

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

**“Aplicación de la prueba indiciaria para acreditar la concertación
en el delito de colusión”**

Área de Investigación:
Derecho Penal

Autora:
Br. Agreda López, Ruth Karen

Jurado Evaluador:

Presidente: Castañeda Cubas, Carlos Miguel

Secretario: Mauricio Juárez, Francisco Javier

Vocal: Florián Vigo, Olegario David

Asesor:
Gutiérrez Gutiérrez, Carlos Germán
Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8253-7845/print>

TRUJILLO - PERÚ
2022

Fecha de sustentación: 2022/07/27

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

**“Aplicación de la prueba indiciaria para acreditar la concertación
en el delito de colusión”**

Área de Investigación:
Derecho Penal

Autora:
Br. Agreda López, Ruth Karen

Jurado Evaluador:

Presidente: Castañeda Cubas, Carlos Miguel

Secretario: Mauricio Juárez, Francisco Javier

Vocal: Florián Vigo, Olegario David

Asesor:
Gutiérrez Gutiérrez, Carlos Germán
Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8253-7845/print>

TRUJILLO - PERÚ
2022

Fecha de sustentación: 2022/07/27

DEDICATORIA

*Esta investigación va dedicada a mi familia
y amigos más cercanos,
por su apoyo incondicional
y la confianza que tuvieron en mí
desde el inicio hasta el día hoy.*

AGRADECIMIENTO

*A mi asesor, Carlos Gutiérrez Gutiérrez, quien
me acompañó a lo largo de la investigación
hasta la conclusión de la misma.*

*A la Universidad Privada Antenor Orrego,
por los conocimientos impartidos en sus aulas.*

RESUMEN

La presente investigación tiene por objetivo analizar si a través de la prueba indiciaria se puede acreditar la concertación en el delito de colusión.

Para tal fin se recurrió a la investigación de enfoque mixto, en tanto que fueron empleados instrumentos que permitieron procesar los datos de manera cualitativa y cuantitativa. Las tipologías de indicios identificadas en la jurisprudencia analizada fue producto de un análisis cualitativo de las sentencias analizadas, mientras que la opinión de los expertos entrevistados fue procesada en tablas y gráficos. Se trabajó con la opinión de ocho expertos quienes respondieron a ocho preguntas previamente diseñadas en el cuestionario. Para el análisis jurisprudencial se identificaron ocho sentencias donde la Corte Suprema empleó los indicios para la acreditación de la concertación en el delito de corrupción de funcionarios. Los resultados obtenidos permitieron concluir que la prueba por indicios es el método de valoración probatoria más concurrido para la acreditación de este delito, lo cual impide y frena la impunidad de los funcionarios y privados procesados por este delito. Asimismo, se han podido identificar distintas tipologías de indicios habituales que pueden conducir a la existencia de un posible acuerdo colusorio.

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze whether through circumstantial evidence it is possible to prove collusion in the crime of collusion. For this purpose, a mixed approach research was used, since instruments were used to process the data in a qualitative and quantitative manner. The typologies of evidence identified in the case law analyzed were the result of a qualitative analysis of the sentences analyzed, while the opinion of the experts interviewed was processed in tables and graphs. We worked with the opinion of eight experts who responded to eight questions previously designed in the questionnaire. For the jurisprudential analysis, eight sentences were identified in which the Supreme Court used the indicia for the accreditation of concerted action in the crime of corruption of public officials. The results obtained led to the conclusion that circumstantial evidence is the most common method of evidentiary evaluation for the accreditation of this crime, which prevents and stops the impunity of officials and private individuals prosecuted for this crime. Likewise, it has been possible to identify different typologies of common indications that may lead to the existence of a possible collusive agreement.

PRESENTACIÓN

SEÑORES INTEGRANTES DEL JURADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS

Con la debida diligencia y cumplimiento de los lineamientos establecidos para la presentación, aprobación y sustentación de Tesis de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, tengo el honor de presentar a ustedes el trabajo de investigación titulado: **“APLICACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA PARA ACREDITAR LA CONCERTACIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN”**.

En ese sentido, someto a su juicio y amplio criterio valorativo la evaluación correspondiente del presente trabajo de investigación, anhelando cumpla con los méritos y requisitos necesarios para su oportuna aceptación.

Agradezco de antemano la atención brindada al presente estudio y es oportuna la oportunidad para expresarles mi muestra de estima y consideración.

Atentamente,



Ruth Karen Agreda López
DNI N°: 47846154

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTO.....	4
RESUMEN	5
ABSTRACT	6
PRESENTACIÓN	7
ÍNDICE	8
ÍNDICE DE TABLAS.....	9
ÍNDICE DE FIGURAS	10
I. INTRODUCCIÓN.....	11
1.1. Problema de investigación	11
1.2. Objetivos	13
1.3. Justificación del estudio	13
II. MARCO DE REFERENCIA	14
2.1. Antecedentes del estudio.....	14
2.2. Marco teórico	16
2.3. Marco conceptual.....	39
2.4. Sistema de hipótesis	41
2.5. Sistema de variables.....	42
III. METODOLOGÍA EMPLEADA	43
3.1. Tipo y nivel de investigación	43
3.2. Población y muestra de estudio	43
3.3. Diseño de la investigación.....	44
3.4. Técnicas e instrumentos de investigación.....	45
3.5. Procesamiento y análisis de datos.....	46
IV. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.....	47
4.1. Análisis e interpretación de resultados.....	47
Conclusiones.....	67
Recomendaciones	68
Referencias bibliográficas	69
ANEXOS	74

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	47
<i>Apreciación de los entrevistados sobre la aplicación de la prueba indiciaria en el delito de colusión</i>	47
Tabla 2	48
<i>Forma más habitual de probar la concertación según los encuestados</i>	48
Tabla 3	49
<i>Importancia de la prueba por indicios para la acreditación del acuerdo colusorio</i> 49	
Tabla 4	50
<i>Existencia de indicio habituales utilizados por funcionarios y privadas para defraudar al Estado</i>	50
Tabla 5	51
<i>Tipologías indiciarias desarrolladas por la Corte Suprema según los encuestados</i>	51
Tabla 6	52
<i>Análisis del Recurso de Nulidad N.° 2056-2018-Huánuco</i>	52
Tabla 7	54
<i>Análisis del Recurso Casatorio N.°329-2019-Ancash</i>	54
Tabla 8	56
<i>Análisis de la sentencia de segunda instancia N.°03631-2016</i>	56
Tabla 9	57
<i>Análisis del Recurso de Nulidad N.°2056-2018-Huánuco</i>	57
Tabla 10	59
<i>Análisis del Recurso de Nulidad N.°1722-2016 del Santa</i>	59
Tabla 11	61
<i>Análisis de la sentencia N.°1842-2016-Lima</i>	61
Tabla 12	63
<i>Análisis del Recurso de Nulidad N.°1126-2017-Ancash</i>	63
Tabla 13	65
<i>Análisis del Recurso de Nulidad N.°1527-2016 Del Santa</i>	65

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1	47
<i>Apreciación de los entrevistados sobre la aplicación de la prueba indiciaria en el delito de colusión.....</i>	<i>47</i>
Figura 2	48
<i>Forma más habitual de probar la concertación según los encuestados.....</i>	<i>48</i>
Figura 3	49
<i>Importancia de la prueba por indicios para la acreditación del acuerdo colusorio</i>	<i>49</i>
Figura 4	50
<i>Existencia de indicio habituales utilizados por funcionarios y privadas para defraudar al Estado.....</i>	<i>50</i>
Figura 5	51
<i>Tipologías indiciarias desarrolladas por la Corte Suprema según los encuestados</i>	<i>51</i>

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Problema de investigación

a) Descripción de la realidad problemática

El delito de colusión es quizá uno de los delitos contra la Administración Pública que más atención y tratamiento ha recibido de parte de la doctrina, no obstante, hasta el día de hoy todavía no se han definido las pautas para considerar probada la concertación y a falta de parámetros claros, se han emitido resoluciones con notorios defectos en la valoración probatoria de la concertación.

La “concertación” entendida como ese acuerdo previo de voluntades entre el funcionario y el *extraneus* para lucrar de las arcas del Estado, es el elemento objetivo del tipo penal de colusión, lo cual quiere decir que el fiscal debe presentar prueba directa (testigos presenciales o documentación que registre reuniones, contactos y/o acuerdos indebidos) o en su defecto, prueba indirecta o indiciaria para que su imputación prospere.

Acreditar la concertación es una tarea sumamente dificultosa para el titular de la acción penal debido a que esta, por su propia naturaleza, no llega a convertirse en prueba tangible e irrefutable, dado que se realiza de manera oculta, aislada y clandestina. Aun en la etapa de formalización, para no vulnerar el principio de imputación suficiente, muchas investigaciones son archivadas debido a la difícil probanza y a la escasez de prueba directa.

La fiscalía encuentra serias dificultades para encontrar pruebas directas que acrediten la concertación ilegal requerida por el tipo, lo cual se traduce en una teoría del caso sin sustento probatorio que muy pocas veces termina por vincular a los implicados con el accionar delictivo. Según el informe N° 168 de la Defensoría del Pueblo (2014) en el año 2010 solo el 4% de investigaciones por delitos especiales llegó a juicio oral, mientras que el 41% de ellas fueron archivadas.

Múltiples veces la defensa técnica de los acusados por el delito de colusión alegan que fiscalía “*no ha podido probar el elemento objetivo del tipo*”, es decir

la concertación de voluntades para defraudar al Estado, indicando además que, si bien existen irregularidades en los procesos de contratación, estas obedecen a simples “infracciones administrativas” y no de contenido penal, desvinculando así a los responsables de este tipo de delitos y pasando al plano administrativo el hecho imputado por la falta de pruebas directas.

En este contexto, la prueba indiciaria se presenta como una posible solución ante la difícil tarea que tiene el fiscal de acreditar la concertación entre el funcionario y el extraneus. Así, por ejemplo, en el RN N°3043-2010 se estableció que, pese a que las infracciones administrativas no constituyan delito, estas pueden acreditar indiciariamente los acuerdos colusorios, considerando para ello, i) la gravedad de las conductas, ii) la cantidad de las irregularidades y, iii) el proceder de los funcionarios implicados.

En parecido sentido, la Corte Suprema estableció que la concertación se puede establecer mediante prueba indiciaria en los casos que exista falta de objetividad en los participantes, extrema celeridad en la contratación, precios sobrevalorados y aceptados sin mayor análisis, falta de expediente administrativo, etc. (RN 1722-2016, f.j. n°8).

El empleo de la prueba indiciaria entonces, es la respuesta más próxima a la interrogante de como probar la concertación en el delito de colusión cuando no se cuenta con fotografías, testigos, documentos, videos u otro medio de prueba directo que pruebe la concertación requerida por el tipo. En este contexto, surge la necesidad de establecer la obligatoriedad de la prueba indiciaria para la acreditación de la concertación cuando no se tenga prueba directa de ello.

b) Formulación del problema

¿De qué manera la aplicación de la prueba indiciaria puede acreditar la concertación en el delito de colusión?

1.2. Objetivos

Objetivo General

1. Analizar si a través de la prueba indiciaria se puede acreditar la concertación en el delito de colusión.

Objetivos Específicos

1. Determinar la importancia de la prueba indiciara para la acreditación del acuerdo colusorio en el marco normativo nacional vigente.
2. Analizar la aplicación de la prueba indiciaria en la jurisprudencia de la Corte Suprema referida al delito de colusión durante los años 2016 al 2021
3. Identificar las diferentes tipologías de indicios utilizados por la Corte Suprema para la acreditación de la concertación en el delito de colusión.

1.3. Justificación del estudio

Entre los fundamentos que impulsan el desarrollo de la presente tesis se encuentra la imperiosa necesidad de investigar con detalle como acreditar el elemento objetivo del delito de colusión, esto es, la concertación. Puesto que al día de hoy aún son muchas las dificultades que afrontan los fiscales para sostener una imputación sólida debido al escaso material probatorio, la prueba por indicios se muestra como una herramienta útil en la labor fiscal.

En ese sentido, desarrollando este estudio se pretende contribuir a la teoría del derecho penal y procesal penal, especialmente a la correcta utilización de la prueba indiciaria para la acreditación de la concertación entre el funcionario y el extraneus participe del delito de colusión, de modo tal que contribuya a consolidar la labor fiscal, evitando así la impunidad y el perjuicio al erario público. Aunado a ello, los resultados y/o conclusiones que se obtengan de la presente investigación, podrían servir de punto de partida a otras investigaciones avocadas al estudio de la prueba indiciaria en la probanza de la concertación en el delito de colusión.

