

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho Penal



**VALORACIÓN DE LA PRUEBA DIRECTA E INDICIARIA PARA LA
ACREDITACIÓN DEL CONCIERTO COMO ELEMENTO DEL DELITO DE
COLUSIÓN, CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, 01 DE ENERO DEL
2017 AL 31 DE DICIEMBRE DEL 2018**

Tesis presentada por el Bachiller:

Díaz Lazo, David César

para optar el Grado Académico de:

Maestro en Derecho Penal

Asesor:

Dr. Obed Vargas Salas

Arequipa – Perú

2020

DICTAMEN BORRADOR DE TESIS

Arequipa, 16 de octubre del 2019

Sr. Doctor

José A. Villanueva Salas

Director de la Escuela de Postgrado de la UCSM

Presente. -

Por medio de la presente lo saludo cordialmente y a la vez hago de su conocimiento que la bachiller DÍAZ LAZO, David Cesar ha presentado su proyecto de tesis, denominado: "VALORACIÓN D E LA PRUEBA DIRECTA E INDICATORIA PARA LA ACREDITACIÓN DEL CNCIERTO COMO ELEMENTO DEL DELITO DE COLUSIÓN, CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, 01 DE ENERO DEL 2017 AL 31 DE DICIEMBRE DEL 2018", (Expediente Nº 20190000036549), el cual cumple con las exigencias establecidas por la escuela de Pos Grado, motivo por el cual, doy por Aprobado el mismo y considero podría pasar desarrollar su borrador de teís, salvo mejor opinión.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para reiterar los sentimientos de mi estima personal.

Atentamente,



Dr. Miguel Angel Zúñiga Marino
Docente Dictaminador UCSM



Arequipa, 2019 noviembre 08.

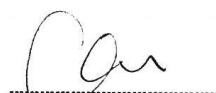
Sr. Dr.
José Villanueva Salas
Director de la Escuela de Postgrado
Presente.-

De mi mayor consideración:

En relación al Proyecto de Tesis *“Valoración de la prueba directa e indiciaria para la acreditación del concierto como elemento del delito de colusión, Corte Superior de Justicia de Lima, 01 de enero del 2017 al 31 de diciembre del 2018”* del Sr. **David Díaz Lazo**, cumplo con informar que es **APTO** para la su ejecución respectiva.

Es todo cuanto tengo que informar, salvo mejor parecer.

Atentamente,


.....
Obed Vargas Salas
Docente EPG

Arequipa, 10 de diciembre de 2019

SEÑOR DOCTOR

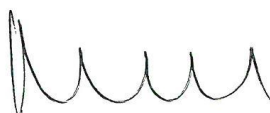
JOSE A. VILLANUEVA SALAS
Director de la Escuela de Postgrado
Universidad Católica Santa María

De mi consideración:

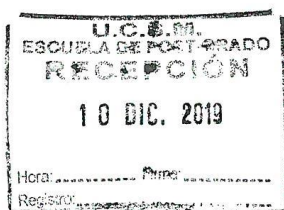
Mediante el presente, cumpla con emitir dictamen correspondiente del borrador de Tesis titulado "VALORACIÓN DE LA PRUEBA DIRECTA E INDICIARIA PARA LA ACREDITACIÓN DEL CONCIERTO COMO ELEMENTO DEL DELITO DE COLUSIÓN, CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, 01 DE ENERO DEL 2017 AL 31 DE DICIEMBRE DEL 2018", presentado por el bachiller Sr. DÍAZ LAZO, David Cesar, para optar por el grado de Magíster en Derecho Procesal y Administración de Justicia, en el sentido que la tesis en mención cumple con la estructura anexa al Reglamento para la Graduación de Magister, guarda coherencia con el proyecto de investigación y tiene la profundidad académica y aporte científico que se exige para optar el grado académico de Magister, por lo que tiene mérito suficiente para ser sustentado oralmente.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi consideración.

Atentamente,

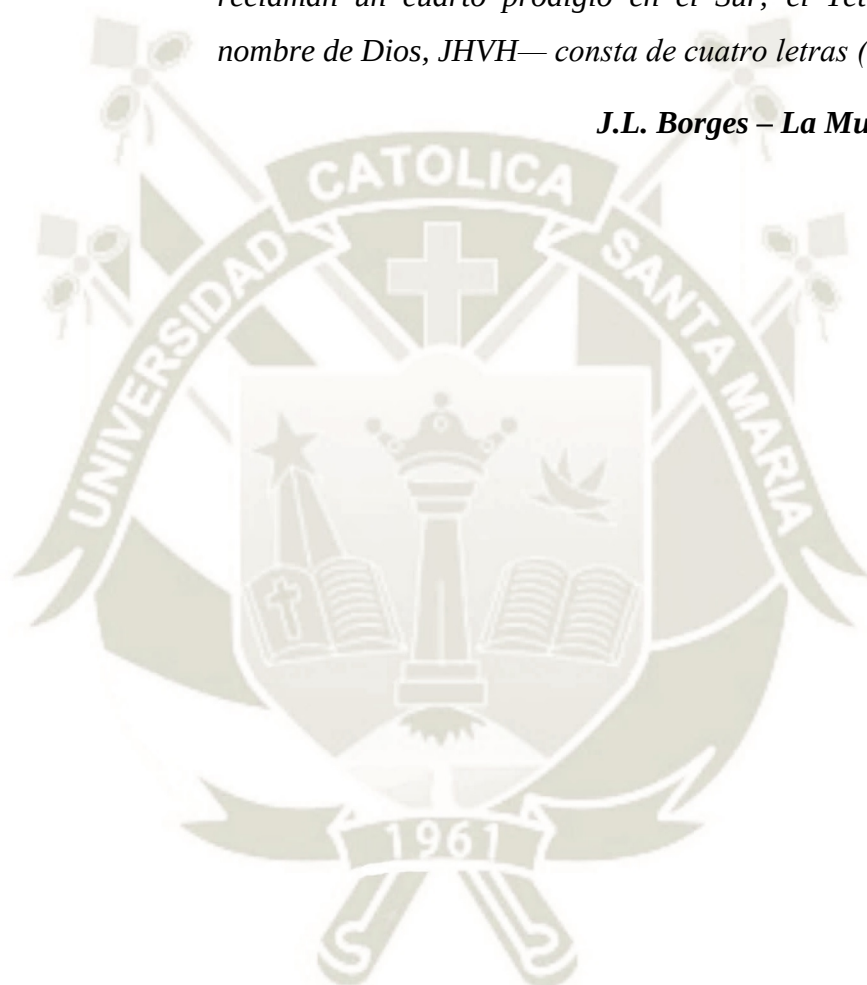


MAURO PARI TABOADA
DOCENTE DICTAMINADOR
COD. 1378



“(…) Esa escritura divulgó que la serie de crímenes era triple. Así lo entendió el público; yo, sin embargo, intercalé repetidos indicios para que usted, el razonador Erik Lönnrot, comprendiera que es cuádruple. Un prodigio en el Norte, otros en el Este y en el Oeste, reclaman un cuarto prodigio en el Sur; el Tetragrámaton —el nombre de Dios, JHVH— consta de cuatro letras (...)”.

J.L. Borges – La Muerte y la Brújula



ÍNDICE

RESUMEN ABSTRACT

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	3
EL DELITO DE COLUSIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN	3
1. Antecedentes y Evolución Histórica	4
Tabla N° 1 - Modificatorias Realizadas al Texto del Artículo 384°	5
2. La Figura Penal y el Derecho Comparado:	7
3. Bien Jurídico Objeto de Tutela	8
4. Sujeto Activo	9
5. Consideraciones sobre la Autoría en el delito de Colusión	10
6. El Problema del Interesado	13
7. Conducta Típica y Modalidades Comisivas	15
7.1. Respecto a la Denominada Colusión Simple o Tipo Preparatorio	16
7.2. Respecto a la Colusión Defraudatoria, Consumada o Agravada	18
8. Comisión por Omisión en el Delito de Colusión Desleal	18
8.1. Consideraciones Dogmáticas sobre la Omisión	19
8.1. Interpretación del Artículo 13 del Código Penal	21
8.2. Realización por Omisión del Acto Colusorio	24
9. Consumación y Tentativa	27
CAPÍTULO II	30
VALORACIÓN DE LA PRUEBA	30
1. Generalidades	31
2. Sistemas de Valoración Probatoria	31
2.1. Tarifa Legal o Prueba Tasada	32
2.2. Sistema de Libre Convicción	32
2.3. Excepciones o Límites Legales a la Libre Convicción	34
3. Reglas para la Valoración de la Prueba por Indicios	35
3.1. Aproximación	35
3.2. Respecto los Conceptos de Prueba Directa e Indiciaria	36
3.3. Elementos de la Prueba Indiciaria	38
3.4. El Indicio o Hecho Base	39
3.5. La inferencia	42
3.6. El hecho indiciado	43

3.7. Contenido Vinculante del Recurso de Nulidad N° 1912-2005	44
CAPÍTULO III	52
VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE COLUSIÓN	52
1. La Probanza del Concierto en la Praxis Judicial	53
Tabla N° 2 – Expedientes en que la Condena Importó el Mérito de Prueba Directa	54
Tabla N° 3 – Número de Indicios Probados que han fundamentado una Condena	56
2. Datos insuficientes a efectos de acreditar el elemento concierto	58
Tabla N° 4 – Cantidad de Indicios Probados que no han permitido acreditar Concertación	59
3. Individualización de los Indicios propuestos para estimar la existencia de un concierto para defraudar al Estado o por medio del cual se haya defraudado al Estado	63
Tabla N° 5 – Indicadores del Contubernio y Momento de su Manifestación	63
4. Desarrollo y Análisis de los Indicios detectados dentro de la muestra	64
4.1. Indebida Alegación de una Situación de Emergencia	65
4.2. Fraccionamiento en los Requerimientos de Bienes y Servicios	67
4.3. Requerimientos Irreales o Vagos	69
4.4. Deficiencias en el Procedimiento de Cotización	72
Tabla N° 6 – Procesos de Selección por Cuantía	72
4.5. Otorgamiento de la buena pro a un postor manifiestamente inidóneo o incurso en causal de impedimento	74
4.6. Asignación indebida de puntajes	75
Tabla N° 07 – Calificación de Propuestas en el Exp. N° 146-2013	76
4.7. Selección Frecuente de un mismo postor	77
4.8. No presentación de la documentación exigida para la firma del contrato	78
4.9 Ejecución y Pagos Antelados	79
4.10. Otorgamiento de conformidad sin el cumplimiento del objeto contractual	80
4.11. Omisiones en el Cobro de Penalidades y Moras	82
4.12. Concentración de facultades decisorias en el agente público que interviene del concierto	82
4.13. Comprobación de comunicaciones entre presuntos concertantes o demostración de que se frecuentaron	83
4.14. Inconsistencias en la data de expedición de documentación	84
4.15. La Probanza de otros Actos Delictivos	85
5. Discriminación de los Hechos Indicadores Constatados con Mayor Frecuencia	86
Cuadro N° 8 – Incidencia en el empleo de Hechos Indicadores	86
6. Consolidado de Hallazgos	87
6.1. Verificación de la Hipótesis de Trabajo	87
CONCLUSIONES	89
SUGERENCIAS	91

PROPUESTA DE LEY	92
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100
ANEXOS	109



RESUMEN

El presente trabajo analiza pronunciamientos emitidos por los Juzgados Especializados en Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el intervalo temporal comprendido entre enero del año 2017 a diciembre del año 2018, con el objeto de determinar cuál es el umbral probatorio requerido para la probanza del elemento nuclear del delito de Colusión, vale decir, el concierto emprendido entre un funcionario estatal y el interesado en un contrato u operación pública.

Como resultado del estudio realizado se verifica que, durante el periodo materia de estudio, los tribunales especializados de la Capital de la República han recurrido tanto a prueba directa como a prueba indiciaria para probar el acuerdo clandestino; evidenciándose una notoria predominancia del recurso al método de la prueba indirecta, sin que pueda concluirse que existan parámetros definidos por la práctica judicial para la probanza del contubernio ilícito.

Finalmente, la investigación practicada logra identificar el conjunto de irregularidades detectadas en proceso de contratación pública que son empleadas por los tribunales como indicadores del acto de contubernio señalando la frecuencia en el empleo de estos a dicho efecto.

PALABRAS CLAVE: Colusión, Concierto, Prueba Directa, Prueba Indiciaria, Contrato u Operación Pública.

ABSTRACT

This paper analyzes pronouncements issued by the Courts Specialized in Corruption of Officials of the Superior Court of Justice of Lima, in the time interval between January 2017 to December 2018, in order to determine what is the required probation threshold for the probanza of the nuclear element of the crime of Collusion, that is, the concert undertaken between a state official and the person interested in a contract or public operation.

As a result of the study carried out, it is verified that, during the period under study, the specialized courts of the Capital of the Republic have resorted to both direct test and hint test to prove the clandestine agreement; evidencing a notorious predominance of the recourse to the method of indirect test, without it being possible to conclude that there are specific parameters by judicial practice for the prowess of illicit conspiracy.

Finally, the investigation carried out manages to identify the set of irregularities detected in the public hiring process that are used by the courts as indicators of the act of conspiracy, pointing out the frequency of their use for this purpose.

Keywords: Collusion, Agreement, Direct Test, Hint Test, Public Contracting.

INTRODUCCIÓN

El delito de Colusión presenta como escenario de configuración cualquier etapa de los contratos o negocios en los que el Estado interviene como parte, sancionándose, en su forma preparatoria, el mero acuerdo entre el obligado y un interesado idóneo para defraudar intereses públicos, y en su tipo consumado la defraudación patrimonial causada mediante dicho contubernio ilícito.

A través del Análisis de Sentencias emitidas respecto a la concreción de este delito se pretende perfilar las características particulares requeridas para la probanza del concierto, elemento que define el riesgo desvalorado por este delito, verbo rector en el primer párrafo del Artículo 384° y único medio comisivo para el caso del Segundo Párrafo.

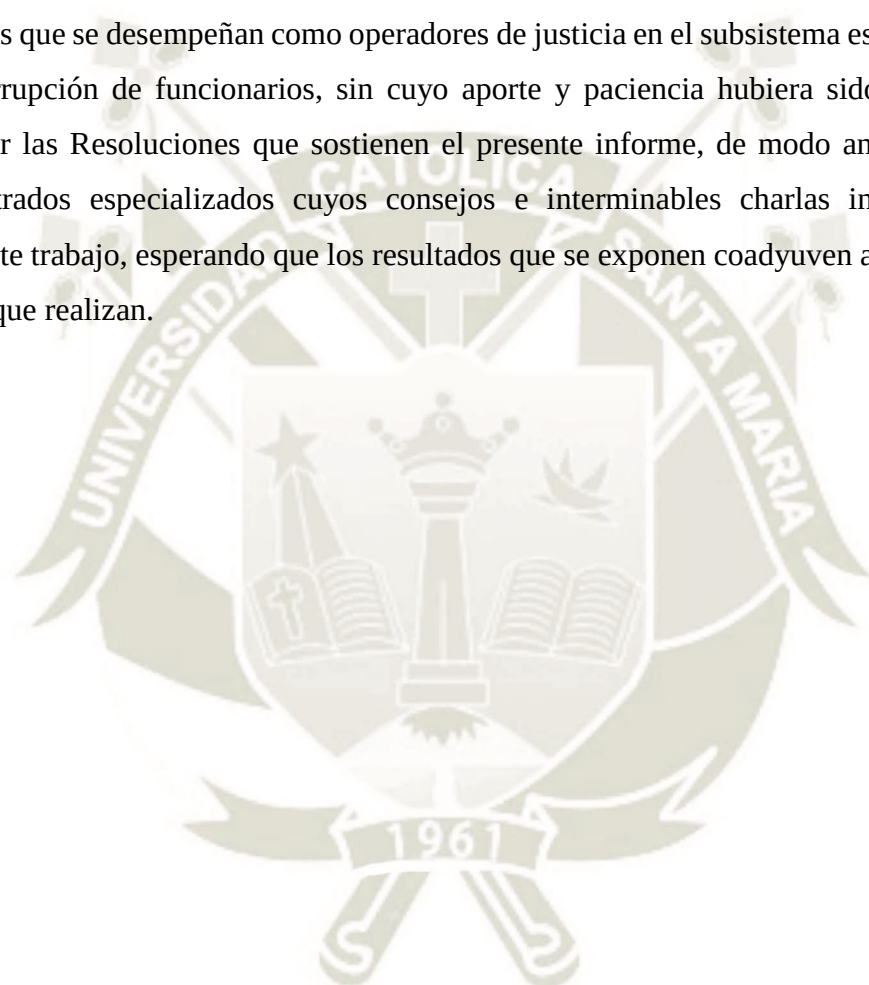
Así, el presente trabajo dedica su primer capítulo al tratamiento de consideraciones de orden sustantivo que resultan indispensables para la cabal comprensión de los alcances del tipo penal, realizándose un análisis del riesgo prohibido conforme a la usanza dogmática, esto es, elucidando el contenido de cada uno de los elementos del delito con recurso a la doctrina y jurisprudencia.

El capítulo siguiente, se ocupa del abordaje de las consideraciones de derecho adjetivo, específicamente la descripción de las posiciones existentes en torno a los sistemas de valoración de la prueba, y en particular, el contenido del Recurso de Nulidad N° 1912-2005-Piura, Ejecutoria Vinculante por Pleno Jurisdiccional, que sincretiza la posición adoptada por nuestros tribunales en torno a la valoración de la prueba por indicios, realizándose el respectivo distingo entre dicho método probatorio y el de la prueba directa.

La sección final del estudio se halla reservada para la exposición de los resultados obtenidos, explicitando el número de causas dentro de la muestra resueltas producto de la valoración exclusiva de cada una de las tipologías probatorias – directa e indirecta – o a través de una compulsación copulativa de ambas. Ello se complementa con la discriminación de los elementos probatorios que han sido considerados insuficientes a efecto de acreditar la sucedencia del acto de contubernio, y la de aquellos datos periféricos (indicios) que han sido empleados con mayor recurrencia para poner en evidencia el pacto antijurídico.

Como consecuencia de la investigación practicada se sugiere la definición jurisprudencial de indicadores graves del suceso, proponiéndose, además, la represión autónoma de aquellas aflicciones al principio de imparcialidad en la contratación estatal, que merezcan reproche autónomo por su disvalor intrínseco, ello en consonancia con el criterio de fragmentariedad que limita el ejercicio del derecho penal subjetivo.

Queremos finalizar la presente introducción, reconociendo la colaboración de los colegas que se desempeñan como operadores de justicia en el subsistema especializado en corrupción de funcionarios, sin cuyo aporte y paciencia hubiera sido imposible recabar las Resoluciones que sostienen el presente informe, de modo análogo a los magistrados especializados cuyos consejos e interminables charlas inspiraron el presente trabajo, esperando que los resultados que se exponen coadyuven a la delicada labor que realizan.





CAPÍTULO I

EL DELITO DE COLUSIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN

El presente capítulo se ocupa de abordar de manera prolija, aunque sincrética, el contenido del delito bajo análisis, con el recurso a las herramientas y secciones que aconseja la doctrina, evolución, derecho comparado, bien jurídico tutelado, sujetos activo y pasivo, descripción típica, consumación y tentativa, quedando claro que, aunque la normativización de las categorías penales se concreta en la abstracción del riesgo prohibido mediante el recurso a la imputación objetiva, la clarificación de los elementos que perfilan dicho riesgo es indispensable por su alto aporte utilitario y didáctico. Tanto más, si se tiene en cuenta que los objetivos de la investigación se concentran en uno de solo de los elementos del tipo objetivo, cuyo desarrollo y contenido son elucidados a través de las líneas siguientes.

Resta decir que se incluye también una sección destinada al tratamiento de la omisión impropia, cuestión que resulta de vital importancia a efecto de bosquejar la diferencia entre el contenido de la imputación del acto colusorio y la proposición de actos que constituyen la exteriorización perceptible de este, aspecto de notable relevancia que cabe ser concatenado al desarrollo que será emprendido posteriormente.

1. Antecedentes y Evolución Histórica

La previsión legislativa encuentra antecedente directo en el contenido del artículo 344° del Código nativo de 1924, redacción inspirada en la codificación española y argentina (1) vigentes a dicha data, el actual código sustantivo incluye desde su promulgación al delito en su artículo 384°, siendo la redacción original de este la siguiente:

“El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso 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, concentrándose 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” (2).

El dispositivo en comento ha sido objeto de un conjunto de modificatorias, siendo sin duda la más importante la realizada mediante la dación de la Ley N° 29758, a la que se debe la discriminación de dos modalidades delictivas independientes, cada una con un verbo rector distinto, dicha modificación comulga con la interpretación o contenido asignado al elemento “defraudación al estado”, brindada por la justicia constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. N° 17-2011-PI/TC. Además de la citada modificatoria es importante indicar que mediante Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013, se incorporó la pena de multa para este delito y a través del Decreto Legislativo N° 1243 del 22 de octubre de 2016 se introduce la inhabilitación como pena principal, modificándose además la extensión duración de dicha pena en la parte general.

Otra modificatoria que incide en la interpretación de este dispositivo es el texto de la Ley N° 30304, publicada el 28 febrero 2015, por la que se niega la posibilidad de suspender la ejecución de la pena por este delito y por el delito de Peculado. A la fecha dicha prohibición se extiende específicamente a los dolosos previstos en los artículos 384°, 387°, segundo párrafo del artículo 389°, 395°, 396°, 399°, y 401° del Código Penal (según Decreto Legislativo N° 1351 del 07 de enero del 2017).

Las modificatorias realizadas al texto legislativo caben resumirse en el siguiente cuadro:

Tabla N° 1 - Modificatorias Realizadas al Texto del Artículo 384°

N°	Ley	Fecha	Contenido
1	Ley N° 26713	27/12/96	Se reemplaza la referencia expresa: “empresa del Estado, Sociedades de Economía Mixta u órganos sostenidos por el Estado”, por la expresión general: “entidad u organismo del Estado”, como institución defraudada.
2	Ley N° 29703	10/06/11	Se incluyó el término “patrimonialmente”, como contenido de la defraudación. Además, se incrementó el límite punitivo inferior de 03 a 06 años.
3	Ley N° 29758	21/07/11	Se incluyó un segundo párrafo en el texto legal, creándose así dos modalidades delictivas con marcos punitivos sucesivos, la figura preparatoria de 03 a 06 años y el tipo defraudatorio de 06 a 15 años. Adicionalmente dispuso que la inhabilitación accesoria se imponga por el mismo tiempo que la pena principal (antes se extendía de 01 a 03 años) modificando el artículo 426°.
4	Ley N° 30111	26/11/13	Se incorpora la pena de multa.
5	D.L. N° 1243	22/10/16	Se incorpora la pena de inhabilitación como pena principal, extendiéndose 05 a 20 años y pudiendo ser perpetua en supuestos especiales.

Fuente: Dispositivos legislativos indicados

Elaboración: Propia

La redacción actual del tipo penal es la siguiente:

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 setecientos treinta días-multa (3).

Como se atisba, producto de las modificaciones introducidas al texto del artículo 384°, este ha variado su morfología componiéndose ahora de dos párrafos, siendo que cada uno de estos se ocupa de regular una distinta modalidad de ataque al bien jurídico.

De otro lado, la respuesta punitiva se ha vigorizado en términos de diversificación penológica, así, se ha incluido nuevos tipos de sanciones en el texto represivo como es el caso de la Pena de Multa, la que incluso cabe castigarse por encima del máximo de cuotas ordinarias que prevé el Artículo 42°, esto es 365 días-multa. Por su parte la Pena Limitativa de Derechos (Inhabilitación) ahora se encuentra prevista como principal, pero la reforma trasciende la mera formalidad, pues el marco conminatorio se ha endurecido drásticamente, pudiendo imponerse por dilatados periodos e incluso de modo perpetuo, configurando lo que se ha denominado “Muerte Civil”.

2. La Figura Penal y el Derecho Comparado:

La tipificación del presente delito no encuentra consenso en la mayoría de legislaciones de la región, así en Argentina lo que se encuentra regulado son las “negociaciones incompatibles”, en Colombia se sanciona la “celebración indebida de contratos” y en España se castiga conductas similares en el capítulo “fraudes y exacciones” (4).

El profesor Manuel Abanto es crítico a la regulación paralela de los delitos de Colusión (384°) y Negociación Incompatible (399°) en nuestra legislación, indicando:

“(…) aquí se nota la pésima técnica del legislador penal peruano, quien “inspirándose” en distintos modelos extranjeros, los ha incorporado sin ningún análisis previo, simplemente mezclándolos. En efecto, si para tipificar los delitos contra la Administración Pública se seguía, de manera general, el modelo argentino y ya se había previsto bajo el grupo de delitos de “corrupción de funcionarios” a la “negociación incompatible” (art. 397), ¿por qué prever la figura española de “fraudes a la administración” en el artículo 384? Son figuras muy similares y debían excluirse una a la otra (...)” (5).

Desde otra perspectiva, el profesor Fidel Rojas Vargas expresa también su disconformidad con la sistemática legislativa elegida, más no por la coexistencia de las prohibiciones señaladas, sino por su ubicación en la codificación, en tanto afirma que la Colusión Defraudatoria y la Negociación Incompatible reclaman su inclusión en una sección integradora (6). Dicho parecer se asimila a la técnica empleada en el modelo colombiano en el que, la ya mencionada sección “Celebración Indebida de Contratos”, reprime tales conductas en las figuras de Interés Indebido en la Celebración de Contratos y Acuerdos Restrictivos de Competencia.

Es importante destacar que la represión de las conductas incluidas en la redacción del artículo 384° de nuestro *corpus* sustantivo y de los partícipes en estas, se sujeta a las normas de cooperación internacional establecidas en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, cuyo Artículo VI indica:

“(…) 1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de

corrupción:

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; (...)

e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo (...)" (7).

3. Bien Jurídico Objeto de Tutela

La figura penal presenta como objeto de protección genérico al correcto funcionamiento de la Administración Pública, específicamente al deber positivo atribuido a los funcionarios públicos de velar por los intereses patrimoniales del Estado en las negociaciones y en la ejecución de los contratos públicos (8), dichas expectativas institucionales compatibilizan con el desarrollo que realiza el Artículo 1° de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225) cuando se afirma que la finalidad de esta es maximizar el valor de los recursos públicos invertidos.

Un sector minoritario propone encontrar el objeto de tutela penal en la libre competencia, desde la perspectiva que se excluyen factores de calidad o económicos como criterio de selección de los proveedores del Estado (9). Dicha posición; empero, otorgaría al delito en comento características de un tipo de dominio, dado que los deberes infringidos por el agente no tendrían origen en un mandato positivo o institucional, sino en la prohibición genérica de no afectar a otros con nuestros actos, perspectiva de particular influencia, en la interpretación de nuestros tribunales, para el tema de la autoría.

Nuestra Jurisprudencia, en todo caso, asume la primera posición, habiéndose resuelto:

“Es preciso indicar que el bien jurídico protegido en el delito de colusión desleal es el patrimonio administrado por la administración pública, y en tal sentido,

constituye un delito de infracción de deber (...). Ejecutoria Suprema del 12 de diciembre del 2007, R.N. N° 1296-2007-Lima (10).

4. Sujeto Activo

El presente delito exige la convergencia de ciertas condiciones en el sujeto activo a efecto de satisfacer el tipo objetivo, las cuales son desarrolladas por el Profesor Percy García Caverro del modo siguiente (11):

“(...) El delito de colusión desleal es un delito especial propio que exige, como requisito típico para poder ser autor del delito, tener la calidad de funcionario o servidor público. Esta exigencia típica, no debe quedar, sin embargo, en una simple verificación puramente normal del estatus de funcionario o servidor público, pues el propio tipo penal indica expresamente que dicho funcionario o servidor público debe haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de una comisión especial (...) se le impone al intérprete la obligación de establecer en el caso concreto la vinculación del autor del delito de colusión desleal con el ámbito de actuación funcional delimitado en este tipo penal (...)” (12).

Nuestra jurisprudencia ha tenido también ocasión de pronunciarse respecto a dicha exigencia objetiva estableciendo:

“No cualquier funcionario o servidor público puede ser sujeto activo de este delito, no lo puede ser aquel que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige; en dicho contexto, se advierte que los encausados carecieron de cargo y capacidad de decisión directa de la contratación, ya que no integraron el Comité Especial de Adjudicación que llevó a cabo el proceso que se acusa de fraudulento, lo cual se desprende de lo actuado en autos por lo que su absolución resulta conforme a ley” Ejecutoria Suprema R.N. N° 1105-2011-Ica (13).

De lo que se colige la necesaria existencia de un deber estatal específico en el vinculado, el cual habilita su participación en el proceso de contratación estatal en

cuanto funcionario competente, precisándose que la intervención de cada *intraneus* se restringe generalmente a determinadas etapas del referido proceso, lo cual incluso se halla discriminado normativamente. Así, el texto de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado, precisa en su artículo octavo que la intervención del titular del pliego, se constriñe a la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación, pudiendo incluso delegar tales facultades, siendo el Comité de Selección el órgano colegiado encargado de la seleccionar al proveedor de bienes y servicios.

