. El precio por el cual fue dado</p>	<p>Considerando 2.40: Esta probado la concertación entre los acusados Daniel Marcelo Jacinto y Raúl Urbina en merito a los siguientes indicios:</p> <p>1. El acusado Daniel Marcelo Jacinto, durante su declaración , afirmó que ante la insistencia del proveedor derivó una nueva solicitud de renegociación al área de asesoría legal interna, pese a que anteriormente la asesora legal ya había rechazado una primera solicitud porque lo solicitado por el proveedor no estaba considerado en las bases. De este modo, se advierte que la “insistencia” del proveedor fue un criterio subjetivo para reiniciar un trámite que ya había finalizado con un pronunciamiento expreso.</p>

<p>en su condición de titular del Establo “El Rancho” , sería quien aportaría la leche fresca entera de vaca objeto de la licitación. Por lo tanto, se presentó a la Municipalidad como parte del proceso de selección las constancias y certificaciones pertinentes a dicho establo que requieran las bases integradas</p> <p>3. Que, de lo antes dicho, el Consorcio Don Demetrio S.A.C hasta el momento en que sentó la denuncia no se le ha requerido un solo litro de leche, esto significa que, la leche que fue suministrada a la entidad municipal durante el año 2011 no provino del establo que fue contratado, sino de otro diferente, el cual no formaba parte del contrato, además no se realizó las verificaciones correspondientes a sus instalaciones, ganado y producto a fin de determinar sus condiciones y calidad</p> <p>4. Que, Luz Solar Magaly Cruz Mireles como responsable del vaso de leche debió haber realizado visitas inopinadas al establo de acopio de la leche para inspeccionar que las condiciones de producción fueran conforme a las bases, pero sucedió que dichas visitas no se realizaron, pues de haberlas realizado en el momento oportuno se habría detectado que la leche no procedía del establo contratado sino de uno diferente.</p> <p>5. Jorge Luis Contreras Medina (titular del establo “El Rancho”) informó a Daniel Marcelo Jacinto (Alcalde de la Municipalidad de La Esperanza) mediante carta notarial de fecha 20 de mayo del 2011 que la leche que se proveía en merito al contrato de Consorcio Don</p>	<p>la buena pro fue de S/.1.35 soles el litro y luego de firmada el contrato quisó se aumentado en S/. 1.85 soles.</p> <p>b. Declaración testimonial de Contreras Medina:</p> <p>Según el contrato él debía proveer la leche fresca a la Municipalidad a través del Consorcio por ello existían certificados y constancias sanitarias por SENASA y Ministerio de Agricultura, constancia de vacunación esto justificaba la situación óptima de leche fresca, sin embargo, esto no se correspondía con la realidad porque no proveyó en ningún momento de leche a la Municipalidad Distrital de La Esperanza.</p>	<p>2.El acusado Daniel Marcelo Jacinto tuvo conocimiento de Informe N° 483 -A- 2011-MDE-SLy SG mediante el cual la encargada del área de logística (de profesión abogado) le comunicó que la previsión del reajuste de precios en las bases es facultativa , siendo así que en este caso las bases administrativas no establecieron otorgar reajuste de precios. Pese a ello, el acusado permitió que la solicitud del proveedor sea evaluada por un abogado del consultor externo.</p> <p>3.El acusado Daniel Marcelo Jacinto permitió que se tramiten las solicitudes realizadas a través de las cartas N° 01 y 2-2011-DDSAC , mediante los cuales se requería la renegociación del contrato N° 005-2011-MDE , pese a que fueron documentos presentados por el acusado Raúl Urbina Gutierrez como gerente de la empresa Don Demetrio S.A.C . Esto es, conociendo que no tenía legitimidad para solicitar una renegociación (pues sólo se solicitó en nombre de uno de los consorciados y no en representación de los otros dos) , el acusado Daniel Marcelo Jacinto no observo dicha irregularidad.</p> <p>4.El acusado Daniel Marcelo Jacinto no busco un tercer pronunciamiento especializado respecto a la legalidad e ilegalidad o ilegalidad del reajuste de precios, pese a que su asesoría legal y la abogada encargada del área de logística habían opinado en contra de dicho reajuste, optando sin justificación alguna por lo que se señaló su asesor legal externo.</p>
---	--	---

<p>Demetrio y la entidad estatal no procedía de su establo, además, se advirtió que se utilizó el nombre de su establo para sacar un provecho económico indebido.</p> <p>6. Que, el Consorcio Don Demetrio S.A.C presentó su propuesta en la licitación por un valor de S/. 1.31 soles por litro de leche, siendo , el valor referencial por cada litro de leche fijado por la Municipalidad de La Esperanza para el proceso de S/. 1.80 soles. Por lo que se presentó una garantía por el monto diferencial ascendente a S/. 23, 472.34 soles, fue así, que obtuvo la buena pro y suscribió el contrato N° 005-2011-MDE el 31 de diciembre del 2011 con el titular de la entidad , el Alcalde Daniel Marcelo Jacinto por un valor total de S/. 241. 014.65 soles en razón a 191.615.00 litros con un valor de S/.1.31 por cada litro</p> <p>8. Que, durante la ejecución del contrato , con fecha 24 de marzo del 2011 el representante del Consorcio Don Demetrio solicito a la Municipalidad la renegociación del contrato N° 005-2011-MDE con la finalidad de reajustar el precio hasta por un monto de S/. 1.85 soles generando, el cual fue derivado al asesor externo el abogado Juan Carlos Hidalgo Gonzales, además dicha solicitud fue incluida en la agenda de la sesión ordinaria del Consejo Municipal celebrado el 27 de mayo del 2011, acordándose otorgar por mayoría facultades a la Procuraduría Yessenia Karina Condor Novoa para conciliar la renegociación del contrato de suministro de insumos para el</p>	<p>c. Bases Integradas:</p> <p>La entidad debía realizar la supervisión para un control de la leche que se estaba proveyendo, sin embargo, no se hizo. Asimismo, durante la vigencia del contrato, los precios se iban a mantener fijos y no estarán en reajuste alguno, por tanto, había una cláusula prohibitiva de modificar precios y de hacer reajuste de los mismos.</p> <p>d. Carta N° 01-2011:</p> <p>Solicita el privado mediante este documento la renegociación del precio de leche que tenía que ser aumentado , justificando su pedido a la variación del índice de precios del consumidor del 2012 , indiciando que es una situación impredecible y solicita un reintegro de S/. 1.85 soles.</p>	<p>5.En la sesión ordinaria de concejo el 27 de mayo del 2011 , el acusado Daniel Marcelo Jacinto lejos de cumplir con su atribución de presidir o dirigir la sesión de los regidores , asumió un comportamiento activo en el debate sobre la posibilidad de iniciar un procedimiento de conciliación para el reajuste del precio de la leche, intentando convencer a los regidores a través de los argumentos subjetivos y sesgados para que voten a favor de la solicitud de Raúl Urbina Gutierrez , esto en compañía de su asesor legal externo Juan Carlos Gonzales Hidalgo, quien también estuvo presente con el mismo fin.</p> <p>6.El acusado Daniel Marcelo Jacinto suscribió la adenda como representante legal de la Municipalidad, pese a que conocía la prohibición de reajustar los precios según las bases integradas.</p> <p>7.La acusada Karina Condor Novoa seño que cuando el acusado Daniel Marcelo tomo conocimiento de la demanda por nulidad del acto jurídico (que ella interpuso contra la empresa Don Demetrio S.A.C) se molestó y le dijo que era una mala abogada, pues no “colaboraba” con la gestión.</p> <p>8.El acusado Daniel Marcelo conocía que Jorge Luis Contreras Medina (una de las personas que conforme el consorcio ganador de la buena pro), pese a que era el encargado de proveer leche dentro del Consorcio, nunca lo hizo , desconociéndose que tipo de producto se estaba entregando al programa de vaso de leche de la entidad municipal . Sin embargo, el</p>
---	--	--

<p>PROVALE con el Consorcio Don Demetrio SAC y autorizar se someta a arbitraje en caso que las partes no concilien.</p> <p>9. La Procuraduría de la Municipalidad por medio de Condor Novoa suscribió el acta de conciliación con el Consorcio Don Demetrio S.A.C con fecha 31 de mayo del 2011, en la misma se acordó aumentar el precio por litro de leche a S/. 1.80 soles con efecto retroactivo a la celebración del contrato N° 005-2011-MDE , formalizándose a través de una adenda al contrato N° 005-2011-MSE, para la modificación del contrato en ese sentido, es así como la misma quedó aprobada mediante la Resolución de la Alcaldía 1039-2011 incrementándose así el monto total a S/. 344 907 soles , emitiéndose inicialmente un comprobante de pago con registro SIAF N° 1580 por valor de S/. 32 831 16 soles por concepto de reintegro del 01 de marzo al 15 de junio del 2011.</p> <p>10. Por tanto, en razón de los hechos antes descritos, el representante del Ministerio Público les imputa los procesados Raúl Urbina Gutierrez (en su calidad de representante del Consorcio Don Demetrio S.A.C) , Daniel Marcelo Jacinto (en su calidad de Alcalde de la Municipalidad Distrital de La Esperanza) y Yessenia Condor Novoa (en su calidad de Procuradora de la Municipalidad de La Esperanza) la comisión del delito de colusión al haberse concertado maliciosamente entre sí para defraudar al Estado - Municipalidad Distrital de la Esperanza- por cuanto, de las bases del proceso de licitación conocían la prohibición del reajuste sobre el precio, ello de</p>	<p>e. Informe 483-2011:</p> <p>Emitido por parte de Logística y el mismo dice expresamente que no era posible la modificación del precio y no procedía informe . Además, con ese se comunica al Alcalde el 05 de mayo del 2011 . Es de fecha posterior al informe en el cual se emite el informe de abogado asesor externo sobre la renegociación.</p> <p>f. Acta de sesión de consejo:</p> <p>Este documento fue debatido en sesión de consejo en el que el Alcalde dice a sus regidores que inicialmente ya se había pedido reajuste y había denegad, es decir</p>	<p>acusado durante su declaración , minimizo el problema como un “ tema netamente de negocios entre ellos” para luego indicar que a la Municipalidad sólo se interesaba que el producto llegue. Esto es, dejó entrever que nunca asumió un rol más activo para conocer si la leche que era proveída supuestamente por el consorcio (en realidad era entregada por las empresas Agroindustrias Don Demetrio S.A.C) cumplía los estándares mínimos de salubridad y calidad.</p> <p>En el considerando 2.41 señala que existen indicios plurales, concordantes y convergentes que permiten inferir con grado de certeza que el acusado Daniel Marcelo Jacinto favoreció a Raúl Gutierrez durante la ejecución del contrato de suministro específicamente en la celebración de la adenda que incremento el precio de la leche. Este favorecimiento es la consecuencia de un acuerdo colusorio que se evidencia por la conducta del acusado Daniel Marcelo Jacinto facilitando- sin ninguna justificación razonable- la tramitación de la solicitud de renegociación de precios de la leche, omitiendo la obtención de otros pronunciamientos técnicos sobre la procedencia o improcedencia del reajuste, convenciendo al Consejo Municipal para que permita la renegociación a través de una conciliación, suscribiendo la adenda del contrato, llamando severamente la atención a la Procuraduría Municipal que demandó a la empresa de Raúl Urbina , así como también omitiendo ordenar las verificaciones necesarias para constatar si el producto cumplía con estándares mínimos de salubridad y calidad.</p>
--	--	--