II. MARCO DE REFERENCIA

2.1. Antecedentes del estudio

Antes de abordar los antecedentes que envuelven el desarrollo de la presente investigación, es preciso indicar que a nivel internacional no se encontraron estudios respecto de la aplicación de la prueba indiciaria en el delito de colusión. Sin embargo, a nivel nacional se encontraron investigaciones de pre y post grado entre las que se destacan:

Arrieta (2018) en su tesis titulada *La prueba indiciaria en el delito de colusión* para optar al grado de magister por la PUCP. La investigación se centró en el análisis probatorio y en las evidencias que deben considerarse para la acreditación del acuerdo colusorio. La población de estudio estuvo compuesta por la jurisprudencia que trata sobre la probanza del delito de colusión. Fueron examinadas 150 jurisprudencias como muestra de estudio. Como técnica de estudio se consideró al análisis documentario el cual recayó sobre la jurisprudencia y la doctrina especializada. El autor concluye indicando que según la jurisprudencia analizada sobre delito de colusión i) cuando se tiene prueba directa que permita acreditar el acuerdo colusorio la prueba indiciaria no se aplica, esto ocurre en uno de cada tres casos; ii) cuando se acude a la prueba indiciaria se han visto vicios de motivaciones producto de que el juzgador no detalla el proceso que lo llevó a la inferencia a partir de los indicios, sino que solo se aprecian simples enumeraciones de estos.

Saavedra (2019) en su investigación titulada: *La incorporación de la prueba indiciaria por el fiscal en el delito de colusión en el distrito judicial de Lambayeque* para optar el título de maestra en ciencias penales por la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo". Se buscó determinar si la no incorporación de la prueba indiciaria dificulta el juzgamiento del delito de colusión en Lambayeque durante los años 2015 al 2019. La muestra de estudio estuvo compuesta por 03 sentencias, 20 requerimientos de acusación, 48 disposiciones de formalización y 7 entrevistas a fiscales especializados anticorrupción. Como técnicas de estudio se empleó en análisis documentario y la encuesta. Las conclusiones que más importan al presente estudio son: i) la falta de incorporación de la prueba indiciaria dificulta el

juzgamiento y sanción del delito de colusión en el juzgado de Lambayeque durante el 2015-2018; ii) los fiscales especializados anticorrupción de Lambayeque no acostumbran recurrir a la prueba indiciaria como medio de prueba en su escrito de formalización por ello, cuando llegan a juicio tienen dificultades para acreditar la concertación.

Cabrera (2020) en su tesis titulada: *Criterios para aplicar la concertación como elemento normativo en el delito de colusión* para optar el título profesional de abogado. La investigación buscó establecer criterios para la aplicación de la concertación como un elemento normativo en la configuración del delito de colusión. La población de estudio estuvo conformada por 28 expertos en materia penal, la recolección de datos se dio por medio de la encuesta y la ficha de análisis documental. Los resultados permitieron concluir que el juez al realizar la tarea de valoración probatoria ha de considerar indicadores normativos extrapenales, la participación de los sujetos involucrados y también los indicios para así poder probar la concertación como elemento normativo de la colusión.

Cáceres (2018) en su tesis titulada. *Sanción por prueba indiciaria en delitos de colusión frente a los límites probatorios de concertación distrito judicial de Puno* para optar el grado de maestro en Derecho. La investigación tuvo por objetivo determinar el tipo de prueba que justificaría la configuración del delito de colusión en el distrito judicial de Puno. La investigación adoptó el diseño no experimental cuya población estuvo compuesta por 5344 abogados. Siguiendo el muestreo aleatorio simple, se tomó a 233 abogados para la muestra. Los resultados permitieron concluir que i) un 64% las sanciones penales por el delito de colusión se sustentan en pruebas indiciarias lo que – para el autor – significa que los jueces de Puno omiten la valoración con sustento objetivo y la imputación suficiente del imputado; ii) más del 45% de encuestados considera que no se puede acreditar la concertación para defraudar al Estado ni la participación de los sujetos inculcados.

2.2. Marco teórico

2.2.1. La prueba como un derecho fundamental

La función última de la prueba es sembrar convicción en el juzgador respecto de la veracidad de las afirmaciones de los procesados. La prueba es quizá el principal instituto del derecho penal ya que sobre gira el desarrollo del proceso, se decide la libertad o condena de los procesados.

El Tribunal Constitucional peruano reconoce que las personas tienen derecho a aportar pruebas legítimas que sustenten el amparo de sus pretensiones en juicio, aun cuando en materia penal el fiscal se encuentre obligado a enervar el principio de presunción de inocencia (STC N°6712-2005-HC/TC, FJ. 15). El derecho constitucional a probar es un elemento integrante del debido proceso conforme lo reconoce el artículo 139° inciso 3 de la CPP.

No existe una sola persona que no pueda incorporar pruebas a un proceso para comprobar que sus afirmaciones son ciertas o que las que se vierten en su contra no lo son. Este derecho a probar, según se ha establecido en la STC N°1014-2007-PHC/TC, FJ. 11 posee una doble dimensión: objetiva y subjetiva.

Precisamente, la posibilidad de aportar o incorporar pruebas en cualquier tipo de proceso ya sea para sustentar las afirmaciones vertidas o para desacreditar las dichas en contra, constituye la dimensión subjetiva del derecho a probar, mientras que la dimensión objetiva viene dada por la obligación que tiene el juzgador de aceptar, practicar y valorar las pruebas presentadas en el juicio y resolver en base a ellas (STC N°4831-2005-PHC/TC, FJ. 4).

Conceder la posibilidad a cualquier ciudadano de defenderse con pruebas cuando es sometida a un proceso es una virtud del sistema democrático. No obstante, el derecho a probar no es ilimitado y/o absoluto, sino que este debe ejercerse con armonía de otros bienes constitucionalmente protegidos como son la inviolabilidad y secreto de las comunicaciones y la vida privada, íntima y familiar.

2.2.1.1. Elementos del derecho a probar

Según el 15avo fundamento de la STC N°6712-2005-HC/TC el derecho a probar contiene los siguientes elementos:

- Derecho a ofrecer pruebas. – derecho de reconocimiento constitucional que implica la posibilidad no solo de ofrecer pruebas, sino de contradecir las presentadas en contra (STC N°1014-2007-PHC/TC, FJ. 16).
- Derecho a la admisión de pruebas. – no cabra sentido reconocer el derecho a ofrecer pruebas si estas no son admitidas al juicio. Sin embargo, no quiere decir que se debe admitir cualquier medio de prueba ofrecido ya que estas deben reunir los requisitos de pertinencia, conducencia, legitimidad y/o utilidad conforme expresó el TC en la STC N°1014-2007-PHC/TC, FJ. 12
- Derecho a la actuación de pruebas. – la actuación de las pruebas es consecuencia del derecho a su ofrecimiento y admisión ya que si estas no son actuadas y practicadas en un juicio oral, público y contradictorio este derecho solo queda en la literalidad de la ley. La actuación de las pruebas en presencia del juez que las ha de valorar y posteriormente internalizar para su dictamen garantiza el derecho a la defensa de los procesados.
- Derecho al aseguramiento de las pruebas. – este derecho tiene lugar en situaciones en las que la prueba no puede ser obtenida y ofrecida en la etapa procesal correspondiente. Por ello, con el fin de no afectar el resultado final del proceso se deja en las partes la posibilidad de “asegurar” la prueba en casos de urgencia e i-reproductividad futura como acontece en los casos de prueba pre-constituida y prueba anticipada.
- Derecho a la valoración racional de las pruebas. – el juez responsable de la causa debe valorar las pruebas de manera objetiva y racional sin dejarse llevar por sesgos de arbitrariedad, subjetivismos personales sin sustento material, intereses de terceros o presiones políticas. Es un derecho de las partes obtener una resolución debidamente motivada de acuerdo a las reglas de la ciencia, la lógica y las máximas de experiencias.

2.2.2. La Prueba por indicios

2.2.2.1. Alcances esenciales de la prueba indiciaria

El Código Procesal Penal (CPP) regula la prueba por indicios en la Sección Segunda, La Prueba, del Título Primero, Preceptos Generales, del Libro Segundo, La actividad procesal. En el artículo 158.3 del CPP se establece los elementos estructurales de la prueba por indicios: a) que el indicio esté probado; b) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes; y, d) que no se presenten contraindicios consistentes". Este contenido no es una definición legal de la prueba por indicios, sino un conjunto de presupuestos para su constitución (San Martín, 2017, s/n).

Taruffo (2008) indica que en el ordenamiento procesal penal no existe una definición legal de lo que debe ser entendido cuando se habla de prueba indiciaria. Sin embargo, la jurisprudencia se ha encargado de desarrollar este concepto al indicar que "el objeto de la prueba indiciaria no es precisamente probar el hecho constitutivo del delito, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar" (Resolución N° 1912-2005/Piura, decimoquinto fundamento).

Una postura similar es defendida por el autor Pastor (2003) cuando indica que la principal característica de la prueba indiciaria es brindar certeza al juzgador de hechos que no son principalmente el sustento de la incriminación, pero que, bajo las leyes científicas, reglas lógicas y máximas de experiencia permiten tenerlo por razonablemente acreditado.

El connotado jurista García (2010) sigue la misma línea de pensamiento al indicar que la prueba indiciaria se avoca a verificar la certeza de ciertos indicios-hechos que no son precisamente delictuales, pero que permiten inferir estos, así como la participación y responsabilidad de los sujetos involucrados en su comisión.

De manera que, la prueba indiciaria es una actividad probatoria indirecta y discursiva que, haciendo uso de la inferencia lógica de premisas, las leyes ciencia

y las máximas de la experiencia conducen a dar por verificado un hecho desconocido a partir de la comprobación, precisamente por indicios de hechos estrechamente vinculados a este.

Quizá por su connotación indirecta San Martín defiende que “la prueba indiciaria no es un medio auténtico de prueba (2015, p. 45)” sino una prueba supletoria y subsidiaria “en sí misma” que mediante la determinación en el proceso de hechos y/o circunstancias no precisamente de relevancia penal, permite la comprobación de otros que sí lo son.

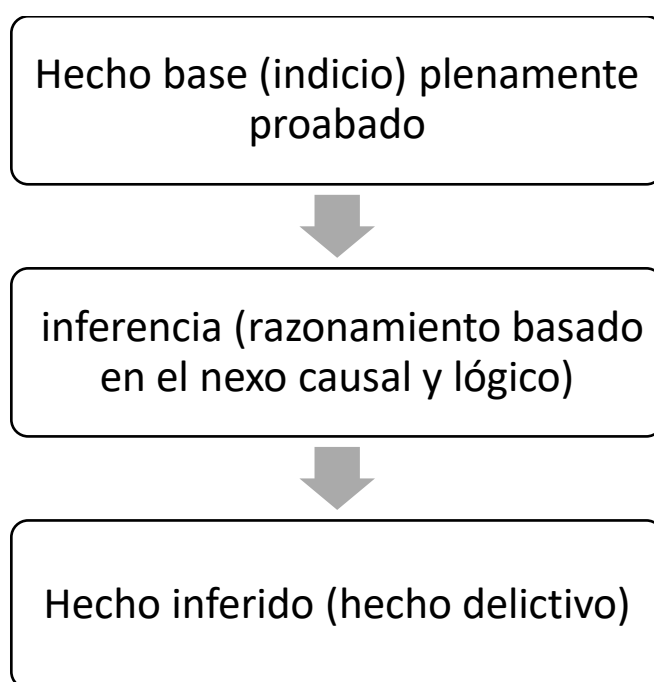
Por lo demás, se ha defendido que la prueba por indicios es la más usada en el proceso penal (San Martín, 2017). Incluso, según los estudios de Cordón (2012) la eficacia de la prueba indiciaria para enervar la presunción de inocencia ha sido ratificada por el Supremo Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Internacionales para al Ex Yugoslavia y Ruanda (Casos Delalic y Kamuhanda).

Es preciso indicar que la prueba por indicios no es un medio de prueba en tanto que no se encuentra regulada en el Título II de la Sección II del Libro I del CPP sobre los “medios de prueba”. En lugar de un medio de prueba, la prueba indiciaria se considera como un sistema o mecanismo para la fijación de los hechos que, si bien están relacionados con la prueba, son distintos de esta (Parra, 2013). De manera que, al no ser propiamente un medio de prueba, no hay proporción ni práctica sobre ella, sino una construcción y utilización de razonamiento presuncional que debe reunir las condiciones legales (artículo 158.3 del CPP) y plasmarse en la sentencia.

Percíbese entonces que la prueba indiciaria no es un medio de prueba, sino un método probatorio que forma parte de la operación intelectual de los hechos. Los indicios son un método de prueba judicial especialmente aplicable para delitos de clandestinidad o criminalidad organizada que surgen o provienen de cualquier elemento de prueba que describa, apunte o ayude a descubrir el hecho investigado.

2.2.2.2. Estructura de la prueba indiciaria

Según Cusi (2019, p. 106-112), la prueba indiciaria presenta tres elementos, a saber: el indicio, la inferencia lógica y el hecho inferido. Cada uno de estos elementos se corresponde con el otro y juntos permiten un mejor control de parte del órgano superior, la defensa y la sociedad en su conjunto.