5. Consideraciones sobre la Autoría en el delito de Colusión

El dominio del hecho se erige en el criterio rector asumido por nuestros tribunales a efecto de determinar el título de intervención criminal en un hecho, pudiendo citarse:

“Teniendo en cuenta que toda forma de autoría en los delitos dolosos de resultado, sea en su modalidad directa, mediata, o de coautoría, se caracteriza por el dominio del hecho. La coautoría requiere que quienes, con una decisión común, toman parte en la ejecución obren con dominio funcional” Ejecutoria Suprema, Exp. N° 4484-97-Cañete” (14).

Evidentemente dicho concepto (el dominio del hecho) se halla complementado, en la tesis inicial postulada por su autor (Claus Roxin), por el criterio de la infracción de deber, habiendo desarrollado el tratadista alemán que en los delitos de dominio es autor el que domina la respectiva acción típica; siendo decisivo aquí, por tanto, el dominio del hecho. Mientras que, en los delitos consistentes en la infracción de un deber, por el contrario, actúa típicamente solo (aun cuando siempre) quien lesiona el deber extrapenal, sin que interese en lo más mínimo el dominio del suceso externo (15). Así, es autor el sujeto que ocupa el papel central en el hecho delictivo; empero, se puede llegar a tal posición por dos vías, dominando el hecho o infringiendo un deber, condición que es determinada por el legislador, al regular situaciones jurídicas distintas.

La asimilación de dicho criterio, revierte en considerar a la Colusión como un delito de infracción de deber, en tanto, el núcleo rector del delito consiste en la quebrantación de roles funcionales, debiendo considerarse que, en el pensamiento de Roxin, la distinción

entre las categorías de dominio e infracción de deber es completamente rígida y depende en exclusividad del imperio legislativo, la asociación de la Colusión a dicha categoría (infracción de deber) es reiterada en un conjunto de pronunciamientos jurisprudenciales pudiendo citarse:

“El delito de colusión desleal en el que se reprimen los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre funcionarios públicos y los terceros interesados, no es un delito de dominio o delito común (...) sino un delito de infracción de deber (...)” Ejecutoria Suprema R.N. N° 4564-2007-Piura (16).

Ahora bien, ante lo desarrollado en los párrafos precedentes, surge la crítica natural de cómo puede optarse en la praxis por un concepto unitario de autoría si este transita, dependiendo del delito entre el dominio y el deber, surgiendo entonces el planteamiento del Profesor Jakobs, quien expone que el parentesco entre ambos (dominio y deber) es en realidad estrecho, ya que detrás del primero se oculta un fundamento normativo similar a la infracción del deber, pues los titulares de derechos de modo recíproco tienen el deber de respetar los derechos de otros (17).

Es así que el desarrollo actual de la dogmática asimila que, para poder dotar de contenido material a los criterios de imputación de responsabilidad penal, se debe atender a los roles de los que cada persona es portador en la sociedad (18), distinguiéndose así entre el rol general de ciudadano, cuya inobservancia engendra la comisión de un delito de dominio o de infracción de competencias organizacionales (19) y entre los roles especiales, cuya inobservancia da lugar a la producción de un delito de Infracción de Deber por transgresión de Competencias Institucionales. Lo relevante en el presente punto, más allá de la cuestión terminológica o denominativa, es que la distinción entre delitos de dominio e infracción de deber no importa únicamente a efectos de discriminar entre autores y partícipes, sino a efecto de fundamentar responsabilidad penal (20). Existiendo entre ambos grupos un claro distingo, pues los deberes institucionales son positivos y se derivan de las instituciones que los generan e imponen al vinculado la realización de cierta prestación (21), mientras que las competencias organizacionales engendran deberes negativos de no afectar a otros.

Ahora bien, tales variaciones, introducidas por el pensamiento de Jakobs, implican que la distinción entre delitos de dominio e infracción de deber, no quede establecida por el texto normativo, sino por la competencia específica infringida por el agente como portador de roles sociales en cada caso, así el profesor José Caro John (22) propone el siguiente ejemplo, cuando el policía a quien se le encarga la vigilancia de un delincuente sexual, se pone de acuerdo con el hermano de la víctima para dar una paliza al agresor, ante un sentimiento de indignación natural, tanto el policía como el autor responden como autores individuales del delito de lesiones, pero mientras el hermano lo comete por transgredir competencias organizacionales (dominio), el efectivo lo comete por infracción de un rol institucional (infracción de deber). Apreciándose que la comisión de un delito, categorizado tradicionalmente como común y de dominio como es el de lesiones, bien puede tener como fundamento represivo la infracción de un rol especial. Este es sin duda el punto más relevante a tener en cuenta al determinar el título de intervención en cualquier ilícito.

De lo glosado se concluye que pueden presentarse casos en que la represión de un delito Especial, se sustente en la vulneración de competencias organizacionales (dominio). Volviendo pues al análisis del delito de Colusión Desleal, en el caso en el que un Burgomaestre, Gerente Municipal u otro *intraneus* no cualificado para intervenir en un proceso contractual, por su condición jerárquica o posición dentro de la entidad, conduzca de facto el proceso de selección direccionando el mismo hacia determinado postor en base a un concierto previo con este, cabrá reputarse su intervención a título de autor del delito de Colusión por una circunstancia de dominio (infracción de competencia organizacional), sin que ello impida el encausamiento de los agentes naturales del ilícito (miembros del comité de selección o contratación) también como autores, pero de la transgresión de un deber institucional. El fundamento expuesto, no se cimienta solo en un constructo dogmático, sino en la existencia evidente de intervención en el delito en virtud de un acto de organización puramente fáctico, siendo irrefutable la existencia de una condición de superioridad organizativa en el Alcalde de una comuna (como titular del pliego), respecto a funcionarios de menor peso jerárquico. Lo cual sin duda debe determinarse en cada caso concreto, toda vez que la imputación es personalísima.

Evidentemente, el fundamento expuesto no pretende legitimar, de modo alguno, el encausamiento de un funcionario de dirección por su sola condición; por el contrario, cabe destacarse que en cualquier caso, la imputación objetiva en los delitos de dominio conlleva de modo inherente la evaluación de un conjunto de elementos, distintos a los verificables en la infracción de un deber (23), dentro de los cuales la prohibición de regreso y el principio de confianza, cobran especial dimensión en la construcción de tales imputaciones, en el segundo caso en particular (principio de confianza), ya que por un natural principio de división del trabajo, podría constatar materialmente la delegación de actos específicos en subordinados (24).

6. El Problema del Interesado

Se expone usualmente en la doctrina que el tipo penal de Colusión Desleal se erige en un delito plurisubjetivo, para cuya consumación se requiere necesariamente de la intervención de más de un agente (25), dado que la acción de concertar (presente también como medio comisivo en el tipo derivado) resulta de imposible satisfacción en solitario. Así, se asocia a la Colusión con un delito de Encuentro, bajo la óptica que la voluntad de ambos intervinientes (agente público e interesado) se orienta en distinta dirección.

Dicha convergencia inescindible del interesado en el negocio público para la concreción del riesgo típico, paradójicamente, no alcanza para comprender al mismo como autor del delito de colusión, al no concurrir en dicho interviniente las facultades típicas inherentes al sujeto activo, no nos encontramos pues ante un trabajador público que interviene directa o indirectamente por razón de su cargo en el proceso de contratación.

Es importante reseñar que podrán presentarse casos en los cuales un funcionario o trabajador de determinada entidad pública se beneficie interpósita persona con un negocio estatal, es decir, se utilice una empresa fachada que en realidad es regentada (mediante testaferro) por un servidor o funcionario del propio organismo contratante, quien, eludirá de dicho modo las claras procripciones expresadas en la Ley de Contrataciones para ofertar bienes y servicios en tales condiciones.

Ante dicho supuesto queda claro que nada obsta para incluir en el papel de interesado a un *intraneus* no cualificado, quien espere acceder a un lucro ilegítimo merced a un contubernio con otro u otros trabajadores del ente público; sin embargo, creemos que en caso de que dicha situación se presente respecto a un sujeto en quien si converjan las facultades típicas, vale decir al funcionario que defrauda al Estado en buscando beneficio propio, tal riesgo típico no será susceptible de configurar delito de colusión; empero, se concretará el delito de negociación incompatible en la modalidad de provecho para sí, las razones no son legales sino dialécticas pues es imposible concertar con uno mismo.

De las precisiones expuestas se desprende una conclusión obvia, el interesado en el delito de Colusión no es susceptible de responder como autor de dicho delito, pues no reúne las condiciones exigidas para el sujeto activo, en tal sentido como apunta Peña Cabrera Freyre: “(...) si bien no pueden ser autores de esta figura criminosa, su intervención – al resultar imprescindible-, para la realización típica han de ser reputados como cómplices primarios (...)” (26); de hecho la esencialidad del aporte, condicionante de la realización típica, se erige en el criterio usual para efectuar el distingo entre complicidad primaria y secundaria, como lo ratifica la comprensión que expresa el siguiente pronunciamiento:

“(...) Este tribunal considera que la participación del encausado no fue a título de cómplice secundario, sino de cómplice primario (artículo 25° del Código Penal), pues el aporte causal a la concreción del ilícito penal fue de tal envergadura que sin él no se hubiera logrado el designio criminal de los autores (...)” (27).

La jurisprudencia nacional se ha ocupado también de resaltar la necesaria convergencia del interesado para afirmar la materialización del acto colusorio, indicando:

“(...) En el presente caso la actividad probatoria constitutiva del presente proceso determinó la absolución del particular supuestamente interesado en la celebración de un contrato con la Municipalidad Provincial de Huamanga, por tanto, no se configuró el ilícito penal materia de acusación; es decir, se desvirtuó la mencionada colusión o encuentro clandestino (...)” (28).

De lo glosado se atisba de modo diáfano que para afirmar la concreción del delito en estudio se reclama la convergencia de un interesado cuyo título de participación será siempre el de cómplice primario, aun cuando a nivel objetivo material realice un aporte incluso de mayor trascendencia que el obligado para la ejecución típica, dada la irrelevancia del *quantum* organizativo para la determinación de la autoría en esta especie delictiva.

7. Conducta Típica y Modalidades Comisivas

El ilícito presenta como base fáctico – normativa la gama de relaciones contractuales en las que el Estado es parte, siendo que el artículo 384° del Código sustantivo tipifica dos variantes de agotamiento del injusto, la denominada colusión simple que sanciona el solo acuerdo colusorio del funcionario con el particular para defraudar al Estado en una contratación pública y la figura derivada o agravada con la que se sanciona los casos en los que el acuerdo antes referido defrauda patrimonialmente al Estado (29, 30), evidentemente dicho concierto hace alusión a un pacto antijurídico, dirigido a lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado, la singularidad del caso (como tuvo ocasión de reseñarse en sección previa) es que solo el funcionario puede quebrantar deberes inherentes a su cargo, luego, la intervención de los interesados se asimila únicamente a una forma de participación.

Es así que la conducta descrita en el tipo penal se concibe o presupone dentro del escenario de operaciones o negocios jurídicos estatales, de hecho, la incorporación en el tipo penal de colusión desleal del elemento típico de “otras operaciones semejantes”, apunta a permitir la analogía *intra legem* en la interpretación típica, Alonso Peña Cabrera desarrolla sobre ello:

“(…) la definición de la conducta prohibida ha de valorarse conforme a las modalidades de contratación pública – administrativa, como las licitaciones u otros convenios similares, basada en las tipologías contractuales que se encuentran regladas en el Decreto legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento (...) se colige que dicho marco de contratación

pública administrativa, ha de contener como características: un convenio que ha de suscribir el Estado – representado a través de las entidades estatales competentes-, con los particulares (...) en el cual estos últimos se obligan a prestar un servicio al estado o a suministrar ciertos bienes, a cambio de una determinada suma de dinero. En tal mérito, es que se observa una relación de carácter horizontal, entre la Administración y los particulares, mediando un compromiso de relaciones recíprocas (...)” (31).

7.1. Respecto a la Denominada Colusión Simple o Tipo Preparatorio

El ilícito descrito en el primer párrafo exige solo el concierto idóneo para defraudar intereses estatales como núcleo comisivo, ciertamente la naturaleza de dicha defraudación no se restringe al contenido patrimonial, ello ha sido enfáticamente establecido por el máximo intérprete de la constitución en la STC N° 17-2011/PI, sentencia vinculante para todos los poderes públicos según el artículo 82° del Código Procesal Constitucional, en que se expone:

“(...) si el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación pública transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso de contratación, atentando contra el trato igualitario de los postores, no necesariamente el Estado va a terminar pagando más por el servicio contratado o bien adquirido, pero al no haberse respetado las normas de contratación las expectativas del Estado se verán puestas en peligro (...) La introducción del término “patrimonialmente” puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que lo que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello (...) sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual para <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 al Estado> (...)” (32).

Asimismo, la doctrina apunta:

“(…) El delito de colusión desleal simple se consuma con el acuerdo colusorio entre el funcionario y el particular. No es necesario que se haya ejecutado lo acordado, ni que se haya generado un peligro concreto de lesión o una lesión efectiva al patrimonio del Estado (…)” (33).

A nivel subjetivo se suele indicar que la expresión “para defraudar al Estado”, anuncia la presencia de un elemento subjetivo especial, dado que ordinariamente la inclusión dentro de la composición de un tipo penal de las expresiones “para, con la finalidad de o con el propósito de” (34), suele preceder a la revelación de un elemento subjetivo (35) de tendencia interna trascendente (36), constituyen ejemplos usuales de dichos ilícitos, el delito de Homicidio Calificado del Art. 108º: “(…) el que mate a otro (...) Para facilitar u ocultar otro delito (...)”; el delito de Sicariato del Artículo 108º-C: “El que mata a otro por orden, encargo o acuerdo, con el propósito de obtener para sí o para otro un beneficio económico o de cualquier otra índole (...)”; o el delito de Contabilidad Paralela del Art. 199º: “El que, con la finalidad de obtener ventaja indebida, mantiene contabilidad paralela distinta a la exigida por la ley (...)”; sin embargo, coincidimos con el profesor Percy García Caveró, quien señala con acierto que el primer párrafo del artículo 384º sanciona el acto previo de fraude al Estado, en el que el dolo necesariamente abarca el propósito de defraudar (37), la expresión “para” no hace sino anunciar que el contubernio se ejecuta en potencial perjuicio al ente público, el empleo del término es meramente preposicional, como sucede también en la redacción del tipo penal de peculado en el que: “(…) el beneficio perseguido por el agente "para sí o para otro" es consustancial a las acciones típicas de apropiarse o utilizar, pues ellas de por sí ya implican la búsqueda de ese beneficio (...)” (38), situación que se asemeja a la redacción del tipo colusorio recogida en el primer párrafo del 384º. No nos encontramos pues ante un delito de resultado cortado ni mutilado de dos actos, sino ante un delito de peligro abstracto en la forma de preparación, lo que supone un adelantamiento de las barreras punitivas a estados previos a la lesión del bien jurídico.

Aunque usualmente se denomine a esta modalidad como colusión simple, el empleo de dicho *nomen juris* es sumamente criticable, conforme lo ha desarrollado ya la jurisprudencia, al indicar:

“Resulta (...) oportuno desarrollar una explicación sobre la naturaleza de las conductas tipificadas en el artículo trescientos ochenta y cuatro, así como sobre su relación dogmático sistémica. Ello es pertinente porque se suele identificar al supuesto regulado en el primer párrafo de dicha disposición legal como una “colusión simple” y al tipificado en el párrafo segundo como una “colusión agravada”. Clasificación que, por lo demás, pese a ser técnicamente incorrecta, suele ser aceptada sin reparos o confusamente por la generalidad de la doctrina nacional (...) Efectivamente, en el primer párrafo el legislador alude a una concertación para defraudar al Estado (...) De allí pues que solo se trate de una concertación preparatoria criminalizada autónomamente y que dogmáticamente podría operar también a modo de conspiración criminal (...)” (39).

7.2. Respecto a la Colusión Defraudatoria, Consumada o Agravada

Distinta situación se predica respecto al tipo (en teoría base) sancionado en el segundo párrafo, cuyo núcleo rector es “defraudar patrimonialmente al estado mediante concertación con los interesados”, la diferencia con el primer párrafo es nítida, aquí el contubernio antijurídico pasa a ser el medio para la realización delictiva y no el acto consumativo, de ello se desprende que denominar a esta modalidad como un tipo agravado entraña una contradicción, pues el endurecimiento de la respuesta punitiva no obedece a la presencia de una mera circunstancia de agravación, en tanto se sanciona un comportamiento claramente diferenciable, que, adicionalmente, observa la forma de delito de lesión y además de resultado (40). Se debe pues ocasionar un detrimento económico al ente público o privar a este de un lucro legítimo para reputar la satisfacción del injusto y tal suceso debe presentarse como consecuencia de un contubernio con el interesado orientado a tal propósito.

8. Comisión por Omisión en el Delito de Colusión Desleal

Resulta bien conocido que la acreditación de los delitos cometidos en agravio de la Administración Pública, muchas veces descansa en la verificación de un conjunto de irregularidades administrativas, las cuales posibilitan inferir la sucedencia del hecho que describe el tipo objetivo bajo los parámetros de la prueba indiciaria. No cabe duda que la valoración aislada de dichas circunstancias lleve, en ocasiones, a catalogarlas

(individualmente) como meras omisiones funcionales, si no se les asigna el sentido (41) que revela el contexto de su realización. Ahora bien, sin detenernos a analizar si es un criterio de especialidad (42) lo que nos lleva a decantarnos por determinada calificación jurídica, el punto que se aborda en la presente sección se relaciona a si el delito de Colusión Desleal, resulta pasible de ser ejecutado en comisión por omisión, y qué condiciones debería reunir determinada conducta a fin de resultar plenamente equiparable, por sí misma, a la satisfacción del tipo objetivo de dicho ilícito.

8.1. Consideraciones Dogmáticas sobre la Omisión

Nuestro Código Penal en su artículo 11° establece que son delitos y faltas las acciones u omisiones (dolosas o culposas) penadas por Ley, siendo que el término acción (en la lectura del citado dispositivo normativo) debe contextualizarse como sinónimo de comisión (43) y no como una categoría analítica del delito, en tanto se entiende que el concepto jurídico-penal de acción (sin decantarnos por alguno en el presente punto) abarca también comportamientos pasivos u omisiones (44).

Resulta bien conocido que los delitos omisivos suelen clasificarse en omisiones propias, cuando se vinculan a la no realización de una conducta exigida por Ley, y omisiones impropias cuando se impone al garante el deber de evitar el resultado (45), así mientras en el primer grupo la descripción del comportamiento reside expresa en la Ley Penal (v.g. Omisión de Prestar Auxilio Art. 127° C.P.), en la omisión impropia el tipo describe acciones que resultan valorativamente equivalentes (46). Al respecto, Claus Roxin aborda la diferencia existente entre Omisión Propia e Impropia señalando que en la primera: “(...) los tipos se limitan a la descripción de una omisión, prevén para ella un marco penal propio, (...) no hay una contrafigura en forma de delito comisivo. En cambio (...) una omisión impropia (...) deriva de un tipo comisivo (...)” (47). La diferencia acotada redundante en que, tradicionalmente, el problema básico en el tratamiento del delito omisivo estribaba en la cuestión de bajo que presupuestos, la no evitación del acaecimiento de un resultado típico, podía ser equiparada a su producción mediante un hacer positivo (48).

Con el esbozo de la distinción entre delitos de dominio e infracción de deber, el problema de la comisión por omisión aparentemente redujo su ámbito, pues se

reconoció que en determinados tipos penales (evidentemente en los segundos) resultaba indiferente que el agente hubiese desplegado un comportamiento comisivo u omisivo a fin de configurar el delito, así, el propio Claus Roxin inicialmente establece la diferencia entre ambas categorías en base a dicha circunstancia señalando:

“(...) Cuando se trata de la infracción de un deber nacido del papel social desempeñado (...) es, desde el punto de vista de la problemática del nullum crimen, notoriamente indiferente el que esta infracción se realice por acción u omisión. Si el vigilante quiere ayudar a escapar al preso y deja abierta con una acción positiva la puerta de la prisión u omite cerrarla en contra de lo prescrito, carece esto de relevancia para el tipo (...) e igualmente carece también de importancia el que el abogado cometa el delito de prevaricación por maquinaciones activas o por omisión de las medidas jurídicas necesarias (...)” (49).

En tal sentido, deviene en relevante indicar que el citado tratadista alemán reconoce que resulta problemático punir omisiones allí donde el tipo reserva la comisión solo a acciones, dado que ello atenta contra la taxatividad del mandato de determinación:

“(...) La descripción legal exige una lex certa. La garantía de la precisión en la tipificación de una conducta es, igualmente, imprescindible. La ley ha de describir un delito con la máxima claridad y concisión posibles. Esto es, ha de describir que acción u omisión es seleccionada por la norma penal, que elementos (objetivos y subjetivo) caracterizan la conducta, y que sanción penal se establece para la misma (...)” (50).

Lo dicho resulta un argumento de orden para los que defienden la necesidad de regulación de la omisión impropia en nuestro código penal, pues se afirma que ante la ausencia de dicha cláusula se atentaría contra el principio de legalidad al perseguir una conducta en tales condiciones.

Posteriormente, continuando con dicho desarrollo, y siempre en atención a la distinción entre delitos de dominio e infracción de deber, cabe citar la posición del profesor Günther Jakobs, la cual desdibuja los límites entre el delito comisivo y omisivo,

debiendo tener presente que en la exposición del funcionalismo sistémico el parentesco entre dominio e infracción de deber es estrecho, ya que detrás del primero se oculta un fundamento normativo similar a la infracción del deber, pues los titulares de derechos de modo recíproco tienen el deber de respetar los derechos de otros (51), perspectiva desde la cual se torna en irrelevante la distinción entre comisiones y omisiones, toda vez que la represión de las últimas descansa en la competencia de las personas, ya sea que esta competencia se presente en virtud de la organización, consecuencia de un *status* negativo inherente al deber de no dañar a los demás (escenario de los delitos de dominio), o de un *status* positivo como deber de configurar plena o parcialmente un mundo en común (52) proveniente de otras instituciones (delitos de infracción de deber), consecuentemente, bajo dicho tamiz, el problema de la comisión por omisión u omisión impura se reduce aún más o concretamente se remite a la imputación objetiva.

Ahora bien, aun cuando las categorías de dominio e infracción de deber sean catalogadas como un rezago de corte causalista (53), en la discusión moderna se reconoce que el delito se encuentra previsto de forma tal que puede ser cometido tanto de manera comisiva como omisiva, existiendo, desde luego, y esto es lo relevante, figuras que solo caben ser cometidas de modo pasivo, y aquellas que se hallan reservadas para un comportamiento activo, siendo que el fundamento de la represión de una conducta a título de omisión no descansaría en la regulación de la Omisión Impropia en el corpus sustantivo, pues la cláusula general no resulta necesaria para la punibilidad de las omisiones equiparables en términos penales a las conductas activas (54).

8.1. Interpretación del Artículo 13 del Código Penal

Si bien de la lectura de la exposición de motivos de nuestro código sustantivo se colige que el artículo 13° pretende otorgar un carácter constitutivo de tipicidad a la comisión por omisión (55), tal afirmación no se condice con su contenido, repárese en que la redacción del indicado precepto legal inicia con la proposición “*el que omite impedir la realización del hecho punible*”, circunstancia que como sostiene acertadamente Iván Meini, solo cabría ser entendida racionalmente como supuesto de un hecho faccionado por un tercero, en tanto no se entiende como alguien omitiría impedir un acto que él

mismo realiza. Así la interpretación del precepto legal, a criterio del citado tratadista, debería ser conducida a las condiciones en las cuales es posible la punición de omisiones frente a actos que constituyen obra (sin distinción si comisiva u omisiva) de terceros. En cualquier caso, más allá de la logicidad del presente planteamiento, no es este el camino interpretativo que se asigna, en la posición mayoritaria, al artículo 13.

Por el contrario, se propone que el agente responderá como autor de la comisión de un delito por omisión impura, ante la concurrencia (copulativa) de dos condiciones: posición de garantía y equivalencia normativa, las mismas que se desprenden de la regulación expresa, así:

“El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: 1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.” 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer (...)” (56).

El análisis de la primera de dichas condiciones nos remite a otra cuestión debatida, referida a cuál es el fundamento de la posición de garante, siguiendo a Polaino Navarrete (57) el catálogo de estas fuentes se halla compuesto por: a) La Norma Jurídica o Contrato Vinculante; b) La Asunción de hecho o de facto de la garantía; c) Acción u Omisión Peligrosa Precedente (Injerencia); d) Estrecha relación vital: comunidad de intereses y de peligro; e) El Dominio de la Cosa y f) La Expectativa social. Más allá de que se comparta o no la clasificación aquí reproducida, lo cierto es que el autor citado nos proporciona nutridos ejemplos en que el fundamento de la posición de garante oscila entre circunstancias distintas; así, con base en la primera categoría (Norma jurídica o Contrato) se justifica la punición de un funcionario público o una niñera al cuidado de un infante, por lo que les era jurídicamente exigible con vista a la responsabilidad asumida por estos. El atropello (incluso fortuito) a un transeúnte genera en el conductor obligaciones respecto a este por injerencia. Finalmente, conviene citar el especial deber de actuar de los miembros de una comunidad de excursionistas o náufragos, respecto a sus restantes integrantes por una estrecha relación vital de peligro.

Sobre el mismo punto, García Caverro propone una cuestión interesante, exponiendo que independientemente de la formalidad de una fuente que origine la posición de

garante, en los delitos de dominio, se requiere además de la asunción material o efectiva de la misma, así el maestro o docente no se coloca en ninguna posición particular respecto a un grupo de estudiantes por su sola graduación o nombramiento, sino que debe haber sido puesto ya al cuidado de los alumnos. Argumento que no encuentra parangón en los delitos de Infracción de deber, el padre es garante por la sola relación de filiación (58). Esta circunstancia, prescindencia de un criterio material, resulta reconducible y verificable, con base a la naturaleza de la competencia institucional, en otros cursos delictivos, pues no resulta relevante para imputar un acto de peculado culposo si el almacenero de una entidad se encontraba o no efectivamente vigilando los bienes al momento de una sustracción, respondiendo por su sola posición en el aparato público, del mismo modo no se reputa la comisión de un Abuso de Autoridad, a la persona que materialmente redacta una disposición continente del acto arbitrario, sino al funcionario que la suscribe en virtud a su competencia específica, por lo demás, como se expresó en párrafo previo, pareciera que de asumir la presente postura el tema de la posición de garante quedaría absorbido por la imputación objetiva (59).

La otra condición para la represión de la Omisión Impropia, es la equivalencia normativa, tal tópico es abordado ordinariamente por los tratadistas, bajo la denominación de “cláusula de correspondencia”, en cualquier caso la nomenclatura resulta confusa, ya que si determinada conducta omisiva se corresponde plenamente o es equivalente para la producción de un ilícito a una conducta comisiva, no será exigible siquiera una posición de garante para justificar su represión, pues, como concluimos previamente, existen delitos que resultan pasibles de ser cometidos de cualquiera de las dos formas, al permitirlo su estructura típica, sin que ello colisione con el principio de legalidad (60). Durante el desarrollo de la dogmática penal se ha asignado a esta condición diverso contenido, siempre bajo la premisa de constituir una exigencia adicional a la posición de garante en atención a las descripciones formuladas por el tipo, Gallas hacía mención a la equivalencia de medios, engaño para la estafa, concierto para la colusión agravada, etc, modernamente Roxin restringe la correspondencia a la corroboración de elementos cualificadores, proponiendo el siguiente ejemplo: “(...) el garante deja sin hacer nada que se mate a alguien con medios peligrosos para la seguridad colectiva, causación de muerte que se podría evitar con su intervención, él es culpable de asesinato por omisión (...)” (61), bosquejando como se podría perfeccionar la imputación de un homicidio calificado con dicho argumento. En

la comprensión de García Caveró la cláusula de correspondencia implica una valoración global, en términos de imputación objetiva y subjetiva, a la que debe someterse el hecho atribuido al garante en oposición al contenido del tipo penal (62).

Efectuado el desarrollo descriptivo de los criterios dogmáticos que informan el contenido de las condiciones de represión de una conducta a título de comisión por omisión, pasaremos a analizar si la estructura del delito de Colusión Desleal resulta susceptible de ser adecuada a tales preceptos, en las circunstancias comunes a los agentes públicos que devengan en titulares de posición de garante respecto a su realización.