<p>conformidad al punto 2.14 de las bases : “ durante la vigencia del contrato los precios se mantendrán fijos y no sujetos a reajuste alguno” y contrario al artículo 143 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado: “ durante la ejecución del contrato , en caso de que el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas de calidad y precios, la entidad, previa evaluación podría modificar el contrato, siempre que tales modificaciones no debería variar en forma alguna las condiciones originales que motivaron la selección del contratista”, en cuyo plan, el Consorcio oferto un precio bajo para ganar la licitación inmediatamente después de conseguir el incremento del valor del precio al equivalente del precio referencial licitado, procediendo la Procuraduría Municipal a conciliar sobre el aumento del precio, que se formalizó a través de una adenda al contrato N° 005-2011-MDE suscrita por el alcalde de la Municipalidad</p> <p>11. Posteriormente la Procuraduría mediante Informe N° 189-11-MDE-PPM comunicó al Alcalde las irregularidades generadas, solicitándole autorización para iniciar las acciones legales para la devolución de lo indebidamente pagado, procediendo a demandar al Consorcio Agroindustrial Don Demetrio S.A.C la nulidad del acto jurídico y otro, lográndose la devolución mediante acta de devolución total del dinero del 14 de noviembre del 2011 , por el monto de 75 174 11 soles , este hecho se ha producido cuando el delito de colusión ya se había consumado.</p>	<p>ya sabían que una variación de precios era denegada, había unos intereses especial para la aprobación de la conciliación por parte de los regidores. El alcalde dijo : “ los proveedores no pierden y si no se negoció con el proveedor para obtener una utilidad podría castigar el producto echándole agua”.</p> <p>Sobre la base de todo ello, el persecutor concluye que se acreditado la existencia de un acuerdo colusorio entre el Alcalde Daniel Marcelo Jacinto , Karina Condor Novoa (ambos intraneus) y Raúl Urbina Gutierrez (extraneus).</p>	<p>En el considerando 2.43 señala que existe una duda razonable respecto a la participación de la acusada Karina Condor Novoa en el acuerdo colusorio. Pues , si bien participo en el acto conciliación por orden superior del Concejo Municipal (donde incluso no se aceptó la propuesta de Urbina Gutierrez) también es cierto que posteriormente elaboró un informe mediante el cual solicito que se deje sin efecto todos los acuerdos que permitían el reajuste ilegal del precio de la leche; además , solicitó se le otorguen las facultades necesarias para iniciar las acciones judiciales en contra de las empresas Agroindustrias Don Demetrio S.A.C y pese a que no le otorgó ninguna autorización, demandó judicialmente a dicha empresa, logrando la devolución de los indebidamente cancelado por el incremento del precio de la leche. En ese sentido, más allá de haberse concertado con el interesado , lo que se advierte en realidad es que ejerció una oposición legal contra el cuestionado reajuste de precios, debiéndose emitir un pronunciamiento absolutorio en ese extremo.</p> <p>Por tanto: Se condeno al Alcalde Daniel Marcelo Jacinto a título de autor del delito de colusión .Se condenó a Raúl Urbina Gutierrez en calidad de cómplice primario por el delito de colusión. Se absolvió a Karina Condor Novoa por existir una duda razonable en su intervención en el acuerdo colusorio.</p>
--	--	---

<p>ARGUMENTOS DE APELACIÓN DE LA DEFENSA DEL SENTENCIADO DANIEL MARCELO Y RAÚL URBINA GUTIERREZ</p>	<p>SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA EMITIDA POR LA SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CSJLL (PONENTE: BURGOS MARIÑOS)</p>
<p>La defensa técnica de Marcelo y Gutierrez coinciden en señalar que la sentencia condenatoria expedida por el Ad Quo , de acuerdo con el razonamiento de los letrados, adolece de una insuficiencia probatoria que corrobore la existencia de un acuerdo colusorio desleal entre ambos.</p> <p>Los argumentos de la defensa de Daniel Marcelo:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Señala que existe por el a quo una incorrecta valoración de los medios de prueba que llevo a pensar que ha existido una concertación. 2. Niega del hecho declarado probado por el a quo donde se afirma que Daniel Marcelo Jacinto habría 	<p>Punto Controvertido y objeto de análisis en segunda instancia:</p> <p><u>Determinar a partir de la prueba indiciaria si existió para el caso en concreto un acuerdo colusorio entre los imputados Daniel Marcelo Jacinto y Raúl Urbina Gutierrez , como elemento constitutivo del delito de colusión (publicado el 27 de diciembre de 1996 y modificado el 10 de junio por el artículo 1 de la Ley N° 29703)</u></p> <p>Considerando 49:</p> <p>“El imputado Daniel Marcelo Jacinto suscribió una demanda del contrato N° 005-2011-MSE modificaciones en el extremo que no sería el precio S/.1.31 por litro de leche, siendo 191. 615 00 litros de leche, el monto total sería de S/./250 015 65 como se consignó el original , sin embargo varía a S/. 1.80 ascendiendo la totalidad de S/. 344. 907.00 soles generándose con ello un perjuicio patrimonial a la Municipalidad de la Esperanza de S/. 93 891.35. Esto produjo el supuesto acuerdo colusorio entre el imputado Daniel Marcelo y el representante legal de la contratista y coimputado Raúl Urbina, puesto que aun cuando las bases de la licitación en el considerando 2.14 estipulaba que : “ Durante la vigencia del contrato los precios se mantendrán fijos y no estarán sujetos a reajuste alguno” , es decir, se prohibía la renegociación y modificación de los precios inicialmente establecidos. <u>A pesar de ello es sustancial no asimilar automáticamente las irregularidades en los actos administrativos v/o inobservancia de las normas que rigen los procesos de adquisiciones y contrataciones con el Estado como un delito contra la administración pública, más concretamente como un delito de colusión, toda vez que para acreditar el delito materia del presente proceso , no basta con demostrar la defraudación al Estado , sino que exige la necesidad de probar el acuerdo colusorio entre el funcionario y el interesado, además , por cierto, la concurrencia del elemento subjetivo”</u></p>

<p>reiniciado un procedimiento que culminó con un pronunciamiento de que no cabría la posibilidad de reajuste . Ello no lo ha dicho en su declaración durante la investigación ni en el juicio oral , que si bien es cierto existen dos cartas 001-2011 y la carta 002-2011 . en la primera se requiere un Informe a la Unida de Logística . La segunda carta no es una reiteración sino una complementación de la precitada carta por lo que no existen dos solicitudes de renegociación.</p> <p>3. El a quo ha manifestado que el pacto colusorio se probó porque Daniel Marcelo tenía conocimiento del Informe 483-2011 de logística que concluía que el reajuste de precios era facultativo y que las bases no la habían previsto, pero las conclusiones a las que llega en este informe de logística son ambiguas, no obstante se recomendó el traslado del expediente al asesor legal para su</p>	<p>Considerando 50: Señala que de acuerdo con las máximas de la experiencia se sabe que la concertación entre los sujetos intervinientes se lleve a cabo en la clandestinidad o subrepticamente , a fin de que dicho acuerdo no sea advertido por externos, lo que dificulta su obtención de pruebas que lo acrediten , salvo si en el mismo momento han existido presentes testigos quienes para efectos del proceso brinden su testimonio o se haya grabado o filmado el pacto colusorio. Sin embargo, doctrinal y jurisprudencialmente no se deja de indetificarse a la concertación como un acontecer clandestino (cit. R. N N° 027-2004) lo que ha traído consigo que sea en la mayoría de las veces, difícil de probar, ya que es precisamente el carácter clandestino que reviste este tipo de delitos , el que hace difícil su probanza, siendo la prueba indiciaria la llamada a resolver dicho problema. En el mismo sentido el Recurso de Nulidad N° 1722-2016 que sostiene que : “ La concertación, ante la ausencia de prueba directa -testigos o documentos que consignen la existencia de reuniones, contactos y acuerdos indebidos se puede establecer prueba indirecta o indiciaria”</p> <p>Considerando 52: Revisada la sentencia y la acusación fiscal, la fiscalía sostiene la imputación una serie de supuestos indicios que acreditarían la realización del acuerdo colusorio entre los coimputados, Daniel Marcelo Jacinto y Raúl Urbina Gutierrez , sin embargo, corresponde verificar si el a quo ha cumplido con observar los requisitos para determinar si tales indicios, en los que sustenta la sentencia apelada , configuran prueba indiciaria conforme lo exige el artículo 158 inciso 3 del CPP.</p> <p>Considerando 54: Al revisar la sentencia condenatoria y los argumentos probatorios que recogen los indicios postulados por la fiscalía, hemos advertido que se ha incurrido en un error al afirmar la existencia de indicios, sin que se haya cumplido con la obligación de probar de forma indubitable los hechos de los indicios utilizados, no se ha tenido en cuenta los conraindicios, por lo que la inferencia realizada por el a quo adolece de validez conforme a las regla de la sana crítica, lógica , la ciencia y las reglas de la experiencia, puesto que sustenta más en argumentos de sospecha que</p>
---	--

pronunciamiento, lo que se hizo. El asesor ha señalado que si bien es cierto no se había previsto el reajuste en las bases empero la teoría de la imprevisión y de acuerdo con el interés general se debe interpretar esa posibilidad, la que fue discutida ante un órgano colegiado que fue el Consejo Municipal, delegándole facultades a la Procuraduría Pública para que pueda negociar. Con ello se evidencia que no se está ante una decisión unipersonal de Marcelo Jacinto, lo que si llevaría a pensar en un pacto colusorio; la renegociación viene conformada por una decisión que tomo en Consejo Municipal, esto significa que su patrocinado actuado bajo un conocimiento confiable de que no estaba defraudando al Estado, es decir, realizando uno de los elementos del delito de colusión, por lo tanto, el procesado Daniel Marcelo actuado bajo un error de tipo

en hechos probados. Por tanto, no cumplen los indicios con el estándar exigido por el principio de presunción de inocencia previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

Considerando 55:

Primer Indicio: Inexistencia por parte del proveedor al alcalde materializado en la carta N° 002-2011, para que se reajustará el precio del litro de leche, pues previamente el contratista habría presentado una primera solicitud (carta N° 001-2011) sobre la cual el área de logística había denegado el pedido.