A continuación, se presenta un análisis de cada uno de los elementos que integran la prueba indiciaria:

- **El indicio o hecho base.** – es toda huella, rastro, vestigio o circunstancia general debidamente conocida o comprobada que por vía de inferencia permite llevar al juzgador al conocimiento de otro hecho desconocido. Se trata de un hecho cierto y probado, cuya importancia no radica en sí mismo, sino en su vinculación probatoria con otros hechos distintos de connotación compleja. Para la Corte Suprema, el indicio es más que simple sospecha o conjetura, pues está dotado de contenido objetivo, material concreto y plenamente probado, que a través de la inferencia lógica proporcionan una base sólida del hecho delictivo y de la participación del imputado con el mismo (Recurso de Nulidad N°4901-2009, sexto considerando, citado en

Cusi, 2019). Para Pastor (2003) el hecho base es un punto de partida que permite probar otros hechos (indicios necesarios o contingentes) que a su vez y, siendo valorados en conjunto sirven de inferencia presuntiva para extraer conclusiones del hecho principal (delictivo) que en realidad se busca probar en el proceso.

- **La inferencia lógica.** – este segundo elemento también suele llamarse persuasión, enlace o inferencia (Mixán, 2018, p. 41-42). La inferencia lógica o presunción enlace consiste en extraer un razonamiento o indicio que conducirá a dar por cierto otro diferente (hecho consecuencia). Hacer inferencias es una actividad importante en la valoración penal de la prueba porque sin ella el indicio no tendría razón de ser. La inferencia lógica es entonces, aquella argumentación coherente con significación probatoria clara que responde a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia y que permite relacionarlo con otro indicio del cual no se tiene prueba directa, pero que se deduce su ocurrencia (Arrieta, 2018). Es necesario considerar que la persuasión alcanzada mediante la inferencia indiciaria para que sea plausible y verosímil no debe tener contra-indicios que la cuestionen seriamente. De existir contra indicios presentados por la defensa, la presunción de inocencia no podría ser y ante la duda el imputado deberá quedar absuelto, lo cual significa que la inferencia no es lo suficientemente sólida para dar por cierto el hecho consecuente que parte del indicio. La inferencia lógica se presenta como una garantía de la correcta aplicación de la prueba indiciaria en el proceso penal. Su control está a cargo del juez de garantías en la etapa intermedia, lo cual no significa que la defensa no pueda ejercer actos de control durante el transcurso de la investigación referidos a la solidez y conclusividad de la inferencia (Cusi, 2019, p.110-111).
- **El hecho inferido.** – también conocido como hecho consecuencia o afirmación presumida, el hecho inferido es aquel que se tiene por probado a partir del indicio o hecho base. Se trata de un argumento probatorio que nace de los indicios y que da cuenta del hecho incriminatorio y de la culpabilidad del autor (García, 2010). Sobre el hecho inferido, la Corte Suprema ha indicado:

(...) el núcleo de la imputación deriva de una inferencia lógica a partir de un hecho conocido, el cual se corroboraría con datos periféricos de carácter externo, y que en su conjunto permitirán determinar las verdaderas circunstancias en que se habría perpetrado el hecho punible y sus móviles, la distinta participación que haya tenido el autor o cómplice en la ejecución o después de su realización (Recurso de Nulidad N°644-2011, cuarto considerando, citado en Cusi, 2019).

2.2.2.3. Requisitos para otorgar valor probatorio a los indicios

En el Recurso de Nulidad N°1912-2005-Piura, la Corte Suprema ha establecido que la prueba indiciaria permitirá sustentar un fallo condenatorio siempre que los indicios presenten los siguientes presupuestos materiales:

- Deben estar debidamente probados, por cualquier medio de prueba autorizado en la ley a efectos de no quedar en simple sospecha.
- Deben ser plurales o excepcionalmente únicos, pero de una singular fuerza acreditativa en relación al hecho criminoso que se espera probar.
- Deben ser indicios concomitantes con el hecho a probar, es decir, deben ser periféricos respecto del hecho investigado.
- Deben estar interrelacionados entre sí de modo que cuando sean varios, se refuercen unos con otros, no deben ser datos aislados y ajenos al hecho principal.

De manera que, los indicios deben ser fuertes, razonables, periféricos y juntos deben responder a las reglas de la lógica y de la experiencia. A su vez, interpretados en conjunto deben producir un hecho consecuencia preciso y directo. Sobre los presupuestos para que una prueba indiciaria consiga desvirtuar la presunción de inocencia, Parra (2013) sostiene que esta debe: i) surgir a partir de hechos acreditados y, ii) ser capaz de deducir los hechos directamente delictuales fundados en criterios de razonabilidad.

En parecido sentido, el artículo 158° numeral 3) del CPP establece que para que un indicio tenga valor probatorio debe cumplir las siguientes exigencias:

- Cada indicio debe estar plenamente probado mediante una prueba directa.
- El conjunto de indicios debe ser contingentes y simultáneos al objeto de prueba.
- Los indicios deben ser plurales e independientes entre sí, desde una perspectiva cualitativa, deben estar acreditados por diferentes fuentes de prueba.
- Los indicios deben ser concomitantes y articulados unos con otros, al estar relacionados no deben ser excluyentes ni producto de la suerte y/o el azar sino de la coherencia lógica.
- Los indicios deben ser convergentes es decir que todos los indicios deben conducir a la misma conclusión lógica, pues de no existir convergencia, no habrá la suficiente fuerza probatoria para enervar la presunción de inocencia.
- Los indicios deben estar relacionados entre sí para no perder fuerza incriminatoria y no dejar ambivalencia entre el raciocinio concluyente y el dato a probar.

El artículo 158.3 del CPP contiene entonces, el estándar racional requerido para la estimación del valor probatorio de la prueba indiciaria. Aun así, los criterios de equidad y fiabilidad deben estar basados en el juicio de razonabilidad de las inferencias realizadas por el juez. Esto quiere decir que, si las inferencias son fiables, la prueba indiciaria alcanzaría el mismo valor probatorio que cualquier otra prueba (Taruffo, 2008).

Ahora bien, según el connotado jurista nacional San Martín (2017) en las pruebas por indicios deben presentarse las siguientes reglas internas:

- **Que el indicio este acreditado**, esto quiere decir que sea certero, cierto y no meramente hipotético. Debe ser conocido en virtud de la prueba. Su acreditación debe seguir las reglas y principios de la aplicación de la prueba en el proceso penal lo que significa que debe observarse el principio de presunción de inocencia. Además de ser ciertos, los indicios deben estar alrededor del hecho presunto. El indicio debe ser tal que pueda salirse de sí mismo y mostrar otro, esto se conoce como “condición cualificada” en tanto que, aun siendo propio, gira en torno a al hecho investigado “*circum estare*”.
- **Que exista un nexo o enlace causal**, entre el indicio y el hecho presunto o hecho investigado. El razonamiento deductivo del juzgador debe ser producto de este enlace causal entre el indicio y el hecho investigado. El razonamiento deductivo debe seguir las *reglas de la sana crítica* que comprende: los principios de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. El nexo causal no es otra cosa que la conexión, coherencia o congruencia entre el hecho base y el hecho presumido. La presunción, que es producto de la inferencia, debe fundarse en un juicio de alta probabilidad de verdad, cuya consecuencia es la concreción de premisas que se tienen por verdaderas, en tanto que surgen a partir de indicios probados y no de meras conjeturas.
- **La inexistencia de prueba en contrario del hecho presumido**, esto quiere decir que, al amparo de la sana crítica y la valoración conjunta, la prueba indiciaria no deberá presentarse una regla que niegue “el enlace preciso y directo”. Es decir, no debe existir una presunción fragmentada, parcial y falta de credibilidad del hecho principal. Este deber de inexistencia de prueba en contrario o contra-indicio obliga a que el juzgador incluya el razonamiento que lo condujo a tal presunción. Se trata de una regla formal contenida en el artículo 394.2 del CPP que indica que la motivación deberá contener “la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique”. Es decir que el juez debe explicar en la sentencia el proceso deductivo que

lo condujo a la conclusión final, indicando además cada uno de los indicios que componen el medio de prueba capaz de inculpar al procesado.

2.2.2.4. El contra-indicio

Como se ha señalado hasta aquí, para inculpar a un procesado el CPP establece que los indicios deben ser contingentes, plurales, concordantes y convergentes. Esto solo sucederá cuando no se presenten contra indicios consistentes. La consistencia de un contra indicio dependerá de su capacidad para probar una hipótesis que desvirtúe a los indicios de cargo. El CPP faculta al imputado y al tercero civil a cuestionar los indicios de cargo mediante la denominada “prueba en contrario”. La prueba en contrario se divide en “contraprueba” y “prueba de lo contrario”. La contraprueba tiene por objetivo desvirtuar un indicio y la prueba de lo contrario se orienta a destruir una presunción ya formulada (Serra, 1969). En la Casación N°628-2015/Lima del cinco de mayo del 2016, se ha establecido que el objetivo de la contraprueba es sembrar la duda en el juez respecto de la realidad de determinado indicio. En estricto, la contraprueba busca desarticular la solidez del indicio ya sea, i) probando que el hecho indiciario no ha ocurrido, ii) demostrando que no ha quedado lo suficientemente probado, iii) probando que existen hechos incompatibles con el indicio y iv) presentando alguna otra posibilidad capaz de poner en duda al hecho indiciario. La prueba de lo contrario es capaz de probar que el hecho presunto no existe o que existen hechos incompatibles con este (San Martín, 2017).

2.2.3. El delito de colusión

2.2.3.1. Alcances esenciales del delito de colusión

El delito de colusión de funcionarios es uno de los delitos de corrupción más frecuentes en los estratos judiciales (Bendezú, 2011, p. 3). El delito de colusión se encuentra regulado en el artículo 384° del Código Penal (CP) recientemente modificado por la Ley N°31178 vigente desde el treinta de abril de 2021. El hecho

de que un funcionario acepte el pago de una cantidad de dinero a cambio de otorgar la buena pro a una empresa proveedora constituye un clásico ejemplo de colusión.

Conforme se aprecia de la lectura del artículo 384° del CP el sistema jurídico peruano acogió la colusión simple y agravada. La primera se presenta cuando el funcionario o servidor público al intervenir de manera directa o indirecta en cualquier modalidad de contratación o adquisición pública de bienes, concesiones, servicios u obras a cargo del Estado, de forma dolosa concierta con los interesados para defraudar económicamente al Estado.

Un aspecto relevante de la colusión simple es que se perfecciona con la “concertación, pacto o acuerdo” y no requiere – para su configuración típica – que el Estado sufra un efectivo perjuicio patrimonial. Esto quiere decir que solo bastará acreditar que la conducta colusoria del funcionario tuvo como objetivo defraudar patrimonialmente al Estado, es decir, la sola puesta en peligro del patrimonio público configura consuma el delito (Arrieta, 2018).

La colusión agravada por su parte, se configura cuando el funcionario o servidor público al intervenir de manera directa o indirecta en cualquier modalidad de contratación o adquisición pública de bienes, concesiones, servicios u obras a cargo del Estado, concierta con los interesados para defraudar patrimonialmente al Estado, a diferencia que, en la colusión simple, aquí si se llega a perjudicar patrimonialmente al erario público. En ambos casos de colusión el funcionario o servidor público actúa contrariando las reglas y principios de la función pública, la única diferencia es que en la colusión simple el delito se consuma con la sola concertación para defraudar, mientras que en la colusión agravada se requiere que el funcionario obtenga el provecho patrimonial.

Debe percibirse que, para ser autor del delito de colusión el autor debe tener la condición especial de funcionario o servidor público, es decir, deben recaer en él los deberes de administración y cuidado de la función pública. De hecho, el autor de colusión, por la naturaleza de su cargo, siempre puede intervenir en cualquier etapa de las contrataciones del estado, sean estas de bienes, servicio u obras públicas y en estos escenarios donde se materializa este delito.

De tal forma que el delito de colusión es calificado como un “delito especial de infracción de deber” o “un delito de mera actividad” en tanto que el sujeto activo posee una condición especial, una cualidad que lo diferencia y lo hace pasible de defraudar la confianza que se le ha depositado. Esta condición especial es precisamente ser funcionario o servidor público, cuyo cargo le concede atribuciones especiales para participar en cualquier etapa y/o modalidad de contratación pública de bienes, servicios, obras y/o concesiones.

En este sentido, la conducta colusoria se presenta cuando en el marco de una contratación o licitación pública, el sujeto agente acuerda con un particular determinadas cláusulas o condiciones que desfavorecen al Estado. Estas cláusulas o condiciones pueden ser, por ejemplo: precios sobrevalorados o subvaluados, calidades inferiores a las requeridas, no aplicar las penalidades por incumplimiento contractual cuando se debieran, emitir informes de conformidad sin haberse cumplido con las condiciones mínimas requeridas, crear servicios fantasmas, etc.

Por último, es preciso indicar que el delito de colusión no protege estrictamente el patrimonio del estado en sentido económico, sino la administración de los recursos públicos de manera eficiente y funcional, esto quiere decir que no solo se protege el patrimonio en sentido estricto, sino también el deber sustancial de actuar con pulcritud, de no defraudar la confianza depositada para administrar y disponer del dinero público. La configuración típica del delito no requiere necesariamente de un perjuicio económico cuantificado (Casación N°9-2018, FJ. 1.4 y 1.5).

Finalmente, merece advertir que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina existe consenso al indicar que la manera más satisfactoria y concurrida de acreditar el acuerdo colusorio es través del uso de la prueba indiciaria (Recurso de Nulidad N°1722-2016-Santa). Arrieta (2018) indica incluso que es la prueba indiciaria la que no permite que se genere impunidad, siendo los indicios subsecuentes los más utilizados y en escasas ocasiones, los indicios concomitantes o antecedentes.