8.2. Realización por Omisión del Acto Colusorio

Centrándonos en el tema que nos ocupa, y habiendo ya enunciado la importancia de la normatividad específica (Ley N° 30225 y su reglamento D.S. N° 344-2018-EF) en la delimitación de sujetos responsables en la Contratación Pública, podría concluirse que atribuir la condición de garante, en el presente ámbito, incluso al titular de la entidad, no presenta mayor óbice cuando el Artículo 8° de la Ley de Contrataciones establece que:

“Se encuentran encargados de los procesos de contratación de la entidad:

- a. El Titular de la Entidad que es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y su Reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras.*
- b. El Área Usuaria que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, o, que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, que colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, previas a su conformidad.*
- c. El Órgano Encargado que es aquel órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior*

de una Entidad, incluida la gestión administrativa de los contratos.

Adicionalmente, entidad puede conformar comités de selección, que son órganos colegiados encargados de seleccionar al proveedor que brindé los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria a través de determinada contratación. Su composición y funciones se determinan en el reglamento (...)” (63).

Sobre este mismo punto, resulta importante resaltar que el propio tipo penal acoge la posibilidad de que el sujeto activo intervenga solo indirectamente en el proceso de contratación pública, circunstancia que evidentemente abre un abanico de posibilidades de intervención criminal, desde luego, vinculado siempre a que la competencia del funcionario imputado, se verifique en la etapa específica del proceso de contratación (selección, ejecución, liquidación, etc.) que constituya el momento de producción del acto que agota el delito, pues de lo contrario nos hallaremos ante una Usurpación de Funciones (64), siendo que, como se reitera, dicho acto consumativo será encarnado por el acuerdo colusorio, tratándose del delito regulado en el primer párrafo del artículo 384°, o la defraudación patrimonial, para el caso de la Colusión Agravada.

Sin embargo, habiéndose desarrollado que la condición de garante no se erige en el único requisito para reputar la concreción de un delito en comisión por omisión, toca hablar de cómo podría alcanzarse la satisfacción de la cláusula de correspondencia, para configurar una colusión en tales condiciones, sobre dicho respecto sostenemos que la concertación, que constituye el verbo rector en la denominada colusión simple y el único medio típico para defraudar en el tipo derivado, solo cabe realizarse de modo comisivo (65). Lo dicho, torna en imposible, proponer la comisión del delito por omisión impropia, dado que cualquier omisión verificable en el presente ámbito, por sí misma, supondrá el perfeccionamiento de delito distinto, *verbi gracia*, omisión de deberes funcionales.

Lo dicho desde luego no se erige en óbice para postular actos de autoría, en base a manifestaciones omisivas, que develen la presencia cuando menos de adhesiones o consentimientos al pacto antijurídico núcleo del comportamiento criminal, los mismos que son fácilmente ejemplificables, así, en un hipotético caso en el cual se beneficia a un determinado postor en la ejecución de determinado proyecto, a través de un acto

colusorio continuado en que la resolución criminal engloba sobrevaluar costos desde la formulación del perfil del proyecto, luego se direcciona las bases hacia el *extraneus*, y se acaba por adjudicarle el proceso, se advierte que existen un conjunto de ámbitos de responsabilidad de diferentes funcionarios, en atención a cada una de las etapas del proyecto, siendo absurdo pensar que haya existido un concierto (en los términos requeridos por el tipo penal) en el que hayan intervenido presencialmente todos y cada uno de estos funcionarios y el contratista (que incluso puede ser un Consorcio de diversas empresas), reunión por demás tumultuaria incompatible con un acto que se concibe subrepticio, dado que los funcionarios que intervienen en la exteriorización de un favorecimiento en las condiciones descritas resultan numerosos, comprendiéndose, cuando menos, al Alcalde, al Jefe de la Oficina de Programación e Inversión, al Comité de Selección (compuesto a su vez por tres miembros), al Gerente Municipal, al Gerente de Desarrollo, al Sub Gerente de Obras, al Supervisor de la Obra, etc. En lo que, como se reitera, es concebido como un acuerdo clandestino, en dicho sentido creemos que, aunque no todos los funcionarios intervengan activamente del acuerdo realizado con el *extraneus*, bien puede reputarse a los mismos actos de autoría en tanto tengan conocimiento de las circunstancias que motivan el favorecimiento, consientan tal acto y motiven su actuación con base a dicho conocimiento. En términos sencillos, cuando un Comité de Selección otorga la buena pro a un postor porque el titular de la entidad les traslada que ha arribado a acuerdo con este, los miembros del Comité devienen en autores de Colusión, aunque no hayan pactado nada directamente con el interesado. Esta última idea ciertamente, alcanza para sostener que en ocasiones el delito de Colusión puede observar plurisubjetividad en forma de convergencia (66) en forma adicional a la intervención por encuentro (67).

Finalmente, cabe concluirse que, aunque no pueda imputarse la comisión del delito de colusión por omisión impura, la acreditación del concierto puede ciertamente descansar en la verificación de un conjunto de conductas omisivas que revelan la presencia de dicho elemento del tipo objetivo, incluso reiterados pronunciamientos jurisprudenciales han destacado la necesidad imperante de recurrir a la acreditación indiciaria del delito sub examine. Así, Mediante Sentencia de la Sala Penal de Apelaciones de Lima del 11 de abril del 2013, recaída en el Expediente N° 185-2011-7-1826-JR-PE-03 se establece:

“(…) Debe considerarse en la argumentación (…) en cuanto al elemento concertación (…) deriva de la existencia (…) de factores objetivos (…) debiendo considerarse entre otros: - Concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos. - Precios sobrevaluados o subvaluados. - Inexperiencia comercial de los postores. - Plazo de garantía de los postores. - Admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores – respectivamente – a los requeridos. - Celeridad inusitada en los plazos 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 o normas técnicas (…)” (68).

Verificándose que algunas de estas circunstancias, analizadas de modo aislado, cabrían ser calificadas como meras omisiones, dejándose sentado, claro está, que el punto aquí tratado constituye un aspecto procesal (acreditación) que no incide en el aspecto material (tipicidad) del delito (69), cuya consumación implica cuando menos la verificación indiciaria (que podría descansar en una serie de omisiones) de la sucedencia de un comportamiento que es siempre comisivo.

9. Consumación y Tentativa

Siendo coherentes con la posición esbozada hemos de señalar concluyentemente que la tentativa resulta de imposible verificación en la modalidad colusoria que se describe en el primer párrafo del 384°, pues esta sanciona un estadio ejecutivo temprano dentro del *iter criminis*, que, evidentemente, solo cabe ser reprochado ante su proscripción expresa (70). Como se expuso *ut supra*, nos encontramos frente a un Delito de Preparación (71), cuya justificación represiva reside en el significado socialmente perturbador de la conducta. Sobre el particular García Caveró indica: “(…) el castigo de ciertas conductas, como delitos de preparación, se debe a la perturbación social que provocan por la incalculabilidad de los posibles cursos lesivos que puedan derivarse de

las mismas (...)” (72).

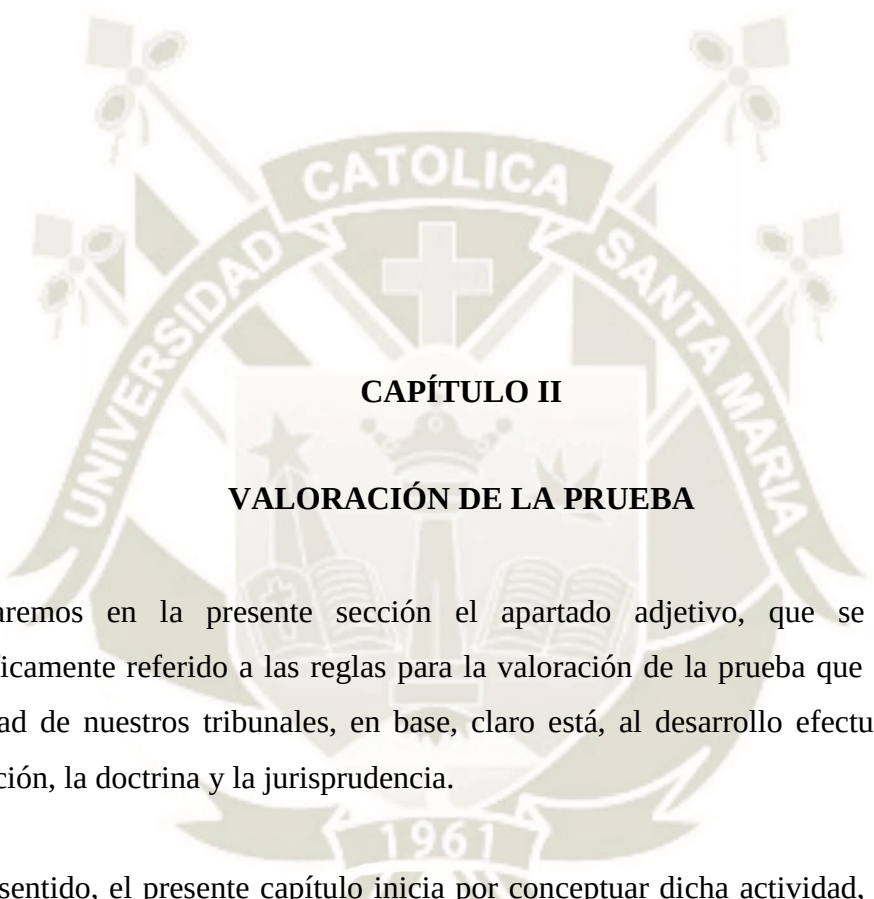
La forma preparatoria del delito se consuma con la mera ejecución de la forma típica, vale decir la verificación del acto de concertación idóneo para defraudar expectativas institucionales, mientras el tipo defraudatorio requiere la objetiva causación de un perjuicio patrimonial motivada en el emprendimiento de un pacto ilegal. Resta decir que en este segundo caso la tentativa resulta perfectamente posible, pues pueden presentarse casos en que pese al despliegue de las acciones ilegales no se concrete un desembolso por parte del Estado que permita reclamar un detrimento en las arcas públicas que agote el injusto. En base a ello se afirma que, según el estadio ejecutivo del plan criminal, la preparación (en fase punible) se sanciona en el tipo base bajo la forma de un delito de peligro abstracto, la tentativa encuentra represión en un estado de ejecución incompleto del segundo párrafo (esta vez en la forma de un peligro concreto) y finalmente la lesión se sanciona como delito consumado en el mismo segundo párrafo (73).

...

Con vista a lo desarrollado, se concluye que el elemento concierto presenta un carácter esencial dentro de la estructura de las dos modalidades colusorias regladas en nuestro ordenamiento, definiendo la configuración del riesgo típico, pues se relaciona directamente al contenido de la materia de la prohibición y engloba el disvalor de la acción presente en los supuestos legislativos.

De otro lado, al haberse explicitado que dicho comportamiento presenta una naturaleza activa o de adscripción, negando la posibilidad de concretar el injusto a través de la fórmula de la omisión impropia (comisión por omisión); empero, haberse reconocido que su podría descansar en la verificación de irregularidades objetivables en el proceso de contratación pública, entre las que no cabe hacer un distingo sobre si constituyen comportamientos activos u omisivos. Ello nos lleva a reconocer cuando menos dos circunstancias, lo problemático que resulta la probanza de este elemento del delito, y la posibilidad de acreditar este mediante fuentes probatorias indirectas.





CAPÍTULO II

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Abordaremos en la presente sección el apartado adjetivo, que se encuentra específicamente referido a las reglas para la valoración de la prueba que orientan la actividad de nuestros tribunales, en base, claro está, al desarrollo efectuado por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia.

En tal sentido, el presente capítulo inicia por conceptuar dicha actividad, para luego realizar un acercamiento a cada uno de los Sistemas de Valoración de la Prueba que han existido históricamente, desarrollando las reglas adoptadas en la praxis judicial para dicha actividad, en particular, respecto a la prueba indiciaria.

Se incluye también el desarrollo de la diferencia entre prueba directa y prueba indirecta, aportando ejemplos que clarifican dicho distingo, finalmente se aborda la descripción de los elementos de la prueba indirecta, en clara referencia al posible enjuiciamiento de su mérito, aspectos indispensables para los fines de la investigación.

1. Generalidades

En un sentido lato el verbo “valorar” implica atribuir o asignar mérito, valor o algún otro tipo de medida a algo en relación a una magnitud determinada, v.g. precio o costo monetario. Así, la acción descrita presupone un objeto de referencia en base al cual se efectuará el juicio ponderativo, confiriendo una finalidad a este. Como resulta fácilmente apreciable, la valoración que se realice por parte de un tribunal, en el séquito de un procedimiento, se encuentra referida o condicionada al hecho alegado por los intervinientes.

Con base a lo antedicho, se afirma que la valoración probatoria es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos. Tiende a determinar cuál es su real utilidad a los fines de la formación de convicción en el juez sobre las afirmaciones que dieron origen al proceso (74).

Siguiendo a Juan Montero Aroca, habría que decir que la valoración de la prueba implica el proceso previo de interpretarla, pues antes de otorgar significancia a cualquier información, no debe quedar duda alguna de su contenido. A modo de ejemplo, determinar la utilidad de un testimonio para la teoría de los actores, requiere que no existan dudas sobre lo que quiso decir el testigo. El autor citado, expone así que la interpretación y posterior valoración de medios, conforman de modo copulativo una operación mental más amplia denominada apreciación de la prueba (75).

En el presente acápite es menester efectuar algunas precisiones indispensables en torno a cómo se asigna significación o eficacia a la prueba, y si existen de estándares, reglas o límites que condicionen dicha interpretación.

2. Sistemas de Valoración Probatoria

Siguiendo un parecer ecléctico, puede decirse que existen dos grandes sistemas de valoración probatoria, el de la Tarifa Legal o Prueba Tasada (Prueba Legal) y el de Libre Convicción (Prueba Libre), siendo que el segundo de dichos esquemas admite aún una sub clasificación, pudiendo distinguirse entre el modelo de Íntima Convicción y el de la Sana Crítica. Además de lo ya mencionado, se sugiere la existencia de un

último sistema valorativo que sería el de la Tarifa Científica, la proposición de esta última tipología parece descansar en la propia evolución del sistema probatorio, el cual ha atravesado diversas fases progresivas, iniciando en una primitiva fase étnica abandonada al empirismo de la impresión personal, y que luego de transitar por las fases religiosa, legal y sentimental (que sería en la que nos encontramos actualmente) desembocará, a futuro, en una fase enteramente científica, en la que los hechos puedan ser explicados experimentalmente sin dejar margen a la duda (76).

2.1. Tarifa Legal o Prueba Tasada

El presente modelo se construye sobre la base de una positivización exhaustiva y detallada del significante de cada medio probatorio, vale decir, que el grado de convicción que genera determinado elemento se halla establecido previamente por el ordenamiento. Esta minuciosa estructura legislativa; sin embargo, deja sin resquicio al razonamiento judicial, lo que desemboca en una rígida actividad probatoria y, frecuentemente, en conclusiones irracionales y divorciadas de la justicia.

Ahora bien, quienes abogan por la vigencia del presente sistema ciertamente reconocen que en sociedades actuales no tienen cabida valoraciones que descansen en la superstición (prueba ordálica) o en un simple catálogo (prueba apriorística); por el contrario, reclaman la inclusión en el ordenamiento de máximas de experiencia legales que condicionen la valoración de determinados actos en base a juicios estandarizados por la usanza y la praxis que deben ser adoptados por el ordenamiento, otorgando seguridad jurídica a los justiciables sobre el mérito que se conferirá a un hecho, siendo esta la comprensión actual de la prueba de tarifa legal.

2.2. Sistema de Libre Convicción

Su planteamiento descansa en conferir mérito a la opinión de quien juzga, humaniza la decisión, pero también la hace subjetiva, se ha asumido a partir del pensamiento iluminista de la revolución francesa, y se ejemplifica con las decisiones que toma un jurado popular; sin embargo, admite dos versiones aplicativas muy diferentes: según la primera de ellas, el juez o jurado, estaría no solo desligado de las reglas de prueba legal,

sino también de cualquier criterio racional de motivación (77). La segunda concepción, aunque admite cierta discrecionalidad en la ponderación, obliga al decisor a expresar las razones de su fallo, veamos separadamente cada una de estas dos expresiones:

A) Íntima Convicción

Este sistema otorga el rol protagónico a la voluntad de quien juzga, asumiendo que dicha declaración íntima debe encontrarse desligada de reglas pre establecidas que condicionen tal apreciación sentimental.

Así, el juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando según su leal saber y entender. Otra característica de este sistema, es la no obligación del juez de fundamentar su decisión judicial, de modo que esto conduciría irremediabilmente a la arbitrariedad; y, por lo mismo, a la injusticia (78).

Aunque suele ligarse, por la naturaleza de su génesis, a un modelo acusatorio puro dotado de tribunales populares, se aplicó también a otro tipo de procedimientos (causas civiles), ámbitos en los que la involución heurística a la que se asocia se hizo todavía más dramática, dada su nula base científica.

B) Sana Crítica Racional

Al igual que el esquema anterior establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquel, que las conclusiones a que se llegue sean el fruto razonado de las pruebas en que se las apoye. Claro que si bien el juez, en este sistema, no tiene reglas jurídicas que limiten sus posibilidades de convencerse, y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La sana crítica racional se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad, pero

respetando, al explicar cómo llegó a ellas, los principios de la lógica, ciencia y experiencia (79).

La otra característica del modelo es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a las que arriban y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas (80).

2.3. Excepciones o Límites Legales a la Libre Convicción

Aunque el principio en cuestión (sana crítica), es reconocido como el dominante en la mayor parte de tratados y manuales elaborados a tal respecto, siguiendo al profesor Michelle Taruffo, caben identificarse límites a su aplicación, los que derivan de dos tipos de normas: a) Las normas de Prueba Legal y b) Las normas que hacen depender el valor de una prueba de la conducta de las partes (81).

- A) Respecto a las Normas de Prueba Legal, al desarrollar la Prueba Tasada, se mencionó que sus defensores actuales abogan por la supervivencia de la norma como parámetro condicionante de la valoración probatoria, en la forma de las llamadas máximas de experiencia legales, vale decir, en la inclusión de estándares provenientes del razonamiento vulgar en dispositivos normativos. La presente excepción descansa sobre dicha premisa, vale decir, la adopción legal de un criterio de experiencia, respecto del cual se asigna mérito a un hecho o acción. Resulta un ejemplo de ello, la presunción de que una reproducción con certificación notarial, constituye copia de un original, documento en el que, según se asume, consta la misma información.

Resulta objetable que una conclusión doméstica o irrefutable tenga que ser incluida en el ordenamiento (los cuerpos caen hacia la tierra, los muertos no firman, etc.), parece un pleonismo regular aquello que forzosamente se hubiere tenido en cuenta, aún con incipiente diligencia, para resolver la lid

judicial; de otro lado, si se trata de circunstancias mutables, que no es posible asumir acríticamente, se concluirá que un imperativo que obliga a tenerlas por ciertas, deviene en obtuso. Esta aparente contradicción no es óbice para la dación de este tipo de normas, por su evidente utilidad práctica, y es que, la regulación de tales supuestos alivia o reduce cuestionamientos baladíes que pudieren presentarse dentro de la tramitación de un proceso, distrayendo la atención del tribunal en la resolución de cuestiones incidentales, constatables en cada arista de la actividad probatoria. A guisa de ejemplo, piénsese en lo engorrosa que se tornaría una causa si se duda de la veracidad de cada inscripción registral o de la autenticidad de cada firma legalizada.

- B) En cuanto a las normas en que el mérito de la prueba pasa a depender de la conducta de la contraparte, se trata de supuestos, ciertamente semejantes a los anteriores, en los que la valoración de un instrumento se encuentra condicionada a que el sujeto contra quien se use no objete o cuestione su veracidad. Como resulta fácilmente perceptible, nuevamente se trata de supuestos utilitarios en los que, a diferencia de lo abordado previamente, no ha sido posible elucubrar una genérica y antiepistémica declaración apriorística de veracidad (o falsedad) de la información en una norma legal, por lo que el contenido no cabe ser asumido de modo acrítico; sin embargo, es admitido a condición de que la parte afectada le reconozca, sin que el tribunal o la ley se detengan en analizar la motivación que podría tener tal complacencia.

Taruffo propone como ejemplos de ello la regulación existente en el código civil italiano, según la cual, una escritura privada constituye prueba si la parte contra la que se presenta reconoce haberla suscrito, o la valoración plena de copias simples no desconocidas por el adversario judicial (82).

3. Reglas para la Valoración de la Prueba por Indicios

3.1. Aproximación

La acreditación del hecho delictivo muchas veces descansa en la probanza previa de sucesos periféricos, *prima facie* tangenciales al evento principal, que permite arribar conclusivamente a un juicio de certeza respecto a la producción del suceso estelar a través de un proceso deductivo, tal circuito acreditativo recibe el nombre de Prueba Indiciaria, siendo cada vez más recurrente en la praxis el sustento de la decisión judicial en dicho constructo lógico.

La comprensión de nuestro Tribunal Supremo de los presupuestos materiales de la prueba indiciaria (necesarios para enervar la presunción de inocencia) se corresponde con el razonamiento contenido en el considerando Cuarto del Recurso de Nulidad N° 1912-2005-Piura, el mismo que posee carácter vinculante conforme al Acuerdo Plenario N° 01-2006/ES V-22. No resulta extraño, así, que las reglas recogidas en dicho considerando hayan sido objeto de réplica en sendos pronunciamientos judiciales, siendo destacable por su notable relevancia, la doctrina jurisprudencial establecida en la Casación N° 626-2013-Moquegua, cuyo fundamento 28 pergeña que a efecto de acreditar el *fumus delicti comissi*, al requerirse la medida coercitiva de Prisión Preventiva, se debe realizar un análisis de suficiencia similar a la de la etapa intermedia del proceso penal y (he aquí lo importante) en caso de que el Fiscal se base en prueba indiciaria, deberán cumplirse los criterios reseñados en la ya mencionada ejecutoria vinculante por pleno (83).

Con base a lo explicitado, corresponde realizar un breve análisis de la Resolución citada, siendo menester, desde luego, referirnos previamente a los conceptos que en ella se insinúan no siempre de modo diáfano, para así perfilar su contenido y alcances con mayor rigurosidad.

3.2. Respecto los Conceptos de Prueba Directa e Indiciaria

En términos bastante latos, es evidente que todo proceso judicial presenta como fin, cuando menos para las partes que en él intervienen, la corroboración de un hecho propuesto que engendra una pretensión amparada por un derecho que asiste al accionante. La particularidad del derecho penal consiste en que, el *ius puniendi* (84) o poder sancionador, no presenta como titular a un ciudadano determinado, sino al propio Estado, no resulta extraño, en dicho orden de ideas, que la facultad de demandar su

ejercicio en los delitos de persecución pública sea monopolizada por el Ministerio Público (85).

Ahora bien, tomando como referencia la Acusación Fiscal como acto postulatorio, veremos que son básicamente dos las hipótesis que el Ministerio Público podría intentar corroborar en un proceso, una se encontrará referida a la sucedencia del hecho inicialmente denunciado, y la otra a la responsabilidad del agente por su producción, tales afirmaciones, constituyen el objeto de prueba (86) de la tesis fiscal. No sostenemos, desde luego, que estos sean los únicos tópicos que quepan ser acreditados en el séquito del proceso penal, en tanto es por todos conocido que una defensa positiva (87) también introducirá sus propios enunciados o proposiciones respecto a los hechos, *verbi gracia* la existencia de una causa de justificación o la presencia de una excusa absolutoria, lo que se pretende es realizar una aproximación sencilla a lo que constituye objeto de prueba en el proceso. Lo dicho no resulta baladí, en tanto, por simple consecuencia semántica, advertimos que la prueba indiciaria constituye una tipología de prueba, dentro de una clasificación orientada, precisamente, en torno a su objeto.

Como se infiere de la locución latina *probatio est demonstratio veritas* (prueba es la demostración de la verdad), el empleo del vocablo prueba impregna un conjunto de actividades humanas que trascienden el ámbito del derecho (88). Por ende la aproximación a dicho concepto para los fines del presente trabajo debe constreñirse a una noción jurídico-penal, a tal efecto, acogeremos por su claridad y pertinencia respecto a nuestro modelo procesal, la definición brindada por el profesor César San Martín Castro, quien indica que se entiende por prueba a la “actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la acreditación necesaria -actividad de demostración – para obtener la convicción del juez decisor sobre los hechos por ellas afirmados” (89). Así, probar implica convencer al juzgador de lo que se sostiene, de allí que la permisión de la prueba de oficio devenga en excepcional – en un sistema de tendencia acusatoria – pues, a través de dicho instituto el juzgador puede suplir a los actores del proceso. Afirmándose en su defensa:

“(...) No es posible pedirle a un juez que renuncie a su necesidad de información, para orientar el proceso cognoscitivo, salvo que se maneje la ideología de que lo importante es dirimir el conflicto, sin que importe si ello se logra sobre la

verdad o sin ella (...)” (90).

Partiendo de lo referido, y en atención a la coincidencia o conexión (91) de lo acreditado en un proceso por las partes y lo que efectivamente se pretenda probar por estas en el mismo, surge el distingo entre “prueba directa y prueba indirecta, circunstancial o indiciaria”. El elemento esencial de esta distinción es la conexión entre los hechos principales en litigio y el hecho que constituye el objeto material inmediato del medio de prueba (92). Recalcándose que dicha tipología se configura respecto al hecho a probar, de allí que acertadamente el profesor Percy García Caverro indique que solo cabría considerarse como prueba directa, en sentido estricto, a aquella que acredite la intervención del procesado en el delito, es decir que no se constriña a la afirmación de la relevancia penal del suceso, sino que afirme, además, la culpabilidad del acusado. El tratadista citado propone el siguiente ejemplo: si se determina que se forzó un contenedor con dinero (que luego se hurtó) con una palanca perteneciente al procesado, ello constituirá una prueba directa-indirecta, en tanto, si bien respalda la configuración de elementos típicos, solo se refiere de modo circunstancial a la intervención del encausado (93). A modo de síntesis, cabe decirse que la prueba directa incidirá plenamente en el hecho objeto de proceso, mientras que la indirecta o indiciaria, buscará llegar a este por el esfuerzo de la razón, con base en datos periféricos y mediante un circuito lógico.

Como emerge de lo dicho, arribar a un concepto de prueba indiciaria presupone hacer referencia a los elementos que le integran o intervienen en su composición (94), pudiendo ser comprendida como aquella en la que el hecho principal que se quiere probar no surge directamente del medio o fuente de prueba, sino que se precisa además del razonamiento (95) que los vincule, constituyendo un método probatorio (96) que requiere de cierta sistemática y estructura.

3.3.Elementos de la Prueba Indiciaria

Nuestra norma adjetiva (Artículo 158° Inciso 3°) no brinda una definición de prueba indiciaria; sin embargo, prevé que la misma requiere:

a) Que el indicio esté probado;

- b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;
- c) Que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

El dispositivo normativo precitado nos aproxima al abordaje de los elementos de la prueba indiciaria, estos son enumerados con mayor claridad en el pronunciamiento del máximo intérprete de la constitución, recaído en el Exp. N° 728-2008-PHC/TC, G. Llamoja Hilares, en el que se expresa:

*“(...) 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 indiciario**, 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 (...)”* (énfasis nuestro) (97).

Tomando como base lo referido, pasemos pues a analizar el contenido de cada uno de los elementos que componen la prueba por indicios.

3.4. El Indicio o Hecho Base

El término indicio proviene del latín *indicium*, que significa indicación, revelación o muestra; tal vocablo se asocia por contenido al verbo *indicare* (señalar con el dedo), que proviene a su vez del término *index* o *indicis*, vale decir señalador, indicador o índice (98). Como lo sugiere la propia etimología el indicio apunta o nos señala algo, constituyendo signo, señal, rastro o huella que sirve para presumir que un acto pudo suceder.

Así, indicio es todo objeto, dato o acontecimiento cierto que tiene relación indirecta con el *thema probandum* (99). Este elemento se refiere a una circunstancia real que, si bien no versa directamente sobre el objeto de la causa, permite arribar a su demostración por un proceso inferencial, se trata pues de un elemento estático que

desencadena en una afirmación consecuencia, a través de un enlace o elemento dinámico (100).

Nuestra Jurisprudencia se ha ocupado también de definir al indicio expresando: “El indicio es algo más que simples sospechas o conjeturas pues están constituidos por datos objetivos, concretos, materiales y plenamente probados, que proporcionan una base real de la que pueda inferirse lógicamente la comisión del hecho delictivo y la vinculación del imputado con el mismo” (101).

En estricta relación con el abordaje del Recurso de Nulidad que motiva el presente trabajo, es menester ocuparnos de dos clasificaciones referidas a este primer elemento de la tipología de prueba analizada:

3.4.1. Clases de Indicio según la relación causal o incidencia

La presente clasificación se estructura o fundamenta partiendo del vigor del indicio, como hecho probado, para erigirse en explicación suficiente del suceso de destino. Así el hecho de que una persona haya sido vista una semana antes de la ejecución de un homicidio saliendo de la vivienda de la víctima del suceso, no permitirá aseverar de modo concluyente que pueda ser autora del hecho, a lo sumo podrá inferirse que frecuentaba al occiso. Esta suficiencia o relevancia causal permite distinguir entre indicios necesarios (denominados también unívocos) y contingentes (102).