Se afirma como hecho probado: “ el contratista insistió al Alcalde, con la Carta N° 02, su pedido de reajuste, pese a que la Carta N° 01 dicho pedido le fue denegado”

Este indicio no está probado: De las lecturas de las cartas presentadas por el contratista se puede apreciar que la primera carta N° 001-2011 presentada el 24 de marzo y dirigida a Daniel Marcelo requiere la renegociación del Contrato N° 005-2011- MDE, puesto que, para el mes de marzo se produjo un alza en el precio de la leche según la IIPC del INEI, esta carta fue derivada a la Unidad de Logística y Servicios Generales de la Municipalidad a cargo de la abogada Flor Sánchez Castro, quien emitió el Informe N° 483-A-2011-MDE-ULySG de fecha 03 de mayo del 2011. informando al procesado Marcelo Jacinto que : “ En las bases administrativas del proceso de selección no se ha consignado el otorgar el reajuste de precios (...) La previsión de los reajustes es facultativa (...) recomienda que el expediente sea remitido a la Asesoría Legal para que emita su informe correspondiente”. **No es cierto lo afirmado por la fiscalía y que es recogida por el juez ad quo en la sentencia, en el sentido que lo pedido en la Carta N° 01 haya sido denegado. El informe legal de Logística señala que :” la previsión de los reajustes es facultativo y recomienda que el expediente sea remitido a Asesoría Legal para que emita su informe correspondiente”. Y que la carta N° 002-2011 no es un nuevo pedido de renegociación sino un complemento y reiteración de la Carta N° 001-2011. En conclusión este hecho alegado por la fiscalía y recogido por el Juez en la Sentencia no es un hecho probado y por consiguiente, no puede ser utilizado, no puede ser utilizado en el razonamiento probatorio.**

<p>invencible puesto que actuó conforme al asesoramiento de un especialista en derecho administrativo y gestión pública. Desconocer esto sería desconocer la división de trabajo interna en la Administración Pública y el principio de confianza.</p> <p>4. El trabajo dentro de la administración pública se sustenta en una división de trabajo, el alcalde no da certificación presupuestaria pues hay una unidad presupuestaria. En la ordenanza municipal N° 04-2008 establece que el Jefe de Provale la persona encargada de supervisar el correcto suministro del vaso de leche, la afirmación que realizó su patrocinado ante el Juez Unipersonal en el sentido que mencionó que “las particularidades en el suministro de leche debe ser un tema entre contratistas”, debe entender en el contexto correspondiente, pues el procesado quiso dar entender que lo</p>	<p>Segundo Indicio:</p> <p>El hecho de que Daniel Jacinto conoció el Informe N° 483-A-2011-MDE.UL y SG en el extremo que las bases administrativas no establecieron la posibilidad de reajuste específicamente en el punto 2.14. En efecto el Alcalde luego de derivar la carta N° 01-2011 a la Unidad de Logística y Servicios de la Municipalidad . Recibió el precitado informe donde pudo conocer el reajuste de precios no puede previsto en las bases de la contratación , y se construye el “indicio” sobre una valoración parcial al conocer que el reajuste de precios del contratista no estaba previsto en las bases, aprobado el reajuste. Sin embargo, esta valoración es errada, y se sustenta en una lectura sesgada y subjetiva del informe. En verdad, el Informe no se pronuncia sobre la improcedencia del reajuste y sugiere que el expediente se derive a asesora legal. <u>En efecto, claramente y como se ha hecho mención líneas arriba, el mismo Informe recomendaba el análisis detallado del asesor legal pues era el experto en el tema y a pesar de que las bases en la licitación en su considerando 2.14 sostenía que los precios no serían sometidos a reajuste durante la vigencia del contrato , se presentó un hecho cierto e imprevisible , producto del aumento del costo de la leche según informe del INEI por lo que su análisis debía ser de competencia de un especialista . Por lo que, tampoco constituye un indicio de una posible concertación entre los coimputados evidenciando solo que el coimputado Daniel Marcelo Jacinto siguió la pauta de recomendación del área respectiva. La valoración sesgada de la fiscalía y recogida por el juez ad quo no configura un indicio, pues no está referido a un hecho indubitablemente probado . Lo cierto es que el informe no prohíbe ni se pronuncia sobre la improcedencia del reajuste del precio de la leche , y más bien sugiere se consulte al Asesor Legal , por tanto, no se puede afirmar que el acusado Daniel Marcelo haya conocido de alguna prohibición sobre dicho reajuste y que la acción de convocar la opinión del asesor legal, no obedeció a una decisión unilateral del acusado , sino en verdad, fue una acción recomendada por el Informe precitado.</u></p> <p>Tercer Indicio: El imputado Daniel Marcelo permitió que se tramite las dos cartas N° 001-2011 y N° 002-2011 enviada por Raúl Urbina como representante de la empresa Agroindustrial Don Demetrio S.A.C y no como representante del Consorcio Don Demetrio :</p> <p>Lo que no es un hecho cierto y puede configurar un indicio es que el contratista suscribió las cartas como representante de su empresa y no como representante del Consorcio. Lo que no es un hecho cierto es que el imputado Daniel Marcelo : “ haya permitido que se tramiten las dos cartas”, puesto que como toda solicitud hecha a la administración pública esta sigue su conducto regular y el Alcalde no resuelve de forma autónoma y directa, sino que se derivan a la dependencias competentes, como en el presente caso, se derivó a la Oficina de Logística, Además</p>
---	---

<p>que importa es que se suministre la leche a más de 100 clubes de madres y que si esto viene de un establo y otro es irrelevante a efectos del suministro.</p>	<p>que existe un contraindicio consiste en que el Consorcio Don Demetrio S.A.C , luego de adjudicarse la buena pro , se desintegro por desavenencias económico comerciales entre las empresas consorciadas, en particular la empresa de Jorge Contreras Medianas propietaria de El Rancho , conforme ha quedado probado con la Carta que remite a la Municipalidad informando que no está proveyendo leche y con su propia declaración en juicio oral. El juez al considerar este indicio en su argumentación probatoria no ha tenido en cuenta la existencia del contraindicio señalado, que permite inferir que como ya no había consorcio , procedió a cursar cartas como representante de su empresa y ya no del Consorcio. Además este hecho objetivamente no cobra relevancia a efectos de probar el hecho mediato del acuerdo colusorio que la fiscalía imputa.</p> <p>Cuarto Indicio:</p> <p>El procesado Daniel Marcelo no busco un tercer pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad del reajuste de precios.</p> <p>Señala que al ser el delito de colusión un delito de infracción del deber este tiene la exigencia de protección del deber jurídico especial al obligado debe efectuarse de modo razonable y proporcional. De acuerdo al artículo 158 del Código Procesal Penal admite en la valoración de la prueba la observancia de la reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia , se concluye sobre el particular que el imputado Daniel Marcelo Jacinto, en un primer momento remitió la solicitud de renegociación y el expediente formado por el Área Logística a cargo de un profesional de derecho a quien a su vez sugirió enviarlo al asesor legal externo , lo que se realizó como consta en la carta N° 061-2011.MDE-OSG y luego el especialista cumplió con emitir el Informe Legal N 001-2011 afirmando que si bien en las bases de licitación el reajuste de precio este conflicto podría solucionarse a través de una conciliación y que luego la solicitud de renegociación fue llevado por el pleno del Consejo y sometido al debate entre todos los regidores , luego del cual se votó a favor por el reajuste, de modo que, Daniel Marceo no tomó una decisión unilateral sino que siguió el procedimiento estándar para la toma de decisiones municipales : opinión de oficina de logística, opinión del experto asesor legal externo, por lo que no se puede atribuir la falta de una tercera opinión a la voluntad del Alcalde. <u>El tribunal acepta que en merito al principio de confianza el imputado Marcelo Jacinto no continuó con la búsqueda de opiniones legales frente al conflicto de renegociación del contrato en virtud de que el asesor legal externo le confirió una solución que se debatió posteriormente en la Municipalidad del Concejo Municipal y que sometido al debate, el pleno del Consejo no considero la necesidad de una tercera opinión. Si bien el hecho de que no se pidió una tercera opinión , es cierto, tal hecho tampoco configura un indicio, puesto que no</u></p>
--	---

Los argumentos de la defensa de Raúl Urbina Gutierrez:

1. Los INENI del litro de leche posterior al contrato con la entidad municipal habían cambiado, por lo que emprendió un procedimiento administrativo a través de dos cartas dirigidas a la Municipalidad a fin de que se ajustara el precio por litro de leche a como está consignado en la actualidad, es así que a la carta se le da trámite y se la deriva a la oficina respectiva a efectos que emitan un informe, lo que motivo que mediante sesión de Consejo de Municipalidad delegó a la Procuraduría las facultades correspondientes para que concilie con su patrocinado, es así que se concluyó que pagarían S/. 1.80 por litro de leche.

acredita la infracción de un deber especial del Alcalde, pues no ha infringido ninguna norma o acuerdo que lo haya obligado a acudir a una tercera opinión legal.

Quinto Indicio:

En la sesión ordinaria del Concejo Municipal el imputado Daniel Marcelo supuestamente no dirigió la sesión, sino que tuvo actitud activa, convenciendo a los demás regidores a aceptar el reajuste de precios, mencionando que, de no aceptar la renegociación, entonces, era probable que el proveedor vierta agua en la leche o resuelva en contrato, perjudicando así a muchas familias que conformaban los clubes de aso de Leche.

Se advertido que los ejes de los debates de la sesión del Consejo se puso sobre la mesa el asunto de la renegociación del contrato y en la misma ACTA 043-2011 se observa que Daniel Marcelo hizo participe de dicha sesión al abogado Juan Carlos Gonzales Hidalgo, quien fue el asesor legal autor del Informe N° 001-2011 a efectos de que sustente el contenido del documento, en la que el Alcalde y los regidores expresaron sus opiniones y preocupaciones, e hicieron preguntas al experto, **no siendo cierto lo afirmado por la Fiscalía y lo recogido en la sentencia en el sentido de que fue el acusado Daniel Marcelo quien habría influido y convencido a los regidores. En verdad, en la sesión de Consejo, fueron los argumentos del asesor legal los que generaron convicción en los regidores; todo el debate concluyó en la decisión de autorizar la conciliación sobre el reajuste del precio del litro de leche y, el otorgamiento de facultades a la Procuradora Pública Yesenia Condor Novoa para que represente los intereses de la Municipalidad Distrital de La Esperanza en la audiencia de conciliación. El hecho afirmado como indicio no está indubitablemente probado, por lo que no puede ser utilizado en el razonamiento probatorio indiciario. Además existe un contraindicio, que la decisión sobre el reajuste del precio no fue una decisión unilateral el Alcalde, sino proveniente de 07 votos a favor de los regidores correspondiente, 04 abstenciones y ninguna en contra, con la añadidura que el imputado refirió ningún voto alguno. No constituyendo un indicio de colusión.**