2.2.3.2. Análisis típico del delito de colusión

La doctrina autorizada señala que el delito de colusión presenta un abanico de figuras penales, en tanto que presenta figuras penales muy abiertas poco definidas que desde el punto de vista dogmático merecen mayor análisis a fin de no confrontar con el principio de legalidad (Crespo, 1999, p. 1733-1735).

Lo que se percibe es que el hecho de que la figura de la colusión haya sido importada de otros ordenamientos al igual que muchas otras, acarrea consecuencias negativas para el sistema penal nacional, en tanto que producto de su mala interpretación se generan impresiones prácticas que pueden ocasionar desaciertos en la esfera jurisdiccional.

A.- Tipicidad objetiva

La tipicidad objetiva del delito de colusión se desprende de lo dispuesto en el artículo 384° del CPP. De su lectura puede apreciarse que son tres los elementos requeridos para la configuración de este delito: i) el acuerdo colusorio, ii) la defraudación al Estado y, iii) las diversas formas contractuales en las que el sujeto activo tiene injerencia en función de su cargo.

A continuación, se analiza cada uno de estos presupuestos:

- **El acuerdo colusorio.** – se puede decir que se trata del elemento básico y esencial para la verificación del delito de colusión. La doctrina señala que el acuerdo debe ser siempre clandestino (Bendezú, 2011). De hecho, si la defraudación al Estado no es producto de un previo acuerdo colusorio no estaríamos frente al delito de colusión sino de peculado (Castillo, 2018). La concertación equivale al acuerdo de voluntades entre el funcionario y el tercero interesado, obviamente este acuerdo trata sobre cómo se ha de llevar a cabo la defraudación pecuniaria del Estado ya sea esta por medio de una licitación o contratación de bienes o servicios para el Estado. En este sentido, es preciso aclarar que la colusión sobrepasa las simples solicitudes. Es decir, no basta para la configuración del delito de colusión que exista una propuesta

unilateral para defraudar al Estado, sino que se requiere un pacto, concordancia, conjugación y/o consorcio de voluntades donde participen dos o más partes. Esta característica hace a la colusión un delito de convergencia, pluripersonal y plurisubjetivo en tanto que se requiere de un concierto de voluntades (los funcionarios y los terceros interesados) para su configuración típica. Asimismo, se discute en la doctrina la colusión admite la modalidad omisiva o solo puede realizarse mediante la comisión. Sobre este punto, Salinas (2007) refiere que la colusión solo puede realizarse mediante la comisión debido a que no es posible que exista un acuerdo colusorio por omisión, se necesitará siempre que el agente ejecute de manera activa actos de concertación, defraudación y/o concertación con los interesados. García y Castillo (2008) por su parte, refieren que la conducta omisiva de un funcionario o de un comité, ante una licitación o contratación de bienes o servicios arreglados por otros, constituye omisión de deberes funcionales u omisión de denuncia, pero no colusión. Sobre el acuerdo colusorio, la Casación N°392-2019-Ancash ha indicado que el delito de colusión es un delito de peligro abstracto y de mera actividad en tanto que el acuerdo – conjunción de dos o más voluntades – no necesita tener éxito para que el delito se configure.

- **La defraudación al Estado.** – en la doctrina la defraudación como elemento típico del delito de colusión hace alusión a dos concepciones diferenciadas. La primera de ellas refiere al quebrantamiento del deber de confianza depositado en el agente especial (Casación N°542-2017). En este caso, la defraudación proviene de un funcionario o servidor público que infringe el interés colectivo aprovechándose de la condición de su cargo para obtener un provecho propio o en beneficio de un tercero. De este modo, basta con verificar que el funcionario incumplió los deberes y principios propios de su cargo para dar por consumado el delito de colusión (García y Castillo, 2008). De manera que, el solo quebrantamiento de los deberes y principios propios de la función

pública, es decir, el hecho de que funcionario no respete las reglas señaladas en el procedimiento administrativo para las licitaciones o contrataciones estatales, conlleva a que el delito se tenga por consumado (Casación N° 9-2018, FJ, 1.8). Este tipo de concepción es abstracto e ideal en el sentido que se entiende como una infracción a las expectativas que el ordenamiento interno y la sociedad en general tienen respecto del accionar de cierto funcionario a quien se le confía determinado cargo público. Bendezú señala que esta posición no es correcta pues la defraudación es un concepto abstracto y ambiguo que no está definido legalmente, lo cual no permite distinguir entre el ilícito penal y las irregularidades administrativas donde también se presentan incumplimientos de deberes funcionales, además de esto, esta posición transgrediera principios constitucionales como el de fragmentariedad de la ley penal (2011, p. 17-18). La segunda concepción entiende a la defraudación como el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado. Para los defensores de esta concepción, “defraudar, más que poseer un sentido espiritual, a modo de infracción de deberes funcionales, significa que la concertación causa un daño al patrimonio del Estado, menoscabándolo” (García y Castillo, 2008, p. 141). De esta forma, se tiene que la defraudación bajo esta concepción es vista como un perjuicio patrimonial cuyo valor debe ser cuantificable económicamente a efectos de poder diferenciarla del simple engaño. Es preciso puntualizar que esta concepción armoniza con los principios de lesividad y fragmentariedad de la ley penal que son la base del sistema penal. Finalmente, esa posición no implica impunidad pues en los casos en los que el acuerdo colusorio no llegue a ocasionar un perjuicio efectivo a la economía del Estado, se puede acudir al artículo 16 del CPP y castigar dicha conducta a modo de tentativa.

- **Las diversas formas contractuales en las que el sujeto activo tiene injerencia en función de su cargo.** – el artículo 384° del CP exige que el funcionario a cargo de las adquisiciones públicas

intervenga favoreciendo a las empresas proveedoras en cualquiera de las modalidades de contratación pública. De esta forma, las modalidades en las que el funcionario o servidor público puede intervenir favoreciendo a los terceros interesados son las siguientes:

a) Contratos: estos contratos son celebrados entre el Estado y los particulares y pueden versar sobre ejecución de obras, provisión de bienes, prestación de bienes o servicios, entre otros; **b) suministros:** son acuerdos que celebran las entidades públicas y los particulares a fin de que estos se encarguen de prestarles bienes o servicios (Salinas, 2007). Este tipo de contratos habilita a que empresa privadas suministren a las entidades de los bienes que estas requieran como pueden ser: combustibles, alimentos, mobiliaria, alimentos, etc, todo a cambio de una remuneración pagada por la administración; **c) licitaciones:** contrataciones públicas donde participan empresas privadas que buscan brindar bienes, servicios u obras al Estado. Las licitaciones se otorgan conforme a las bases y condiciones establecidas en el pliego. Además, se deberán seguir los principios de publicidad y solemnidad del acto de licitación (Álvarez, 2002). El objetivo de la licitación pública es encontrar a las personas idóneas para brindarle servicios al Estado. Bendezú (2011) apunta que la licitación está conformada por los siguientes actos: Autorización, publicación de condiciones y convocatoria, presentación de propuestas, otorgamiento de garantías, apertura de propuestas, concesión de la buena pro, adjudicación y aprobación; **d) concurso de precios:** el concurso de precios es un procedimiento público donde las entidades hacen un llamado a los postores a ofrecer sus costos con la finalidad de elegir el que más le convenga. Para llevar a cabo el concurso de precios, la entidad debe cursar invitaciones a las empresas participantes quienes presentaran sus ofertas y la entidad decidirá el que mejor le convenga; **e) subastas:** las subastas son realizadas por las entidades sea judicial o administrativamente. En estos actos, se pone en venta un bien y se espera la propuesta del mejor postor; **f) operación semejante:** la operación semejante es una posibilidad

que deja abierta el Código Penal a efectos de que cualquier otra contratación pública similar a las descritas anteriormente pueda ser objeto del delito de colusión. De esta forma, el delito no solo se circunscribe a las contrataciones descritas en el CP, sino que puede ampliarse a otras parecidas siempre que exista concertación e intervenga cualquier entidad del Estado.

B.- Tipicidad subjetiva

Eminentemente la colusión es un delito doloso. Las características propias del tipo penal hacen que la colusión sea un delito que solo pueda cometerse por dolo directo (Rojas, 2002), “lo que se infiere de la exigencia de conocer y querer los elementos “concertar”, “ilegalidad” y “fraude” que evidencian la intencionalidad del autor” (Bendezú, 2011, p. 28).

De por sí, no podría existir concierto para defraudar sobre la base del dolo eventual. Necesariamente el tipo penal de colusión requiere que el funcionario actúe con dolo – intención defraudatorias – directo de perjudicar los intereses del Estado.

Castillo (2008, p. 172) tiene una opinión distinta al indicar que “queda bien claro que puede aceptarse la realización del tipo penal a título de dolo eventual en la medida que haya un conocimiento de la capacidad concreta de la lesividad de la conducta respecto al perjuicio”. Indica el autor que para esto es preciso que el funcionario tenga conocimiento de las implicancias y alcances de su intervención en cualquier etapa de la contratación, debiéndose acreditar además que conocía, por ejemplo, de la mala calidad de los productos, la sobrevaluación, el incumplimiento de las bases, etc.

Sobre la opinión de Castillo, no compartimos su parecer en tanto que la concertación no puede darse sin otro dolo que el dolo directo, quedando en segundo plano si se conocía de la lesividad de la intervención. La corte Suprema, se ha pronunciado en este sentido, indicado que en el delito de colusión es necesario que se pruebe el dolo (conocimiento y voluntad) en la

concertación, pues de lo contrario no podría configurarse el delito (Recurso de Nulidad N°1022-2004).

Sin embargo, se debe considerar por ejemplo que es un poco complejo que todo funcionario conozca por ejemplo la sobrevaluación de precios, como ocurrió en Recurso de Nulidad N°1070-2004 donde no se le pudo imputar el delito de colusión a un funcionario debido a que los proveedores no habían presentado una lista de precios actualizada que le permita tener conocimiento del valor de los bienes en el mercado, máxime si se considera que la época, el Perú pasaba por una inestabilidad económica que produjo incluso el cambio de moneda, situación que impediría la verificación del dolo directo respecto de la intención de defraudar los intereses del Estado en dicho caso concreto.

De tal manera que, el conocimiento del funcionario o servidor público respecto de la defraudación debe alcanzar a cada uno de los componentes de la tipicidad objetiva a efectos de poder considerar que el sujeto actuó con voluntad defraudatorias.

2.2.3.3. Sujetos intervinientes

Como se anticipó en los párrafos precedentes, no cualquier persona o funcionario puede ser sujeto activo del delito de colusión. Se necesita que exista un vínculo directo con el bien jurídico, es decir un vínculo funcional con el objeto del delito (por eso se mencionó que se trata de un delito de infracción de deber). Según Castillo (2018) el sujeto activo se define en razón de su cargo, las competencias que ostenta y su participación en alguna de las etapas o negociaciones públicas.

Existen ocasiones en las que puede presentarse una relación funcional entre un funcionario y ciertas facultades de una entidad, pero si este funcionario no posee cualidades específicas que alteren o modifiquen el resultado final de la conducta defraudatoria no podrá imputársele el delito de colusión. Entonces, lo que determina la penalización de la conducta típica, no es tanto el cargo que ostenta un sujeto público, sino el estar habilitado normativamente (ley,

reglamento, manual de organización de funciones, estatutos, etc.), o contar con una autorización especial para intervenir en el acto o negocio jurídico.

El sujeto pasivo es siempre el Estado, entidad u organismo Estatal afectado representado a través de la Procuraduría Pública Anticorrupción, en sus diferentes sedes, quienes cobran las indemnizaciones en favor del Estado.

2.2.3.4. necesidad de intervención directa en cualquier etapa de la contratación

El sujeto activo del delito de colusión debe tener relación con el objeto material del delito, es decir debe tener la capacidad para intervenir o interferir en cualquier modalidad del proceso de selección o contratación de obras públicas. El verbo rector del delito exige que la intervención puede ser directa o indirecta y en cualquier etapa y/o modalidades. La intervención directa se produce cuando el funcionario actúa directamente en la suscripción del contrato, mientras que la segunda tiene lugar cuando este interviene en cualquier otra etapa como puede ser los actos previos, favorecimiento de proveedores, consultores, postores o ejecución de obras y/o servicios.

Es importante considerar que esta intervención no solo involucra a funcionarios con poder de decisión (miembros del comité de dirección, alcaldes o jefes de liquidación e obras) sino a todo aquel funcionario facultado para emitir informes, conformidades y aprobaciones que defrauden al Estado.

En cuanto a la pena que ostenta este delito, conforme al artículo 384° recientemente modificado por el artículo 2° de la Ley N°31178 esta puede ser no menor de quince ni mayor de 20 años, además de la inhabilitación que establece el artículo 36° de la norma procesal penal cuando el agente i) el agente es parte o está vinculado a una organización criminal; ii) se afecten programas asistenciales, de inclusión social, benéficos o de desarrollo y el perjuicio sea mayor a diez unidades impositivas tributarias y iii) se cometa aprovechándose de

situaciones sanitaria de emergencia, calamidad pública o se comprometa la seguridad, defensa y soberanía del Estado.