Se hablará de un indicio necesario, cuando este solo dato basta para producir convencimiento, en razón de que supone indispensablemente el hecho indicado, por corresponder a una ley física inmutable o a un supuesto de causalidad necesaria (103). Un ejemplo evidente de indicio necesario lo constituye una prueba de ADN, imaginemos que dicho examen demuestra que una menor de 13 años, quien se encuentra en estado de gravidez, espera a un hijo del acusado de ultrajarle, queda claro que este pronunciamiento no constituye prueba directa del acceso carnal sostenido con la gestante, ni mucho menos demuestra quien la sometió al mismo, pero nadie negará que posee apodíctica científicidad a efecto de acreditar, de modo prácticamente unívoco, la existencia de una violación de la indemnidad sexual.

El ejemplo propuesto nos lleva a inferir que el recurso a la prueba por indicios no

significa en absoluto una relajación de los estándares probatorios mínimos, ni implica que tal mecanismo de probanza sea menos riguroso, en tanto, como se advertirá fácilmente, pronunciamientos altamente técnicos como los exámenes periciales generalmente constituirán prueba indirecta, mientras que otros medios de prueba, que quizá gocen de menor credibilidad en nuestra tradición procesal, como los testimonios, suelen ser ordinariamente prueba directa del suceso. Y es que, como apunta Manuel Miranda Estrampes, no existe diferencia ontológica ni de rendimiento entre prueba directa e indirecta, afirmándose únicamente que el proceso inferencial suele más corto en la primera (104).

Prosiguiendo con la presente clasificación. Estos indicios suelen sub clasificarse a su vez en Graves y Débiles (o incluso Muy Débiles), los primeros son aquellos que, dentro del universo de lo posible, constituyen la explicación más probable de la materialización del suceso. Así, si una persona es vista ingresando al domicilio de otra en horas de la noche, portando un arma y al día siguiente el morador de la vivienda amanece muerto por un disparo de bala, concluimos que, si bien muchos pudieron ser causantes de su muerte, es más probable que el responsable del hecho sea quien ingresó al domicilio portando el arma de fuego. Finalmente cabe decirse que los indicios débiles, constituyen adminículos de prueba, generalmente dependen de los primeros y no permiten de modo autónomo sustentar una condena, *verbi gracia*, no basta demostrar que una persona tenía enemistad con otra para concluir que es responsable de su asesinato, requiriéndose la confluencia copulativa de dicho dato con otros para acreditar el hecho de destino, por lo que en su enjuiciamiento suelen ser atacados por los denominados contraindicios (105), es decir por explicaciones alternativas a la propuesta que permiten arribar a una conclusión distinta sobre los hechos.

3.4.2. Clases de Indicio según su temporalidad

La presente tipología se estructura en base a la relación temporal existente entre el hecho base respecto al hecho indiciado, pudiendo tratarse así de indicios antecedentes, concomitantes o subsiguientes, en tanto se trate de hechos probados que se han manifestado de modo precedente, simultáneo o subsecuente al suceso delictivo.

Esta clasificación es abordada con gran precisión por el tratadista Percy García Cavero, quien enumera algunos de los aspectos que pueden ser agrupados en las citadas

categorías indicando que constituyen indicios precedentes los referidos a la ejecución de actos preparatorios, o manifestaciones previas de cometer el delito, son concomitantes las pruebas materiales, huellas, o el propio cuerpo del delito, y finalmente se ejemplifica los indicios subsecuentes con la posesión de objetos del delito, la fuga del lugar de los hechos o la deficiente justificación (106).

En la praxis judicial, existen nutridas sentencias evacuadas por el sub sistema anticorrupción, que han marcado pautas respecto a la acreditación del elemento concertación (107), presente en la redacción de tipo penal de colusión, con base al empleo de prueba circunstancial, situada en uno o más de tales ámbitos temporales, proponiéndose entre los datos objetivos acreditados: la falta de experiencia del postor o el aprovechamiento de escenarios de reducción del control administrativo (indicios precedentes), la inclusión de requisitos excluyentes en las bases o la existencia de comunicaciones entre los concertantes en el momento en que se sitúa el presunto contubernio (concomitantes) y la Obstrucción o entorpecimiento de la investigación, desaparición de documentación o el Cambio en la Situación Económica de los agentes (indicios posteriores).

3.5. La inferencia

Consiste en un razonamiento de enlace fundado o construido con base en una regla proveniente de la experiencia, la lógica o el conocimiento científico que se erige en puente entre el hecho base probado y el indiciado o materia directa del proceso, los sistemas empleados por la lógica jurídica que desarrolla la doctrina son, *mutatis mutandis*, el silogismo categórico; la inferencia inductiva, que incluye la inducción completa, amplificadora, por muestreo, por coligación, residuo, concomitancia y por concordancia - discordancia; y la inferencia transductiva que agrupa a las inferencias por igualdad, desigualdad, homología y simetría (108).

Evidentemente, el recurso a esquemas lógicos no es obligatorio si la inferencia puede construirse tomando como base una regla de razonamiento común, como se aprecia en el siguiente ejemplo:

“(...) A testifica que ha visto a B salir muy presuroso y temeroso de la casa de C

con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que este fuese hallado muerto de una cuchillada (hecho base). De acuerdo a la máxima de la experiencia, quien sale de una casa en estas condiciones, es decir, muy presuroso y temeroso, y con un cuchillo ensangrentado en la mano es porque ha matado a una persona (razonamiento deductivo). Al haber sido hallado muerto C producto de una cuchillada, podemos inferir que B ha matado a C (hecho consecuencia). Esto último es consecuencia del hecho base (...)” (109).

De hecho, habría que explicitar que, aunque algunas veces se dispone de criterios científicamente fundados, esta es una situación marginal, la situación normal está constituida por el uso de las nociones de sentido común en función de criterios para la formulación de inferencias (110). Ello, no implica, en absoluto, que el recurso a razonamientos ordinarios se halle exento de control, en tanto no puede soslayarse al realizar la inferencia, la existencia de otra máxima de experiencia contrapuesta, que pueda gozar de un mismo grado de probabilidad para la explicación del suceso. Las máximas de la experiencia caben ser entendidas como:

“(...) Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los juicios particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos (...)” (111).

3.6. El hecho indiciado

Se presenta como el suceso desconocido que se pretende conocer (112), y cuya producción se busca afirmar en la sentencia, en tanto se erige en aspecto constitutivo del delito. Con dicho elemento se completa el circuito de la acreditación indiciaria, presentando la siguiente secuencia: hecho conocido-inferencia -hecho desconocido.

Respecto al contenido mínimo de motivación respecto a la afirmación del hecho desconocido, el Tribunal Constitucional Español ha pergeñado:

“(...) Si existe prueba indiciaria, el Tribunal de instancia deberá precisar, en

primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios. Es necesario, pues (...), que el órgano judicial explicita no solo las conclusiones obtenidas sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia (...)" (113).

3.7. Contenido Vinculante del Recurso de Nulidad N° 1912-2005

Como se expuso en el introito del presente capítulo, expuestos los elementos nucleares del método probatorio examinado, toca analizar los alcances de las reglas de valoración establecidas respecto al mismo, que son incluidas en la resolución *in comento*, siendo menester indicar, como también se refirió inicialmente, que solo el fundamento cuarto de esta detenta el carácter de vinculante, tal considerando expresa:

"(...) Que, según lo expuesto inicialmente, la Sala sentenciadora sustentó la condena en una evaluación de la prueba indiciaria, sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia; que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, que la prueba por indicios no se opone a esa institución [Asuntos (...) contra Francia, sentencia del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos, y (...) contra Austria, sentencia del veinte de marzo de dos mil uno]; que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico

existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, (a) este – hecho base – ha de estar plenamente probado – por los diversos medios de prueba que autoriza la ley –, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son - y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí –; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos – ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar – pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera –esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe –; que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo (...)” (114).

Como se lectura *ut supra*, existen un conjunto de Requisitos Materiales Legitimadores de la prueba por indicios, acogidos por nuestro tribunal Supremo cuyo contenido pasaremos a perfilar en las líneas siguientes.

3.7.1. El hecho base debe estar plenamente probado

Conforme se tuvo ocasión de reseñar, el indicio se erige en el primer escaño para la construcción de esta tipología probatoria, siendo palmario que tal componente (el hecho base) ha de ser un suceso plenamente acreditado, pues en caso contrario el constructo inferencial no se hallará cimentado, siendo fácilmente enjuiciado por los restantes actores del proceso.

En dicho sentido ha de tratarse de un suceso acreditado y no una conjetura o mera elucubración del Fiscal, dado que resultaría una contradicción obvia, pretender emitir una declaración de certeza construida en base a una simple sospecha (115), como ha tenido ocasión de expresarlo el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia N° 174/1985: “(...) Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades (...)” (116).

Nuestra jurisprudencia ratifica tal comprensión en el siguiente fallo:

“La prueba indiciaria toma hechos acontecidos en la realidad (debidamente verificados), llamados “dato cierto” y, sobre ellos, a través de una inferencia lógica llega a establecer la responsabilidad del encausado en el hecho delictivo”
R.N. N° 2049-2014-Lima, 22 de octubre del 2015 (117).

Como resulta también evidente, la probanza del indicio descansará en medios y actuaciones permitidas por el ordenamiento adjetivo, vale decir dentro del marco de observancia de derechos y garantías, previsto para el desarrollo de la actividad procesal (118). No existiendo óbice para que una misma fuente de prueba corrobore o demuestre diversos indicios, ni para que, *contrario sensu*, un solo indicio, como cualquier hecho en el proceso, se acredite a través de diversas actuaciones (119).

3.7.2. Los indicios deben ser plurales y solo excepcionalmente únicos

Es a todas luces razonable que, ante una mayor cantidad de indicios, la configuración del hecho en los términos evidenciados por estos se acrecienta, de allí que la exigencia de pluralidad de datos periféricos para la demostración del suceso central se torne en ajustado o cabal; sin embargo, como también lo reseña el presente criterio, lo relevante no siempre será su número sino su capacidad indicativa (120).

La presente regla de valoración se asocia pues a la ya expuesta tipología causal de los indicios, la misma que permite realizar el distingo entre indicio necesario y contingente, en atención a su idoneidad de ser considerados como causa o condición del hecho de destino. Tal clasificación es ejemplificada en el siguiente pronunciamiento de la Corte Suprema:

“El que un encausado mienta para excluir toda sospecha en su contra no es un indicio necesario o, mejor dicho, grave y suficiente de que cometió el delito imputado -el indicio de mala justificación siempre es de carácter contingente-. El indicio de móvil es también complementario, pero aisladamente no es suficiente (...)” (121).

Elucidado ello, creemos que es necesario realizar dos breves precisiones, respecto a la comprensión del criterio indicado, que se desprenden de su propio tenor, en primer término cabe afirmarse que la exigencia de pluralidad de indicios, no se extiende al supuesto de existencia de un indicio unívoco o necesario, vale decir, la presente regla rige o alcanza solo a indicios contingentes, de allí que se admita en el mismo enunciado que excepcionalmente, y en mérito a su particular vigor acreditativo, pueda probarse un hecho con base en indicio único. Se precisa que el indicio necesario excluye incluso a los contraindicios, como fluye de la Sentencia recaída en el Exp. N° 517 – 2009:

“(...) El acusado Trujillo Ospina, (...) reconoce haber dado muerte a la agraviada Miriam Fefer Salleres, afirmación que se encuentra corroborado con el Dictamen Pericial de Biología Forense – ADN N° 001/0731 (...) y el Dictamen Pericial de Biología Forense – ADN N° 301/0932 , que concluye que el perfil genético del acusado Trujillo Ospina, es compatible con las manchas de sangre encontradas en los elementos antes descritos; por lo que se encuentra acreditado que fue el acusado Trujillo Ospina quien causó la muerte de la agraviada por estrangulamiento (...)” (122).

Así, en el caso citado los dictámenes de ADN, excluyeron otros datos periféricos como falta de violencia en cerraduras o el estrangulamiento como causa de muerte, que no permitían inferir que un sicario podía ser autor del suceso.

Un segundo tópico, se refiere a que, aun tratándose de indicios contingentes, dicha pluralidad resultará exigible solo en el caso de que la probanza del objeto del proceso descansa exclusivamente en prueba indirecta. Pues de contarse con prueba directa del suceso, un indicio único, pese a su contingencia, puede ser compulsado (copulativamente desde luego) con la prueba actuada, pudiendo convertirse en un

elemento de refrendo que otorgue verosimilitud a alguna versión.

Lo dicho encuentra correspondencia con el contenido del Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, en el que se exponen las reglas de credibilidad o certeza para la valoración del testimonio del co encausado y testigo único, indicándose, respecto al primero:

“(…) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador (...)” (123).

3.7.3. Los indicios deben ser concomitantes al hecho a probar

Como se tuvo ya ocasión de señalar, son indicios concomitantes aquellos que presentan simultaneidad con el suceso objeto de prueba (hecho de destino), en una clasificación elaborada en torno al momento temporal del indicio respecto de este.

Dicho paralelismo temporal, como es obvio, no se podrá predicar respecto a todos los indicios, y la lectura aislada de la presente exigencia podría llevarnos a privar de valor a datos objetivos que carezcan de tal condición. A modo de ejemplo, imagínese que, en el escenario de acreditación de un homicidio, se logra demostrar que la pareja sentimental del occiso, salió del país en la fecha discriminada como data de muerte, pero antes de hallarse el cadáver o incoarse denuncia al respecto. Sin duda, se concluirá, con base en la experiencia, que ello constituye un indicio de que tal persona podría haber tenido participación en el hecho de sangre; sin embargo, tal dato probado resulta posterior al suceso indagado, por lo que, asignar una comprensión literal a la regla analizada, convertiría este dato en inocuo para el circuito probatorio.

Además del nítido ejemplo citado, existen indicios que pese a su apodíctica notoriedad no resultan simultáneos al suceso delictivo, *verbi gracia*, la condena del encausado por un hecho anterior en el que se empleó una modalidad delictiva exactamente igual, la existencia de un móvil o motivo evidente para ejecutar el crimen, o hasta la posesión de elementos empleados para la ejecución del delito o conseguidos a consecuencia de su perpetración. Repárese que, en el último de los casos, de existir una relación de breve

temporalidad con el suceso (dentro de las 24 horas), tal circunstancia encarna un supuesto de flagrancia presuncional; pero, paradójicamente, de discurrir un cortísimo lapso luego de vencido ese término, tal hallazgo carecería de relevancia, pues se trata de un dato posterior al que constituye objeto de prueba, es decir, de un indicio subsecuente (124).

Habiéndose ejemplificado la aparente incoherencia de exigir concomitancia para la valoración de los indicios, cabe compartirse la opinión esbozada por el profesor Percy García Cavero, quien explicita que este requisito debe ser entendido como concordancia, lo que guarda relación con el carácter plural de los indicios (125), en tanto los mismos no deben excluirse entre sí, sino armonizar unos con otros. Lo dicho no constituye una incoherencia semántica, en tanto el término concomitancia, incluye entre sus acepciones concurrencia y relación, vale decir que el vocablo es usado en términos latos, para referirse a una característica exigible a los indicios y no estrictamente en alusión a una clase o tipo de estos.

3.7.4. Los indicios deben interrelacionarse entre sí.

Finalmente, además de requerirse que los indicios contingentes sean plurales, estos deben presentar un entramado que les respalde entre sí, pues se afirma que su fuerza no emana de su número o adición sino de su imbricación (126).

El presente requisito no hace más que complementar el ya mencionado carácter concordante de los indicios, en tanto la estructura inferencial que se construya debe apuntar a una misma conclusión (127), pues en caso contrario se podrá argumentar la existencia de una explicación alternativa que ponga en duda la materialización del hecho.

3.7.5. Razonabilidad de la Inferencia

Como se señaló previamente el presente elemento de la prueba importa el establecimiento de un razonamiento deductivo tomando como base una regla proveniente de lógica, ciencia o sentido común, sobre dicho respecto nuestros tribunales destacan, primero, la necesidad de dejar establecido qué regla ha sido la empleada para realizar el constructo inferencial, así: “(...) se exige que se haya

explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y su hubiera varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos (...)” (128). Discriminada la regla empleada, se exige luego que la conclusión que se desprende de ella resulte adecuada, para afirmar la ocurrencia del hecho de destino, mostrando coherencia a nivel discursivo, pues de no ser así, cualquier conclusión delirante sería invulnerable, convirtiéndose así en una paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada (129).

A modo conclusivo cabe señalarse que la deducción ha de ser propuesta por el ofertante del medio probatorio, constituyendo el enjuiciamiento de su razonabilidad, aspecto nuclear del contradictorio, no siendo de recibo la aparición sorpresiva de inferencias no debatidas por las partes en la resolución judicial, vale decir aportadas por el propio juez al margen de la actividad de los actores, pues ello socavaría las bases mismas del sistema procesal.

Con vista al tratamiento realizado en la presente sección cabe concluirse que, conforme sugiere el desarrollo actual de la doctrina, el sistema de valoración de la prueba más apropiado es el de la Sana Crítica, en tanto se aparta de rígidos esquemas que cuantifican previamente y de modo pormenorizado el vigor probatorio de cada medio; sin embargo, aún se encuentra sujeto, por razones utilitarias a máximas establecidas formalmente que pueden condicionar el mérito de determinada actuación.

Como consecuencia de ello, cabe concluirse que la valoración de la prueba indirecta, se encuentra sujeta también a determinadas reglas establecidas por jurisprudencia vinculante. Idea que no puede perderse de vista durante el desarrollo de la presente investigación, pues, es sobre la base de dicha comprensión que se realiza la ponderación de los datos indiciarios, los que, conjuntamente con la prueba directa, permiten la probanza de determinado elemento típico, como es el caso de la concertación.



CAPÍTULO III

VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE COLUSIÓN

Teniendo en cuenta que el estudio que compone el presente trabajo importó realizar un diagnóstico sobre la valoración de medios probatorios realizada por los tribunales competentes para administrar justicia en casos de corrupción, la muestra idónea para facturar dicho análisis estuvo constituida por los pronunciamientos evacuados por los propios tribunales, en tanto constituyen documentos inmutables y objetivos que condensan la praxis del derecho vivo, detentando, adicionalmente, especificidad respecto al objeto indagativo, cuestión que no podría alcanzarse sirviéndose de otro tipo de muestras que, aunque ciertamente contengan información relevante, como entrevistas o encuestas, no hubieren alcanzado el rigor requerido a efecto de formular conclusiones.

Ahora bien, tratándose de objetos de la naturaleza de los escogidos como muestra, la técnica empleada para su estudio fue el análisis documental interno o de contenido, pues el soporte o carácter externo de las sentencias resulta irrelevante para los fines de estudio, habiéndose empleado como instrumento una Ficha de Análisis que permitió acceder a los tópicos determinantes del pronunciamiento en referencia a la información

indispensable para el estudio, como el detalle de la prueba ofertada para acreditar el elemento del delito (concierto) y el mérito conferido a esta por el tribunal, incluyendo, además la conclusión expresada luego de la compulsación copulativa de los medios actuados.

Es menester expresar que el instrumento que posibilitó la extracción de datos se encontró validado por especialistas en el sector, en este caso magistrados del Poder Judicial, partiendo de la perspectiva que son precisamente los Jueces de Juzgamiento quienes, por la propia praxis, elaboran sentencias y poseen experticia en la valoración de medios prueba al hallarse en connubio cotidiano con dichas labores, aspecto que redundará en respaldar la acuciosidad del análisis realizado.

1. La Probanza del Concierto en la Praxis Judicial

Las reflexiones y datos que seguidamente se desarrollan se orientan a absolver el contenido de la primera interrogante de la investigación, esta primera aproximación nos permitirá describir las tipologías probatorias a las que recurren los Tribunales para la demostración del elemento característico del delito de Colusión, así como explicar las razones de la preminencia de una sobre otra en función de los resultados y conceptos desarrollados en los capítulos precedentes.

La importancia de la cuestión planteada no es en absoluto baladí, de hecho, ordinariamente las decisiones y la propia labor judicial son objeto de crítica en torno al caudal probatorio requerido para la expedición de una sentencia firme, la opinión pública sanciona así la azarosa actividad procesal prejuzgándola de letárgica e ineficaz. Una pregunta, sin embargo, condensa de modo sincrético el clamor colectivo: “¿Qué exigen nuestros tribunales para estimar como probado el delito?” Evidentemente, el desarrollo del presente punto se enfoca solo en el tipo de medios probatorios requeridos por los tribunales del Sub sistema Anticorrupción, para arribar a una convicción de certeza “más allá de toda duda razonable” en torno a la perpetración del acto de contubernio, que nos hemos ya ocupado de definir como sustancial para la probanza del delito de Colusión.

Sin ánimo de redundar, es menester expresar que, ordinariamente, en la expresión de nuestra praxis judicial el asunto verdaderamente controvertido en torno a la sustanciación de un proceso por el delito de Colusión radica en demostrar que existió tal concierto entre las dos partes de un negocio u operación pública, lo que resulta evidente, en tanto, en el seno de un juicio oral difícilmente se rebatirá la posición de sujeto activo demandada por el tipo especial o la existencia de la operación o contrato al que se refiere el acuerdo clandestino. Se trata de elementos que suelen presentar una comprobación sencilla, y de no verificarse en el caso concreto, usualmente motivan el archivo de la causa en etapa preliminar o la postulación de una excepción perentoria.

Así las cosas, y en atención a las tipologías probatorias existentes, la conclusión en juicio de la materialización del acto de concertación se reduce a la probanza directa de este o a la demostración de otros hechos periféricos que nos permitan concluir su producción, aspecto que sincretiza la distinción entre prueba directa e indirecta.

Con base en lo expuesto y tomando en cuenta los resultados obtenidos tras el análisis de las resoluciones que constituyeron la muestra del presente trabajo, se verifica que los tribunales han recurrido mayoritariamente a la prueba indirecta o indiciaria para concluir la probanza del hecho. En tal sentido, a nivel cuantitativo se tiene que, no ha existido un solo expediente en que se haya recurrido exclusivamente a prueba directa para acreditar el hecho, mientras que existe un porcentaje de pronunciamientos en los que se ha estimado como probado el acuerdo meritando copulativamente medios de prueba directos e indirectos.

Tabla N° 2 – Expedientes en que la Condena Importó el Mérito de Prueba Directa

N°	Expediente	Tipo de Prueba
1	468-2014 Sentencia del 20/01/2017	Confesión de uno de los intervinientes (de un total de 6) y documentales que corroboran esta, específicamente Cheques que acreditan la entrega de un soborno que alcanza el 10% del monto del contrato, en favor del Presidente del Comité Especial.

2	171-2012 Sentencia del 31/03/2017	Testimonio de Colaborador Eficaz, avalado por actos de corroboración, entre los que destaca la existencia de pagos adelantados al contratista, es decir previos a la conformidad.
3	055-2012 Sentencia del 31/01/2018	Testimoniales de los Beneficiados respecto a los que se emitió Sentencia de Conformidad -Testigos Impropios- compulsadas con 6 indicios (3 para cada contrato), entre las que destaca la existencia de Cotizaciones aportadas por Empresas ajenas al rubro requerido como fuente para la determinación del valor referencial
Un total de 03 Fallos Condenatorios		

Fuente: Sentencias en mención

Elaboración: Propia

Un dato importante es que los únicos medios de acreditación directos, a los que se ha conferido valoración positiva en las resoluciones revisadas, se refieren a prueba personal (examen de otros encausados o testigos impropios), habiéndose establecido, por nuestra Corte Suprema, mediante el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, reglas de credibilidad para el mérito de estas versiones, aspecto del que emergería la necesidad de su valoración conjunta a elementos periféricos, así:

“(...) Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, (...) corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad (...): a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación (...), se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad. b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias (...) que consolide su contenido incriminador. c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso (...)” (130).

Debemos ser reflexivos en torno a lo descrito, pues dentro de la exposición realizada en el Capítulo II, se tocó el tema de las excepciones al Sistema de Valoración Probatoria

sujeto a la Sana Crítica, vale decir supuestos en los cuales el mérito de determinada prueba se encuentra, obligadamente, condicionado por la Ley o por la conducta de las partes. Así, el citado Acuerdo Plenario introduce condicionantes que se ajustan al primero de dichos supuestos a nivel material, más no formal, pues no se traduce a norma positiva. De hecho, no contenido no obedece, sino, a la sistematización de criterios provenientes del razonamiento vulgar. Así, quien mantiene enemistad con el procesado probablemente mienta, también realizará lo propio quien busca salir exculpado a costa de otro, no es creíble el testimonio ausente de toda corroboración, ni el de quien ha variado significativamente su versión. La aplicación de estas reglas operativas se ve reflejada en la muestra, pues en ninguna de las tres sentencias en que se ha expedido en fallo con base en declaraciones de testigos impropios, se ha meritado tales versiones al margen de una comprobación indirecta.

De otro lado y como elemental consecuencia de lo vertido, emerge que en la mayoría de la muestra revisada se ha probado la existencia de concertación recurriendo exclusivamente a datos periféricos.

Tabla N° 3 – Número de Indicios Probados que han fundamentado una Condena

N°	Expediente	Cantidad de Indicios Probados
1	254-2014 Sentencia del 11/01/2017	4
2	211-2013 Sentencia del 22/02/2017	4
3	075-2014 Sentencia del 07/12/2017	4
4	465-2014 Sentencia del 21/03/2018	2
5	010-2015 Sentencia del 28/03/2018	4
6	160-2013 Sentencia del 20/04/2018	2
7	053-2014 Sentencia del 12/07/2018	3
8	423-2014 Sentencia del 15/08/2018	4

9	146-2013 Sentencia del 29/08/2018	5
Un total de 9 Sentencias		

Fuente: Sentencias mencionadas

Elaboración: Propia

El consolidado antecedente elucida de modo categórico que el aspecto cuantitativo, no incide directamente en la probanza del elemento concierto, esto es, no hace predecible el sentido de la decisión cuando menos, según lo visto hasta el presente punto, a efecto de fundamentar una condena, pues ciertamente se podría pensar que se alcanzará ello en tanto se cuente con más de un hecho indicador, de hecho, si se hubiere constatado lo contrario (condena en base a un elemento probatorio indirecto) tendríamos, tempranamente, que admitir la definición judicial de un indicio necesario del acto de contubernio.

Se atisba también, siempre a nivel numérico, que el umbral probatorio para vencer la presunción de inocencia, no pareciera ser demasiado alto, pues en ninguno de los casos el tribunal ha tomado en cuenta más de cinco datos periféricos, debidamente probados claro está, para concluir la existencia del pacto antijurídico. Se recalca que las presentes reflexiones se realizan soslayando aspectos cualitativos, vale decir, sin detenernos en analizar, respecto a la prueba indirecta, el tipo de manifestación exterior a la que se encuentran referidos y su valor inductivo.

Recapitulando, se tiene que:

- ☐ Dentro de la muestra analizada, existen un total de doce sentencias condenatorias (por el delito de Colusión), habiéndose actuado prueba directa para respaldar la decisión únicamente en tres ocasiones, en todos estos casos se trató de prueba personal, concretamente declaraciones.
- ☐ En estas ocasiones el Ministerio Público, además de las declaraciones en mención, tuvo que actuar medios probatorios dirigidos a la construcción de prueba indirecta o circunstancial.
- ☐ Así, cabe decirse que en todas las sentencias condenatorias revisadas la decisión ha incluido el mérito de prueba indirecta, y en nueve de tales casos se ha recurrido exclusivamente a esta para la probanza del elemento concertación.

Con base en lo pergeñado se verifica que, en las Sentencias condenatorias expedidas por los órganos jurisdiccionales de la capital de la República durante los años 2017 y

2018, la probanza del pacto colusorio descansa, casi en exclusividad, en la prueba por indicios.

2. Datos insuficientes a efectos de acreditar el elemento concierto

Dentro del proyecto de investigación se estableció que en el presente punto se discriminaría que elementos no poseen el vigor suficiente para acreditar el elemento típico nuclear del delito de colusión, con independencia de su clasificación como medios de prueba directos o indirectos; sin embargo, siendo coherentes con el desarrollo incluido en el acápite previo, y habiéndose verificado que los únicos medios probatorios directos actuados en los procesos incluidos en la muestra son declaraciones, queda claro que la sola postulación aislada del testimonio de un Colaborador Eficaz o Testigo Conformado, siempre será considerada prueba insuficiente en tanto no cumpla con los requisitos de credibilidad perfilados por nuestra Corte Suprema, los que incluyen precisamente en la existencia de medios acreditativos complementarios. Por lo que cabría decirse que la prueba testimonial (directa) proveniente de los órganos enunciados siempre deberá encontrarse asociada a otros elementos, cuestión que nos lleva a cuestionar su autonomía.

Con la precisión vertida, nos ocuparemos de la identificación de aquellos datos (indicios) propuestos dentro de la acusación fiscal y actuados en el séquito del juicio oral, que, pese a no encontrarse rebatidos, han resultado insuficientes a efecto de acreditar el riesgo típico dentro de las Sentencias objeto de análisis.