<p>2. Ante la demandan de nulidad de acto jurídico que le interpuso la entidad municipal , para no tener problemas el procesado optó por devolverle el dinero a la entidad y continúa proveyendo la leche en La Esperanza. No existe un medio probatorio contundente sobre la supuesta colusión con el alcalde.</p>	<p>Sexto Indicio:</p> <p>Que, Yesenia Karina Condor Novoa al tiempo de declarar tenía la calidad de coacusado , hizo mención que, al percatarse con posterioridad de la celebración de la audiencia de conciliación donde se reajusto e precio del litro de leche fresca a S/.1.80 siendo antes de S/.1 31 que en las bases de licitación se prohibía el reajuste de precios, solicito la nulidad del acto jurídico y la devolución del dinero que hasta la fecha se había pagado al imputado Raúl Urbina Gutierrez en calidad de contratista de Don Demetrio S.A.C , producto de ello , recibió la visita de José Eduardo Oblitas Quipuscoa quien le refirió que : “ ni le iba a pagar nada porque ya le habían dado su parte (en alusión al alcalde de Daniel Marcelo) , además , la entonces coacusado manifestó que el imputado Marcelo Daniel Marcelo Jacinto se molestó con ella diciéndole que era una “mala abogada”</p> <p>Lo relevante para colusión es la parte que afirma que el señor Oblitas le dijo que no le iban a devolver nada porque ya le habían dado su parte al Alcalde y que el Alcalde se molestó con ella y le dijo que era una mala abogada . El indicio es un hecho indubitablemente probado. Para que la declaración de un coacusado tenga valor probatorio debe estar corroborado con otros medios de prueba periféricos. Tanto fiscalía como el juez ad quo incurrir en error al haber dado pleno valor a la declaración inculpativa de Condor Novoa sin observar los requisitos del Acuerdo Plenario N° 02-2005. La fiscalía ni siquiera ha incorporado la declaración de José Oblitas con la finalidad de verificar si lo dicho por Novoa es cierto o no. Por tanto, la versión inculpativa de la coacusada (hoy absuelta) no ha sido corroborada , conforme a la ley, y por consiguiente lo dicho por está no constituye un indicio, por la versión inculpativa no es un hecho probado de forma indubitable.</p> <p>Setimo Indicio:</p> <p>El procesado Daniel Marcelo Jacinto conocía que la persona de Jorge Luis Contreras propietario del Ranco nunca fue proveedor de la leche fresca a partir de la Carta Notarial de fecha 20 de mayo de 2011 y que al pesar de ello se continuo con el trámite para renegociar el precio del litro de leche del contrato N° 055-2011:</p> <p>La fiscalía y el juez ad quo incurre en error al otorgar pleno valor al relato inculpativo de este testigo, sin tener en cuenta la garantía de certeza de incredibilidad subjetiva prevista en el Acuerdo Plenario N° 02-2005 en la que se exige que la declaración del testigo Contreras habría</p>
---	--

invertido dinero para participar en el consorcio preparando una serie de documentos , pero luego de ganar la buena pro, al parecer surgieron desavenencias económicas entre los socios consorciados pues conforme a la carta remitida a la Municipalidad y a su testimonio nunca proporcionó leche desde su empresa ganadera, porque el precio de venta de leche era muy bajo y no le convenía. Además dice que se sintió estafado por el Señor Oblitas Quipzcoa. El juez no ha tomado este hecho cierto de la discrepancia económica de los socios consorciados , que opera en este caso como un contraindicio. **En conclusión, el relato incriminador del testigo no configura un indicio o hecho probado de forma indubitable , puesto que, no cumple con el requisito de la incredibilidad subjetiva, y tampoco ha sido corroborada con ninguna prueba.**

Octavo Indicio:

En el acta de conciliación se aprecia que en el texto señala que dicha celebración de audiencia se solicitó por el procesado Raúl Urbina Gutierrez en calidad de representante legal del Consorcio Agroindustrial Don Demetrio S.A.C el 24 de mayo del 2011-

Es cierto que Urbina Gutierrez presentó la solicitud de conciliación días antes de que se realice la sesión del Consejo , por lo que se puede inferir que alguien le informó. Cabe recordar que la aprobación de la conciliación como medio de solución del conflicto de renegociación del contrato a solicitud del contratista, fue llevado a cabo en la Sesión ordinaria del Consejo Municipal como consta en el Acta de Consejo N° 043-2011. Esto implica que, se solicitó la audiencia tres días antes de que los consejeros aprobaron la conciliación , por lo que no daba lugar la solicitud previa del procesado Urbina Gutierrez al no haber tenido una respuesta frente a su pedido. Por lo tanto, el tribunal estima que , este hecho al ser probado constituye un indicio de acuerdo colusorio. Sin embargo, este hecho nos permite afirmar que su coacusado Daniel Marcelo haya sido el que le proporciono la información, pues puede haber sido cualquier funcionario, abogado o cualquier otra persona. Es un indicio que al hacer la inferencia, no permite afirmar una sola conclusión, sino la posibilidad de que cualquier persona le haya facilitado la información , por consiguiente no es un indicio suficiente para poder afirmar la existencia del pacto colusorio atribuido a los acusados.

Considerando 64: Enlista los ocho contraindicios que no han sido valorados por el juez a quo y han sido descritos a lo largo del análisis de cada indicio que se han reseñado.

Considerando 65: Se colige que existen contraindicios que no solo restan fuerza probatoria a los indicios ofrecidos por la Fiscalía, respecto a la ocurrencia del acuerdo colusorio entre los coprocesados, sino que además permite inferir que la renegociación del contrato se ha dado en virtud de un procedimiento que, la regularidad o no en su desarrollo no es materia del proceso penal, por lo que no se ha demostrado que el elemento objetivo concertación, que a la luz de un juicio de tipicidad, se requiere a fin de subsumirse en el tipo penal de colusión.

Considerando 66: En conclusión, la Sala Penal de Apelaciones considera que no se ha cumplido con los presupuestos que requiere el artículo 158 del Código Procesal Penal y el Acuerdo Plenario N° 01-2006 puesto que, en primer término los hechos analizados up supra no han sido probados y no existe pluralidad que permitan inferir la concurrencia del acuerdo colusorio entre los coimputados como elemento objetivo del tipo penal de colusión desleal, sino que, como se ha establecido en el considerando anterior, se ha advertido la existencia de un solo indicio, que no ha sido contingente, convergente y concordante con otros indicios. Por lo que, no ha sido suficiente para demostrar el acuerdo ilícito entre Daniel Marcelo Jacinto y Raúl Urbina Gutierrez en consecuencia no se ha desvirtuado el principio de presunción de inocencia que le asiste a ambos procesados.

Por tanto se resolvió REVOCAR la sentencia que fallo CONDENANDANDO a Daniel Marcelo y Raúl Urbina Gutierrez en calidad de autor y cómplice respectivamente del delito contra la administración pública en la modalidad de COLUSIÓN y REFORMANDOLA LOS ABSOLVIERON.

IV. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

DISCUSIÓN N° 1: IDENTIFICAR LAS EXIGENCIAS FÁCTICAS DEL ACUERDO COLUSORIO

Desde nuestra perspectiva, consideramos que el acuerdo colusorio es entendido como el acuerdo de voluntades entre el funcionario y el tercero interesado con el objetivo de lograr un perjuicio económico al Estado ya sea potencial o real, aquello se fundamenta en reconocer la estructura de imputación material del delito de colusión es un delito especial de infracción del deber con cuotas de dominio la cual es aceptada por un sector de la doctrina nacional (Caro Jhon, Reaño Peschiera y García Caveró) y en la jurisprudencia en el R. N N° 248-2013 emitido por la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro). De la misma, se puede extraer una consecuencia importante: *el acuerdo colusorio constituye el lado de dominio o de organización en donde acceden el funcionario (intraneus) y el tercero interesado (extraneus) cuando se ponen de acuerdo ilícitamente para perjudicar económicamente al Estado en un proceso de contratación estatal*, siendo así, no estamos de acuerdo con la posición de Arismendi Amaya que plantea una normativización del acuerdo colusorio pues no es coherente con la estructura de imputación de este tipo penal.

En consecuencia, se exige indefectiblemente una sinergia en las actuaciones del funcionario público y el privado, puesto que, no basta ni la sola conducta unilateral de funcionario ni viceversa, es decir, la sola acción del tercero interesado, esto se fundamenta en que se trata de un delito de participación necesaria. Por tanto, la acción de concertarse responde a una conducta sinalagmática de sus intervinientes que se objetiviza en una etapa específica del proceso de contratación estatal denotando un favorecimiento indebido dado por el agente público en el existe una particularidad con otros injustos funcionales (como el de aprovechamiento indebido del cargo y el peculado) y es que el particular beneficiado denominado según la redacción típica como tercero interesado tiene que necesariamente participar activamente para lograr que se diga que exista un

acuerdo colusorio sino sólo será un puro interés indebido, así también lo ha establecido la Casación 841-2015- Ayacucho emitida por la Sala Penal Permanente diferenciado entre un “tercero” y un “tercero interesado” en el delito de aprovechamiento indebido del cargo y el delito de colusión.

Destacábamos al efectuar el análisis de la estructura típica del artículo 384 del Código Penal que este dispositivo legal prescribe dos delitos autónomos : i) delito de colusión simple (en el primer párrafo) y ii) delito de colusión agravada (segundo párrafo). No obstante, como destaca la doctrina nacional mayoritaria ambos injustos presentan como descriptor fáctico común al acuerdo colusorio entre el funcionario público y el tercero interesado, este forma parte del comportamiento típico para ambos delitos y por tanto un objeto de prueba común. Cabe subrayar que, el único elemento diferenciador entre ambos tipos penales lo constituye el perjuicio económico al Estado, ya que en la colusión simple se exige uno probable y en la colusión agravada uno real y efectivo, esto en razón a su carácter de tipo penal de peligro y de resultado, ello conforme lo reconoce la doctrina y jurisprudencia nacional de forma unánime, recientemente la Corte Suprema con mucha claridad lo ha establecido la Casación 660-2016- Piura en su considerando quinto como doctrina jurisprudencial vinculante.

En consecuencia, el momento trascendental y determinante para la configuración del delito de colusión ilegal ya sea simple o agravada pasa por determinar si en el caso en concreto se presentan las exigencias fácticas mínimas de un acuerdo colusorio entre el funcionario público y el tercero interesado y depurar las solas apariencias de concertaciones que sólo son infracciones administrativas, esto porque el mismo formará parte de la imputación en la disposición de formalización de investigación preparatoria y del requerimiento acusatorio que efectuó el representante del Ministerio Público. La construcción de estas exigencias fácticas se extraerá de los estudios que se dan en la doctrina nacional y de la práctica jurisprudencial, es así como, se planteó como objetivo efectuar un análisis fáctico del acuerdo colusorio, el cual implica el agrupamiento de las exigencias factuales mínimas que debe tener en cuenta el persecutor penal al

momento de efectuar su imputación concreta en cuanto a la existencia de un supuesto de hecho de concertación entre el funcionario y el privado y los mismos que serán relevantes para la aplicación de la prueba indiciaria para acreditarlos.

Una vez realizado el análisis fáctico al acuerdo colusorio pudimos concluir que las exigencias fácticas son:

- a) Se distinguen dos momentos en el acuerdo colusorio: i) el acto de concertación ilegal y ii) el acto a través del cual se materializa . La actividad probatoria y de investigación se dirige no a probar la consecuencia del acuerdo (vg. suscripción del contrato, de una adenda, conformidad del servicio, etc) y en el que se plasma la concertación sino la causa de este: la concertación ilegal. (Castillo Alva J. L., 2017)
- b) El acuerdo colusorio debe darse sobre un aspecto especial del contrato estatal respecto a la etapa de contratación en que se produzca, siendo así que, se requiere una precisión de que tipo de contrato (por ejemplo, si es un contrato de obra, de bienes, de servicio)
- c) La sola propuesta, la simple solicitud o el ofrecimiento que realiza el particular o el funcionario no constituye una acción de concertar, incluso, la sola aceptación de la propuesta tampoco significa un acuerdo colusorio, sino que, este existiría siempre y cuando esta sea concluyente.
- d) El acuerdo colusorio puede ser en un solo acto como también en un conjunto de actos.
- e) El acuerdo colusorio debe ser real, se exige que el mismo realmente ocurrido y se encuentre referenciado en sus circunstancias en la medida de los posible -de modo, tiempo y lugar.
- f) El acuerdo colusorio puede ejecutarse ya sea a título oneroso o a título gratuito. Si es oneroso no será necesario la probanza del monto dinerario
- g) El acuerdo colusorio debe ser serio, verosímil y de plausibilidad racional.
- h) La concertación al ser un delito de participación necesaria y de encuentro exige como intervinientes a un funcionario público y un privado. Por ello, esta no se dará cuando solo hay concertación, entre los funcionarios, pero en ella

no participan los privados o a la inversa: los diversos interesados concertan, pero no con los funcionarios.