2.2.4. Formas de concertación encontradas en la jurisprudencia

Como se indicó en los párrafos precedentes, la concertación es el elemento central del delito de colusión y para poder verificarla se debe ir más allá de la mera descripción típica del delito. En la práctica existen varias y diversas formas de ejecutar el delito y consumarlo y en muchos casos las mayores evidencias de la colusión corresponden a hechos posteriores al delito, lo que en doctrina se conoce como indicios subsecuentes (García, 2010).

Arrieta (2018) ha podido verificar que la acreditación del delito de colusión suele hacerse de manera inductiva, es decir, yendo desde las consecuencias del acuerdo colusorio hasta el acuerdo colusorio mismo. La evidencia analizada por el autor, muestra que la Corte Suprema utiliza múltiples *estándares probatorios* para llegar a probar la colusión debido a que su ejecución es variada y depende de la casuística, por ende, no es posible fijar un solo conjunto de indicios para su verificación.

Existen ciertos métodos, técnicas, categorías o tipologías de indicios que frecuentemente son utilizados por los funcionarios para dotar de legalidad a determinadas acciones colusorias. Estas tipologías ya han sido identificadas por la Corte Suprema y muestran una cadena de indicios capaces de probar el delito, pasando desde el hecho indicador hasta el hecho indicado.

Antes de pasar a analizar cada una de estas tipologías, es preciso indicar que estas no son categorías dogmáticas, sino indicios referenciales construidos sobre la base de hechos prácticos y no conceptuales.

A continuación, tomando como referencia los estudios de Arrieta (2018, p. 21-50), se menciona, sin profundizar en su análisis porque ello es tarea posterior (en el capítulo de resultados), las distintas tipologías encontradas en la jurisprudencia de la Corte Suprema:

- **Asignación de recursos, sin la verificación de documentos esenciales para la contratación, sin contar con un proceso previo o sin la participación de otros postores.** – esta modalidad se presenta cuando una entidad determinada delega en una empresa privada cierta labor remunerada o adquiere de ella bienes y/o servicios sin cumplir con el procedimiento establecido o simulando la presentación de otros postores con documentación falsa, adulterada o direccionada. Esta tipología se distingue porque en ella no se presentan otros postores que realmente compitan con el beneficiario coludido o porque el proceso de contratación no respeta la documentación mínimamente requerida lo que prácticamente significa que el proceso de contratación nunca se realizó. Un indicio casi irrefutable del delito de colusión es que un privado tenga el visto bueno de parte de la entidad aun cuando el proceso de contratación no es llevado a cabo. Esto se puede verificar, por ejemplo, cuando la documentación emitida para elegir al postor o las cotizaciones son posteriores a la fecha consignada en la documentación emitida para el pago, también cuando se falsifican propuestas de postores inexistentes o se transgreden los procedimientos de contratación en favor de un único postor. El hecho de que se realice una contratación sin la presencia de más de un proveedor facilita la ocurrencia de muchas irregularidades como pueden ser, la creación de necesidades fantasmas para adquirir bienes innecesarios para la entidad, el sobre costo incluso mayor al 50%, la contratación de un proveedor que no reúne las condiciones mínimas requeridas en las bases, etc.
- **Realización de pagos a empresa privada pese al incumplimiento de deberes contractuales.** – esta tipología tiene lugar en aquellas situaciones en las que, aun siendo claro que el proveedor incumplió sus obligaciones contractuales, la entidad no ejecutó las penalidades o efectuó alguna acción para proteger los intereses del Estado. Lejos de ello, proceden a hacerle efectivo el pago cuando lo que debiera hacerse fue penalizarla, ejecutar alguna garantía o exigirle que cumpla con su parte del contrato. Sobre esta modalidad indiciaria, es menester indicar que el juez penal no tiene facultades para, *per se*, declarar un supuesto

de incumplimiento contractual. No obstante, sin tener que efectuar esa tarea que es competencia exclusiva del fuero civil, el juzgador penal deberá acreditar que aun cuando el privado no ejecutó sus obligaciones a las que se obligó, la entidad no hizo acción alguna para sancionarlo, y lejos de ello, se le pagó como si hubiera cumplido en los términos y condiciones acordadas. En este sentido, aunque sea evidente la existencia de incumplimiento contractual de parte de la entidad respecto de las obligaciones que contrajo con la entidad, el juez, cuando analiza la existencia del acuerdo colusorio, las considera como indicios relevantes de colusión desleal. De esta forma, el elemento fundamental de esta tipología indiciaria es que aun cuando las deficiencias o incumplimientos sean evidentes, el funcionario llamado a advertirlas y sancionarlas no las nota y, por el contrario, procede con el pago como si estas irregularidades nunca existieron. De manera que, el incumplimiento de los deberes de fiscalización, sanción y ejecución de penalidades, junto con la emisión de documentación para facilitar el pago al privado, como pueden ser las conformidades e informes técnicos de obra, son claros indicios de colusión desleal.

- **Utilización de testaferros y/o de familiares de funcionarios de la entidad para encubrir contrataciones impedidas por ley.** – esta modalidad indiciaria tiene lugar cuando el funcionario se hace de testaferros para contratar, a través de ellos, con la entidad en la que trabaja o cuando utiliza a familiares para incompatibilidad de las contrataciones. Se trata entonces de aquellas situaciones en las que un funcionario aprovecha las influencias que tiene en cierta entidad para contratar con una empresa de su propiedad utilizando para ello otras empresas “fachadas” que resultan ganadoras del proceso de selección. El indicio más destacado en esta modalidad es la utilización de un testaferro quien por medio de una empresa privada se colude con el funcionario para eludir el impedimento legal para contratar que la ley le impone al funcionario por la razón de cargo. Debe indicarse además que esta modalidad viene acompañada de sobrepagos y

favorecimientos para que sea el testaferro quien gane el proceso de selección.

- **Parcializarse y seleccionar a un postor que no reúne las condiciones adecuadas en comparación de otros que si las reúnen.** – esta modalidad es más sofisticada que las anteriores porque requiere montar todo un proceso de selección que finalmente estará direccionado hacia el privado coludido. En esta modalidad, el direccionamiento se produce a través de la puntuación ventajosa e inmerecida en las categorías y rubros previstos en las bases del concurso. En la jurisprudencia esta tipología no es tan abundante como en las anteriores quizá porque sea una de las más difíciles de probar en los estratos jurisdiccionales. En este tipo de casos, el indicio fundamental es la falta de fundamentación para otorgarle un puntaje alto y favorable a una empresa proveedora que no ofrece mejores ofertas que sus competidores. En cuanto a los indicios secundarios, estos, al igual que en los casos anteriores pueden ser la escasa calidad de los productos, el pago adelantado e injustificado e irregularidades en la documentación del proceso de contratación.
- **Simular situaciones de urgencia para omitir la realización del proceso de selección y favorecer a un postor.** – esta tipología se caracteriza porque la entidad simula situaciones de excepción para omitir realizar el proceso de selección y utilizar intencionalmente diversos procesos de selección que le permitan favorecer fácilmente a un privado coludido. Esto es posible gracias a que la normatividad de contrataciones vigente permite que, ante graves situaciones excepcionales como ocurrió con la Covid-19, las entidades públicas puedan efectuar “contrataciones directas” con aquellos proveedores que cumplan con el perfil de las bases de contratación. Estas situaciones son aprovechadas por funcionarios que, faltando a sus deberes de probidad y ética en la función pública se coluden con determinados proveedores para prescindir del proceso de contratación y obtener un provecho para sí, o para un tercero. El indicio fundamental en esta modalidad es la “contratación directa” sin motivos objetivamente verificables e irrespetando el proceso de contratación. De

igual forma, otro indicio que se corrobora con el ya mencionado es la utilización de procesos de selección que no correspondían según la ley y la naturaleza de la contratación, así como el fraccionamiento de compras que, por ley, debieron hacerse en un solo proceso. Esta compra en pequeñas proporciones permite direccionar los procesos con facilidad y, además, propicia la sobrevaloración de precios, pago adelantados sin que se cumpla con las obligaciones contractuales y entrega de productos en mal estado.

- **Declarar deliberadamente “desiertos” dos procesos de selección consecutivos y/o redacción de bases de contratación “a la medida” de determinado proveedor.** – esta última modalidad indiciaria tiene lugar cuando i) el acuerdo colusorio se ejecuta mediante la creación de las bases de contratación a la medida de determinado proveedor, de forma que este pueda obtener ventajas sobre sus competidores y ii) se fuerza deliberadamente dos procesos de selección previos declarándolos “desiertos” y habilitándose el camino para contratar con el proveedor coludido bajo menores estándares de control. En esta modalidad la base indiciaria principal es la creación de requisitos innecesarios plasmados en las bases que solo pueden ser cumplidos por el privado coludido, ii) la declaración desierta de dos contrataciones consecutivas a efectos de contratar el determinado proveedor bajo menores estándares de control.

2 .3. Marco conceptual

La prueba indiciaria

En el entendido de Vidaurri “la prueba indirecta (o prueba indiciaria) iría dirigida a la prueba de hechos a partir de los cuales puede inferirse la existencia del hecho principal” (2018, p.81).

Según el recordado jurista Pico I Junoy la prueba indiciaria “es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de delito, pero de los que pueden inferirse éstos y la participación del

acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar” (citado en Pisfil, 2014, p.123).

Según Echandía el término indicio hace alusión a aquel dato conocido que sirve como punto de partida de una presunción y que ayuda a determinar la comprobación de un hecho desconocido, por ello, la prueba indiciaria toma un hecho probado y lo relaciona con otro no acreditado bajo las reglas de la lógica, la sana crítica y las máximas de la experiencia.

La concertación

Siguiendo a Pariona (2017) concertar significa sostener un acuerdo entre funcionarios estatales y privados interesados quienes sobreponen sus intereses personales a fin de perjudicar económicamente al Estado.

En el Recurso de Nulidad N°1126-2017-Ancash se estableció que la concertación es el elemento esencial del delito de colusión e implica un pacto de voluntades, un acuerdo subrepticio e ilegal, en búsqueda de beneficios personales que no siempre terminan por causar un perjuicio patrimonial al Estado, pero que si transgreden los deberes de lealtad y probidad de la función pública.

El delito de colusión

El delito de colusión es un delito de infracción de deber que se consuma con la sola verificación del acuerdo colusorio entre un funcionario o servidor público y los privados interesados, esto quiere decir, que el delito de colusión se constituye cuando un funcionario servidor público quebranta la confianza depositada en su persona y no administra correctamente los fondos del Estado. La configuración típica de este delito no necesita que el acuerdo colusorio se haga efectivo, es decir, se trata de un delito de peligro abstracto.

Según el Recurso de Nulidad N°2617-2012/Callao:

La colusión como todos los delitos especiales es un delito que infringe un deber o competencia especial que recae únicamente en el servidor o funcionario público. Es el funcionario o servidor público el llamado a cumplir con los principios de la correcta administración propios de su cargo. Por ello, cuando se transgredan estos principios se incurre en responsabilidad penal institucional debido al incumplimiento de las competencias y/o funciones que se le ha asignado. (Fundamento 3.4).

2.4. Sistema de hipótesis

DADO QUE la fiscalía atraviesa serias dificultades para probar la concertación del delito de colusión debido a su carácter subrepticio, con la aplicación de la prueba por indicios la concertación puede acreditarse y con ello se refuerce el sistema jurídico-penal.

2.5. Sistema de variables

VARIABLE	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES
La aplicación de la prueba indiciaria	“es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de delito, pero de los que pueden inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar, sirve para fundamentar un fallo condenatorio” (Picó, 1997, p.159	Elementos requeridos para su constitución	Inexistencia de prueba directa
		Tratamiento jurisprudencial	Elementos de la prueba indiciaria
La concertación en el delito de colusión	La concertación es aquel acuerdo voluntario entre el funcionario o servidor público encargado y el tercero interesado en defraudar los intereses pecuniarios del Estado (Cabrera, 2020).	Elemento objetivo del tipo	Jurisprudencia nacional
		Modus operandi del agente	Subrepticia y clandestina

III. METODOLOGÍA EMPLEADA

3.1. Tipo y nivel de investigación

De acuerdo a la orientación o finalidad

Investigación básica. – Según Hernández et al., (2014) la investigación básica se orienta a un análisis más riguroso (que la investigación aplicada) por medio de la comprensión de los elementos más destacados de los fenómenos sociales, de la realidad fáctica observable o de las manifestaciones suscitadas entre los entes.

De acuerdo a la técnica de contrastación

Investigación explicativa. – Vasilachis (1998) indica que estos niveles buscan encontrar una relación causal entre variables. No se agota en las causas de un fenómeno, sino que profundiza en sus particularidades para comprender porque se manifiesta.

3.2. Población y muestra de estudio

Población:

La población de una investigación es un conjunto de personas, fenómenos, acontecimientos o elementos que comparte características comunes de las cuales se puede extraer información importante para un estudio determinado (Otzen y Manterola, 2017).