Si bien, dentro de la muestra analizada se cuenta únicamente con tres fallos desestimatorios de la pretensión punitiva, cierto es que también se cuenta con condenas parciales que han realizado una discriminación de hechos (a nivel de datos indicadores) atribuibles a uno u otro obligado institucional, concluyendo que las manifestaciones del contubernio clandestino no caben reconducirse a determinados agentes, excluyéndoles de responsabilidad por este delito. No se comprenden en el presente punto las condenas parciales que, en su extremo absolutorio, se cimentan en la falta de núcleo atributivo (imputación concreta) o ausencia de otro elemento presente en la descripción objetiva al margen del concierto de voluntades.

Tabla N° 4 – Cantidad de Indicios Probados que no han permitido acreditar Concertación

N°	Expediente	Detalle	Indicios Probados
1	211-2013 Sentencia del 22/02/2017	Se refiere a cuatro hechos, dos alcanzan condena por Colusión, y otros dos solo por Negociación Incompatible	3
2	171-2013 Sentencia del 31/03/2017	Condena parcial, el presente análisis se centra en la absolución del Ex Ministro del Interior Juan Briones Dávila	2
3	061-2012 Sentencia del 09/06/2017	Se emite condena por el delito de Negociación Incompatible, indicando que no se acreditó concertación	2
4	351-2014 Sentencia del 30/10/2017	Sentencia Absolutoria en todos sus extremos	4
5	022-2013 Sentencia del 01/02/2018	Sentencia Absolutoria en todos sus extremos	3

Fuente: Sentencias mencionadas

Elaboración: Propia

Con vista a la información consolidada y su contraste con la Tabla precedente, se concluye que no existe un estándar probatorio cuantitativo en la valoración de los Tribunales incluidos en el universo objeto de estudio respecto a la probanza del acto de contubernio, vale decir, que la cantidad de hechos ofertados por el ente acusador a efecto de solicitar una pena no genera ningún tipo de predictibilidad en torno al sentido de la decisión luego del plenario.

Evidentemente, las razones esgrimidas por los tribunales se concentran en la calidad del dato ofertado por el Ministerio Público, y su valor inductivo para evidenciar el pacto clandestino, si bien dentro de la muestra se ha detectado un variopinto bagaje de datos periféricos, debemos, en primer orden, discriminar a los hechos inocuos, vale decir aquellas circunstancias que no presentan ningún carácter anómalo y que en ningún supuesto servirán, de modo autónomo, para concluir la probanza del hecho de destino. La postulación de estos hechos, en opinión propia, solo cabría ser tomada en cuenta como indicativo débil, vale decir dato de soporte que imposibilita construir una

inferencia razonable en solitario, sin concatenarse a otros datos de mayor vigor. Ello cabría ejemplificarse con el caso del indicativo de permanencia en el país de un procesado durante la perpetración de un robo, este suceso, por sí mismo, no permite concluir de modo coherente que dicho involucrado es autor del hecho si no se concatena o amalgama a otros, como el hecho de ser extranjero y que se no pueda establecerse un motivo legal para su visita, contar con antecedentes en su país por la comisión de hechos similares, su salida de nuestro territorio horas después de los hechos, el abandono de pertenencias en su hospedaje, u otros más específicos, como ser captado por cámaras de seguridad en las inmediaciones del lugar del hecho en hora coincidente, entre otros.

Circunstancias de caracteres similares a las descritas son las que se han verificado en los Expedientes N° 171-2013, N° 351-2014 y N° 22-2013, en los que concretamente se ha verificado la sujeción de los sujetos indiciados a su rol funcional, sin objetivarse la existencia de actos irregulares, de hecho datos como: la emisión de la Resolución Ministerial que aprueba la buena pro o autorizar la suscripción de un contrato, no implican en absoluto el quebrantamiento de deberes institucionales, sino por el contrario la satisfacción de estos en el tracto cotidiano, por lo que, no solo resultan inocuos a fin de acreditar el ilícito que nos ocupa, sino cualquier otro riesgo que la norma desvalora, en estricta sujeción a los parámetros de la imputación objetiva, como el principio de confianza o la prohibición de regreso.

La situación resulta completamente distinta cuando toca hacer referencia a lo contrastado en las causas restantes (Expedientes N° 61-2017 y N° 211-2013), en estos casos, además de haberse dictado una condena únicamente por delito de negociación incompatible, se ha estimado como probados a datos que, como veremos más adelante, bien cabrían ser estimados como indicadores de la calificación jurídica que nos ocupa, esto es el delito regulado en el artículo 384°. Dada la excepcionalidad de la valoración de los tribunales y dado que solo se trata de dos procesos, abordaremos de modo autónomo a cada uno de estos.

En primer término, queremos hacer referencia a la Sentencia emitida el 09 de junio del 2017 en el Expediente N° 61-2012, en el caso descrito el Juzgado Unipersonal concluye la probanza de los dos aspectos evidenciados por parte del defensor de la legalidad durante el séquito de la investigación preparatoria, los que consistieron concretamente,

en que el funcionario procesado solicitó y promovió las dos contrataciones (AMC N° 85-2007 y N° 99-2007) materia de encausamiento (una de modo documental y la otra verbal), y que se verificó la existencia de coordinaciones con el interesado (contratista) no solo de modo previo a solicitar esta (requerimiento), sino también de modo posterior a efecto de tramitar su pago.

“62.1. (...) El acusado (...) fue el propulsor de la contratación de una persona para el tema de archivo central en Cenfortur, al haber emitido el informe 17-2017 (...) la testigo (...) Directora de la Escuela Superior de Turismo Cenfortur, aseveró en juicio que hizo la petición sobre la formulación de un Reglamento académico (...) a petición del acusado (...) quien le solicitó dar trámite al mismo por ser una necesidad para la institución (...) 62.4. (...) dicho acusado no podía ser el usuario o requiriente del servicio puesto que (...) no tenía autoridad ni dependencia a la cual afectarse el desembolso por los servicios solicitados; de lo que se tiene que si bien participa en los mismos, desde una perspectiva no formal; ello no es suficiente para sustentar que los actos previos concomitantes o posteriores al procedimiento de las dos AMC, tenía la posibilidad de concertarse con el proveedor del servicio (...) ello al margen de que efectivamente se prueba conexión previa al servicio de dicho acusado con el proveedor, avisándole sobre el requerimiento de los mismos, le perfil requerido, coordinaciones para su presencia en Cenfortur, y aun poniéndole en conocimiento del trámite para el cobro de los cheques respectivos (...)”.

En tal sentido, como se extrae de lo glosado, si bien el juez de conocimiento, concluye que las coordinaciones realizadas previamente con un potencial postor y la solicitud o pedido de que se realicen estas contrataciones, develarían direccionamiento en lo requerido, pues se conjetura que se solicitó aquello que el aspirante a proveedor podía ofertar, ello no coloca al involucrado en el proceso selectivo en estricto, de hecho el colegiado conformado a tal propósito pudo, perfectamente, decidirse por otra propuesta. Aun cuando lo vertido aparente cierta lógica, debemos, no obstante, discrepar de lo concluido, pues, conforme ya tuvo ocasión de desarrollarse en el Capítulo primero del presente estudio, el acto de contubernio puede objetivarse en cualquier etapa del proceso de selección, lo cual incluye la fase previa o preparatoria, la que comprende materialmente el intervalo temporal en que se habrían concretado los

actos descritos. De otro si se considera que el procesado carecía de facultades para intervenir el proceso de contratación pública, tampoco hubiere resultado posible imponérsele condena por el delito de Negociación Incompatible, circunstancia que apareja forzosamente un error de motivación a nivel interpretativo en la resolución descrita.

Finalmente, toca ahora hacer referencia al contenido de la Sentencia del 22 de febrero del 2017, emitida en el Expediente N° 211-2013, dicho proceso se relaciona a un total de cuatro hechos, dos de los cuales alcanzaron sanción al tenor del delito de Colusión y los restantes merecieron condena por Negociación Incompatible. La particularidad del caso estriba en que la única diferencia entre los dos grupos de sucesos radica en la probanza de un indicio adicional, el que consistió en la prestación antelada de los servicios (ejecución previa al contrato), contándose, por lo demás con exactamente los mismos otros tres (3) indicios, los que consistieron en: a) el fraccionamiento o división de los servicios de los cuatro servicios en montos inferiores para evadir el proceso selectivo correspondiente por razón de cuantía; b) la inexistencia de cotizaciones adicionales a las brindadas por los beneficiarios; y c) detección de inconsistencias entre la data de expedición de las cotizaciones aportadas por estos en torno a las solicitudes o requerimientos de contratación, concretamente se cotizó el mismo día o incluso antes de que se formule por escrito una necesidad.

El desarrollo pormenorizado del contenido de dichas irregularidades se halla reservado para las secciones siguientes; sin embargo, es menester expresar en el presente punto que, a tenor de la valoración incluida en la sentencia citada, indicativos como los aludidos, vale decir, fraccionamiento, inconsistencias en la fecha de expedición de documentos y ausencia de cotizaciones de otros postores, no son indicadores unívocos del pacto antijurídico, el cual no ha podido establecerse ni siquiera luego de su mérito copulativo, descartándose que quepan considerarse como indicadores muy graves o necesarios con miras a la probanza del delito regulado en el artículo 384° del Código Penal.

3. Individualización de los Indicios propuestos para estimar la existencia de un concierto para defraudar al Estado o por medio del cual se haya defraudado al Estado

Constituye correlato de lo tratado hasta ahora, la discriminación de los sucesos o circunstancias periféricas al núcleo atributivo que han permitido arribar conclusivamente a la producción del enunciado imputado.

Si bien los hechos corroborados pueden haber sido enunciados o denominados de modo distinto dentro de la argumentación del juzgador, ciertamente pueden identificarse datos que se encuentran referidos a la constatación de circunstancias análogas, por ende, dejando de lado objeciones semánticas, corresponde agrupar a estos en rubros comunes en tanto se refieran a la verificación de situaciones afines. Conviene también elucidar la oportunidad en que se verifican o manifiestan estos hechos, dentro de las etapas generales de un proceso de Contratación Pública.

Así, de la revisión de la muestra objeto de estudio, centrándonos únicamente en los aspectos efectivamente probados en el séquito del proceso y relacionándolos con el momento o estadio del procedimiento contractual en el que suelen manifestarse, se tiene el siguiente cuadro de hechos indicadores:

Tabla N° 5 – Indicadores del Contubernio y Momento de su Manifestación

Fase de Planificación o Actuaciones Preparatorias:	Fase de Selección	Fase de Ejecución
Esta etapa se encuentra referida a la Preparación del Proceso e incluye desde la elaboración del Plan Anual de Contrataciones (PAC), hasta la aprobación de las bases	Esta etapa comprende desde la Convocatoria, hasta la suscripción del contrato incluyendo el acto de Buena Pro	Estadio referido al cumplimiento de la prestación

- Indevida alegación de una situación de emergencia. - Fraccionamiento en los requerimientos de bienes o servicios. - Requerimientos imposibles, sin respaldo en una necesidad real o sumamente vagos, se incluye el caso de Obra no contemplada en el PAC. - Inexistencia de cotizaciones para determinar el valor referencial, estas no se solicitaron, resultan ser falsas o se hallan emitidas por postores ajenos al rubro, se incluye el caso de la solicitud cursada con la denominación de la Empresa.	- Otorgamiento de la buena pro a un postor que no cumple los requerimientos mínimos expresados en las bases o se encuentra impedido de contratar. - Asignación indebida de puntuación al ganador o calificación en perjuicio de otro postor. - Selección Frecuente de un mismo postor o núcleo de Empresas de un mismo accionariado; o verificación de una situación de exclusividad, es decir que el postor trabaja siempre con la misma entidad. - No presentación de la documentación exigida para la firma del contrato.	- Ejecución antelada del objeto contractual o pagos antelados - Otorgamiento de conformidad sin la recepción de bienes o prestación del servicio, que incluye la admisión de bienes de menor calidad a la pactada. - Omisiones en el cobro de penalidades y moras
- Hechos Verificables en cualquier etapa o a lo largo estas: • Concentración de facultades decisorias en el agente público que interviene en el concierto. • Comprobación de comunicaciones entre presuntos concertantes o demostración de que se frecuentaron. • Inconsistencias en la data de expedición o recepción de la documentación • Empleo de instrumentos de contenido mendaz con complacencia de los interesados. • Cobro de Sobornos.		

Fuente: Contenido de la Muestra

Elaboración: Propia

4. Desarrollo y Análisis de los Indicios detectados dentro de la muestra

En el presente acápite corresponde describirse en qué consisten, en términos generales, cada uno de los hechos empleados para concluir la probanza del concierto. Se precisa que, las definiciones legales que se brinden se ajustan al contenido de la legislación vigente en materia de Contratación Pública, vale decir al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225) del 13 de marzo del 2019 y al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado D.S. N° 344-2018-EF, publicado el 31 de diciembre del 2018; aunque, su valoración en los casos objeto de muestra, necesariamente se sujetó al contenido de normas que en la actualidad ya se hallan derogadas.

4.1. Indebida Alegación de una Situación de Emergencia

El TUO de la Ley de Contrataciones del Estado autoriza en su artículo 27° a la Contratación directa (o sin proceso) de bienes y servicios ante la verificación de una situación de emergencia, extrayéndose de su tenor:

“(…) Excepcionalmente, las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor (...) Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud (...)” (131).

En la medida en que la alegación indebida de una situación de emergencia, importa la elusión injustificada de la convocatoria a un proceso de selección, es evidente que el motivo de ello podría relacionarse a la búsqueda de una relajación de los estándares de control implementados para la ejecución del gasto público, que permita la contratación de un postor con quien exista un pacto previo.

En la Sentencia del 11 de enero del 2017, recaída en el Expediente N° 254-2014 se expresa:

“(…) 11.7. Se tiene por acreditado, que con fecha 22 de mayo del 2012 se habría vencido el plazo del contrato de alquiler que tenía la UGEL 03 y debían de devolver el inmueble arrendado, siendo el caso que el propietario del mismo les requirió formalmente la devolución del inmueble (...) Se tiene por acreditado, que los acusados (...) tenían perfecto conocimiento que el contrato de arrendamiento suscrito (...), vencía el 22 de mayo del 2012; por tanto ellos debieron preveer (sic) con anticipación el alquiler de un nuevo local (...)”

11. 9. Se tiene por acreditado, que al ser previsible la entrega del inmueble y alquiler de uno nuevo (...), no configura una situación de emergencia, el hecho de tener que habilitar instalaciones en el cuarto piso (...)”

11.39. En consecuencia, se han actuado medios de prueba directos que acreditan la existencia de una concertación de voluntades para realizar una obra sin presupuesto alguno, sin expediente técnico, sin cotización y sin estudio de mercado, todo ello con la única finalidad que la acusada (...) realice la obra requerida (...).”.

Si bien este tipo de irregularidad se ha detectado en solo de las sentencias analizadas, ello no resta importancia a su análisis. De hecho, es probable que, dado el particular vigor revelador del hecho, sea difícil que haya sido plasmado en reiteradas ocasiones, pues la asociación de este a un escenario típico implicará que los concertantes se vean disuadidos de manifestar este comportamiento por temor a ser descubiertos ante su comprobación. Dicho de modo axiomático o evidente, si se parte de que la situación de necesidad releva a los funcionarios de realizar un procedimiento selectivo, es claro que la ausencia de este genera mayor suspicacia, a efectos de un control posterior, que uno irregular.

De modo complementario es menester desarrollar que el texto legislativo incluye como supuestos en los que la entidad se ve relevada de la obligación de convocar a un proceso, así: a) La contratación a otra Entidad o Empresa Pública, de costo accesible; b) La mencionada situación de emergencia; c) Situación de desabastecimiento que afecte impida a la Entidad cumplir con sus actividades; d) Contrataciones con carácter de secreto militar; e) Cuando los bienes o servicios solo puedan obtenerse de un proveedor; f) Servicios personalísimos prestados por personas naturales, con debida sustentación. g) Servicios de publicidad que prestan al Estado los medios de comunicación; h) Para consultorías que son la continuación o actualización de un trabajo previo; i) Para los bienes y servicios con fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico. j) Para la adquisición de bienes inmuebles existentes y para el arrendamiento de bienes inmuebles, pudiendo incluir en este último supuesto el primer acondicionamiento realizado por el arrendador para asegurar el uso; k) Para los servicios especializados de asesoría legal, contable, económica o afín; Esta causal también es aplicable para la asesoría legal en la defensa de las Entidades en procesos arbitrales o judiciales.

4.2. Fraccionamiento en los Requerimientos de Bienes y Servicios

La segmentación o división de una operación en otras de monto menor es un acto expresamente prohibido por la regulación, en tanto, el artículo 20° de la Ley N° 30225 indica:

“Se encuentra prohibido fraccionar la contratación de bienes, servicios u obras con la finalidad de evitar el tipo de procedimiento de selección que corresponda según la necesidad anual, de dividir la contratación a través de la realización de dos o más procedimientos de selección, de evadir la aplicación de la presente norma y su reglamento para dar lugar a contrataciones iguales o inferiores a ocho (8) UIT y/o evadir el cumplimiento de los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública” (132).

Sobre el particular, es necesario aclarar que el propio texto legal (Artículo 5°) indica que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Ley (aunque deban ser supervisadas por el OSCE), las contrataciones de bienes y servicios por montos que no superen el equivalente a 8 Unidades Impositivas Tributarias al momento de la transacción (es indispensable tener en cuenta que la anterior regulación, D.L. N° 1017 del 04 de junio del 2008, extendía su ámbito de aplicación a toda contratación superior a 3 UIT). Por ende, el Fraccionamiento de adquisición de un bien o servicio se traduce en dividir el costo de una operación en dos o más, siendo evidente que los importes resultantes serán inferiores a su importe conjunto, para, de dicho modo, no someterse a la obligación legal de convocar a un proceso (se trate de una Adjudicación Simplificada, Licitación o Concurso Público) procediendo la entidad a contratar directamente al proveedor burlando los controles a los que se asocia la selección.

Este acto ha sido constatado en un total de tres expedientes dentro de la muestra, destacando, por su utilidad didáctica, lo indicado en el texto de la Sentencia del 22 de febrero del año 2017, emitida en el Expediente N° 211-2013, la misma que emite pronunciamiento en torno a cuatro núcleos atributivos (cuatro casos con fraccionamiento), del modo que sigue:

“(…) EN CUANTO AL CASO 01: SERVICIO DE ACONDICIONAMIENTO DE OFICINAS DEL SUPERINTENDENTE Y SECRETARIA GENERAL DE LA SUNARP

(…) 11.14. Se tiene por acreditado que, para realizar el pago de este primer servicio ya realizado, se procedieron con (sic) emitir las 04 órdenes de servicio (Nros. 202, 203, 204 y 205) que no superaban las 03 UITs cada una, para no estar dentro del alcance de la Ley de Contratación Pública vigente en el año 2011 (...).

11.16. Se tiene por acreditado que existió concertación entre los acusados (...) para realizar el servicio de acondicionamiento de oficinas del superintendente y secretaria general de la SUNARP, el mismo que se realizó con anterioridad a la expedición de las órdenes de servicio, asimismo, se concertaron para simular la existencia de 04 órdenes de servicio distintas para obtener el pago vía adjudicación directa sin proceso de selección por ser servicios menores a 3 UITs; razón por la cual referidos acusados deben ser declarados culpables del delito de colusión simple.

EN CUANTO AL CASO 02: SERVICIOS DE ARQUITECTURA

(…) 11.42. Se tiene por acreditado que, existió concertación entre los acusados (...) para la realización de todo (sic) los servicios antes mencionados, la misma que se realizó por partes pues por el monto total del mismo excedía a las 3 UITs y por tanto debió realizarse un proceso de selección conforme a la Ley de contrataciones del Estado vigente en el año 2011.

(…) EN CUANTO AL CASO 03: SERVICIO DE INSTALACIÓN DE VENTANILLA REGISTRAL EN LOCAL DE JUZGADOS COMERCIALES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

(…) 11.52. Se tiene por acreditado que, todo este servicio tenía una sola finalidad, cuál era el instalar una ventanilla registral en la sede de los Juzgados Comerciales de la Corte Superior de Justicia de Lima, siendo el caso que los acusados (...) se interesaron en que este servicio no saliera a concurso público, realizando contratación directa por montos menores a 3 UITs a favor de la empresa NOCT Interiores; razón por la cual debe (sic) ser sancionados por el delito de negociación incompatible.

*EN CUANTO AL CASO 04: SERVICIO DE INSTALACIÓN DE PUERTAS
EN EL SEXTO PISO DE LA SUNARP*

(...) 11.57. Se tiene por acreditado que los servicios fueron divididos en 03 Órdenes de Servicio: N° 458 (Servicio de Desinstalación de puertas e instalación del Sexto Piso), por la suma de S/. 4,000.00; N° 459 (Servicio de colocación de lámina pavonada en el sexto piso), por la suma de 10,700.00 (sic); la N° 217 (5 puertas de cristal templado de 10 mm con accesorios completos para cristal templado medidas con aprox. 2.10 x 90 cm), por la suma de S/. 10,500.00; todas ellas emitidas el 10/03/2011 a nombre de la misma proveedora NOTC Interiores SAC (...) todo este servicio tenía una sola finalidad (...) siendo el caso que los acusados (...) se interesaron en que este servicio no saliera a concurso público, realizando contratación directa por montos menores a 3 UITs a favor de la empresa NOCT Interiores; razón por la cual debe (sic) ser sancionados por el delito de negociación incompatible (...)."

La singularidad de lo argumentado en la Sentencia estriba en que, si bien se constató la existencia de fraccionamiento en los cuatro núcleos atributivos, solo en dos de ellos se estimó como probado el concierto y se condenó a los encausados por delito de Colusión, mientras que en los restantes se consideró el acto de fraccionamiento como una manifestación de interés (directo), desvalor que se asocia a la comisión del delito de Negociación Incompatible, condenándose también a los agentes por dicho ilícito.

De lo glosado se concluye que el fraccionamiento no cabe ser tomado como un indicio necesario de la concreción del pacto típico. Por el contrario, como resulta fácilmente perceptible, incluso el pronunciamiento inculpatario en torno a los dos primeros hechos emergió de la compulsación conjunta del acto de fraccionamiento con otros datos reveladores (concretamente la ejecución antelada de los servicios), valoración que guarda correspondencia con el contenido vinculante del R.N. N° 1912-2005-Piura.

4.3. Requerimientos Irreales o Vagos

Una contratación pública se justifica en la existencia de una necesidad, la dependencia de la entidad que soporta tal necesidad solicita los bienes o servicios que correspondan para su debida atención al órgano encargado de las contrataciones, que es la unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento de la Entidad (Artículo 8° de la Ley N° 30225), convirtiéndose la unidad requirente en área usuaria, es decir la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, para su conformidad, al artículo 16° del TUO, explica:

“(...) El área usuaria requiere los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, así como los requisitos de calificación; además de justificar la finalidad pública de la contratación. Los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la Entidad (...) Las especificaciones (...) deben formularse de forma objetiva y precisa por el área usuaria (...)” (133).

La especificidad o detalle con que deben ser formulados los requerimientos se destaca también en el artículo 29.1 del Reglamento: así:

“Las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico de obra, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que se ejecuta (...) El requerimiento incluye, además, los requisitos de calificación que se consideren necesarios” (134).

Dentro de los pronunciamientos analizados, se han encontrado diversas vulneraciones a este contenido prescriptivo, resultando pertinente reproducir el contenido de la Sentencia del 07 de diciembre del 2017, pronunciada en el Expediente N° 75-2014, en que se indica:

“(…) Se le imputó en su condición de coordinador de complejos deportivos del IPD el ser el responsable por haber efectuado los requerimientos (...), para el acondicionamiento de las instalaciones del albergue deportivo de la pista atlética del complejo deportivo la Videna, cuando las condiciones de prestación no estaban sustentadas ni definidas en términos de referencia y no había real necesidad de servicios en algunos casos. Si bien es cierto el servicio de remodelación era necesario por estar próximo en la época de los hechos el campeonato nacional de yudo (sic) en enero del 2012; en los requerimientos se consignó necesidades inexistentes, con dimensiones, medidas no ajustadas a la realidad de los requerimientos como por ejemplo el requerimiento 076-2011, no se realizó la portezuela bajo literas barnizadas con zigzag y bisagras, en el requerimiento N° 081-2011, con un servicio cuya necesidad era absurda debido al limitado espacio pues se consignó como necesidad 40 puertas contra placadas de 44 x 33 x 33 de madera para cajones de dormitorio (...) Con estos requerimientos se dio inicio al procedimiento de adjudicación sin proceso a favor de SAYMAR Ingenieros, sin que las prestaciones de servicios estuvieran explícitamente definidas y especificadas con lo que se acredita que este acusado se concertó con la empresa interesada para defraudar al Estado (...)”.

Un punto importante estriba en discriminar si la atención del requerimiento importa la convocatoria a un proceso de selección (por su monto y naturaleza no excepcional), pues de ser así, este deberá, previamente, incluirse en el Plan Anual de Contrataciones (PAC) de la dependencia pública.

Sobre el particular el TUO de la Ley N° 30225 indica:

“Artículo 15° Formulación del Plan Anual de Contrataciones:

Teniendo en cuenta la etapa de formulación y programación presupuestaria correspondiente al siguiente año fiscal, cada Entidad debe programar en el Cuadro de Necesidades los requerimientos de bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y actividades para dicho año, los que deben encontrarse vinculados al Plan Operativo Institucional, con la finalidad de elaborar el Plan Anual de Contrataciones (...) El Plan Anual de Contrataciones que se apruebe debe prever las contrataciones de bienes, servicios y obras cubiertas con el Presupuesto Institucional de Apertura, con independencia de que se

sujeten al ámbito de aplicación de la presente norma o no, y de la fuente de financiamiento (...)” (135).

Asimismo: el último párrafo del artículo 6° del D.S. N° 344-2018-EF, expresa: “(...) Es requisito para la convocatoria de los procedimientos de selección, salvo para la Comparación de Precios, que estén incluidos en el Plan Anual de Contrataciones, bajo sanción de nulidad (...)” (136). Se precisa también que, aun cuando el monto contractual resulte inferior a las 8 UIT, por ello la entidad no se ve relevada de su obligación de incluir a esta en el PAC (véase Directiva N° 002-2019-OSCE/CD, aprobada el 29 de enero del 2019).

4.4. Deficiencias en el Procedimiento de Cotización

La configuración del presente indicio parte del deber de la entidad de estimar el monto de la operación previamente a efectivizar un procedimiento de compra o contratación de servicio. De lo objetivado al acatar tal obligación se desprenderá el tipo de convocatoria o, en su caso, la procedencia de una contratación directa (de no superar las 8 UIT), conforme se explica acto seguido.

Tabla N° 6 – Procesos de Selección por Cuantía

Contratación de Obras	Contratación de Bienes	Contratación de Servicios
Licitación Pública Monto igual o mayor a S/ 1'800,000.00	Licitación Pública Monto igual o mayor a S/ 400,000.00	Concurso Público Monto igual o mayor a S/ 400,000.00
Adjudicación Simplificada Monto menor a S/ 1'800,000.00	Adjudicación Simplificada Monto menor a S/ 400,000.00	Adjudicación Simplificada Monto menor a S/ 400,000.00
		Selección de Consultores Individuales Monto igual o menor a S/ 40,000.00

Fuente: Ley N° 30879 (Artículo 17°)

Elaboración: Propia

Sobre la base del requerimiento, el órgano encargado de las cotizaciones procede a realizar indagaciones en el mercado (estudio de mercado) a efecto de valorar el costo estimado del bien o servicio (valor referencial en el caso de obras), pudiéndose recurrir a otras fuentes, como contrataciones similares realizadas en el sector público o privado. Dentro de los actos detectados dentro del análisis, y que configuran una vulneración a estos deberes legales, se han identificado una amplia gama de situaciones que incluyen la inexistencia de cotizaciones, la falsedad en su contenido, su emisión por postores ajenos al rubro, entre otras, pudiendo citarse lo expresado en la Sentencia del 15 de agosto del año 2018, emitida en el Expediente N° 423-2014, en que se indica:

“(...) 92.- (...) En este estudio de mercado se determinó que el valor referencial unitario era de 24.90 soles y el monto total por las 6,500 escobas sería 161,850 soles (...) Sin embargo se debe precisar que dicho estudio no es adecuado a la norma, puesto que el artículo 12° del Reglamento de Contrataciones del Estado exige que para establecer el valor referencial se debe considerar a personas naturales o jurídicas que se dediquen a las actividades materia de convocatoria, siendo al menos dos fuentes. En el presente caso, no se cumplió dicho supuesto porque si bien es cierto aparecen 2 cotizaciones - empresa inversiones ALLCAST EIRL y ECOPI SERVICIOS, empero se debe indicar que la empresa ECOPI SERVICIOS no se dedicaba al rubro de escobas (...) tenía como giro la venta de fideos y azúcar (...)*

103.- En consecuencia, se cumplen los presupuestos del delito de colusión agravada en el segundo párrafo del artículo 384° del Código Penal, puesto que 1) los acusados (...) el primero como Sub Gerente de Logística, y los tres últimos como miembros de la Comisión Especial de Adjudicación Directa Selectiva N° 008-2013-CE-MSS se concertaron ilegalmente con el acusado (Proveedor) con la finalidad que se realice un estudio de posibilidades y determinación del valor referencial que, como se ha indicado, en los fundamentos jurídicos precedentes no se respetó la norma del reglamento de la Ley de Presupuesto (sic) del Estado, pues concertaron para que se realice con postores que no cumplían los requisitos legales, el acusado (Sub Gerente de Logística) aprobó dicho estudio sin realizar una mínima revisión, ello con la finalidad que en el proceso de adjudicación sea favorecido el acusado (Proveedor) (...).”