- i) La clandestinidad es un contexto de realización típica, por tanto, puede haber dos formas de comisión del acuerdo colusorio: i) en contextos de clandestinidad y ii) en contextos no clandestinos, siendo el más frecuente el primero.
- j) La identificación de un acuerdo colusorio no siempre exigirá una infracción de una norma administrativa-y en caso de haberla serviría como un indicativo de una presunta concertación- pues lo que resulta reprochable en el accionar de concertar será que el funcionario público haga un mal uso del poder público adoptando u decisiones de forma autónoma y racional ocasionado por influencias externas para adoptar un comportamiento distinto del que hubiera seguido en cualquier circunstancia similar.
- k) El acuerdo colusorio puede darse con o sin la utilización de maniobra engañosa o dar apariencia de legitimidad actuaciones administrativas, lo que se debe negar que siempre la concertación exiga un engaño.
- l) El acuerdo colusorio puede tener lugar por actos concluyentes, que son actos posteriores en los que sin haber existido realmente un acuerdo, se ejecutan tal como si fueran consecuencia de una acción de concertar , es decir, en reciprocidad.

DISCUSIÓN N° 2: EL ESTADO ACTUAL EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DE LA PRUEBA INDICIARIA DEL ACUERDO COLUSORIO

El estado actual en la doctrina nacional respecto a la prueba indiciaria del acuerdo colusorio ha sido unánime en la aproximación de los problemas que implica efectuar la misma, coincidiendo en que estos son :

- a. La clandestinidad es el contexto de realización típica predilecto de la concertación, esta constituye la razón de ser de la dificultad probatoria del acuerdo colusorio y su capacidad de probar en juicio por parte del

representante del Ministerio Público. Esta dificultad en su capacidad para probar en juicio se denomina en Probática como una falta de factibilidad probática del supuesto de hecho normativo.

- b. Se ha expresado también que el representante del Ministerio Público como encargado de la producción de la prueba indiciaria en sus tres fases según lo establece García Caveró y el juez penal a quien le corresponde la valoración y motivación de la misma, ambos deben cumplir con una aplicación muy rigurosa en su labor a fin de establecer verdaderos indicios de concertación como objeto de prueba y no sólo irregularidades administrativas.
- c. Se ha resaltado que uno de los problemas actuales para el persecutor penal al momento de efectuar su requerimiento acusatorio es delimitar la relevancia jurídico penal de las irregularidades administrativas halladas en el proceso de contratación estatal a fin de saber si estos pueden constituir indicios de cargo que acrediten el acuerdo colusorio, esto también se conecta en la construcción de la imputación del acuerdo colusorio. Al respecto, Rojas Vargas señala que existen dos posibilidades para el operador jurídico : 1. El caso de aquellas que trascienden el umbral de simples irregularidades para proyectarse y engazarse con las exigencias de la norma penal y 2. El caso de aquellas irregularidades que se cierran en sí mismas y definen un esquema de carecía desde la exigencia de la norma penal.
- d. En la misma línea, se pone de relieve en que el punto de partida para la aplicación de la prueba indiciaria es que el representante del Ministerio Público tenga prueba plena del hecho indicante para su debida aportación como indicio de cargo porque el mismo constituye un requisito para su existencia como apunta San Martín Castro.
- e. Otro de los problemas que se advierten en la prueba del acuerdo colusorio es que, si comprendemos que el delito de colusión es uno de participación necesaria y se debe probar la intervención penalmente relevante del funcionario público y del tercero interesado, sin embargo, no se ha puesto mucha atención en la acreditación del aporte necesario del tercero

interesado para la realización de la concertación y sólo se acentúa la actividad probatoria en el funcionario y su favorecimiento al privado en la que muchas veces es demostrado, pero ello no sirve para probar el acuerdo colusorio, pues no hay actuación de contribución del privado y sólo hay una recepción de un beneficio indebido (acto unilateral) habiéndose probado un delito de aprovechamiento indebido del cargo distinto al de colusión ilegal en el que existe una actuación bilateral y sinalagmática para lograr un fin : concertarse defraudatoriamente. Entonces es necesario una preocupación por la acreditación de los indicios de cargo en la actuación no sólo del intraneus sino también del extraneus.

- f. Debemos resaltar que, Cáceres Julca realiza un estudio muy importante en el que contribuye con los momentos de aparición de los indicios de concertación y los tipos de indicios que se presentan en el acuerdo colusorio, proponiendo un esquema metodológico que creemos debe ser de observación por el persecutor penal a fin de construir su imputación y realizar su actividad probatoria. En doctrina se ha escrito que la minusvaloración social de la prueba indiciaria se ha convertido en un “caballo de Troya” que bajo su endebele apariencia esconde una carga incriminatoria igual o de mayor intensidad que la prueba directa” (Pastor Alcoy, 2003, pág. 168), esto sucede en los casos de la prueba indiciaria del acuerdo colusorio.

El estado actual de la jurisprudencia nacional nos demuestra que existen algunos supuestos como la negligencia funcional y de incumplimiento contractual que no constituyen un supuesto de concertación indebida, pero a pesar de ello fueron considerados en los hechos materia de acusación. Los primeros en la medida en que suponen una actuación imprudente o culposa en una mala negociación de parte del funcionario público que interviene en razón de su cargo en el contrato estatal, y los segundos en la medida en que puede existir la falta de realización de las obligaciones contractuales del privado que no supone indefectiblemente que la causa sea porque se realizó una concertación sino puede responder a causas

distintas que se dan entre las partes contratantes, y máxime que dicho incumplimiento genere una consecuencia para el Estado de orden económico esta puede ser vista en vía civil si la causa no fue una concertación porque si no hay vinculación esté con el perjuicio patrimonial sólo existirá una infracción contractual. De la misma manera, destacamos tres resoluciones judiciales que nos parecen ser un modelo del razonamiento indiciario judicial en cuanto a la prueba del acuerdo colusorio, en ella se destacan la importancia que tiene la aportación correcta de los indicios de cargo aportados por el Ministerio Público.

DISCUSIÓN N° 3: DETERMINAR LOS FUNDAMENTOS DE LA PROBÁTICA

En nuestro medio no se ha encontrado algún estudio de la Probática, por tanto, al ser una disciplina nueva decidido advertir los principales aspectos de sus fundamentos :

- ✚ La probática es la ciencia aplicada a la prueba de los hechos en el proceso, si bien este encuadre requiere un plus de precisión en el sentido de que el objeto de la prueba no son realmente los hechos, sino las afirmaciones de que los mismos hacen las partes en el proceso penal. Tiene como objeto de estudio son las afirmaciones de los hechos. Al respecto Muñoz Sabaté señala que los sujetos u operadores jurídicos a quienes les puede interesar como destinatarios la probática son los sujetos procesales que tienen que probar en el marco de un proceso judicial, aquí encontramos al abogado defensor y los fiscales y los que tienen que dar por probado son los jueces y Tribunales encargados de fallar. En ella se distingue la factibilidad Probática y heurística de la norma jurídica: La primera es la capacidad de probar el supuesto de hecho en el juicio y la segunda referida a la capacidad de investigar el supuesto de hecho.

- ✚ Destaca en sus fundamentos la existencia de un espectro factual hipotético: Es una técnica que sirve para la investigación de un hecho realizado una descomposición del hecho en hecho molares y moleculares a fin de encontrar con mayor precisión los detalles necesarios para guiar la investigación y también para comprender mejor los hechos objeto de investigación.

- ✚ Los heurigramas constituyen una herramienta de organización probatoria que consiste en una tabla de apuntes en donde consta: i) el supuesto de hecho normativo ii) determinación del objeto de prueba iii) indicios para probar el objeto de prueba iv) medios de prueba que acreditan los indicios vi) máximas de la experiencia y vi) posibles infirmaciones de la defensa respecto a los elementos de convicción que ha recabado el Ministerio Público en la etapa de investigación preparatoria. La misma es útil para el persecutor penal a fin de probar cada uno de los hechos indicantes de cargo que sustenta su tesis acusatoria.

- ✚ La estrategia de los medios probatorios o llamada también estrategia probática es un arte complejo que necesita tiempo para su elaboración, para la obtención de información en bruto, análisis, investigación, proceso de aportación de hechos, elección del modus operandi de que y defensa a medios de prueba, etc.; todas estas, son actividades que necesitan tiempo y reflexión, pero a su vez flexibilidad y rapidez para reaccionar contra las alegaciones inesperadas que nos viene en contra dentro del proceso. Tiene tres estratos : a) Un plan b) Una táctica y c) Una perspectiva.

DISCUSIÓN N° 4: COMENTARIO DEL CASO REPRESENTATIVO

En el caso representativo nos interesará comentar acerca del rol del Ministerio Público en su actividad probatoria para acreditar el acuerdo colusorio en su tesis acusatoria. De modo que, el razonamiento indiciario judicial estará excluido de un

pronunciamiento en este punto. La relevancia para la selección del caso se sustenta en que uno de los fundamentos centrales de la Segunda Sala Penal de Apelaciones fue de que existe una deficiencia en el aporte de los indicios de cargo respecto al acuerdo colusorio, en razón, a que la fiscalía no los habría probado de forma indubitable, siendo así que, estos serían inexistentes, ya que como hemos advertido en este trabajo uno de los requisitos de existencia del mismo es que se encuentra probado de forma indubitable.

La Sentencia de Vista contenida en la Resolución N° 35 emitido por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior Justicia de La Libertad en su considerando 54 lo expresa gráficamente: *“Al revisar la sentencia condenatoria y los argumentos probatorios que recogen **los indicios postulados por la fiscalía, hemos advertido que se ha incurrido en un error al afirmar la existencia de indicios, sin que se haya cumplido con la obligación de probar de forma indubitable los hechos de los indicios utilizados,** no se ha tenido en cuenta los contraindicios, por lo que la inferencia realizada por el a quo adolece de validez conforme a las regla de la sana crítica, lógica, la ciencia y las reglas de la experiencia, puesto que sustenta más en argumentos de sospecha que en hechos probados. Por tanto, no cumplen los indicios con el estándar exigido por el principio de presunción de inocencia previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal”.*

En consecuencia, a continuación efectuaremos un análisis del presente caso demostrando la utilidad que tiene la probática para el representante del Ministerio Público en la actividad probatoria del acuerdo colusorio en el delito de colusión, para ello, realizaremos la aplicación del heurígrama, ya hemos afirmado que esta constituye una herramienta que coadyuva a que exista una estrategia de los medios probatorios los cuales son los que probarán cada uno de los indicios de concertación que aportará el fiscal en su tesis acusatoria.

CASO : DANIEL MARCELO Y OTROS

EXPEDIENTE: 3380-2012

DELITO: COLUSIÓN (PUBLICADO EL 27 DE DICIEMBRE DE 1996 Y MODIFICADO EL 10 DE JUNIO POR EL ARTÍCULO 1 DE LA LEY N° 29703)

ACUSADOS: DANIEL MARCELO JACINTO (INTRANEUS) Y RAÚL URBINA GUTIRREZ (EXTRANEUS)

Genothema Probandi

(Contiene el supuesto de hecho normativo del que se desprende una proposición factual enunciada genéricamente)

El objeto de prueba es el supuesto de hecho normativo : acuerdo colusorio realizado entre el funcionario público con competencia funcional específica y el tercero interesado durante la etapa de: selección, ejecución o liquidación de un proceso de contratación estatal con el objeto de defraudar económicamente a la entidad estatal que representa el Estado.