Considerando ello, la población del presente estudio estuvo compuesta por 18 sentencias de la Corte Suprema en las que se haya utilizado la prueba indiciaria para la acreditación del delito de colusión durante los años 2016 al 2021. Es preciso indicar que estas sentencias se encuentran disponibles en el portal de Jurisprudencia del Poder Judicial.

También fueron tomados como población, 12 profesionales del derecho conocedores de tema abordado que reunían los siguientes criterios de

inclusión: i) tener estudios especializados en penal o procesal penal, ii) tener más de dos años de experiencia en el área abordada y iii) contar con disponibilidad para contribuir con la investigación.

Muestra:

Antes de detallar la muestra de estudio, es oportuno resaltar que el método de muestreo empleado por la investigadora para la determinación de la muestra fue el “muestreo por conveniencia” que – según Otzen y Manterola (2017) – permite seleccionar la muestra según criterios de accesibilidad y proximidad de los sujetos o elementos con el investigador.

Dicho ello, la muestra de estudio estuvo compuesta por:

- 8 sentencias de la Corte Suprema donde se haya probado la concertación mediante el uso de la prueba indiciaria correspondientes a los años 2016 al 2021.
- 8 profesionales del derecho conocedores del tema abordado.

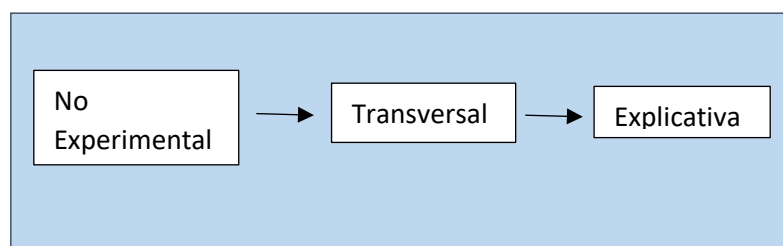
3.3. Diseño de la investigación

Investigación no experimental:

La presente investigación es no experimental en la medida que las variables no se manipularan deliberadamente.

Su diseño se refleja en el siguiente esquema:

Diseño de investigación:



3.4. Técnicas e instrumentos de investigación

Técnicas

Todo estudio científico requiere del empleo de determinadas técnicas para la recolección de datos. La selección de una u otra técnica dependerá de la naturaleza de la investigación y las condiciones del investigador.

En palabras de Púlido “la técnica es el procedimiento de actuación concreta que debe seguirse para recorrer las diferentes fases del método científico” (2015, p. 1143).

Para el presente estudio se utilizó la técnica documentaria que permitió recabar, organizar y sistematizar toda la información jurídica, dogmática y normativa respecto a la acreditación de la concertación mediante la prueba por indicios.

Considerando ello, la técnica empleada para la recolección de datos fue:

- **Observación documentaria.** – esta técnica es clásica en la investigación cualitativa. Su objeto es analizar la información contenida en cualquier soporte documentario, sea este físico, virtual o auditivo (Pulido, 2015). En la investigación jurídica la técnica de observación documentaria permite analizar jurisprudencia, normas, derechos comparado y demás material contenido en todo tipo de documentación.
- **La encuesta.** - la encuesta es una técnica de investigación que utiliza como instrumentos tanto a la entrevista como al cuestionario. En el presente estudio se utilizó al cuestionario que fue aplicado a los ocho participantes

Instrumentos

Los instrumentos según expresa Corbetta (2007) son aquellas herramientas empleadas para recabar datos, extraer cualidades o propiedades de determinadas unidades de análisis (para el caso de investigaciones cualitativas) o muestras (para el caso de estudios cuantitativos). Según Mejía

(2005) se trata de aquellos mecanismos que permiten al investigador recabar los datos pertinentes para el análisis y discusión de resultados.

En ese sentido, el instrumento que empleado en el presente estudio fue el siguiente:

- **Ficha de observación documentaria.** – la ficha de observación documentaria sirve para registrar, extraer y/o consignar cualquier tipo de dato, aporte o apunte relevante para los fines del investigador, se trata de un documento de registro donde va consignado apuntes y notas que pueden servir a la hora de analizar y/o contrastar los resultados (Córdova, 2005). La ficha de observación documentaria fue empleada para analizar y sistematizar la información contenida en normas, artículos científicos, jurisprudencias y demás material documentario recabado en la presente investigación.
- **Cuestionario.** – el cuestionario aplicado contuvo cinco preguntas cerradas y fue llenado por los ocho especialistas participantes.

3.5. Procesamiento y análisis de datos

La información fue procesada en tablas comparativas de acuerdo al criterio de la investigadora y en estricta vinculación con cada uno de los objetivos específicos. Utilizando las fichas de observación documental adjuntada en el anexo IV se pudo analizar los datos de forma que se tengan resultados objetivos. Considerando que se trata de una tesis de contenido documental, la información fue abordada confrontando las premisas teóricas, los antecedentes de estudio y los criterios jurisprudenciales encontrados en las sentencias analizadas.

IV. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

4.1. Análisis e interpretación de resultados

4.1.1. Resultados del cuestionario

Tabla 1

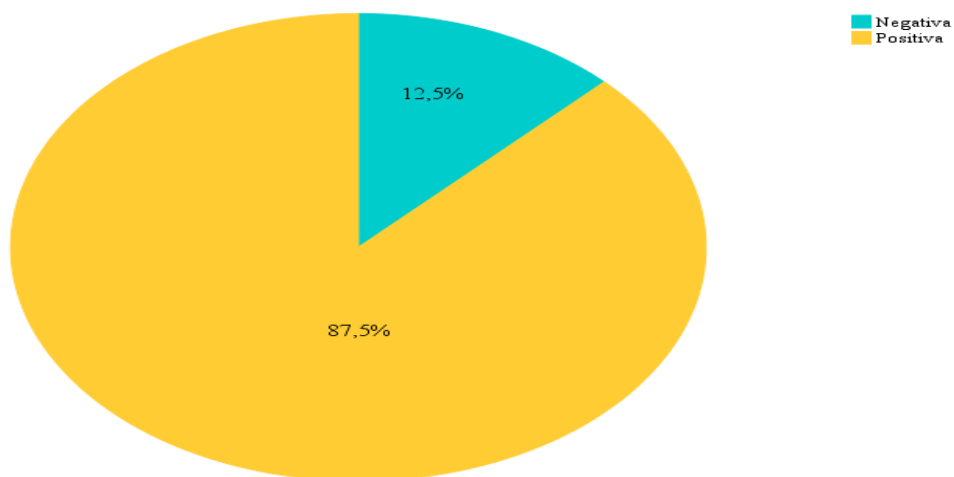
Apreciación de los entrevistados sobre la aplicación de la prueba indiciaria en el delito de colusión

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Negativa	1	12,5	12,5	12,5
	Positiva	7	87,5	87,5	100,0
	Total	8	100,0	100,0	

Nota: información extraída de la encuesta aplicada.

Figura 1

Apreciación de los entrevistados sobre la aplicación de la prueba indiciaria en el delito de colusión



Nota: el gráfico representa la opinión de los encuestados.

Interpretación: del gráfico se aprecia que el 87.5% de los encuestados, esto es siete de 8, tienen una apreciación positiva acerca de la aplicación de la prueba indiciaria en el delito de colusión, mientras que el 12.5% tiene una apreciación negativa.

Tabla 2

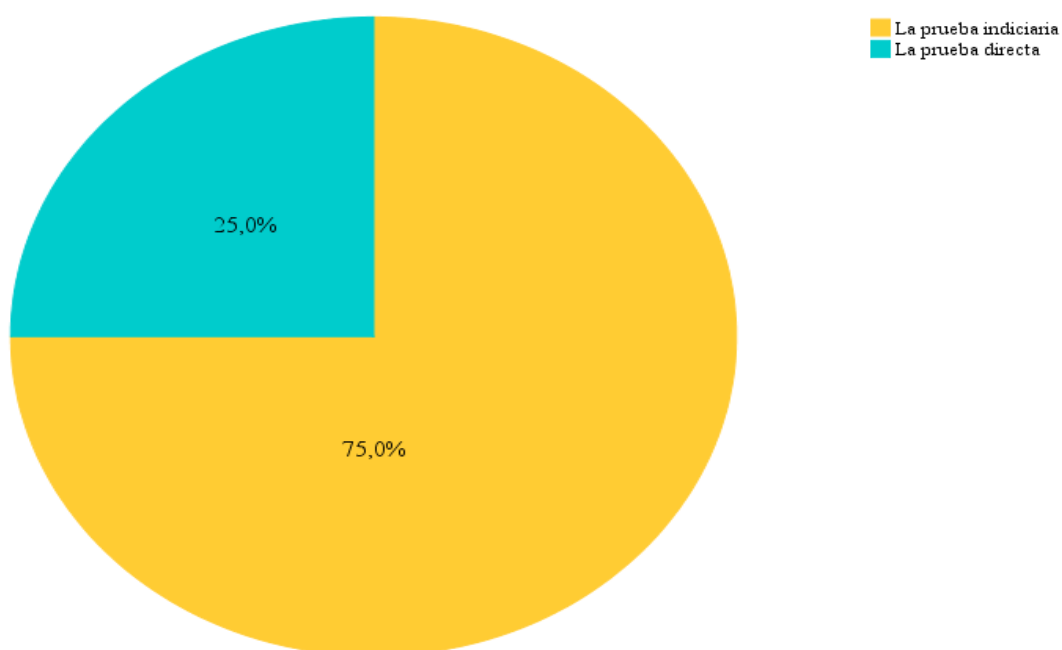
Forma más habitual de probar la concertación según los encuestados

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	La prueba indiciaria	6	75,0	75,0	75,0
	La prueba directa	2	25,0	25,0	100,0
	Total	8	100,0	100,0	

Nota: información extraída de la encuesta aplicada.

Figura 2

Forma más habitual de probar la concertación según los encuestados



Nota: el gráfico representa la opinión de los encuestados.

Interpretación: del grafico se aprecia que el 75% de los encuestados considera que la forma más habitual para probar la concertación en el delito de colusión es la prueba indiciaria, mientras que el 25% considera que es la prueba directa. Sobre este punto, es preciso indicar que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina existe consenso sobre la utilidad e importancia de la prueba indiciaria en el delito de colusión.

Tabla 3

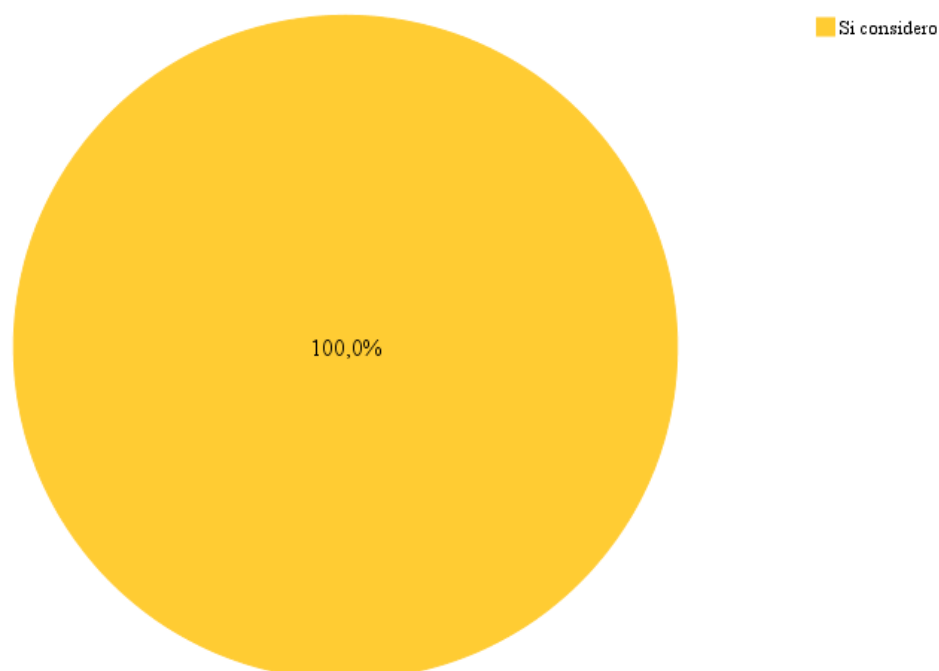
Importancia de la prueba por indicios para la acreditación del acuerdo colusorio

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Si considero	8	100,0	100,0	100,0

Nota: información extraída de la encuesta aplicada.

Figura 3

Importancia de la prueba por indicios para la acreditación del acuerdo colusorio



Nota: el gráfico representa la opinión de los encuestados.

Interpretación: del gráfico se aprecia que el 100% de los entrevistados considera que la prueba por indicios cumple un papel importante en la acreditación del acuerdo colusorio. Este criterio es compartido por la doctrina y la jurisprudencia pues se ha podido advertir que, por su naturaleza subrepticia, la prueba indiciaria es la manera más habitual de probar la concertación entre el funcionario y el *extraneus*.