*D.S. N° 184-2008-EF

4.5. Otorgamiento de la buena pro a un postor manifiestamente inidóneo o incurso en causal de impedimento

El artículo 11° de la Ley, prescribe que determinados ciudadanos se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas, incluso en las contrataciones menores a las 8 UIT, la prohibición se extiende, entre otros, al Presidente y Vicepresidentes, Congresistas de la República, Jueces Supremos, Ministros y Viceministros, Gobernadores, Vicegobernadores y Consejeros Regionales, Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, Alcaldes y Regidores.

El impedimento establecido subsiste incluso hasta doce meses después de haber dejado el cargo, aunque, solo en el ámbito de su competencia territorial. La norma expresa lo siguiente en torno a los Regidores de una Comuna edil:

“(...) En el caso de los Regidores el impedimento aplica para todo proceso de contratación en el ámbito de su competencia territorial, durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo (...)” (137).

El texto reproducido se relaciona a lo constatado dentro de la Sentencia del 29 de agosto de 2018, emitida en el Expediente 146-2013, en la que tal transgresión al texto legal es tomada como uno de los indicadores del ilegal contubernio, indicándose:

“(...) 43. De lo que se ha venido probando hasta ahora tenemos los siguientes elementos indiciarios: (...) El Comité Especial permitió que la Empresa de la procesada (...) participe como postora en la ADS 02-2011, pese a que tenían conocimiento de que la misma se encontraba impedida porque había ejercido el cargo de regidora de la Municipalidad hasta el año 2010.

44. Los hechos previamente especificados se encuentran probados, son plurales y concurrentes, que nos permiten colegir, a partir de las máximas de la experiencia de que entre el Comité Especial y la procesada (...) ha existido

concertación para beneficiar a esta última, participando y ganado un concurso de adjudicación, estando para ello impedida (...)".

Además de no registrar impedimento, el interesado en participar como postor en cualquier proceso de selección a cargo del Estado, requiere, necesariamente, contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) que se encuentra administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE); la regulación actual demanda contar con vigencia en tal registro, para intervenir en cualquier tipo de operación pública superior a 1 UIT (incluso las que no caben ser sometidas a proceso), otros requisitos generales (documentación de presentación obligatoria) que deben ser presentados por el participante son detallados en el Artículo 52° del D.S. N° 344-2018-EF.

Sin perjuicio de lo señalado, es indispensable añadir que las bases de cada procedimiento selectivo pueden demandar el cumplimiento de determinados requisitos específicos en atención al objeto de la convocatoria (certificaciones, licencias u otros), siendo menester que el postor cumpla con la acreditación de estos, previamente a la calificación o asignación de puntaje a su propuesta (confróntese el texto de los artículos 52°, 73°, 74° y 82° del D.S. N° 344-2018-EF).

4.6. Asignación indebida de puntajes

Conforme al texto del Reglamento de la Ley de Contrataciones (Artículo 50°), los documentos del proceso de selección, deben establecer, necesariamente:

- a) La indicación de todos los factores de evaluación, los cuales guardan vinculación, razonabilidad y proporcionalidad con el objeto de la contratación.
- b) La ponderación de cada factor en relación con los demás, los puntajes máximos relativos para cada factor y la forma de asignación del puntaje en cada uno de estos.
- c) La evaluación se realiza sobre la base de cien (100) puntos. Siguiendo parámetros de bases estandarizadas por el OSCE.

Indudablemente, asignar puntuaciones injustificadas o divorciadas de los parámetros de evaluación incluidos en las bases, implica un favorecimiento al postor, que razonablemente cabe asociarse a un *iter* ejecutivo del delito.

A efecto de demostrar de manera didáctica la comprobación de esta circunstancia, es pertinente reproducir el cuadro elaborado en una Sentencia ya citada:

Tabla N° 07 – Calificación de Propuestas en el Exp. N° 146-2013

POSTORAS	Experiencia	Cumplimiento	Mejoras	Propuesta Económica
Consorcio Angamos	70 puntos	20 puntos	10 puntos	100 puntos
AN & FA Contratistas Generales	00 puntos	00 puntos	10 puntos	No pasó
J&L Ingeniería y Servicios Generales	70 puntos	20 puntos	10 puntos	99.95 puntos

Fuente: Sentencia del Primer Juzgado Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, emitida el 29 de agosto del 2018, Expediente N° 146-2013, f.j. N° 32

Elaboración: Propia

Con base en lo reproducido, la resolución indicada describe la existencia de un conjunto de irregularidades en el acto de calificación de las propuestas, que meritadas con otras acreditadas en el séquito del procedimiento llevan a demostrar la perpetración del delito, exponiéndose en su Fundamento N° 34:

“(…) 34. En efecto, al ser examinados los (...) auditores de la Contraloría General de la República que elaboran el Informe Especial N° 434-2013-CG/CRL-EE, denominado “Irregularidades en el proceso de selección y contratación de servicio por S/ 90,990.50 nuevos soles”, señalaron que se realizó por parte del Comité una mala calificación del rubro Cumplimiento del servicio, por cuanto el Consorcio Angamos solamente acreditó 7 servicios de conformidad, pese a que según la Experiencia del Postor Consorcio Angamos

había consignado un total de 10 licitaciones, por lo que, le correspondía solamente 14 puntos y no los 20 que se le otorgó, ya que conforme a las bases, solamente serán calificados los servicios acreditados mediante certificados o constancias. Y es así que, conforme a este informe se tiene por acreditado que se le otorgó un puntaje que no correspondía al Consorcio Angamos, el mismo que consistió en 6 puntos que le otorgaron sin haber presentado la documentación necesaria, y es de observar que, sin esos puntos, el Consorcio Angamos no habría podido ganar el proceso de adjudicación (...)”.

4.7. Selección Frecuente de un mismo postor

Creemos que el presente tópico no requiere mayor elucidación, radica en la existencia de transacciones frecuentes entre la entidad pública y el proveedor. Tal circunstancia puede incluir diversa intensidad, desde la mera asiduidad o detección de participación reiterada del *extraneus* en procedimientos selectivos, hasta la constatación de una situación de exclusividad, es decir que el postor solo comercia con la entidad pública afectada.

La detección de este hecho, en ocasiones, no resulta sencilla, pues puede recurrirse a diversas personerías jurídicas, que detentan órganos de representación distintos (empresa a nombre de un conviviente o hijos menores), u otro tipo de ardid para evitar su identificación.

Dentro de la Sentencia del 11 de enero del 2017, emitida en el Expediente N° 254-2014, se estimó probada la materialización de un conjunto de pagos en favor de empresas del entorno de la procesada, desarrollándose:

“(...) 11.33. Se tiene por acreditado, que la acusada Huayhualla Mendoza cobró la suma de S/. 129,798.50 soles (sic), para lo cual aquella había emitido facturas por parte de sus diversas empresas LINA-VIC Contratistas Generales SAC; Representación y Servicios Generales Celina SAC, VIC-LINA EIRL.

11.34. Se tiene por acreditada, la existencia de un grupo económico conformado por la acusada Huayhualla Mendoza y sus empresas denominadas LINA-VIC Contratistas Generales SAC, representación y Servicios Generales Celina SAC, VIC-LINA EIRL.

(...) 11. 39. En consecuencia, se han actuado medios de prueba (...) que acreditan la existencia de una concertación de voluntades para realizar una obra sin presupuesto alguno, sin expediente técnico, sin cotización y sin estudio de mercado, todo ello con la única finalidad que la proveedora acusada Huayhualla Mendoza realice la obra requerida por los acusados (...) quienes se desempeñaban como Director y Jefe del Área de Gestión Administrativa; así como la concertación de voluntades para efectuar el pago de la obra mediante la creación de 15 servicios falsos supuestamente realizados por empresas del entorno de la acusada Huayhualla Mendoza; por los funcionarios acusados, en razón de su cargo y en ejercicio de su labor funcional, intervinieron directamente en la contratación y posterior pago de los servicios brindados por la acusada Huayhualla Mendoza. Por lo que, se han acreditado en juicio oral existencia (sic) de los elementos típicos del delito de Colusión (...)"

4.8. No presentación de la documentación exigida para la firma del contrato

El Reglamento establece (Art. 139° y 141°) que el postor beneficiado con la buena pro, deberá presentar, dentro del término de ocho días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro:

- a) Garantías, salvo casos de excepción (previstos en el Artículo 152°).
- b) Contrato de consorcio, de ser el caso.
- c) Código de cuenta interbancaria (CCI).
- d) Documento que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato, cuando corresponda.
- e) Los documentos que acrediten capacidad técnica y profesional en el caso de obras y consultoría de obras.

Es importante tener en cuenta que el propio reglamento expresa también que en caso el contrato no se perfeccione, por causa imputable al beneficiado, este pierde automáticamente la buena pro, correspondiendo requerir la presentación de los documentos al postor que ocupó el segundo lugar, Artículo 141° último párrafo. En dicha medida, proceder a la suscripción del contrato sin la presentación de estos

requisitos devela intención de beneficiar al *extraneus*. Dentro de la muestra analizada, se ha constatado ello en hasta dos ocasiones, remitiéndonos nuevamente en el texto de la Sentencia del 29 de agosto del 2018 (Exp. N° 146-2013) que expresa sobre el particular:

“(...) 43. De lo que se ha venido probando hasta ahora tenemos los siguientes elementos indiciarios (...) No descalificaron al Consorcio Angamos pese a que no presentó el Anexo 04 Promesa de Consorcio, el cual era un documento obligatorio, conforme a las Bases del Concurso.

44. Los hechos previamente especificados se encuentran probados, son plurales y concurrentes, que nos permiten colegir, a partir de las máximas de la experiencia de que entre el Comité Especial y la procesada Ingrid Alfaro ha existido concertación para beneficiar a esta última, participando y ganando un concurso de adjudicación, estando para ello impedida (...)”.

4.9 Ejecución y Pagos Antelados

Este tópico consiste en el emprendimiento prematuro de obligaciones futuras, lo que revierte, ora en la ejecución anticipada del objeto contractual, ora en el abono de la contraprestación pecuniaria o parte de esta (excluyéndose el caso de adelantos legalmente permitidos), actos que evidencian de modo diáfano la existencia de una transacción previa, pues el contrato, formalmente, no existe, lo que revierte en concluir que el proceso selectivo se erige en un simple montaje, una construcción hecha para cumplir con la forma que la ley demanda, vulnerando materialmente su contenido y principios.

Ello es puesto en evidencia en el fallo contenido en la Sentencia del 20 de enero del 2017 (Exp. N° 468-2014), a cuyo texto nos remitimos:

“(...) 48.2. (...) Con fecha 31 de mayo de 1995, se emite el primer pago por la adquisición de 28 vehículos multipropósitos, por la suma de 1’326,446.79 Soles, a favor de la empresa SUTEX; suscrito por el Director de Tesorería del Mininter (sic), economista Jorge Tapia; esto es, se hace el pago de una primera parte de la adquisición de vehículos multipropósitos cuando todavía no se había siquiera realizado el acto de presentación de propuestas y menos el otorgamiento de la

buena pro; lo que evidencia un favorecimiento evidente (sic) a la empresa SUTEX desde un contexto temporal previo de la Licitación Selectiva (...)."

Como se desprende del contenido extractado, la existencia de este adelantamiento o premura por concretar la transacción ilegal hace evidente el acto de contubernio, pues antes de la presentación de la propuesta del eventual postor, ya se le estaba sufragando parte del monto de la adquisición, las máximas de la experiencia nos llevan a concluir indubitadamente que ha tenido que existir una coordinación previa para que este pago se ejecute, las explicaciones alternativas del suceso carecen de vigor para explicar la producción del indicio o resultan manifiestamente absurdas (abonos por error, deudas personales asumidas con dinero público, hipnosis, etc.).

4.10. Otorgamiento de conformidad sin el cumplimiento del objeto contractual

El Texto del Artículo 168° del Decreto Supremo 344-2018 (Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) expone:

"(...) 168.1. La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección.

168.2. La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien verifica, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, la conformidad puede consignarse en dicho documento (...)" (138).

De lo que emerge que, mediante el acto de conformidad, los funcionarios competentes (área usuaria o almacén), dan fe de la efectiva recepción del bien o prestación del servicio, siendo un aspecto clave para la culminación de la ejecución contractual, y requisito *sine que non* para el abono de la contraprestación, como se desprende del texto del Artículo 171° del reglamento:

"(...) 171.1. La Entidad paga las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la

conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello (...)”
(139).

Por ende, la emisión de la conformidad de recepción de bienes o prestación de servicios, otorgada sin el cumplimiento de lo pactado, es un indicativo notable de la existencia de contubernio para defraudar al Estado, pues tal documento permitirá al interesado, tramitar un abono sin que las expectativas contractuales se vean satisfechas.

Dentro de la muestra se ha corroborado la existencia de dicho dato indicador en un total de cinco ocasiones, pudiendo reproducirse lo desarrollado en la Sentencia del 12 de julio del 2014 (Exp. N° 53-2014), que precisa:

“(...) 112. (...) Pese a ello le otorgaron la buena pro y lejos de vigilar el cumplimiento del contrato, el acusado Tuesta Ríos firmó el acta de conformidad de servicio, a pesar que no se había realizado el servicio aéreo, incluso recomendó que se firme un contrato adicional. Todos estos elementos acreditan debidamente la comisión del delito de colusión, pues los acusados (...) como miembros del Comité Especial, defraudaron al Estado; al concertarse con Guevara Vilchez (...)”.

La regla en materia de contratación pública es que el pago se realice una vez ejecutada la prestación (Artículo 39° de la Ley) y como consecuencia de la conformidad emitida en tal razón, por ende, la expedición de dicha alta administrativa (conformidad) habilita al contratista a tramitar el pago correspondiente, lo que constituye una grave transgresión al ordenamiento legal. Conviene indicarse que, en la medida en que el delito de Colusión Defraudatoria, que regula el segundo párrafo del artículo 384°, requiere de la constatación de un perjuicio patrimonial para el Estado, la concreción de dicho riesgo típico se materializa a partir de la privación a la Entidad de un lucro legítimo o de la verificación de desembolsos injustificados que causan detrimento al erario nacional, aspecto que generalmente se manifiesta en este estadio.

Dada su particular importancia para la acreditación del hecho desvalorado por la norma, es menester indicar que esta circunstancia no solo cabe verificarse en bienes y servicios, pues, tratándose de la ejecución de obras, es perfectamente posible que la entidad realice pagos a cuenta en atención a su avance constructivo (valorizaciones),

constatándose el presente indicio en tales ámbitos, cuando el pago precede a la ejecución de dicho avance.

4.11. Omisiones en el Cobro de Penalidades y Moras

El Reglamento de la Ley (Artículo 161°) indica que se pueden aplicar al contratista penalidades por mora y otras acordadas contractualmente. Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar como máximo un monto equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem pendiente. Ahora bien, el hecho de que los funcionarios competentes no hayan entablado las acciones correspondientes para la sanción pecuniaria al proveedor que incurre en ello, además de ser susceptible de configurar un acto omisivo típico (a tenor del artículo 377° del Código Penal) puede develar un ánimo de favorecer al *extraneus* que se presente a consecuencia de la existencia de contubernio previo con este.

4.12. Concentración de facultades decisorias en el agente público que interviene del concierto

Este aspecto ha sido incluido únicamente en una ocasión para fundamentar la probanza del verbo típico; sin embargo, no puede encontrarse prescripción normativa que impida o sancione la intervención sucesiva de un funcionario en diversas etapas del procedimiento de contratación pública, incluso la revisión de la sistemática legal permite verificar que determinados sujetos públicos o áreas registraran, necesariamente, participación dilatada a lo largo del procedimiento.

Lo dicho anteriormente no se erige en óbice para notables excepciones, como la absorción de facultades por un funcionario por encargaturas o licencias, que ciertamente concentre, momentánea y excepcionalmente, poder decisorio en determinado funcionario, acto que valorado conjuntamente con su pertinencia a una entidad pequeña, ciertamente impliquen de modo objetivo, particulares condiciones de vulnerabilidad para la imparcialidad en la selección de postores o ciertamente se erijan en escenarios dúctiles para ilegales actos de concertación.

4.13. Comprobación de comunicaciones entre presuntos concertantes o demostración de que se frecuentaron

El presente tema no es una obviedad, pues aun cuando la demostración de reuniones, llamadas u otras comunicaciones o incluso la verificación de relaciones interpersonales de antigua data, que vinculen a un agente público que interviene en el proceso de contratación estatal y a un postor, puedan evidenciar (incluso en alto grado) la existencia de un pacto bajo la mesa, en tanto no se verifique materialmente la concreción de dicho acuerdo (como podría ser mediante una grabación, interceptación telefónica o acceso a mensajería electrónica que incluyan tal contenido), no se contará con prueba directa de la realización típica, por lo que la valoración de estas circunstancias, tendrá que ajustarse al método de la prueba indirecta.

Entre los pronunciamientos que consideran como probado el concierto confiriéndole mérito a la apreciación de estos acercamientos, tenemos la Sentencia del Primer Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del 07 de diciembre del 2017 (Exp. N° 75-2014), de la que puede extraerse:

“(...) 41. De este conjunto de declaraciones y prueba documental mencionada, encontramos que las declaraciones de los testigos son uniformes y coherentes en que sí se encontraron en el interior del Complejo Deportivo la VIDENA (...) el día 29 de Octubre 2011 (sic), pues el propio chofer (...) indica que en esa fecha aproximadamente es que condujo a los representantes del IPD hasta la pista atlética de la VIDENA, en un vehículo del IPD lo que se (sic) ha sido corroborado con el registro de ingreso del libro del Complejo deportivo, con lo que se tiene acreditada su presencia en el lugar y asimismo se ha acreditado la presencia del ingeniero civil (...) proveedor de SAYMAR Ingenieros SAC, cuya presencia en las fechas indicadas respondía al interés de prestar los servicios, sin que se haya emitido las ordenes de servicio, más aun cuando en el cuaderno de ocurrencia de la puerta de ingreso Nro. 07 del Complejo Deportivo la VIDENA se registran sus ingresos con anterioridad a la emisión de las órdenes de servicio, este indicio lleva a esta judicatura a inferir que existió una concertación previa para otorgar la adjudicación sin procesos por estos servicios a favor de SAYMAR SAC (...).”

4.14. Inconsistencias en la data de expedición de documentación

El presente ítem se relaciona a la constatación de incongruencias temporales, esto es, el faccionamiento, recepción, suscripción o emisión de instrumentos en un momento incompatible con el estadio del procedimiento contractual, tal circunstancia ha sido verificada únicamente en dos casos dentro de la muestra, uno de estos casos ya fue objeto de referencia en la sección 2 de este mismo capítulo (Expediente N° 211-2013), en que se constató que las cotizaciones emitidas por el postor beneficiado presentaban data paralela o incluso previa a la formulación de los requerimientos.

Como también tuvo ocasión de señalarse, este dato, en la comprensión de los tribunales que constituyen universo de estudio, carece del vigor requerido para probar el hecho en solitario, por lo que su compulsación copulativa es esencial en la construcción de una inferencia. Siendo pertinente reproducir el razonamiento efectuado en el otro de los pronunciamientos en que se verificó ello (Expediente N° 75-2014), del que se extrae:

“(…) 42. Dante Mar Ginocchio Malásquez, autorizó los requerimientos efectuados (...) teniendo pleno conocimiento de que los términos de referencia de dichos requerimientos no se encontraban debidamente especificados en relación a cantidad, calidad, tipo de material, medidas, entre otros. Asimismo los informes que sustentaron los requerimientos fueron recibidos por la Oficina General de Administración con fecha 28 de octubre de 2011 cuando la facción de estos requerimientos datan de 24 de octubre de 2011.

Visó los comprobantes de pago con posterioridad al pago realizado a la empresa SAYMAR Ingenieros SAC sin haber hecho un control previo de los comprobantes. Pues el control previo de los comprobantes de pago se efectuó con fecha 04 de enero de 2011 cuando los servicios se pagaron con cheque de fecha 26 de diciembre de 2011.

43. Todos estos actos irregulares ponen en evidencia el actuar doloso e intencionado de los acusados con el ánimo e intención de defraudar patrimonialmente al Instituto Peruano del Deporte, dando conformidad cada acusado desde el ámbito de su cargo a prestaciones de servicios no ejecutadas

por la empresa SAYMAR Ingenieros SAC, generándose con este accionar un perjuicio patrimonial al estado (sic) (...)”.

4.15. La Probanza de otros Actos Delictivos

Como se estableció previamente, también se ha tomado en cuenta el empleo de documentación mendaz con complacencia de los funcionarios y la recepción de dádivas por parte de estos. Como se atisba, con prescindencia de si la concurrencia de estos delitos configura una unidad de hecho o puede distanciarse del *iter* principal (concurso ideal o real), creemos que la incidencia de estos sucesos para la determinación del suceso colusorio solo será grave en tanto se relacione directamente a su objeto, *verbi gracia* la recepción de un medio corruptor a condición de beneficiar a un postor con la buena pro, ejemplo que, *mutatis mutandis* ha sido objeto de valoración en el Expediente N° 468-2014, como acto seguido se reproduce:

“(...) 11.80. Se tiene por acreditado que, los acusados Salas Ramírez y Santa Cruz Ferrufino no han logrado dar una versión uniforme y coherente de la entrega del dinero mediante cheques al portador; pues mientras el acusado Salas Ramírez, indica que fue una donación, el acusado Santa Cruz Ferrufino precisa que fue el pago de una contraprestación realizada (sic) para facilitar la instalación de los equipos vendidos en la licitación N° 18-2011; por lo que judicatura concluye que este dinero corresponde al acuerdo realizado entre ambos acusados para obtener la buena pro en la licitación N° 18-2011, siendo este hecho un acto post consumativo de develación del delito de colusión y cohecho; razón por la cual deben ser sancionados ambos acusados (...)

11.115 Se tiene por acreditado que, el acusado Santa Cruz Ferrufino realizó un ofrecimiento de pago del 10% del monto de convocatoria al acusado Salas Ramírez, para que este en su calidad de presidente del comité de selección lo ayude a obtener la buena pro; lo que constituye el delito de cohecho activo genérico, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 397 del Código Penal.

11.116. Se tiene por acreditado que, el acusado Salas Ramírez aceptó el ofrecimiento efectuado por el acusado Santa Cruz Ferrufino correspondiente al 10% del monto de la convocatoria para que este en su calidad de presidente del

comité de selección lo ayude a obtener la buena pro en la licitación pública 18-2011, violando de esta forma sus obligaciones de imparcialidad en el desempeño del cargo de miembro del comité de selección; lo que constituye el delito de cohecho pasivo previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 393 del Código Penal (...)”.

5. Discriminación de los Hechos Indicadores Constatados con Mayor Frecuencia

Simple adiciones nos permiten verificar que en los expedientes materia de la muestra se han ponderado hasta cuarenta y tres hechos para concluir en la probanza del riesgo típico; claro está, que estos no se han hallado presentes en todos los casos, aunque ciertamente algunas de estas circunstancias se han comprobado de manera reiterada en diversos procesos, conforme se verifica en el siguiente cuadro que detalla las ocasiones en que se ha constatado la presencia de los hechos indicadores dentro de la muestra:

Cuadro N° 8 – Incidencia en el empleo de Hechos Indicadores

Descripción del Hecho Base	Ocasiones en que fue constatado
Indicios en Fase de Planificación o Actuaciones Preparatorias	
Indebida alegación de una situación de emergencia	2
Fraccionamiento en los requerimientos de bienes o servicios.	3
Requerimientos imposibles, sin respaldo en una necesidad real o sumamente vagos	3
Inexistencia de cotizaciones para determinar el valor referencial, no se solicitaron, resultan ser falsas o se hallan emitidas por postores ajenos al rubro	5
Indicios en Fase de Selección	
Otorgamiento de la buena pro a un postor que no cumple los requerimientos mínimos expresados en las bases o se encuentra impedido de contratar	3

Asignación indebida de puntuación al ganador o calificación en perjuicio de otro postor	4
Selección Frecuente de un mismo postor o verificación de una situación de exclusividad	2
No presentación de la documentación exigida para la firma del contrato	2
Indicios en Fase de Ejecución	
Ejecución o Pago antelado	2
Otorgamiento de conformidad sin la recepción de bienes o prestación del servicio	5
Omisiones en el cobro de penalidades y moras	2
Indicios Verificables en Cualquier Etapa del Procedimiento	
Concentración de facultades decisorias en el agente público que interviene del concierto	1
Comprobación de comunicaciones entre concertantes o demostración de que se frecuentaron	3
Inconsistencias en la data de expedición o recepción de documentación	2
Empleo de instrumentos de contenido mendaz con complacencia de los interesados	3
Recepción de Sobornos	1
Total	43

Fuente: Contenido de la Muestra

Elaboración: Propia

6. Consolidado de Hallazgos

6.1. Verificación de la Hipótesis de Trabajo

La Hipótesis planteada en el proyecto de investigación elaborado fue la siguiente:

DADO QUE: Para afirmar la comisión del delito colusión debe probarse la existencia de un pacto antijurídico o concierto entre un funcionario que intervenga en un negocio estatal y el particular interesado en este, pese a que tal conducta se presuponga clandestina.

ES PROBABLE QUE: Se concluya la probanza de dicho elemento recurriendo no solo a medios de prueba directos sino también a prueba indiciaria, sin que existan reglas

específicas en torno al estándar en la valoración de dichas tipologías probatorias, lo que revierte en una percepción de inseguridad jurídica e impunidad.

Luego del trabajo realizado se concluye que los resultados obtenidos permiten verificar la Hipótesis Planteada, pues, habiéndose explicitado que el 100% de Sentencias incluidas en la muestra han recurrido a la actuación de prueba indirecta para concluir la probanza del elemento concertación, no se ha definido un estándar, siquiera cuantitativo que establezca las condiciones bajo las cuales cabe emitirse una condena, y menos aún, se ha definido que hechos indicativos detentan el carácter de necesarios, graves o débiles a fin de evidenciar un probable pacto ilegal, a efecto de direccionar la actividad indagativa que emprende el Ministerio Público para la probanza del hecho o construir algún tipo de predictibilidad en el enjuiciamiento de estos graves actos de corruptela.

De hecho, si bien dentro del estudio realizado se ha constatado a nivel material que determinados datos indicadores han hecho evidente la perpetración del acto de contubernio, el mérito de tales circunstancias obedece a razonamientos elementales, v.g. la entrega de un soborno a fin de obtener la buena pro, o la suscripción por parte de ambas partes de un acta de conformidad simulando la conclusión del servicio, por lo que el mérito conferido a estos no permite conjeturar que los tribunales hayan, hasta el presente punto, construido estándar probatorio alguno a efecto de orientar la actividad de otros operadores.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Durante el periodo comprendido entre el 01 de enero del año 2017 y el 31 de diciembre del 2018, los tribunales Sub Sistema Anticorrupción del Distrito Judicial de Lima han establecido la probanza del acto de concertación –elemento del delito de Colusión – en sus fallos condenatorios, recurriendo a la valoración de los medios de prueba que autoriza el ordenamiento; sin embargo, el objeto de prueba de dichas actuaciones no constituyó siempre el acto de concierto como tal, sino la demostración de sucesos periféricos, que permitieron concluir la existencia de este mediante un proceso inferencial. De hecho, dentro de la muestra no se ha verificado un solo expediente en que se haya empleado exclusivamente prueba directa para acreditar el contubernio; aunque, existe un porcentaje de pronunciamientos en los que se ha estimado como probado el acuerdo meritando copulativamente medios de prueba directos e indirectos (exactamente 03 sentencias de un total de 12), que constituye el 25.00 % de la muestra.