La concertación es un elemento del tipo objetivo del delito de colusión prescrito en el artículo 384 del Código Penal que debe ser acreditado por el representante del Ministerio Público en el proceso penal en razón a que este tiene la carga de la prueba de los hechos que sustentan su pretensión acusatoria.

Es de tener que una de las exigencias fácticas del acuerdo colusorio como bien apunta (Castillo Alva, 2017) es que la actividad probatoria del fiscal se dirige no a probar la consecuencia del acuerdo colusorio (vg. suscripción del contrato, de una adenda, conformidad del servicio, etc) en el que se plasma la concertación, sino la causa de este: la concertación ilegal.

	<p>No obstante, al tratarse del delito de colusión (publicado el 27 de diciembre de 1996 y modificado el 10 de junio del 2011 por el artículo 1 de la Ley N° 29703) era legislado como un tipo de lesión que exige la probanza de un perjuicio patrimonial efectivo al Estado también como objeto de prueba en este injusto penal, no bastando sólo con acreditar el acuerdo colusorio.</p>
<p>Thema Probandi (<i>Contiene la transformación de la proposición genérica en una proposición específica y concreta que va a convertirse en el objeto de prueba</i>)</p>	<p>La realización de un acuerdo colusorio durante la etapa de la ejecución del contrato público de suministro de leche N° 005-2011.MSE entre Daniel Marcelo Jacinto en su calidad de Alcalde de La Municipalidad Distrital de La Esperanza, y Raúl Urbina Gutierrez en su calidad de representante legal del Consorcio Don Demetrio S.A.C , puesto que, aun cuando las bases de la licitación N° 0001-2011-MDE-LP en su considerando 2.14 estipulaba que : “Durante la vigencia del contrato los precios se mantendrían fijos y no estarán sujetos a reajuste alguno”, esto es, se prohibía una renegociación o reajuste del precio. Sin embargo, la empresa contratista mediante la Carta N° 001-2011 solicitó el reajuste del precio aumentándolo de S/ 1.31 el litro de leche a S/. 1.80 en razón a una alza del precio de la misma justificada por el INEI, sin embargo, el Informe 483-2011 emitido por Logística informaba al Alcalde que según las bases no se podía reajustar los precios, además que esta situación era facultativa y además recomendó que se pasará a la asesoría legal para un informe al respecto, luego la contratista presentó Carta N° 002-2011 ante lo cual el alcalde procedió dar al asesor legal externo quien realizó el Informe Legal N° 001.2011 en el que recomendaba solucionar el problema del reajuste mediante una conciliación, solución que fue aprobada por el Consejo Municipal en sesión ordinaria en donde estuvo presente él y el Alcalde, en esta sesión se aprobó por mayoría la decisión y se autorizó a la Procuradora Municipal Yessenia Karina Condor Novoa para la conciliación del reajuste de precios y llegar a firmar la suscripción de la adenda del contrato N° 005-2011.MSE suscrito por el Alcalde y el Representante Legal del Consorcio Don Demetrio , modificándose el extremo de que el precio de S/.1.31. por litro de leche del contrato original y monto por el que el contratista obtuvo la buena pro sería aumentándolo</p>

	<p>a S/. 1.80 por litro de leche. No obstante que, posteriormente se devolvió a la entidad municipal el dinero cobrado por el contratista en razón a una demanda de nulidad de acto jurídico interpuesta por la Procuradora Municipal quien refiere que al darse cuenta de la prohibición que establecían las bases procedió a rectificar su actuación errada.</p>
<p>Subthema <i>(Se trata de encasillar los indicios que en su caso pueden presentarse para probar un thema probandi)</i></p>	<p>1° Indicio: Presentación de una solicitud de renegociación del contrato estatal a pesar de conocer que el 2.14 de las bases administrativas prohibía la existencia de la misma pues intervino como postor y leyó las mismas-</p> <p>Conocimiento del Alcalde Daniel Marcelo del contenido de la Carta N° 001-2011 en la que el contratista presentaba una solicitud para que se reajustará el precio del litro de leche de S/. 1.31 (precio por el que obtuvo la buena pro y firmo el contrato de suministro con la entidad) aumentandolo en S/. 1.80 en virtud de un alza del precio en marzo del 2011 justificado por el INEI y así también el de su complemento la Carta N° 002-2011.</p> <p>2° Indicio: Conocimiento del Alcalde Daniel Marcelo del Informe N° 483-A-2011-MDE.UL y SG enviado por el área de Logística de la prohibición del ítem 2.14 de las bases administrativas que no establecieron la posibilidad de reajuste del contrato, que no obstante , era facultativo el mismo y recomienda que dicha situación sea evaluada por la asesoría legal externa.</p> <p>3° Indicio: En el acta de conciliación de acuerdo total de las partes se aprecia en su contenido cuando señala que dicha celebración de audiencia se solicitó por el contratista Raúl Urbina Gutierrez con fecha 24 de mayo del 2011 días antes de la celebración de la</p>

	<p>Sesión de Consejo , denotando que este ya sabía de antemano el resultado de la votación de la misma en la cual estuvieron presentes el asesor legal externo que hizo el informe legal que recomendó el área de Logística y el Alcalde Marcelo Jacinto.</p> <p>4° Indicio:</p> <p>El acusado Daniel Marcelo Jacinto suscribió la adenda del contrato 005-2011-MDE como representante legal de la Municipalidad Distrital de la Esperanza , pese a que conocía la prohibición de reajustar los precios según las bases integradas de la licitación pública N° 001-2011-MDE-LP mediante el Informe N° 483-A-2011-MDE.UL y SG enviado por el área de Logística .</p> <p>5° Indicio:</p> <p>Posteriormente de celebrada la adenda del contrato y que el contratista haya cobrado el precio del reajuste del contrato de suministro en la etapa de ejecución contractual la Procuradora Novoa -quien participó representando a la Municipalidad Distrital de la Esperanza en la conciliación del reajuste del contrato junto a Raúl Urbina (el contratista)- se dio cuenta de que las bases integradas de la licitación prohían un reajuste ante lo cual demandó la nulidad del acto jurídico y en razón a ello el contratista devolvió lo cobrado ascendente al monto de S/. 75. 174.11 soles del reajuste del contrato conforme el Acta de Devolución de dinero – Programa Vaso de Leche.</p>
	<p>Prueba del Indicio 1:</p> <p>La <u>carta N° 01-2011 (medio de prueba documental)</u> presentada el 24 de marzo por el contratista y dirigida al burgomaestre Daniel Marcelo Jacinto requiriéndole la renegociación del precio del Contrato N° 005-2011- MDE justificado en que para el</p>

<p>Fijación (<i>Contiene los medios de prueba del operador del heurigrama</i>)</p>	<p>mes de marzo se produjo un alza en el precio de la leche según la IIPC del INEI y su complemento con el se reitera el pedido <u>la Carta N° 02.2011 (medio de prueba documental)</u></p> <p>Prueba del Indicio 2:</p> <p>La Carta N° 001-2011 fue derivada por el Alcalde a la Unidad de Logística y Servicios Generales a cargo de la abogada Flor Sánchez Castro , quien emitió el <u>Informe N° 483-A-2011-MDE-ULySG (medio de prueba documental)</u> de fecha 03 de mayo del 2011 poniendo de conocimiento al Alcalde Marcelo Jacinto :</p> <p>i) En las bases integradas de <u>la licitación pública N° 001-2011- MDE-LP “Suministro de productos alimenticios para los beneficiarios del vaso de leche de la Esperanza” (medio de prueba documental) en el punto 2.14</u> no se ha consignado el otorgar el reajuste de precios.</p> <p>ii) La previsión de los reajustes es facultativa.</p> <p>iii) Recomienda que el expediente sea remitido a la Asesoría Legal para que emita su informe correspondiente.</p> <p>Prueba del Indicio 3:</p> <p>Según <u>el acta de conciliación de acuerdo total de las partes N° 258-2011 (medio de prueba documental)</u> el contratista Urbina Gutierrez presentó la solicitud de conciliación días antes de que se realice la sesión del Consejo , por lo que se puede inferir que algún funcionario público le informó sobre que se aprobaría la conciliación como medio de solución del conflicto de renegociación del contrato a solicitud del contratista en la Sesión ordinaria del Consejo Municipal como consta en el <u>Acta de Consejo N° 043-2011-MDE de fecha 27 de mayo del 2011 (medio de prueba documental)</u> . Esto implica que, se solicitó la audiencia tres días antes de que los consejeros aprobaron la conciliación , por lo que no daba lugar la solicitud previa del presunto tercero interesado Urbina Gutierrez al aún no haber tenido una respuesta frente a su pedido.</p>
---	---

	<p>Prueba del Indicio 4:</p> <p>Mediante <u>la adenda del contrato N° 005-2011-MDE de fecha 14 de junio del 2011 (medio de prueba documental)</u> -la cual fue suscrita por el Alcalde y el contratista- se efectuó la modificación del extremo de que el precio de S/.1.31. por litro de leche del contrato original y monto por el que el contratista obtuvo la buena pro sería aumentandolo a S/. 1.80 por litro de leche.</p> <p>Prueba del Indicio 5:</p> <p>Se acredita con <u>el Acta de Devolución de Dinero. Programa de Vaso de Leche (medio de prueba documental)</u> permite entender con este indicio que la solución dada en el Informe N° 001-2011 dada por el asesor legal externo de la Municipalidad fue incorrecta, ya que nunca debió darse una conciliación para la renegociación del precio del contrato de suministro porque esta era improcedente de plano ,ya que las bases de la licitación lo prohibían de modo expreso, pero a pesar de ello, el mismo posibilito a que se lleve a cabo, asimismo, advierte que la Procuradora Municipal al desconocer de dicha prohibición en la bases tampoco hubiera intervenido en la conciliación y ello lo podemos afirmar porque luego de haber realizado la conciliación se dio cuenta de la misma y procedió a demandar la nulidad de la adenda contractual a fin de que se devuelva el monto que indebidamente fue pagado.</p>
<p>Contraindicios e Infirmación (El operador anota aquellos contraindicios e infirmaciones que le</p>	<p>La defensa presenta los siguientes contraindicios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El Consorcio Don Demetrio S.A.C , luego de adjudicarse la buena pro , se desintegro por desavenencias económico-comerciales entre las empresas consorciadas, en particular la empresa de Jorge Contreras Mediana propietario de “El Rancho” conforme ha quedado probado con la Carta que remite a la Municipalidad informando que no está proveyendo leche.