Tabla 4

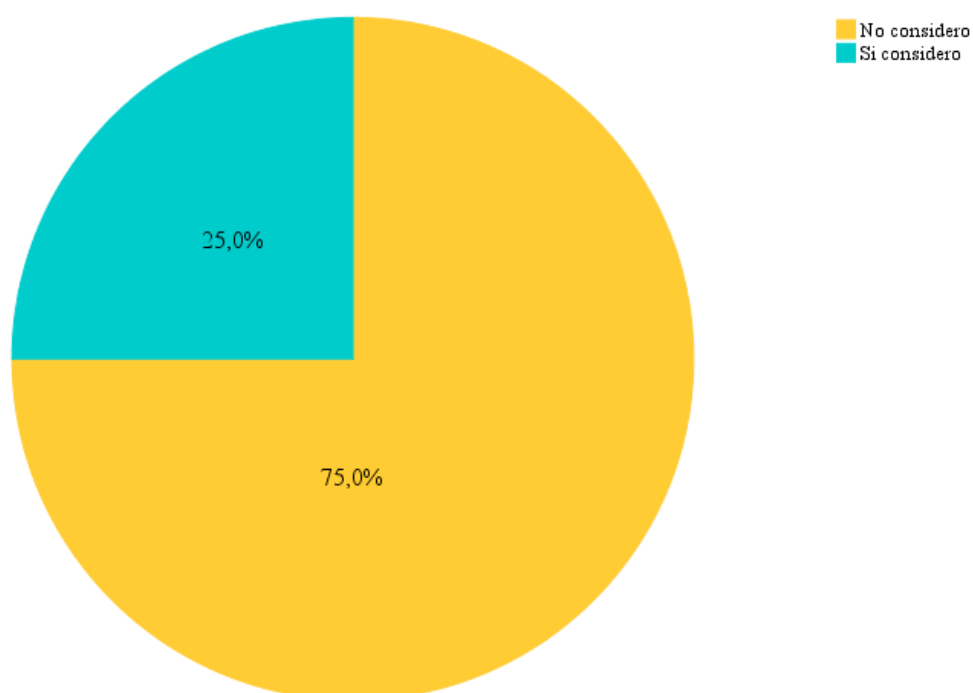
Existencia de indicio habituales utilizados por funcionarios y privadas para defraudar al Estado

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No considero	6	75,0	75,0	75,0
	Si considero	2	25,0	25,0	100,0
Total		8	100,0	100,0	

Nota: información extraída de la encuesta aplicada.

Figura 4

Existencia de indicio habituales utilizados por funcionarios y privadas para defraudar al Estado



Nota: el gráfico representa la opinión de los encuestados.

Interpretación: del gráfico se aprecia que el 75% de los encuestados considera que la Corte Suprema no tiene identificados indicios habituales utilizados en el delito de colusión, mientras que otro 25% considera que si existen estos indicios y la Corte Suprema los tiene identificados.

Tabla 5

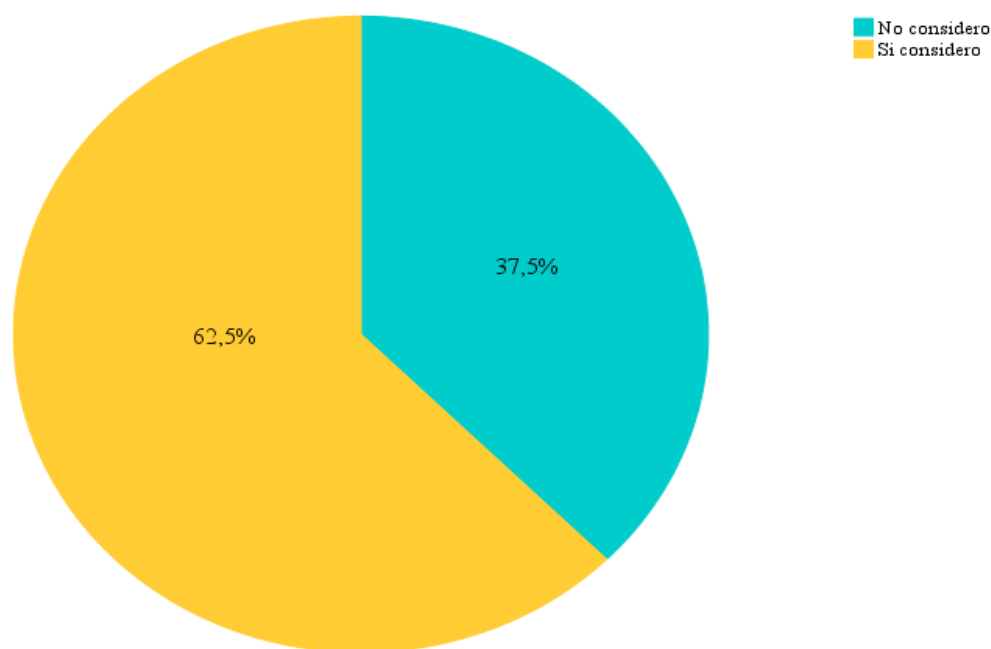
Tipologías indiciarias desarrolladas por la Corte Suprema según los encuestados

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No considero	3	37,5	37,5	37,5
	Si considero	5	62,5	62,5	100,0
	Total	8	100,0	100,0	

Nota: información extraída de la encuesta aplicada.

Figura 5

Tipologías indiciarias desarrolladas por la Corte Suprema según los encuestados



Nota: el gráfico representa la opinión de los encuestados.

Interpretación: el 62.5% de los encuestados considera que la Corte Suprema ha desarrollado tipologías indiciarias que pueden aplicarse a cada modalidad de concertación practicada por los funcionarios y *extraneus* coludidos. Las tipologías hacen referencia a las modalidades que utilizan los funcionarios y los privados para concertar su voluntad y defraudar patrimonialmente al Estado. Aun cuando la concertación no sea efectiva, el delito de consume con el solo quebrantamiento de la confianza.

4.1.2. Resultados de la ficha de análisis documentaria

Tabla 6

Análisis del Recurso de Nulidad N.º 2056-2018-Huánuco

Tipo de Proceso	Sujetos Procesales	Descripción del caso	Tipología de indicios identificados
Recurso de Casación N.º241-2019/Ancash presentado por la FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE ANCASH "inobservancia de precepto constitucional y quebrantamiento de precepto procesal".	<p><u>Funcionario(os):</u> Ilario Risco Orbegozo (Alcalde) Carlos Ascón Valdivia (Jefe de infraestructura) Cesar Changa Campos (Presidente de Comité y Gerente Municipal) Rafael Alegre Silva (Miembro del Comité de Recepción de obra) Américo Alvarado Dextre (Residente de obra).</p> <hr/> <p><u>Extraneus:</u> Feliciano Blácido León</p>	<p>La Fiscal Superior de Ancash interpone recurso de casación en contra de la sentencia de vista que revoca la sentencia de condena de primera instancia y absuelve a los encausados por el delito de colusión agravada. La absolucón del Tribunal Superior se basó en los siguientes argumentos: i) el fiscal no habría indicado en su requerimiento acusatorio que probaría la culpabilidad de los</p>	<p>La base indiciaria encontrada para condenar a seis años de pena privativa de libertad a los procesados fue la siguiente: i) los procesados Changa Campos, Alegre Silva y Ascón Valdivia se reunieron con el contratista antes de ser designados como miembros del Comité de Selección y suscribieron las actas de entrega de terreno, ii) los miembros que integraron el Comité de recepción de obra,</p>

<u>Agraviada:</u> Municipalidad Distrital Pariacoto	de	procesados mediante la prueba de indiciaria lo cual pone a la defensa en desventaja, ii) no se detalló cómo y con quienes se habría efectuado el acuerdo colusorio, no hay mención de las irregularidades de cada imputado y de cómo se habría llevado a cabo su participación (vulneración del principio de bases imputación necesaria, iii) juzgado de primera instancia suplió la labor del Ministerio Público.	fueron los mismos que firmaron las actas de entrega de terreno, iii) se aprobó el informe técnico de liquidación pese a que la obra no estaba culminada, iv) se le pagó al contratista pese a que según la pericia de la Contraloría la obra no estaba conforme a las bases del expediente técnico.
--	----	--	---

Interpretación: en el presente caso, la controversia gira en torno a si el fiscal debe indicar que acreditará los cargos imputados mediante prueba indiciaria. Es decir, si es un requisito legal que el fiscal indique que se probarán los cargos a través de los indicios y, en consecuencia, su incumplimiento acarrea la absolución de los encausados como al parecer lo entiende el Tribunal Superior que revocó la sentencia de primera instancia bajo este fundamento. Al respecto, la Corte Suprema resalta que los procesados no hayan cuestionado ese punto en la audiencia de control de acusación, tan es así que el juez de investigación preparatoria dio por saneada la acusación, además advierte que el fiscal en su alegato oral dio cuenta expresa que utilizó el método de prueba por indicios e

indica que aun cuando el fiscal cumplió con presentar una acusación clara y precisa conforme a los términos del artículo 349, numeral 2, literal b) del CPP, de no ser el caso, el defecto de dicho requisito formal no constituye causal de absolución. Concuera la Corte con el razonamiento de primera instancia en tanto que acreditó primero los hechos auxiliares y circundantes del hecho principal, señaló el rol de los implicados y precisó las inferencias que condujeron a un fallo condenatorio, motivo por el cual termina declarando fundada la casación y en consecuencia dispone se realice un nuevo juicio.

Nota: en el anexo III de la presente investigación se encuentra el enlace para dirigirse al documento completo de la sentencia analizada.

Tabla 7

Análisis del Recurso Casatorio N.°329-2019-Ancash

Tipo de Proceso	Sujetos Procesales	Descripción del caso	Tipología de indicios identificados
Recurso de Casación N.°392-2019/Ancash presentado por el acusado Rafael Azaña Salinas por “inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material”.	<u>Funcionario(os):</u> Rafael Azaña Salinas (Alcalde) <hr/> <u>Extraneus:</u> Pedro Sánchez Castañeda e Yrineo Pérez Carranza <hr/> <u>Agraviada:</u> Municipalidad Distrital de Ticapampa	La Corte Superior de Justicia de Ancash confirmó la condena de Rafael Azaña Salinas quien en su condición de exalcalde de la Municipalidad agraviada habría simulado una situación de emergencia para no llevar a cabo el proceso de selección y licitación pública	La base indiciaria encontrada por la Corte Superior de Ancash y el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios que se destaca fue i) la declaración de la situación de emergencia no fue conforme a los artículos 20 y 39 de la Ley de

para la ejecución y Contrataciones con supervisión de la el Estado; ii) no obra: existe justificación “Mejoramiento de técnica para la los Servicios exoneración del Educativos de la proceso de Institución selección, máxime Educativa Nuestra si se considera que Señora del Pilar de no se coordinó con Ticapampa distrito INDECI como lo de Ticapampa, exige la norma; iii) Recuay, Ancash” y Admitió carta fianza de esta forma de la Cooperativa favorecer a los de Ahorro y Crédito privados Limitada (extraneus) también “Soluciones” sin que sentenciados en esta se encuentre calidad de autorizada por cómplices. Superintendencia de Banca y Seguros

Interpretación: en este caso analizado pese a existir abundantes indicios en contra del procesado, los cuales se resumen en los dos indicios señaladas en la presente tabla, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró fundado parcialmente el recurso y dispuso que otros jueces vuelvan a revisar la causa y emitan nueva sentencia. Esto porque ha criterio de la Sala, tanto en la sentencia de vista, como en la sentencia de primera instancia no se observaron los requisitos de la prueba indiciaria y se incurrió en vicios de motivación en tanto que no se explica el enlace entre el indicio base y el indicio inferido, tampoco se señala en que regla de la lógica se funda el razonamiento del juzgador, además de encontrarse una ausencia de análisis de los criterios objetivos y subjetivos del tipo penal.

Nota: en el anexo III de la presente investigación se encuentra el enlace para dirigirse al documento completo de la sentencia analizada.

Tabla 8*Análisis de la sentencia de segunda instancia N.º03631-2016*

Tipo de Proceso	Sujetos Procesales	Descripción del caso	Tipología de indicios identificados
Sentencia se segunda instancia emitida por la Sala Penal Permanente de Apelación recaída en el expediente N°03631-2016-96-1308-JR-pe-01	<u>Funcionario(os):</u> Nelly Delgado Méndez (Jefa del Área Logística) <hr/> <u>Extraneus:</u> Violeta Huertas Trujillo <hr/> <u>Agraviada:</u> Municipalidad Distrital de Végueta	Se trata de un recurso de apelación sentencia presentado por el Fiscal Superior de Huaura en contra de la resolución N.º7 emitida por el Cuarto Juzgado Unipersonal de Huaura en el extremo que falla absolviendo a los procesados quienes se abrían coludido para defraudar al Estado en la actividad denominada “Mantenimiento Integral de las instalaciones de la Municipalidad Distrital de Végueta – Lima”.	En la sentencia se encuentran los siguientes indicios: i) la acusada Nelly Delgado Méndez habría fraccionado la adquisición de bienes con compras menores a 3 UIT (de lo contrario tendría que tendría que llevarse a cabo un proceso de selección conforme indica la Ley de Contrataciones con el Estado) para llevar a cabo el “Mantenimiento Integral de las instalaciones de la Municipalidad Distrital de Végueta – Huaura, Lima”; ii) la proveedora acusada Violeta Huertas Végueta no se encontraba inscrita en el Registro Nacional de Proveedores, por tanto no se estaría habilitada para contratar con el

Estado, iii) según las facturas y comprobantes de pago, la entidad canceló en una sola fecha la compra de los bienes, lo cual evidenciaría que el presupuesto ya estaba destinado para dicha actividad.