SEGUNDA: Emerge del contenido de la muestra evaluada, que los Tribunales en mención no confieren valor probatorio, a efecto de acreditar un acto de concertación, a circunstancias o hechos que, de verificarse en el caso en concreto, no presupongan transgresión al rol específico del agente, en correspondencia con los postulados de la imputación objetiva. Por lo que la intervención en un acto colusorio no puede acreditarse a través de actos que no impliquen sino el ejercicio regular de la función del sindicado. La verificación de estos hechos solo podrá estar dirigida a acreditar la condición de sujeto activo del agente a nivel material, vale decir, demostrar que efectivamente intervino en el proceso de contratación pública, firmando un contrato, un informe de conformidad u otro. De otro lado, no enervan la presunción de inocencia (de modo autónomo), declaraciones, incluso a nivel de prueba directa, o irregularidades concretas como el fraccionamiento del monto contractual, inconsistencias en la data de los documentos o la ausencia de cotizaciones adicionales que justifiquen el estudio de mercado.

TERCERA: Los Tribunales Especializados, durante el periodo señalado, han empleado hasta 16 datos o circunstancias para probar el hecho de destino (concertación) siendo las de mayor incidencia cuantitativa: a) Las irregularidades en el procedimiento de Cotización; b) La indebida asignación de puntajes en el proceso selectivo; y c) El otorgamiento de conformidad sin el cumplimiento del objeto contractual.

Se destaca, de igual modo, que el único indicativo respecto del cual se ha verificado un mérito diferenciado, a nivel cualitativo, ha sido la ejecución antelada del contrato (realizar la prestación incluso antes de la formalización del proceso) pues la constatación de dicha irregularidad fundamentó la imposición de condena en el Expediente N° 211-2013, destacándose que si bien se contó con el mérito copulativo de otros tres indicadores, la apreciación de estos últimos en otros hechos sustanciados en la misma causa, sin la presencia de la primera circunstancia, solo posibilitó la imposición de condena por el delito de Negociación Incompatible, mas no de Colusión.

SUGERENCIAS

PRIMERA: Las resoluciones emitidas por los Juzgados Especializados en Corrupción de la Capital de la República deben ser objeto de difusión, a efecto de que los tribunales que poseen competencia para el encausamiento de estos delitos en resto del territorio, sin ser órganos especializados o siéndolo desde reciente data, puedan conocer los criterios que, con base en más de 08 años de experticia viene desarrollando la justicia anticorrupción.

SEGUNDA: Es indispensable realizar Capacitación en temas de contratación pública a los Operadores de Justicia del Sub Sistema Especializado en Corrupción de Funcionarios (Jueces, Auxiliares Jurisdiccionales, Fiscales y Asistentes en la Función Fiscal), potenciando sus conocimientos para la identificación, en cada caso concreto, de hechos indicadores del concierto antijurídico.

TERCERA: Es importante que les Magistrados de la Corte Suprema evalúen la posibilidad de definir, a través de un Acuerdo Plenario o Casación vinculante, el estándar requerido para la acreditación del elemento concierto, incluido en la redacción del tipo objetivo del Artículo 384° del Código Penal, para dotar predictibilidad a los pronunciamientos evacuados en torno al precitado delito.

CUARTA: Además de ello, es necesario que la Corte Suprema defina o califique a ciertos hechos periféricos como indicios necesarios de la producción del acto de contubernio, *verbi gracia*: la existencia de un acta de conformidad suscrita entre los concertantes que genera obligación de pago, elaborada sin el cumplimiento de la prestación (acto constatado dentro de la muestra) o la formulación de bases con requisitos irrazonables que solo pueda cumplir un determinado postor. Entre otros actos que indefectiblemente permitan concluir la materialización del pacto subrepticio, excluyendo la ponderación de cualquier contraindicio.

PROPUESTA DE LEY

Advirtiéndose que muchas de las conductas indiciarias del acto de concertación, verificadas dentro de la muestra, como: *El otorgamiento de la Buena Pro a un postor que registra impedimento para participar del proceso selectivo* o *El otorgamiento de conformidad por prestaciones no ejecutadas*, se hallan expresamente prohibidas por la regulación contractual, sería indispensable promover la sanción independiente de estas conductas, es decir sancionar su sola verificación, siguiendo el modelo de otras legislaciones, en las que el concierto se erige en el acto de mayor reproche punitivo, dentro de una regulación escalonada de lesiones a la imparcialidad en la contratación estatal, maximizando la reacción del poder punitivo ante la concreción de riesgos desvalorados en el ámbito de las operaciones y selecciones públicas. Dado que, la probanza del acto de concertación, por su naturaleza clandestina, presenta un alto umbral de dificultad.

Así, creemos pertinente adoptar el modelo de regulación seguido por la legislación penal colombiana, que en la sección “Celebración Indebida de Contratos”, reprime los comportamientos explicitados (y otros similares) en las figuras de *Violación del Régimen Legal o Constitucional de Inhabilidades e Incompatibilidades* y *Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales*, además de incluir en dicha sección a figuras que emparentan con nuestro ordenamiento punitivo, como el *Interés Indebido en la Celebración de Contratos y Acuerdos Restrictivos de Competencia*, que presentan contenido similar a la Negociación Incompatible y la Colusión del Primer Párrafo del Artículo 384°. Inclusiones que dotarían de mayor eficacia al sistema penal y específicamente a la justicia anticorrupción.

Una reflexión final es indispensable para la cabal comprensión de esta propuesta, no queremos recurrir al simplismo de la inflación punitiva, que se expresa en la penalización constante de nuevas figuras como expresión de la incapacidad del legislador para combatir el delito. Lo que se pretende es modernizar la tipificación, a efecto de que resulte acorde a las modernas expresiones de la criminalidad en escenarios de particular vulnerabilidad. En la actualidad los fraudes en la contratación pública pueden concretarse sin que los involucrados siquiera se conozcan o coincidan

en algún espacio físico. Modificar las normas no transita solo por incrementar penas de espaldas a cualquier dosimetría punitiva, sino en dotar a estas de eficacia englobando las formas de ataque al bien jurídico que se pretende erradicar.

Estás ideas no colisionan con el criterio de intervención mínima que condiciona la aplicación del *ius puniendi*, en tanto, queda claro que el bien jurídico objeto de referencia ya es objeto de interés penal (subsidiariedad cualitativa), de otro lado, los supuestos cuya positivización se reclama se asocian a las más graves manifestaciones de lesión a los principios que rigen la contratación pública (fragmentariedad), y como colofón, la capacidad de otros medios del control social para conjurar los riesgos descritos (subsidiariedad cuantitativa) viene, actualmente, siendo cuestionada a través del enjuiciamiento penal de los integrantes de tribunales arbitrales, esto es, la vía predefinida por Ley para dirimir controversias en materia de contratación pública.

Proyecto de Ley N° 001-2019

Según establece el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, los ciudadanos tienen derecho a iniciativa legislativa, facultad que debe ejercitarse dentro de los márgenes legales, por lo que es posible que, atendiendo a las conclusiones arribadas en el presente estudio podamos proponer la introducción en el Código Penal de los delitos de *Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades y Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales*, propuesta que se complementa con la reubicación de los delitos de Colusión y Negociación Incompatible, en sección independiente que incluya los referidos delitos.

1.- Exposición de Motivos

El presente proyecto de Ley, tiene por objetivo incorporar los delitos de *Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades y Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales*, al Código Penal Peruano, así como reubicar, por razones de sistemática legislativa, a los delitos de Colusión y Negociación Incompatible en los artículos 384°-A y 384°-C del citado cuerpo

normativo.

De igual forma, se propone la creación de la *Sección III Celebración Indebida de Contratos*, dentro del Capítulo de Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, contenido, a su vez, en el Título XVIII de la Parte Especial, sección que se encontrará compuesta por los Artículos 384°, 384-A°, 384-B° y 384°-C, lo que implica la modificación de la numeración asignada a las Secciones subsecuentes, por lo que en adelante las Secciones del Capítulo II incluirán la siguiente denominación: Sección I: Abuso de Autoridad; Sección II: Concusión; *Sección III: Celebración Indebida de Contratos*; Sección IV: Peculado; y Sección V: Corrupción de Funcionarios.

El presente proyecto legislativo incluye entre sus antecedentes, el Proyecto de Investigación para Optar por el Grado de Maestro en Derecho Penal formulado por David César Díaz Lazo, denominado *“Valoración de la Prueba Directa e Indiciaria para la Acreditación del Concierto, como elemento del Delito de Colusión, Corte Superior de Justicia de Lima, Enero del 2017 a Diciembre del 2018”*, Tesis presentada y expuesta en la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, en la que se desarrolló la problemática existente en torno al umbral probatorio requerido para la acreditación de actos de concertación, siendo que, el presente proyecto constituye una propuesta para solventar ello a través de la represión autónoma de comportamientos lesivos a la imparcialidad en el procedimiento de Contratación Pública.

2.- Antecedentes

Hemos de señalar la idea de conformar una sección integradora, que acoja a los delitos de Colusión y Negociación Incompatible, no es una novedad en nuestra codificación, pues emana del antecedente inmediato de nuestro código sustantivo, es decir el código penal de

1924 que regulaba ambas figuras en forma sucesiva en los artículos 344° y 345° estableciendo:

344°: El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, subastas o en cualquier otra operación semejante, en que interviniera, por razón de su cargo o 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, suministros, sufrirá prisión no mayor de seis años, e inhabilitación especial conforme los incisos 1, 2 y 3 el artículo 27, por tiempo no menor de cinco años.

345°: El funcionario o empleado público que directa e indirectamente se interesare en cualquier contrato u operación, en que se debe intervenir por razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación especial, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por tiempo no mayor de tres años y multa de la renta de tres a noventa días.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de las cosas o bienes en cuya tasación adjudicación o participación intervienen y a los guardadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias.

De hecho, el tipo penal de Negociación Incompatible ya ha sido objeto de reubicación, pues al momento de la promulgación del texto penal en 1991, era acogido en el artículo 397°.

3.- Justificación

El contenido de este proyecto se halla dirigido a dos finalidades, la primera estriba en elevar al carácter de delito a graves irregularidades que, habiendo sido constatadas judicialmente, no han merecido

sanción al tenor de las figuras existentes, en tanto, no alcanzan en la actualidad represión independiente, empleándose como recurso para la probanza de otro tipo de disvalores de fuerte carga subjetiva, como el interés indebido que sanciona la Negociación Incompatible o de difícil acreditación objetiva, como el acto de concertación. Por lo que, la primera finalidad de la propuesta legislativa, estriba en dotar de protección eficiente a la Administración Pública, en un ámbito de particular vulnerabilidad, legitimando la intervención del aparato punitivo ante la manifestación de comportamientos lesivos para sus intereses.

De modo complementario, se busca incluir a los novísimos delitos junto con las figuras que actualmente sancionan el déficit de imparcialidad en la contratación estatal, en una Sección independiente, esto es, dentro del Capítulo de Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, el que a su vez es contenido en el Título XVIII de la Parte Especial, Delitos Contra la Administración Pública, Sección que será denominada *Celebración Indebida de Contratos*, dotando así de orden sistémico a la regulación, la que observará una represión escalonada que encontrará en el concierto defraudatorio al más alto peldaño punitivo, presentando, las figuras subsidiarias, la correspondiente dosimetría penológica.

4.- Efectos de la Vigencia de la Norma Sobre la Legislación Nacional

1. La propuesta legislativa no alterará el marco constitucional ni la legislación vigente, tampoco generará conflictos en torno a la continuidad del injusto, pues no se modifica el texto normativo de los delitos objeto de reubicación, lo que revierte en que remisión propuesta no incida en el contenido de la materia de la prohibición de las figuras hasta ahora reguladas en los artículos 384° y 399°; sin embargo, la propuesta legislativa contiene como disposición complementaria, la suplantación de la anterior denominación (a nivel

de número de articulado) de las figuras descritas por las nuevas.

5.- Análisis del Costo Beneficio

1. El presente Proyecto de Ley, no ocasiona ni demanda gasto alguno al erario nacional; pues no existe inversión que se tenga que hacer que revierta en gastos al fisco, por el contrario, en el entendido que la verificación de un injusto apareja consecuencias civiles, generará la reparación en favor del Estado de daños objetivamente determinados en el séquito del procedimiento penal, sin tener que recurrirse a la vía arbitral, circunstancia que no cabe ser menospreciada, teniendo en cuenta los altos importes pecuniarios a los que puede asociarse una operación de gran envergadura.

En tal sentido, la presente iniciativa, busca dotar de eficacia al control social, para la erradicación de riesgos que, pese a su proscripción expresa en la regulación Contractual, aún siguen manifestándose dentro de las operaciones públicas. Afianzando la credibilidad de los justiciables en la correcta administración de justicia y maximizando la transparencia en el manejo de recursos públicos.

6.- Fórmula Legal

POR CUANTO: El Congreso de la República

Ha dado la siguiente Ley:

ARTÍCULO 1°. - Objeto de la Ley

La presente ley, tiene por objeto incorporar en la Codificación Penal los delitos de *Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades y Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales*, estableciéndose de modo complementario la reubicación de los delitos de Colusión y Negociación Incompatible,

en sección conjunta, la que se compone, complementariamente por las nuevas figuras penales.

ARTICULO 2°. –Modificación del Artículo 384° del Código Penal e Incorporación de los Artículos 384° A, 384° -B y 384°-C, al Código Penal

Inclúyase a la *Celebración Indevida de Contratos como Sección III*, dentro del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial, sección que se encontrará compuesta por los Artículos 384°, 384-A°, 384-B° y 384°-C, bajo la redacción siguiente:

Sección III Celebración Indevida de Contratos

Artículo 384.- Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades

El funcionario o servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Artículo 384°-A.- Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indevido de Cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Artículo 384°-B.- Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo en un proceso de contratación pública, formule o apruebe las bases de este eliminando o restringiendo la participación de pluralidad de postores o direccionando su contenido en favor de un postor o grupo determinable estos, o celebre o liquide Contrato sin verificar el cumplimiento de este, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Artículo 384°-C.- Colusión Preparatoria y Consumada

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

Artículo 3º: Modificación de la Denominación de las Secciones del Capítulo II, Título XVIII, Libro Segundo del Código Penal

Las Secciones del Capítulo II, Título XVIII, Libro Segundo del Código Penal, incluirán la siguiente denominación: Sección I: Abuso de Autoridad; Sección II: Concusión; *Sección III: Celebración Indevida de Contratos*; Sección IV: Peculado; y Sección V: Corrupción de Funcionarios

Disposiciones derogatorias y complementarias:

Primera. - Deróguese el contenido del artículo 399º del Código Penal, así como las normas legales que se opongan a la presente ley,

Segunda. - Toda referencia legislativa a los artículos 384º y 399º del Código Penal, debe ser reemplazada por los artículos 384-C y 384-A, dada la reubicación o remisión efectuada en la presente norma, así como la derogación establecida en la disposición previa.

Tercera. - La presente norma entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Arequipa, 20 de noviembre del 2019

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos Contra la Administración Pública*, Cuarta Edición, Lima: 2007, Grijley, p. 405-406.
2. URQUIZO OLAECHEA, José, *Código Penal Práctico - Concordancias / Doctrina / Jurisprudencia / Evolución Legislativa*, Primera Edición, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, T. II., p. 361.
3. LAMAS PUCCIO, Luis, *Código Penal & Nuevo Código Procesal Penal*, Sexta Edición, Lima: Pacífico Editores, 2019, p. 323.
4. ROJAS VARGAS, Fidel, Ob. Cit. p. 406.

5. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, Segunda Edición, Lima: Palestra. 2003, p. 308.
6. ROJAS VARGAS, Fidel, Ob. Cit., p. 817.
7. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN, Artículo VI.
8. CASTILLO ALVA, José Luis y GARCIA CAVERO, Percy. *El Delito de Colusión*, Primera Edición, Lima: Grijley, 2008, p. 23.
9. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico - Parte Especial, Delitos Contra el Libre Mercado*, Segunda Edición, Lima: Instituto Pacífico, 2015, V. II, p. 1092.
10. ROJAS VARGAS, Fidel, *Código Penal – Jurisprudencia*, Primera Edición, Lima: RZ Editores, T. IV, 2016, p. 111.
11. DIAZ LAZO, David C., “*Título de Intervención de Alcaldes y Funcionarios de Dirección en el Delito de Colusión*”. ACTUALIDAD PENAL N° 07, Instituto Pacífico, Lima, Enero 2015, p. 184-189.
12. CASTILLO ALVA, José Luis y GARCIA CAVERO, Percy, *El Delito de Colusión*, p. 32.
13. ESQUIVEL OVIEDO, Juan Carlos, *Los Delitos Contra la Administración Pública en la Jurisprudencia*, Primera Edición, Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 77.
14. ROJAS VARGAS, Fidel, *Código Penal Dos Décadas de Jurisprudencia*, Primera Edición, Lima: Ara Editores, 2012, T.I, p. 627.
15. ROXIN, Claus, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, Reimpresión a la Segunda Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 68 y ss.
16. ROJAS VARGAS, Fidel, *Código Penal Dos Décadas de Jurisprudencia*, T. III, p. 198
17. JAKOBS, Günther, *Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico Penal*, Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 27.
18. GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Parte General*, Segunda Edición, Lima: Jurista Editores, 2012, p. 101.
19. JAKOBS, Günther, Ob. Cit. p. 28.
20. FERRE OLIVE, Juan Carlos y otros, *Derecho Penal Colombiano Parte General*, Reimpresión a la Primera Edición, Bogotá: Ibañez, 2011, p. 506.
21. GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Parte General*, p. 367.

22. CARO JOHN, José Antonio, *Algunas Consideraciones Sobre los Delitos de Infracción de Deber*, en: Problemas Fundamentales de la Parte General, editor José Hurtado Pozo, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2009, p. 104.
23. GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Parte General*, p. 470.
24. ROXIN, Claus, *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Segunda Reimpresión a la Segunda Edición, Lima: Grijley, 2014, p. 198
25. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal Parte General*, Quinta Reimpresión a la Primera Edición, Lima: Grijley, 2014, p. 460
26. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal Parte Especial*, Segunda Edición, Lima: Idemsa, 2013, T. V, p. 322.
27. SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, *Exp. N° 3476-2009-Lima Norte*, Lima: 14 de enero del 2010, f.j. n° 4
28. SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA, *Exp. N° 164-2011-Ayacucho*, Lima: 25 de septiembre del 2013, f.j. n° 11.
29. DIAZ LAZO, David C., “*Comisión por Omisión en los delitos de Peculado y Colusión Desleal*”. ACTUALIDAD PENAL N° 14, Instituto Pacífico, Lima, Agosto 2015, p. 204-218.
30. GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico – Parte Especial II*, Segunda Edición, Lima: Pacífico Editores, 2015, p. 1094
31. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, Ob. Cit., p. 326.
32. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Exp. N° 00017-2011-PI/TC*, Lima: 03 de mayo del 2012, f.j. n° 28-29.
33. GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico – Parte Especial II*, p. 1110.
34. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal Parte General*, Segunda Edición, Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 543.
35. GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Parte General*, p. 396.
36. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit., p. 543 - 544.
37. GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico – Parte Especial II*, p. 1109.
38. ABANTO VASQUEZ, Manuel. Ob. Cit., p. 358.

39. SALA PENAL TRANSITORIA, *Casación N° 542-2017-Lambayeque*, Lima: 03 de mayo del 2019, f.j. N° 10.
40. Cfr. GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico – Parte Especial II*, p. 1113-1116.
41. CARO JOHN, José Antonio, *La Normativización del Tipo Subjetivo como Imputación de Conocimiento a Título de Dolo*, en *Actualidad Penal* N° 06 Diciembre 2014, Pacífico Editores, Lima, p. 78.
42. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Traducción a la Quinta Edición Alemana, Lima: Instituto Pacífico, V. II, 2014, p. 1095.
43. GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Parte General*, p. 375.
44. NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel – FERRE OLIVE, Juan Carlos y RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea. *Derecho Penal Colombiano Parte General*, Reimpresión a la Primera Edición, Bogotá: Ibañez, 2011, p. 216.
45. JESCHECK, Hans-Heinrich – WEIGEND, Thomas, Ob. Cit., p. 908 y ss.
46. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Ob. Cit, p. 653.
47. ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, Traducción a la Primera Edición Alemana, Pamplona – Navarra: Thomson Civitas, 2014, p. 759.
48. JESCHECK, Hans-Heinrich – WEIGEND, Thomas, Ob. Cit., pág. 901.
49. ROXIN, Claus, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, p. 64.
50. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal Parte General*, Primera Edición, Lima: Ara Editores, 2015, pág. 195.
51. JAKOBS, Günther, *Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico Penal*, p. 27.
52. JAKOBS, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Primera Edición, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 69 y ss.
53. MEINI, Iván, *Lecciones de Derecho Penal - Parte General Teoría Jurídica del Delito*, Primera Edición, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2014, p. 95.
54. GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Parte General*, p. 552.
55. MEINI, Iván, “*Comisión por Omisión*”, en *Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal* – Editor José Hurtado Pozo, Primera Edición, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2009, p. 432.
56. LAMAS PUCCIO, Luis, Ob. Cit. , p. 58.
57. POLAINO NAVARRETE, Miguel, Ob. Cit., p. 362.

58. GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Parte General*, p. 555 y ss.
59. CORDOVA ROJAS, Joel, “*El proceso de imputación objetiva en los delitos de comisión por omisión: Deslegitimando posibles interpretaciones*”, en *Gaceta Penal*, Tomo 66, Diciembre 2014, Lima: Editorial El Búho, p. 46.
60. MEINI, Iván, *Lecciones de Derecho Penal - Parte General Teoría Jurídica del Delito*, p. 204-205.
61. ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, p. 935.
62. GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Parte General*, p. 558.
63. TUO DE LA LEY N° 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, Artículo 8°.
64. ABANTO VASQUEZ, Manuel, Ob. Cit., p. 310.
65. Ibíd., p. 311.
66. GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Parte General*, p. 393.
67. GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico – Parte Especial II*, p. 1112.
68. SALA PENAL DE APELACIONES DE LIMA, *Exp. N° 185-2011-7-1826-JR-PE-03*, Lima: 11 de abril del 2013, f. j. N° 18.
69. GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico – Parte Especial II*, p. 1108.
70. MORENO-TORRES, María Rosa, “*La tentativa de delito en la legislación penal española*”, en PARIONA ARANA, Raúl y PEREZ ALONSO, Esteban (Coord.), *Teoría del Delito Problemas Fundamentales*, Primera Edición, Lima: Instituto Pacífico, 2015, pág. 280.
71. POLAINO NAVARRETE, Miguel, Ob. Cit., p. 428.
72. GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Parte General*, p. 440.
73. GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico – Parte Especial II*, p. 1116.
74. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba Penal*, Primera Edición, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 159.
75. MONTERO AROCA, Juan, *La Prueba*, Primera Edición, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 48 y ss.
76. ROSAS YATACO, Jorge, *La Prueba en el Proceso Penal*, Tomo I, Primera Edición, Lima: Ediciones Legales, 2016, p. 116.
77. TARUFFO, Michele, *Simplymente la Verdad – El Juez y la Construcción de los Hechos*, Traducción, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 185.

78. ROSAS YATACO, Jorge, Ob. Cit., p. 121.
79. CAFFERATA NORES, José, *La Prueba en el Proceso Penal*, Quinta Edición, Buenos Aires: Lexis Nexis - Depalma, 2003, p. 47-48.
80. Ibídem.
81. TARUFFO, Michele, Ob. Cit. p.186.
82. Ibíd., p.191.
83. DIAZ LAZO, David C., “Reglas para la valoración de la Prueba por Indicios en el Contenido del R.N. N° 1912-2005-Piura”, en: HEYDEGGER, Francisco (Coord.), *Comentarios de los Acuerdos Plenarios II – Derecho Procesal Penal*, Primera Edición, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 169-185.
84. JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Principios de Derecho Penal La Ley y El Delito*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 21.
85. ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Primera Edición, Lima: Editorial Reforma, T. I, 2011, p. 387.
86. GARCÍA DEL RÍO, Flavio, *La Prueba en el Proceso Penal*, Primera Edición, Lima: Ediciones Iberoamericana, 2002, p. 80.
87. MORENO HOLMAN, Leonardo, *Teoría del Caso*, Cuarta Reimpresión a la Primera Edición, Buenos Aires: Ediciones Didot, 2015, p. 58.
88. PELÁEZ BARDALES, José Antonio, *La Prueba Penal*, Primera Edición, Lima: Grijley, 2013, p. 54.
89. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal Lecciones*, Primera Edición, Lima: Fondos Editoriales INPECCP y CENALES, 2015, p. 499
SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal Lecciones*, Primera Edición, Lima: Fondos Editoriales INPECCP y CENALES, 2015, p. 499
90. PARRA QUIJANO, Jairo, *Racionalidad e Ideología en las Pruebas de Oficio*, Primera Edición, Bogotá: Temis, 2004, p. 17.
91. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Tercera Edición, Lima: Grijley, 2014, p. 743.
92. TARUFFO, Michele, *La Prueba*, Primera Edición, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 60.
93. GARCIA CAVERO, Percy, *La Prueba por Indicios en el Proceso Penal*, Primera Edición, Lima: Editorial Reforma, 2010, pp. 30 y 31.

94. ASECIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Penal Estudios Fundamentales*, Primera Edición, Lima: Fondos Editoriales INPECCP y CENALES, 2016, p. 1155.
95. GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alonso G. GARCÍA FIGUEROA, *La Argumentación en el Derecho (Algunas Cuestiones Fundamentales)*, Tercera Edición, Lima: Palestra Editores, 2016, p. 371.
96. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, Primera Edición, Lima: Jurista Editores, 2012, p. 36.
97. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Exp. N° 728-2008-PHC/TC*, Lima: f. j. N° 26.
98. ROSAS YATACO, Jorge, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, Volumen II, Primera Edición, Lima: Ediciones Legales, 2016, p. 1141.
99. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Cuarta Edición, Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 628.
100. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Ob. Cit.*, p. 42.
101. SALA PENAL PERMANENTE, *R.N. N° 4901-2009- Ayacucho*, Lima: 06 de julio de 2010, f.j. n° 6.
102. REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Primera Edición, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 474.
103. MARTINEZ GARNELO, Jesús, *Ob. Cit.*, p. 166.
104. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Ob. Cit.*, p. 37.
105. SALA PENAL TRANSITORIA, *Casación N° 628-2015-Lima*, Lima: 05 de mayo del 2016, f.j. n° 4.
106. GARCÍA CAVERO, Percy, *Ob. Cit*, pp. 54 - 65.
107. SALA PENAL DE APELACIONES DE LIMA, *Expediente N° 185-2011-JR-PE-03*, Lima: 11 de abril del 2013, f.j. n° 18.
108. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba Penal*, Primera Edición, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 212. En similar sentido: NEYRA FLORES, José Antonio, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Primera Edición, Lima: Idemsa, 2015, pp. 500 - 506.
109. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N° 728-2008-PHC/TC*, Lima 13 de octubre del 2008, f.j. n° 29.
110. TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid: Editorial Trotta, 2012, p. 270.

111. STEIN, Fredrich, *El conocimiento Privado del Juez*, 1973, pág. 30, citado por LAMAS PUCCIO, Luis, *La Prueba Indiciaria en el Delito de Lavado de Activos*, Primera Edición, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 87.
112. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *Ob.Cit.*, p. 213.
113. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, *Expediente N.º 137/2005*, Madrid 23 de mayo de 2005. f.j. nº 2b.
114. SALA PENAL PERMANENTE D ELA CORTE SUPREMA, *R.N. 1912-2005-Piura*, Lima:06 de septiembre del 2005, f.j. nº 4.
115. ASENSIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Penal – Estudios Fundamentales*, Primera Edición, Lima: Fondo Editorial INPECCP y CENALES, 2016, p. 1159.
116. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, *Exp. Nº 174/1985*, Madrid: 17 de diciembre del 1985, f.j. Nº 6.
117. SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA, *R.N. Nº 2049-2014*, Lima: 22 de octubre del 2015, Sumilla.
118. CUSI RIMACHE, Jhon Eber, *La Motivación de la Prueba Indiciaria en Materia Criminal*, Primera Edición, Lima: Idemsa, 2016, p. 108.
119. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Ob. Cit.*, p. 43.
120. *Ibíd.*, p. 47.
121. PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA, *R.N. Nº 152-2015-Junín*, Lima: 21 de febrero del 2017, f.j. nº 10 y 11.
122. SEGUNDA SALA PENAL PARA REOS EN CÁRCEL, *Expediente Nº 517 – 2009*, Lima: 12 de octubre del 2012, f.j. nº 19
123. PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Acuerdo Plenario Nº 02-2005/CJ-116*, Lima: 30 de septiembre del 2005, f. j. nº 9b.
124. Cfr. PELAEZ BARDALES, José Antonio, *Ob. Cit.*, p. 185.
125. GARCÍA CAVERO, Percy, *La Prueba por Indicios en el Proceso Penal*, p. 98.
126. *Ibíd.*, pág. 101.
127. *Ibíd.*, pág. 100.
128. SALA PENAL TRANSITORIA, *R.N. 3710-2009-Piura*, Lima: 13 de enero del 2010, f.j. nº 4.
129. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente Nº 728-2008-PHC/TC*, Lima 13 de octubre del 2008, f.j. nº 27.

130. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ.116*, Lima
30 de septiembre del 2005, f.j. N° 8 y 9.
131. TUO DE LA LEY N° 30225, Artículo 27°.
132. TUO DE LA LEY N° 30225, Artículo 20°.
133. TUO DE LA LEY N° 30225, Artículo 16°.
134. Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del
Estado, Artículo 29.1°.
135. TUO DE LA LEY N° 30225, Artículo 15°.
136. Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Artículo 6°.
137. TUO DE LA LEY N° 30225, Artículo 11°.
138. Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Artículo 168°.
139. Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Artículo 171°.





ANEXOS

Universidad Católica De Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho Penal



**VALORACIÓN DE LA PRUEBA DIRECTA E INDICIARIA PARA LA
ACREDITACIÓN DEL CONCIERTO COMO ELEMENTO DEL
DELITO DE COLUSIÓN, CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE
LIMA, 01 DE ENERO DEL 2017 AL 31 DE DICIEMBRE DEL 2018**

Proyecto de Tesis presentado por el
Bachiller:

Díaz Lazo, David Cesar

Para optar el Grado Académico de

Maestro en Derecho Penal

Arequipa – Perú

2019

I. PREÁMBULO

Durante los últimos años, sucesivas reformas legislativas han endurecido la respuesta punitiva para los denominados delitos de corrupción de funcionarios, ello cabe ejemplificarse con la dación de normas que niegan la posibilidad de suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad, o confieren la posibilidad de imponer en supuestos particularmente graves la inhabilitación perpetua al condenado, para acceder a un cargo público. A nivel preventivo general, el círculo de destinatarios de la norma, incluso se ha expandido, comprendiéndose también al ciudadano en quien no convergen obligaciones estatales, al haberse asumido, por definición legal, la tesis de unidad de título de intervención en nuestro ordenamiento.

Indudablemente, la preocupación legislativa no se ve traducida en una reducción significativa de la criminalidad en el indicado ámbito, antagónicamente nuestro país se sumergió hace apenas algunos meses, en una crisis de gobernabilidad que halló anclaje en la renuncia de nuestro primer mandatario, la cual se produjo en un escenario de postulación sucesiva de mociones de vacancia, motivadas en su relación con un Grupo Empresarial asociado a la mega corrupción. A modo de colofón cabría decirse que la dimisión del presidente se vio precipitada por la difusión de grabaciones, vinculadas a la negociación de votos de apoyo a su permanencia en el cargo, protagonizadas por miembros del parlamento.

En la coyuntura bosquejada, dos hechos resultan evidentes, de un lado, los ciudadanos no percibimos que los dispositivos normativos, más allá del rigor de su redacción, sancionen en la praxis casos concretos, y, en segundo término, existen indicios de corrupción en el ámbito de los contratos públicos, presentes incluso en las más altas esferas del organigrama estatal. Lo último se asocia a que los negocios públicos (licitaciones, concursos u otros), debido al ingente caudal dinerario que comprometen, constituyen el objetivo de esta forma de criminalidad, la que ha implementado protocolos de aseguramiento que dificultan la acreditación de un suceso que, por su propia naturaleza clandestina o subrepticia, se presenta ya como de difícil probanza.

Es importante explicitar que el delito de mayor gravedad que puede cometerse en el escenario de un contrato público es el de Colusión Defraudatoria o Consumada, el cual resulta ser el delito de Corrupción de Funcionarios que presenta mayor reproche punitivo (teniendo como única excepción al cohecho específico que no suele sustanciarse en el proceso común), de modo laxo puede indicarse que el ilícito se configura cuando, mediando un acuerdo de voluntades entre ambas partes, el Estado resulta perjudicado patrimonialmente. Es imprescindible pergeñar que el solo concierto antijurídico de una voluntad estatal y otra privada en el seno de la contratación pública configura ya una Colusión Básica, por lo que tal comportamiento supone la introducción de un riesgo no permitido, en nuestra comprensión normativa, según se desprende del texto incluido en las indicadas prohibiciones. En la práctica procesal la probanza de dicho comportamiento se erige en el núcleo de la litis, dado que usualmente los restantes componentes de la imputación pueden incluso no ser controvertidos, o ser meramente incidentales, así, no está en discusión quiénes conformaron un comité de selección o quién es el particular interviniente, lo decisivo es si motivaron su comportamiento en la existencia de un pacto de tal naturaleza. En tal contexto, resulta fundamental determinar cuál es el estándar probatorio requerido actualmente por nuestros tribunales para la acreditación de dicho contubernio defraudatorio en el seno del proceso penal.

II. PLANTEAMIENTO TEORICO

1. Problema de Investigación

Establecer la probanza del acto de concertación, elemento del delito de colusión, es un tema complejo en la práctica de los tribunales, en tanto dicho acto se presupone clandestino. No se ha establecido, a través de pronunciamientos vinculantes qué medios probatorios gozan de mayor idoneidad para ello, tampoco se ha asignado a determinado dato periférico el carácter de indicador necesario del acto de contubernio, no existiendo jurisprudencia de observancia obligatoria en torno a qué indicios contingentes poseen cuando menos el carácter de graves. En tal sentido, los tribunales carecen de estándares o reglas referidas a la aptitud de las irregularidades objetivables en el proceso indagativo para probar el acuerdo ilícito.

1.1. Enunciado del Problema

VALORACIÓN DE LA PRUEBA DIRECTA E INDICIARIA PARA LA ACREDITACIÓN DEL CONCIERTO COMO ELEMENTO DEL DELITO DE COLUSIÓN, CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, 01 DE ENERO DEL 2017 AL 31 DE DICIEMBRE DEL 2018.

1.2. Interrogantes del Problema

- ¿Cómo se acredita el concierto -elemento del delito de Colusión- en las Sentencias de primera instancia emitidas por los Juzgados Especializados en Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Lima en los años 2017 y 2018?
- ¿Qué medios de prueba actuados, directos o indirectos, han sido considerados insuficientes a efecto de acreditar el elemento típico concierto, en las Sentencias emitidas en primera instancia por los Juzgados de la CSJL en los años 2017 y 2018?
- ¿Qué hechos base, o indicios, son tomados en cuenta con mayor frecuencia a efecto de acreditar el elemento concertación en las Sentencias analizadas?

1.3. Descripción del Problema

- Campo : Ciencias Jurídicas
- Área : Derecho Penal y Procesal Penal
- Línea : Argumentación Jurídica
- Tipo : Observacional y de Campo
- Nivel : Explicativo

Cuadro de Operacionalización de Variables

Variables:	Indicador:	Sub Indicador:
<u>Variable Independiente:</u> Valoración de la Prueba Directa e Indiciaria	Medios Probatorios Actuados por el Ministerio Público orientados a acreditar el elemento Concierto	Confesión del Imputado (Art. 160° del C.P.P.)
		Prueba Testimonial (Art. 162° del C.P.P.)
		Prueba Pericial (Art. 172° del C.P.P.)
		Prueba Documental (Art. 184° del C.P.P.)
<u>Variable Dependiente:</u> Acreditación del Concierto (elemento del delito de Colusión)	Conclusión del tribunal en torno a la verificación del elemento concierto	Inclusión del Concierto como Hecho Probado en Sentencias Judiciales
		Desestimación de la probanza del elemento Concierto en las Sentencias

1.4. Justificación del Problema

No todos los crímenes dejan huellas, trazas o evidencias que permitan reconstruir detalladamente las condiciones y circunstancias de su producción, existen comportamientos que se presumen como clandestinos por su naturaleza comisiva, delitos sin cuerpo y sin escena cuyo esclarecimiento demanda el recurso a técnicas de investigación no convencionales, en tanto usualmente sólo son presenciados por los intervinientes necesarios del acto ilegal.

El delito de colusión importa la realización de un pacto o encuentro de voluntades que usualmente es clandestino e incluso puede materializarse interpósita persona o mediante el recurso a intermediarios por ambas partes. Ante lo expuesto y dada la actual coyuntura en que se ha envuelto la clase gobernante de diversos países de la región, en torno al financiamiento de campañas políticas, así como a la recepción de ingentes sumas de capital por parte de un Grupo Empresarial transnacional asociado a casos de Corrupción, se hace necesario conocer cuál es el estándar probatorio mínimo que permite arribar a la comprobación del suceso delictivo.

En tal escenario es imprescindible conocer la posición asumida, en los últimos años, por los tribunales especializados en la impartición de justicia en el Sub Sistema Anticorrupción de la capital de la República en torno a la probanza del elemento concierto, como componente del tipo objetivo del delito indicado (colusión), en tanto tal acuerdo de voluntades en consustancial al contenido del injusto, siendo el aspecto esencial que le distingue de otras figuras criminales, *verbi gracia*, la negociación incompatible.

Con base en lo indicado, el tema a investigar resulta útil para los operadores de justicia con

competencia para la sustanciación de procesos de corrupción de funcionarios, pues se vincula directamente a uno de los tópicos de más difícil abordaje en la praxis cotidiana, pudiendo orientar incluso la actividad indagativa que emprenden los magistrados del Ministerio Público hacia la probanza de circunstancias valoradas en sentido positivo por los tribunales. Finalmente, es innegable que la identificación del contenido probatorio que asignan los tribunales a diversas irregularidades administrativas probadas en base los diversos medios de prueba que la ley faculta -particularmente peritajes o informes de los órganos del Sistema Nacional de Control - reviste incuestionable interés académico.



2. MARCO CONCEPTUAL

Para abordar el problema descrito se hace necesario el desarrollo de algunas categorías jurídicas:

A. Prueba

Siendo evidente que todo proceso presenta como fin, para las partes que en el intervienen, la corroboración de un hecho propuesto que engendra una pretensión amparada por un derecho que les asiste. Prueba es la actividad desplegada por las partes, que se orienta a convencer al juzgador respecto al contenido de sus alegaciones.

La regla general en un proceso acusatorio estriba en que los actos de prueba se realicen ante la inmediación del tribunal y bajo la vigencia de los principios de contradicción y publicidad, admitiéndose cierta flexibilización en supuestos excepcionales como la prueba anticipada¹.

B. Prueba directa:

En una clasificación realizada en torno al objeto de la prueba, es aquella que guarda relación directa con lo afirmado por el actor en el proceso, vale decir la que incide directamente sobre el suceso a ser acreditado. *Verbi gracia*, si se pretende demostrar que Juan sustrajo el teléfono móvil de Pedro, la declaración de la esposa de este último, quien vio como Juan se apoderaba del bien es prueba directa, pues se refiere exactamente a la premisa objeto de probanza.

C. Prueba Indiciaria:

Es aquella en la que el hecho principal que se quiere probar no surge directamente tras su actuación, sino que se arriba al mismo recurriendo a un razonamiento, registra tres elementos: un hecho base o dato probado, una inferencia cimentada en una regla de experticia o científica, y el hecho de destino o premisa objeto de acreditación.

D. Indicio

Como se desprende de la definición previa, es un elemento de la prueba indiciaria y no un equivalente o sinónimo de ésta. En términos generales constituye una acción o señal que da a conocer algo oculto, es pues un elemento de hecho que autoriza una deducción en relación

¹ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, Derecho Procesal Penal, Segunda Edición, Madrid: Colex, 2017, p. 373.

a otro hecho. Para efectos investigativos, cabe ser entendido como un hecho objetivo que relaciona racionalmente a una persona con la imputación que frente a ella se formula².

E. Valoración de la Prueba:

Constituye una garantía integrante del derecho a la prueba, que incumbe o comprende dos manifestaciones, por un lado, exige que la prueba actuada sea tomada en cuenta a efecto de justificar la decisión judicial y de otro, exige que la compulsación resulte racional. Lo expresado guarda correspondencia con el contenido de la norma procesal penal que, en su artículo 158°, indica que el Juez valora la prueba en observancia de reglas lógicas, científicas y máximas de experiencia, por su parte el Artículo 393.2 expresa que, para la apreciación de las pruebas, el juez procede a examinarlas primero individualmente y luego confronta los resultados obtenidos³.

F. La Confesión

La Confesión en el procedimiento penal es un acto procesal que consiste en la declaración necesariamente personal, libre, consiente, sincera, verosímil y circunstanciada que hace el procesado, ya sea durante la investigación o en el juzgamiento, aceptando total o parcialmente su real autoría o participación en la perpetración del delito que se le imputa⁴. Tratándose de una manifestación voluntaria del imputado, sólo tendrá valor probatorio cuando se encuentre debidamente corroborada por otros u otros elementos de convicción; sea prestada libremente en normalidad de las facultades psíquicas; y, sea prestada ante el juez o fiscal en presencia de su abogado⁵.

G. El Testimonio

Es la declaración oral de conocimiento prestada ante el juez y efectuada por personas físicas que conocen de la comisión del hecho punible. Como medio de prueba pretende acreditar la

² Cfr. ASECIO MELLADO, José María, Derecho Procesal Penal – Estudios Fundamentales, Primera Edición, Lima: Fondos Editoriales INPECCP y CENALES, 2016, p. 1156-1157.

³ Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, La Prueba Penal, Primera Edición, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 36-38.

⁴ MIXÁN MÁSS, Florencio, La Prueba en el Procedimiento Penal, Lima; Ediciones Jurídicas, 1991, p. 59.

⁵ ROSAS YATACO, Jorge, La Prueba en el Nuevo Proceso Penal, Volumen I, Primera Edición, Lima: Ediciones Legales, 2016, p. 481-482.

veracidad de una información fáctica a través de la información que aporta en el juicio oral un sujeto ajeno al proceso. El testigo puede ser directo: cuando conoce del hecho mediante una percepción directa e inmediata, sin personas interpuestas; o, de referencia: cuando conoce del hecho a través de otra u otras personas interpuestas⁶.

H. Prueba Pericial

Etimológicamente pericia proviene del latín *peritia* que significa experticia, la peritación se puede definir como una secuencia de actos racionales e intelectuales que requieren especialización, orientada a la obtención de dictámenes, opiniones o conclusiones que exigen maestría tanto en su elaboración como en su interpretación y aplicación⁷.

La pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba⁸.

I. Prueba Documental

Es un medio de prueba de carácter material -se trata de un soporte u objeto material: es prueba real y objetiva- que refleja un contenido de ideas: datos, hechos o narraciones, con eficacia probatoria, que se introduce al juicio oral, en cumplimiento del principio de oralidad, a través de la lectura, de la audición o del visionado -se entiende de sus partes pertinentes-. Acredita la Veracidad de un hecho a través de lo que consta en un material que recoge una determinada información⁹.

J. Concierto:

Dentro de las acepciones del verbo concertar en el uso lingüístico destacan: “*Acordar el precio de algo*”, y “*Pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio*”. A efectos del presente trabajo se destaca que el elemento central en el delito de colusión es que debe existir, por imperativo legal, una concertación, vale decir un acto de contubernio, entre los funcionarios públicos y los interesados en la suscripción de los contratos de bienes, de servicios, de obras, concesiones u otras operaciones¹⁰.

⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal – Lecciones, Primera Edición, Lima: Fondos Editoriales INPECCP y CENALES, 2015, p. 526.

⁷ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, La Prueba Pericial -Sistema Acusatorio Partes General y Especial, Segunda Edición, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2015, p. 41-42.

⁸ ROSAS YATACO, Jorge, Ob. Cit., p. 621.

⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César, Ob. Cit., p. 548.

¹⁰ CASTILLO ALVA, José Luis, El Delito de Colusión, Primera Edición, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 230.

K. Colusión Simple o Preparatoria:

Delito regulado en el primer párrafo del Artículo 384° del Código Penal, exige sólo el concierto idóneo para defraudar intereses estatales como núcleo comisivo, se destaca que la naturaleza de dicha defraudación no se restringe al contenido patrimonial. Como es evidente tal concierto debe tener como uno de sus protagonistas a un agente público interviniente por motivo de su cargo en la operación económica que emprende el Estado.

L. Colusión Agravada o Consumada:

Delito regulado en el segundo párrafo del Artículo 384° del Código Penal, su regulación exige la producción de un detrimento económico al ente público o privar a éste de un lucro legítimo para reputar la satisfacción del injusto y tal suceso debe presentarse como consecuencia de un contubernio con el interesado orientado a tal propósito.

La doctrina precisa: “(...) *Es un delito de resultado, en el que no basta la sola ejecución de lo concertado, sino que es necesario que lo ejecutado haya traído un perjuicio para el Estado* (...)”¹¹. De otro lado, se reitera que para el caso específico de este riesgo prohibido: “(...) *Defraudar se entiende como perjuicio patrimonial* (...)”¹²

M. Interesado:

El tipo penal de Colusión Desleal requiere necesariamente de la intervención de más de un agente, dado que la acción de concertar resulta de imposible satisfacción en solitario. Así el interesado no es otro que el beneficiado con el contrato público, la contraparte del Estado, que generalmente es completamente ajeno a la administración pública, por lo que suele denominársele simplemente “*extraneus*”.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Realizada la búsqueda en las principales bibliotecas y repositorios virtuales de distintas casas de estudios universitarios, llegamos al resultado que no se han encontrado trabajos sobre el particular.

4. OBJETIVOS

¹¹ GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal Económico, Volumen II, Segunda Edición, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 1114.

¹² CASTILLO ALVA, José Luis, Ob. Cit., p. 517.

- Determinar la acreditación del concierto -elemento del delito de Colusión- en las Sentencias de primera instancia emitidas por los Juzgados Especializados en Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Lima en los años 2017 y 2018.
- Verificar los medios de prueba actuados, directos o indirectos, que han sido considerados insuficientes a efecto de acreditar el elemento típico concierto, en las Sentencias emitidas en primera instancia por los Juzgados de la CSJL en los años 2017 y 2018.
- Identificar los hechos base, o indicios, que son tomados en cuenta con mayor frecuencia a efecto de acreditar el elemento concertación en las Sentencias analizadas.

5. HIPÓTESIS

DADO QUE:

Para afirmar la comisión del delito de Colusión, debe probarse la existencia de un pacto antijurídico o concierto entre un funcionario, que intervenga en un negocio estatal, y el particular interesado en éste, pese a que tal conducta se presupone clandestina.

ES PROBABLE QUE:

Se concluya la probanza de dicho elemento recurriendo no sólo a medios de prueba directos sino también a prueba indiciaria, sin que existan reglas específicas en torno al estándar en la valoración de dichas tipologías probatorias, lo que revierte en una percepción de inseguridad jurídica e impunidad.

III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. Técnicas, Instrumentos y Materiales de Verificación

Cuadro de Coherencias

Variables	Indicadores	Sub Indicadores	Técnicas	Instrumentos
Variable Independiente: Valoración de la Prueba Directa e Indiciaria	Medios Probatorios Actuados por el Ministerio Público orientados a acreditar el elemento Concierto	Confesión del Imputado (Art. 160° del C.P.P.) Prueba Testimonial (Art. 162° del C.P.P.) Prueba Pericial (Art. 172° del C.P.P.) Prueba Documental (Art. 184° del C.P.P.)	Análisis Documental de Contenido	Ficha de Análisis

<u>Variable Dependiente:</u> Acreditación del Concierto (elemento del delito de Colusión)	Conclusión del tribunal en torno a la verificación del elemento concierto	Inclusión del Concierto como Hecho Probado en Sentencias Judiciales		
		Desestimación de la probanza del elemento Concierto en las Sentencias		

2. Campo de verificación

2.1. Ubicación Espacial

Poder Judicial – Corte Superior de Justicia de Lima - Sede del Sub Sistema Anticorrupción.

2.2. Ubicación temporal

Del 01 de enero del 2017 al 31 de diciembre del 2018, la elección de este periodo temporal obedece a que, si bien la reforma procesal penal se introdujo en el Sub Sistema Anticorrupción en el año 2011, es en los últimos años en que se ha procedido a expedir mayor cantidad de Sentencias por este delito, cuestión previsible si se toma en cuenta que generalmente se trata de investigaciones complejas que no presentan una duración breve.

2.3. Unidades de Estudio

- **Fuentes de Estudio:** Sentencias de primera instancia emitidas por los Juzgados Penales Especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Lima.
- **Muestra:** La muestra está constituida por 15 (quince) Sentencias emitidas en primera instancia por el delito de Colusión, número significativo en relación a las sentencias que fueron emitidas por dicho delito en el indicado periodo.
- Para ello debe tenerse en cuenta que los Juzgados competentes (Unipersonales) de la Corte Superior de Justicia de Lima, durante el año 2017, expidieron ocho (08) Sentencias Condenatorias por Colusión, dos (02) absolutorias, y adicionalmente se expidieron dos (02) sentencias en las que, tras

desvincularse de la calificación propuesta (colusión), se emitió condena por Negociación Incompatible.

- Para el caso del año 2018, se cuenta con un total de quince (15) Sentencias, diez (10) de ellas condenatorias, cuatro (04) absolutorias, además de una Sentencia de Conformidad que desaprueba los acuerdos entre las partes.

3. Estrategia de recolección de datos

Dado el corto universo de pronunciamientos debe procederse al análisis de casi la totalidad de los mismos, excluyéndose, claro está, a las sentencias condenatorias en que no ha existido actuación probatoria (Conclusión Anticipada), y sentencias de absolución cuyo fundamento no reside en la falta de acreditación del elemento concertación. Para ello, es necesario el apoyo logístico de una persona con manejo de herramientas de procesamiento de datos para concluir la labor de manera idónea.

II.1. Organización

Para desarrollar la presente investigación, se efectuará la siguiente planeación estratégica:

- Pedir la autorización de la Corte Superior de Justicia de Lima para el permiso respectivo de consultar los procesos cuyas sentencias están relacionadas con el Delito de Colusión.
- Llevar el registro de los expedientes sobre dicho delito, contrastando que criterios o actuación probatoria se ha empleado para estimar como acreditado o desacreditado el elemento concierto.
- Los datos serán consignados en fichas bibliográficas y otros medios similares.

3.2. Recursos

DENOMINACIÓN	Nº	COSTO DIARIO	DÍAS	COSTO TOTAL
- Dirección de proyecto y ejecución	1	35.00	100	3,500.00
- Colaboradores	3	45.00	15	675.00
-Digitador /diagramador	1	30.00	10	300.00
TOTALES	5	110.00		4,475.00

BIENES

DENOMINACIÓN	CANTIDAD	COSTO TOTAL
Papel bond	1,500	36.00
Fichas de observación	500	80.00
Cartucho de tinta de impresión	05	75.00
Fotocopias	1000	100.00
Anillado	10	60.00
Uso de computadora	01	200.00
Movilidad		400.00
TOTAL		951.00

COSTO TOTAL DEL PROYECTO Y EJECUCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

DENOMINACIÓN	COSTO TOTAL
- Recursos Humanos	4,475.00
- Recursos materiales, bienes y servicios	951.00
COSTO TOTAL GENERAL	5,426.00

II.2. Validación de Instrumentos

El instrumento (Ficha) ha sido validado por Magistrados del Poder Judicial, quienes han evaluado la fiabilidad de respecto al objeto de aplicación, habida cuenta que son ellos los especialistas en la elaboración de sentencias.

Cronograma de Trabajo

Tiempo Actividades	Septiembre 2019	Octubre 2019	Noviembre 2019	Diciembre 2019
Preparación del Proyecto	X			
Aprobación del proyecto		X		
Recolección de la Información		X		
Análisis y Sistematización		X		
Conclusiones y Sugerencias			X	
Preparación del Informe			X	

Revisión y Corrección			X	
Presentación de Informe Final				X



III. Bibliografía Básica

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Sistema Procesal- Garantía de la Libertad, Rubinzal Culzoni, Tomo II Buenos Aires 2009
- ASENCIO MELLADO, José María. Derecho Procesal Penal – Estudios Fundamentales, Fondo Editorial INPECCP y CENALES, Primera Edición, Lima, 2016
- BAJO FERNANDEZ, Miguel, “Compendio de Derecho Penal - Parte Especial - Volumen I”, Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces (CERA), España, 2003.
- CASTILLO ALVA, José Luis, El Delito de Colusión, Primera Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2017.
- CASTILLO ALVA, José Luis y GARCIA CAVERO, Percy. El Delito de Colusión, Primera Edición, Grijley, Lima, 2008.
- CUSI RIMACHE, Jhon Eber. La Motivación de la Prueba Indiciaria en Materia Criminal, Idemsa, Lima, 2016.
- DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal Parte Especial, Tomo IV, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- GARCIA CAVERO, Percy, Derecho Penal Económico – Parte Especial, Volumen II, Delitos Contra el Libre Mercado, Segunda Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- GARCIA CAVERO, Percy, Derecho Penal Parte General, Segunda Edición, Jurista Editores, Lima, 2012.
- GARCIA CAVERO, Percy. La Prueba por Indicios en el Proceso Penal, Primera Edición, Editorial Reforma, Lima, 2010.
- GARCÍA DEL RÍO, Flavio. La Prueba en el Proceso Penal, Primera Edición, Ediciones Iberoamericana, Lima, 2002.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alonso G. GARCÍA FIGUEROA. La Argumentación en el Derecho Algunas Cuestiones Fundamentales, Tercera Edición, Palestra Editores, Lima, 2016.
- GIMENO SENDRA, Vicente, Derecho Procesal Penal, Segunda Edición, Madrid: Colex, 2017.
- JAKOBS, Günther, Estudios de Derecho Penal, UAM Ediciones, Civitas, Madrid, 1997.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis, Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- LAMAS PUCCIO, Luis. La Prueba Indiciaria en el Delito de Lavado de Activos, Primera

Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2017.

MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal – Fundamentos, Tercera Reimpresión a la Segunda Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

MARTINEZ GARNELO, Jesús. La Prueba Indiciaria, Presuncional o Circunstancial en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México D.F., 2012.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2012.

MONTERO AROCA, Juan (Director). La Prueba, Primera Edición, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

MORENO HOLMAN, Leonardo. Teoría del Caso, Cuarta Reimpresión a la Primera Edición, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Derecho Penal – Parte Especial”, Decimo Quinta Edición, Tirant Lo Blanch . Valencia, 2004.

NEYRA FLORES, José Antonio. Tratado de Derecho Procesal Penal, Primera Edición, Idemsa, Lima, 2015.

ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal, Primera Edición, Editorial Reforma, Lima, 2011.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, La Prueba Pericial -Sistema Acusatorio Partes General y Especial, Segunda Edición, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2015.

PARIONA ARANA, Raúl, El Delito de Colusión, Primera Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2017.

PARRA QUIJANO, Jairo. Racionalidad e Ideología en las Pruebas de Oficio, Primera Edición, Temis, Bogotá, 2004.

PELÁEZ BARDALES, José Antonio. La Prueba Penal, Primera Edición, Grijley, Lima, 2013.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Derecho Penal parte especial, tomo VI. IDEMSA. Lima. 2011.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Manual de Derecho Procesal Penal, Cuarta Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2016, pág. 628.

PEREZ CASTILLO, Emperatriz, “El Delito de Falsificación de Documentos: Bien jurídico y objeto material de la acción”.[www.amag.edu.pe/ estafeta jurídica](http://www.amag.edu.pe/estafeta_juridica).

QUERALT JIMENEZ, Joan, Derecho Penal. Parte Especial, Atelier, Libros Jurídicos, España, 2007.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal, Segunda Edición, Jurista Editores, Lima, 2017.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. Manual de Derecho Procesal Penal, Primera Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2015.

ROJAS VARGAS; Fidel, Código Penal, Dos Décadas de Jurisprudencia, Ara Editores, Lima, 2012.

ROJAS VARGAS, Fidel, Código Penal – Jurisprudencia, Primera Edición, RZ Editores, Lima, 2016.

ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos Contra la Administración Pública, Cuarta Edición, Grijley, Lima, 2007.

ROSAS YATACO, Jorge. La Prueba en el Nuevo Proceso Penal, Primera Edición, Ediciones Legales, Lima, 2016.

ROSAS YATACO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, Jurista Editores, Primera Edición, Lima, 2015.

ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General, Civitas, Traducción a la Segunda Edición, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Segunda Edición – Primera Reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

ROXIN, Claus, Teoría del Tipo Penal, Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.

SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal, Tercera Edición, Grijley, Lima, 2014.

SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones, Primera Edición, Fondos Editoriales INPECCP y CENALES, Lima, 2015.

TALAVERA ELGUERA, Pablo. La Prueba Penal, Primera Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2017

TARUFFO, Michele. La Prueba, Primera Edición, Marcial Pons, Madrid, 2008.

TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos, Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Editorial Trotta, Madrid, 2012.

FICHA DE ANALISIS		
N° de Expediente:		
N° de Imputados:	Agentes Públicos ()	Total:
	Interesados ()	
Nombre de la Empresa que contrató con el Estado (puede ser persona natural)		
Modalidad Colusoria:	Primer Párrafo ()	Segundo Párrafo ()
	Párrafo Único (Hechos antes de junio del 2011) ()	
Tipo de Fallo:	Absolutorio ()	Condenatorio () * Marcar incluso si la condena sólo es parcial
Hechos Propuestos para afirmar la existencia del Concierto:	1	
	2	
	3	
	4	
	5	
	6	
	7	
	8	
Valoración Hechos probados, consignar números y qué se concluyó 		
Observaciones (monto en caso de trascendencia): 		