<p><i>planteando o imagina podrá replicarle el adversario frente a una exposición presuncional)</i></p>	<ol style="list-style-type: none"> 2. Que la decisión sobre el reajuste del precio no fue una decisión unilateral el Alcalde , sino proveniente de 07 votos a favor de los regidores correspondiente, 04 abstenciones y ninguna en contra. El Alcalde no efectuó ningún voto. 3. La decisión de que Yessenia Condor Novoa intervenga en la renegociación del contrato N° 005-2011 -MDE de suministro de leche para el Programa de Vaso de Leche no fue una decisión unilateral del Alcalde. 4. La decisión de que se a un asesor legal externo no fue una decisión unilateral del Alcalde fue realizada por la abogada Flor de María Sánchez Castro responsable del Área de Logística a través de su Informe N° 483 A-2011-MDE-ULLy SG 5. El Alcalde no era el encargado de supervisar directamente el suministro de leche pues para ello existía un supervisor encargado. 6. El Alcalde suscribe la adenda del Contrato N° 005-2011-MDE porque además de ser una atribución que compete a su cargo de alcalde, se emitió frente a una conciliación previa entre la Procuradora Pública y Raúl Urbina sobre la renegociación del contrato, que a su vez fue aprobada por mayoría por el consejo Municipal con fecha 27 de mayo del 2011. 7. La renegociación del contrato no fue un acto unilateral u oculto de Daniel Marcelo en su condición de Alcalde, sino un acto de acuerdo de Consejo que siguió un procedimiento administrativo regular, por ello, los regidores que aprobaron dicha renegociación no han sido investigados por Fiscalía.
	<ul style="list-style-type: none"> - Estamos frente a un acuerdo colusorio producido a través de un conjunto de acto y con la intervención de una pluralidad de sujetos (Alcalde, Jefe de Logística, Asesor Legal Externo, Consejo Municipal, Procuradora Municipal y Contratista) - El aporte de participación necesaria del cómplice Raúl Urbina Gutierrez consta en la presentación deliberada de una propuesta de renegociación del precio del contrato que estaba prohibida por las bases integradas del proceso de licitación del proceso de

<p>Argumento Probatorio</p>	<p>contratación de suministro de leche, este dato indiciario queda probado plenamente con los medios de prueba documentales Cartas N° 001-2001 y Carta N° 002-2011.</p> <p>-Que, la acción de presentar una solicitud de renegociación del precio del contrato de suministro N° 005-2011 celebrado con la Municipalidad Distrital de La Esperanza a través de la Carta N° 001-2011 y complementariamente en la Carta N° 002-2011 en razón al aumento del precio de la leche de S/. 1.31 por litro (monto por el que la empresa contratista obtuvo la buena pro y firmo el contrato) a S/. 1.80 por litro justificada en el aumento del precio en el mes de marzo, pero en la que el particular conocía claramente que una vez firmado el contrato ya no se podía renegociar en base al 2.14 de las bases integradas del proceso de licitación , cabe precisar que, dicho conocimiento lo tuvo desde su intervención en su rol de postor hasta obtener la buena pro y asumir su rol de contratista. Por tanto, la presentación de ambas cartas con una solicitud de renegociación del contrato a sabiendas por su intervención en la etapa de selección y de celebración de contrato estatal de que el ítem 2.14 de las bases administrativas lo prohibían verifican un quebrantamiento del rol de contratista durante la etapa de ejecución del contrato de suministro de leche.</p> <p>-Lo central de entender es que resultaba ilegal la realización de un pedido de reajuste de precios, debemos recordar que las contrataciones públicas el principio de legalidad entiende : <i>“todo lo que no está expresamente permitido, está prohibido”</i>, siendo así que, no estaba permitido expresamente un reajuste y por el contrario había una norma prohibitiva en el ítem 2.14 de las bases administrativas de la licitación, aquí encontramos que se cumple con la ilegalidad que exige la concertación.</p> <p>- Respecto a la responsabilidad penal a título de autor del Alcalde Daniel Marcelo se justifica en que si bien es cierto no intervino en la etapa de selección en la que pudo haber leído las bases administrativas y conocido la prohibición del ítem 2.14, sin embargo, si lo pudo conocer en la etapa de ejecución del contrato de suministro que es la cuestionada y exactamente cuándo recepciono la Carta N° 001-2011 que tuvo necesariamente que leer para derivarla al área de Logística y aún más cuando la propia responsable</p>
------------------------------------	---

de esta área mediante el Informe 483-2011 le comunicó justamente que frente a la solicitud del contratista debía tenerse en cuenta la prohibición del ítem 2.14 de las bases integradas que prohibían la renegociación. Asimismo, le dijo que la misma era facultativa y recomendó que exista un Informe de la Asesoría Legal Externa.

- Que , el Alcalde decidió aceptar la recomendación de Logística y ordenó que asesoría legal externa emitida un Informe Legal sobre el mismo, es así que, se emitió el Informe Legal N° 001-2011 en el que se recomendó deliberadamente que para solucionar este tema de la posibilidad de renegociación del contrato debería realizarse un acuerdo conciliatorio entre la Municipalidad y el contratista inobservando el abogado el ítem 2.14 de las bases administrativas que prohibía expresamente una renegociación del contrato de suministro de leche.

-Con la opinión de este Informe Legal se posibilitó de que exista un debate en la Sesión Ordinaria del Consejo Municipal de La Esperanza para determinar si se aprobaba o no la renegociación del contrato de suministro , cuestión que jamás debió haber sido debatida, pretendiendo a través de dicho informe dar una apariencia de legalidad para aceptar la posibilidad de debate de la solicitud de renegociación presentada por el privado por el Consejo Municipal

- Es así que, se llevó a cabo la sesión de consejo en la que el Alcalde y el asesor externo del Informe Legal N° 001-2011 asistieron y en la que este último expuso su recomendación y se debatió las opciones a favor y en contra de la renegociación, teniendo como resultado final la votación del Consejo que por mayoría se aceptará la renegociación del contrato a través de una conciliación para la cual sería la encargada la Procuradora Municipal Novoa Condor, quien realizó la misma con Raúl Urbina representante de la contratista.

- Una vez firmada el acta de conciliación de acuerdo total de las partes, se aprecia en su contenido cuando señala que dicha celebración de audiencia se solicitó por el contratista Raúl Urbina Gutierrez con fecha 24 de mayo del 2011, esto es días antes de la celebración de la Sesión de Consejo, denotando que el contratista ya sabía de antemano el resultado sería a favor de la renegociación del contrato, cabe señalar que, en la misma estuvieron presentes el asesor legal externo que hizo el informe legal que recomendó el área de Logística y el Alcalde Marcelo Jacinto.

- Después de realizada la conciliación entre la Procuradora y el Contratista se dio la suscripción de la adenda del contrato 005-2011 por parte de Daniel Marcelo en su calidad de Alcalde y con Raúl Urbina en su calidad de representante legal de la persona jurídica contratista, identificamos aquí el objeto del acuerdo colusorio que era lograr una adenda contractual a través de un conjunto de actos que anteriormente hemos descrito. Luego, de celebrada la adenda se le pago a la contratista el monto de lo renegociado.

- La procuradora Yessenia Condor Novoa al darse cuenta del ítem 2.14 de las bases administrativas y entender que no debió realizar ningún acuerdo conciliatorio con el contratista para la celebración de una adenda contractual procedió a demandar la nulidad del acto jurídico y en razón de ello el privado realizó la devolución a la entidad Municipal del monto que había cobrado, entonces, de ello podemos colegir la existencia de que hubo un concierto en un conjunto de actos llevado a cabo entre el particular Raúl Urbina y el Alcalde Daniel Jacinto, cuyo contenido era de que mediante el Informe Legal N° 001-2011 dispuesto por el funcionario público en mérito a la recomendación de Logística se dé una opinión legal favorable para una plausibilidad de debatir una renegociación del contrato de suministro de leche en una conciliación, siendo así que, esta fue discutida en Sesión de Consejo en la que tanto el Alcalde y el asesor legal externo autor del Informe intervendría durante el debate para convencer de que se vote a favor de la misma y obtener su aprobación, y siendo esto así disponer que la Procuradora de la entidad intervenga en el acuerdo conciliatorio y se apruebe la solicitud de renegociación en los términos de la solicitud del particular todo esto con la finalidad de celebrar una adenda del contrato de suministro de leche variando el precio de S/.1.31 soles el litro (monto por el que el privado

	<p>obtuvo la buena pro y firmó el contrato) a S/.1.81 soles el litro, cabe afirmar que, tanto el Alcalde Daniel Marcelo y Raúl Urbina tenían conocimiento de la prohibición del ítem 2.14 de las bases administrativas, el primero a través del Informe N° 483-2011 y el segundo desde que intervino como postor en el proceso de licitación.</p>
--	---

V. CONCLUSIONES

- Se determinó que es importante que el representante del Ministerio Público tenga en consideración un conjunto de exigencias fácticas mínimas del acuerdo colusorio al realizar su imputación de cargos por el delito de colusión :
 - a) El acuerdo colusorio debe darse sobre un aspecto especial del contrato estatal respecto a la etapa de contratación en que se produzca, siendo así que, se requiere una precisión de que tipo de contrato (por ejemplo, si es un contrato de obra, de bienes, de servicio)
 - b) La sola propuesta, la simple solicitud o el ofrecimiento que realiza el particular o el funcionario no constituye una acción de concertar, incluso, la sola aceptación de la propuesta tampoco significa un acuerdo colusorio, sino que, este existiría siempre y cuando esta sea concluyente.
 - c) El acuerdo colusorio puede ser en un solo acto como también en un conjunto de actos.
 - d) El acuerdo colusorio debe ser real, se exige que el mismo realmente ocurrido y se encuentre referenciado en sus circunstancias en la medida de lo posible -de modo, tiempo y lugar.
 - e) El acuerdo colusorio puede ejecutarse ya sea a título oneroso o a título gratuito. Si es oneroso no será necesario la probanza del monto dinerario.
 - f) El acuerdo colusorio debe ser serio, verosímil y de plausibilidad racional.
 - g) La concertación al ser un delito de participación necesaria y de encuentro exige como intervinientes a un funcionario público y un privado. Por ello, esta no se dará cuando solo hay concertación, entre los funcionarios, pero en ella no participan los privados o a la inversa: los diversos interesados concertan, pero no con los funcionarios.
 - h) La clandestinidad es un contexto de realización típica, por tanto, puede haber dos formas de comisión del acuerdo colusorio: i) en contextos de clandestinidad y ii) en contextos no clandestinos, siendo el más frecuente el primero.
 - i) La identificación de un acuerdo colusorio no siempre exigirá una infracción de una norma administrativa-y en caso de haberla serviría como un indicativo

de un presunta concertación- pues lo que resulta reprochable en el accionar de concertar será que el funcionario público haga un mal uso del poder público adoptando u decisiones de forma autónoma y racional ocasionado por influencias externas para adoptar un comportamiento distinto del que hubiera seguido en cualquier circunstancia similar.

- j) El acuerdo colusorio puede darse con o sin la utilización de maniobra engañosa o dar apariencia de legitimidad actuaciones administrativas, lo que se debe negar que siempre la concertación exiga un engaño.
- k) El acuerdo colusorio puede tener lugar por actos concluyentes, que son actos posteriores en los que sin haber existido realmente un acuerdo, se ejecutan tal como si fueran consecuencia de una acción de concertar , es decir, en reciprocidad.

- Se determinó que el estado actual de la doctrina sobre la prueba indiciaria de la concertación destaca que la dificultad probatoria en la aplicación de la prueba indiciaria reside en : i) *La clandestinidad en la que se produce el acuerdo ilegal* ii) *La falta de preocupación en la identificación de los indicios del tercero interesado y sólo preocupación en los indicios del funcionario público olvidando que la colusión es un delito de participación necesaria* iii) *La ausencia de una correcta valoración entre las irregularidades administrativas con relevancia para constituirse o no como indicios de concertación* y a nivel del tratamiento jurisprudencial se destaca que : i) *Existen dos supuesto negativos de indicios de concertación : el caso de incumplimiento contractual conforme lo recoge Recurso de Nulidad N° 2949 -2011 y el caso de la negligencia funcional conforme lo recoge el R. N N° 707-2011-Lima* y ii) *Se ha identificado tres modelos de un correcto razonamiento indiciario el Caso del Excongresista Benicio Ríos. Expediente N° 03964-2016-44- emitido por la Segunda Penal de Apelaciones de Cusco, el Caso Ex Presidente Regional de Tumbes Viañas y otros , Expediente N° 89-2014-30 de fecha veintiuno de agosto del 2017 emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, el R. N N° 1722-2016- El Santa de fecha 23 de enero del 2017 emitido por la Primera Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro).*

- Se determinó que la Probática en el proceso penal es una disciplina que sirve al persecutor penal para probar el supuesto de hecho del tipo penal objeto del requerimiento acusatorio, resaltando como característica que ese descriptor fáctico tenga una especial dificultad probatoria por su carácter clandestino, asimismo la probática tiene como destinatario final al juez penal. La probática se fundamenta en: i) factibilidad heurística (capacidad de investigación del hecho) y probática (capacidad de probar el hecho en el juicio) ii) espectro factual hipotético (es una técnica que sirve para desatomizar el hecho delictivo en moleculares y molares a fin de perseguir los detalles para construir la imputación) iii) estrategia de los medios probatorios (implica la planificación probatoria que debe realizar el fiscal para determinar los requisitos de existencia y de eficacia de los indicios de cargo que debe aportar la acusación) y iv) heurigramas (es un instrumento de organización del material probatorio recabado en la investigación y que sirve para la determinación de los indicios de cargo presentado en la acusación fiscal).

- Se determinó que la Probática es una disciplina que es útil al representante del Ministerio Público porque le proporciona una organización de sus medios probatorios por medio del uso del heurigrama el cual permite que la parte acusadora goce de una estrategia de sus medios probatorios con los cuales acredita cada uno de los hechos indicantes de concertación debiendo para ello haber construido su imputación según el análisis fáctico del acuerdo colusorio. La concertación es el descriptor fáctico y *thema probandum* común en el delito de colusión simple y agravada que goza de una dificultad heurística y probática. Se concluyó que la aplicación de la probática también sirve al juez penal como destinatario final en su deber de dar por probado el enunciado fáctico acuerdo colusorio.

VI) REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Andrés Ibañez, P. (2005). *Los hechos en la sentencia penal*. México: Fontamara.
- Arismendiz Amaya, E. (2018). *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico.
- Asmat Rubio, M. H. (2015). *La aplicación de la prueba indiciaria en los delitos contra la administración pública en el distrito judicial de La Libertad*. Trujillo, Perú: Tesis para optar el título de abogado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo.
- Azabache Caraciollo, C. (2003). *Introducción al procedimiento penal*. Lima : Palestra.
- Bentham, J. (1971). *Tratado de las pruebas judiciales. Trad. de Manuel Ossorio Florit*. Buenos Aires: Ejea.
- Bobadilla Bocanegra, R. (2018). La necesidad de una estrategia probática en el delito de colusión: a propósito de la investigación en los casos relacionados a Odebrecht. *Gaceta Penal & Procesal Penal N° 105*.
- Cáceres Julca, R. (2016). *Aspectos sustantivos y procesales del delito de colusión*. En G. Jurídica, *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima : Gaceta Jurídica.
- Cafferata Nores, J. (1998). *La prueba en el proceso penal*. Argentina: Depalma.
- Caro Jhon, J. (2018). *La participación del extraneus en los delitos funcionariales. Comentarios a la Casación 782-2015-El Santa*. En H. C. (Cord), *Jurisprudencial Penal Comentada*. Lima: Ediciones del Centro .
- Carrión Díaz, J. (2018). *La vinculación funcional específica como criterio orientador para una imputación del delito de peculado en grado de autoría*. En D. (. Huamán Castellares, *Jurisprudencia Penal Comentada* (págs. 1085 -1093). Lima: Editores del Centro.
- Castillo Alva, J. L. (2008). *El delito de colusión*. Lima: Grijley .
- Castillo Alva, J. L. (2017). *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico.

- Castillo Díaz, I. (2016). *El tipo de injusto del delito de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico penal peruano*. Salamanca: Tesis de Doctorado en Derecho Penal. Universidad de Salamanca.
- Cordón Aguilar, J. C. (2012). *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*. País Vasco: Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Cusi Rimache, J. E. (2016). *La motivación de la prueba indiciaria en materia criminal*. Lima: Idemsa.
- De Madrid Dávila, E. (2012). Estrategia probatica en el proceso e investigación privada. *Revista Iuris. Actualidad y práctica del derecho*.
- De Miranda Vásquez, C. (2012). *Probática Penal en los Delitos contra la Administración de Justicia*. Madrid: LA LEY.
- De Miranda Vásquez, C. (2015). Prueba directa vs. prueba indirecta (un conflicto inexistente). *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°38 , 74-96.
- Del Río Labarthe, G. (2017). *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio. 1era edición , 1era reimpresión*. Lima: Ara Editores.
- Dellepiane, A. (1994). *La prueba civil* . Buenos Aires: Depalma.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *Valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons. Colección de Filosofía y Derecho.
- Ferrer Beltrán, J. (2016). La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthaniana. En J. Ferrer Beltrán, *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grijley.
- García Cavero, P. R. (2010). *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima: Editorial Reforma.
- Gomez Pabon, G. (03 de agosto de 2018). *La imputación de cargos- No es un acto de mera comunicación*. Obtenido de Kmino a Shambhala: <https://kaminoashambhala.blogspot.com/2018/11/la-imputacion-de-cargos-no-es-acto-de.html>

- Guimaray Mori, E. y. (2015). *Colusión por Comisión por Omisión : El caso de los Alcaldes y Presidentes Regionales. Revista Iut Veritatis N° 51. Diciembre, 286-297.*
- Higa Silva, C. (2017). *El razonamiento indiciario en el proceso penal. En F. (. Heydegeer, Comentarios de los Acuerdos Plenarios II. Derecho Procesal Penal (págs. 141-152). Lima: Instituto Pacífico.*
- Igartua Salaverria, J. (2016). *Verosimilitud vs Prueba (Lecciones de una historia judicial italiana). Revista Iberoamericana de Argumentación, 1-36.*
- Jauchen, E. (2017). *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.*
- Luján Tupez, M. E. (2018). La teoría del caso. En D. J. Cord.), *Técnicas de Litigación Oral y Teoría del Caso* (págs. 9-51). Lima: Gaceta Jurídica.
- Mandujano Rubín, J. L. (2017). *Problemas de imputación y prueba en el delito de colusión . Huánuco : Escuela de Post Grado de la Universidad de Huánuco.*
- Martínez Huamán, R. (2016). El bien jurídico protegido penalmente en el delito de colusión: breves reflexiones. *Gaceta Penal, 1-26.*
- Martínez Huamán, R. (2017). El estado actual del delito de colusión. A propósito de la Casación 660-2016-Piura. En M. d. Humanos, *Análisis y comentarios de las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal* (pág. 449-460). Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos .
- Meini Mendez, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General . Teoría Jurídica del Delito. Lima: Fondo Editorial de la Pontificie Universidad Católica del Perú.*
- Miranda Estrampes, M. (2012). Prueba indiciaria y estandar de prueba en el proceso penal. *Revista Aequitas del Poder Judicial del Estado de Sinaloa , 1-29.*
- Mixan Mass, F. (1990). *La prueba en el procedimient penal . Derecho Procesal Penal. Tomo IV-A. Lima: Ediciones Jurídicas.*
- Mixan Mass, F. (2018). *Teoría y Técnica Procesales. La prueba indiciaria. 2da edición. Trujillo: Editorial BLG.*

- Montoya Vivanco, Y. (2015). *Manual sobre los delitos contra la administración pública*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificie Universidad Católica del Perú. IDEHPUCP.
- Muñoz Sabate, L. (2007). *Introducción a la probática*. Barcelona : Bosch.
- Muñoz Sabate, L. (2009). *Curso de Probática Judicial*. Barcelona: La Ley .
- Muñoz Sabate, L. (2009). Reflexiones sobre la probática o ciencia de la prueba judicial . *Diario La Ley N° 172 / Sección Tribuna /*, 1-6.
- Muñoz Sabate, L. (2012). Probática. ¿Por qué no Sherlock Holmes? *Diario La Ley. Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probaoro. N°09*, 1-6.
- Muñoz Sabaté, L. (2014). *Summa de Probática Civil. Como probar los hechos en el proceso civil*. Barcelona: La Ley.
- Nieva Fenoll, J. (2012). *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: BdF.
- Nieva Fenoll, J. (2013). *La duda en el proceso penal* . Buenos Aires : Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2013). *Proceso Penal y Delitos de Corrupción (algunas bases para la reforma estructural del proceso penal)*. *Indret Penal*, 1-21.
- Pariona Arana, R. (2017). *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico.
- Pastor Alcoy, F. (2003). *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia* . Valencia : Tirant Lo Blanch.
- Prado Saldarriaga, V. (2017). *Delitos y Penas*. Lima: Ideas Solución.
- Revilla Llaza, P. (2016). El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento. *Gaceta Penal & Procesal Pena*.
- Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Cuarta Edición.
- Rojas Vargas, F. (2013). *Estudios fundamentales de la Parte General y Parte Especial*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Rojas Vargas, F. (2016). *Aspectos problemáticos en los delitos contra la administración pública. Estudios críticos, informes y comentario jurisprudencial*. Lima: Instituto Pacífico.
- Salazar Sánchez, N. (2016). La intervención delictiva en el delito de colusión ilegal. A propósito de una sentencia judicial. Un análisis crítico. *Actualidad Penal*, 123-154.
- San Martín Castro, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: Fondo Editorial INPECCP.
- San Martín Castro, C. (2017). *La prueba indiciaria. VII Conferencia Anticorrupción*. Lima: Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios - Poder Judicial.
- Sanchez Vera Gomez Trelles, J. (2011). *Delitos de infracción del deber*. En M. L. (Cord.), *Libro Homenaje a Gunther Jakobs* (págs. 273-288). Bogotá : Universidad de Externado Colombia.
- Sanchez Vera Gomez Trelles, J. (2012). *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Schnettini, P. y. (2015). *Análisis de los datos cualitativos de la investigación social: procedimientos y herramientas para la interpretación de información cualitativa*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de La Plata.
- Silva Sanchez, J. (2013). *Instituciones y Derecho. Indret Penal*, 3.
- Talavera Elguer, P. (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal: Manual de Derecho Probatorio y de la valorización de las pruebas en el Proceso Penal Común*. Lima: AMAG y Cooperación Alemana de Desarrollo GTZ.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons. Colección Filosofía y Derecho.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons.
- Vidal Cordova, E. S. (2018). *La ilegitimidad de la colusión*. Lima: Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho Penal.

Wroblewki, J. (2013). *Sentido y hecho en el derecho* (Traducido por Iguartua Salaverria y Eszquiafa Ganuza). Lima: Grijley.