Interpretación: a diferencia de las sentencias casatorias analizadas, la presente sentencia muestra indicios muy bajos, ambiguos e inconducentes que condujeron a que la Sala confirme la absolución de las procesadas. Se percibe que el fiscal no ha podido concadenar los indicios que postuló, quedando en la mera irregularidad administrativa el hecho que la acusada Nelly Delgado Méndez haya adquirido bienes de forma fraccionada evitando llevar a cabo el proceso de selección respectivo conforme lo establece la Ley.

Nota: en el anexo III de la presente investigación se encuentra el enlace para dirigirse al documento completo de la sentencia analizada.

Tabla 9

Análisis del Recurso de Nulidad N.º2056-2018-Huánuco

Tipo de Proceso	Sujetos Procesales	Descripción del caso	Tipología de indicios identificados
Recurso de Nulidad N.º2056-2018-Huánuco interpuesto por Carlos Condezo	<u>Funcionario(os):</u> Carlos Condezo Figueroa (Presidente del Comité de Adjudicación)	Se tiene que el sentenciado en su condición de Presidente del Comité concertó el otorgamiento de la buena pro	En la sentencia se encuentran los siguientes indicios: i) durante el proceso de selección el sentenciado mantuvo comunicaciones mediante llamadas telefónicas con

<p>Figueroa contra la sentencia emitida por la Sala Mixta Permanente de la Corte Suprema que lo condenó como autor del delito de colusión.</p>	<p><u>Extraneus:</u> Richard Valentín Cajas</p>	<p>del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N.º13-2009- MDSR en favor de la empresa Corporación Valdisa E.I.R.L</p>	<p>el representante de la empresa ganadora. ii) la empresa ganadora de la buena pro “Corporación Valdisa E.I.R.L” solo ingresó al almacén cuatro muestras (tubos plásticos) de las veinte que se solicitan en las bases, iii) descalificaron a la empresa “Construcciones y Acabados El Castor S.C.R.L. pese a que si presentó la totalidad de las muestras requeridas y iv) la mencionada empresa descalificada ofreció un precio menor al ofrecido por la empresa ganadora, pese a ello se la descalificó.</p>
	<p><u>Agraviada:</u> Municipalidad Distrital de San Rafael</p>		

Interpretación: en el presente caso, los indicios son plurales, corroborados y concomitantes al hecho principal. Según el criterio de la Sala Penal Transitoria la condena del funcionario y del extraneus es justificable por lo que declaró no haber nulidad de la sentencia que los condenó. Debe considerarse además que el fiscal acudió estrictamente a los indicios para acreditar la culpabilidad de los sentenciados, estos indicios mencionados son circundantes al hecho principal (conjugación de voluntades) y permitieron alcanzar el estándar mínimamente requerido para enervar la presunción de inocencia.

Nota: en el anexo III de la presente investigación se encuentra el enlace para dirigirse al documento completo de la sentencia analizada.

Tabla 10

Análisis del Recurso de Nulidad N.º1722-2016 del Santa

Tipo de Proceso	Sujetos Procesales	Descripción del caso	Tipología de indicios identificados
Recurso de Nulidad N.º1722-2016- Del Santa interpuesto por Edilberto Cotillo Antúnez y otros en contra de la sentencia que los condenó por el delito de colusión.	<p><u>Funcionario(os):</u> Fabio Colonia García (Director de la UGEL) Buitrón Rodríguez (Técnico de abastecimiento) Huamán Inchaqui (Jefe del Área de Gestión Pedagógica)</p> <hr/> <p><u>Extraneus:</u> Edilberto Cotillo Antúnez y Otros.</p> <hr/> <p><u>Agraviada:</u> Unidad de Gestión Educativa Local de Huarmey</p>	<p>Se tiene que los miembros del Comité de Adquisiciones de la UGEL- Huarmey, vulneraron los procedimientos establecidos en la Ley de Contrataciones con el Estado al haber otorgado la buena pro a las empresas “Viglienzone EIRL” y “Multiservicios FANDE” que ofrecieron precios sobrevaloradas en la compra de bienes efectuada por la entidad.</p>	<p>En la sentencia se encuentran los siguientes indicios: i) no haber tenido en cuenta las recomendaciones y requerimientos de las diferentes áreas de la UGEL Huarmey contenidas en las órdenes de compra, cuadros comparativos de precios, cotizaciones y facturas, ii) no se desarrollaron las bases para la convocatoria conforme lo indica la Ley de Contrataciones con el Estado, iii) la comunicación telefónica entre los miembros del Comité de Adquisición y los proveedores, iii) la inusitada rapidez del procedimiento de contratación pública, la falta de expediente administrativo que impide ver el valor real de los productos y iv) el acusado</p>

Buitrón Rodríguez
elaboró el cuadro
comparativo de cotización
de precios cuando los
productos adquiridos por
la entidad ya se
encontraban en su
almacén, pese a que
según la ley este debe
realizarse antes de
otorgar la buena pro.

Interpretación: la Sala Penal Transitoria consiguió verificar que el procedimiento de adquisición de bienes fue totalmente irregular y el valor pagado por los bienes adquiridos fue sobrevalorado en comparación a los precios del mercado. Todos los indicios mencionados permitieron concluir que los funcionarios concertaron con los privados ganadores de la buena pro para defraudador efectivamente al Estado. Se aprecia que los proveedores no contaban siquiera con un local comercial para el desarrollo de sus actividades, el Comité tampoco presentó la documentación del trámite efectuado que sustente las decisiones adoptadas en correlación con los procedimientos establecidos en la ley y por último, la pericia solicitada por el fiscal evidencia que en Huarmey existen más promovedores que tenían los mismos productos a un precio menor, todos estos indicios condujeron a que se declaró no haber nulidad del Recurso de Casación.

Nota: en el anexo III de la presente investigación se encuentra el enlace para dirigirse al documento completo de la sentencia analizada.

Tabla 11

Análisis de la sentencia N.°1842-2016-Lima

Tipo de Proceso	Sujetos Procesales	Descripción del caso	Tipología de indicios identificados
Recurso de Nulidad N.°1842-2016-Lima presentada por el sentenciado Alexander Kouri Bumachar en contra de la sentencia que lo condenó a cinco años de pena privativa de libertad.	<p><u>Funcionario(os):</u> Alexander Kouri Bumachar (ex Alcalde de la Municipalidad del Callao</p> <hr/> <p><u>Extraneus:</u> Augusto Dall Orto Falconi y Robeerto Dall Orto Lizárraga</p> <hr/> <p><u>Agraviada:</u> Municipalidad Provincial del Callao</p>	<p>Se le atribuye al procesado Kouri Bumachar que, en su condición de ex alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, en el año 1999 haberse coludido con los terceros representantes de la empresa “Convial” en la ejecución de la obra “Vía Expresa del Callao” al haberle entregado la buena pro pese a no cumplir con los requisitos legales.</p>	<p>La sentencia de primera instancia se sustenta en los siguientes indicios: i) el ex alcalde designó a Augusto Dall orto Falconi como presidente del Comité de Selección para la ejecución de la obra “Vía expresa del Callao” pese a tener una relación de parentesco con este tras haber contraído nupcias con su hija dos meses antes de la adjudicación de buena pro a la empresa postora, ii) pese a que el alcalde quitó del cargo a Augusto Dall orto Falconi y designó como nuevo presidente del Comité de Selección a Ernesto Barriga Calle (su amigo íntimo), la fiscalía pudo acreditar que el ex alcalde procesado era amigo estrecho de ambas personas quienes se encargaron de adjudicar la obra al Consorcio “Concesiones Perú” que</p>

estaba constituida por varias empresas entre ellas “Contratistas e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A” cuyo socio accionista y directo era Roberto Dall orto Lizárraga primo de Augusto Dall orto Falconi y pariente político del el alcalde Alexander Kouri, iii) conforme al informe emitido por la contraloría, las empresas beneficiados emitieron cartas fianzas que no cumplieron con los requisitos de “renuncia expresa al beneficio de exclusión” y “renovable a solicitud de la entidad” y ello debió ameritar su descalificación pero no sucedió así, al contrario se les adjudicó la obra.

Interpretación: se trata de un proceso bastante complejo, polémico y controvertido que cuenta incluso con tres votos discordantes, el primero del magistrado Neyra Flores donde adhiriéndose al voto de sus colegas aclara que Kouri modifico el contrato de concesión mediante la creación de cinco adendas que desnaturalizaron la concesión y habilitaron al concesionario a cobrar peaje sin haber culminado la obra y el segundo que del magistrado Chavéz Mella que a diferencia de sus cuatro colegas absuelve al procesado Alexander Kouri Bumachar por considerar que no está acreditado el acuerdo colusorio y que los indicios si bien son plurales carecen del juicio lógico desde el indicio hasta el

hecho inferido, finalmente, el tercer voto discordante es del magistrado Ventura Cueva quien apartándose de la decisión de sus colegas vota porque la sentencia se declare nula y se realice un nuevo juicio oral por considerar que la fiscalía no cumplió con la garantía de la imputación necesaria al incluirse recién en la etapa de juicio a los extraneus que se habrían coludido con el ex alcalde.

Nota: en el anexo III de la presente investigación se encuentra el enlace para dirigirse al documento completo de la sentencia analizada.

Tabla 12

Análisis del Recurso de Nulidad N.º1126-2017-Ancash

Tipo de Proceso	Sujetos Procesales	Descripción del caso	Tipología de indicios identificados
Recurso de Nulidad N.º1126-2017-Ancash presentada por las procesadas Roberto Vásquez Flores y Karla Abanto Sánchez en contra de la sentencia que los condenó a cuatro años de pena efectiva.	<u>Funcionario(os):</u> Roberto Vásquez Flores (Gerente General de la Municipalidad Distrital Antonio Raymondi)	Se le atribuye al procesado Roberto Vásquez Flores en su calidad de Gerente de la municipalidad agraviada haberse coludido con la única postura y pareja sentimental Karla Abanto (extraneus) para adjudicarle ilegalmente el servicio de elaboración	La sentencia de primera instancia se sustenta en los siguientes indicios: i) solo existió una única postora: Karla Abanto quien era la pareja sentimental (madre de sus dos hijos) del Gerente Municipal Roberto Vásquez Flores; iii) el señor Roberto Vásquez Flores no solo era miembro del Comité de Selección, sino que además recibió prerrogativas del alcalde para aprobar expedientes de contratación de los
	<u>Extraneus:</u> Karla Abanto Sánchez	coludido con la única postura y pareja sentimental Karla Abanto (extraneus) para adjudicarle ilegalmente el servicio de elaboración	Roberto Vásquez Flores; iii) el señor Roberto Vásquez Flores no solo era miembro del Comité de Selección, sino que además recibió prerrogativas del alcalde para aprobar expedientes de contratación de los
	<u>Agraviada:</u> Municipalidad Distrital de Antonio Raymondi	Karla Abanto (extraneus) para adjudicarle ilegalmente el servicio de elaboración	además recibió prerrogativas del alcalde para aprobar expedientes de contratación de los

perfiles y procesos de selección y expedientes licitación pública, con lo técnicos de los que se cumplió con el proyectos elemento objetivo del “Sistema de tipo penal, esto es la riego del anexo vinculación con los de Jarachacra” bienes y el poder de y Sistema de decisión en el riego del anexo otorgamiento de la Yamor”. buena pro, iii) solo se realizó una única cotización (proforma) y el procedimiento fue excesivamente rápido (un solo día) además de que los documentos fueron firmados en vía de regularización al mes siguiente.

Interpretación: se aprecia que entre los indicios más sólidos que fundaron la condena de los procesados se encuentra el hecho de que eran pareja sentimental y según las máximas de la experiencia no resulta lógicamente creíble que Abanto Sánchez no supiera que no estaba permitido que participara en el proceso de selección en el cual su pareja era el encargado de seleccionar a los postulantes, máxime si se considera que la procesada Karla Abanto durante la investigación brindó declaraciones contradictorias indicando en la etapa preliminar que se enteró del proceso de selección debido a que eran amigos, luego en la instrucción refirió que era su inquilino y en el plenario refirió que era su pareja y tenían dos menores hijos. Todo esto, sumado a los indicios ya referidos, condujeron a que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declarara no haber nulidad de la sentencia que los condenó a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, tres años de habilitación y diez mil soles por concepto de reparación civil.

Nota: en el anexo III de la presente investigación se encuentra el enlace para dirigirse al documento completo de la sentencia analizada.

Tabla 13*Análisis del Recurso de Nulidad N.º1527-2016 Del Santa*

Tipo de Proceso	Sujetos Procesales	Descripción del caso	Tipología de indicios identificados
Recurso de Nulidad N.º1527-2016- Del Santa presentada por las procesadas José Luis Del Carpio	<u>Funcionario(os):</u> José Luis Del Carpio (Alcalde de la Municipalidad Distrital de Yaután)	Se le atribuye al alcalde de la Municipalidad Distrital de Yaután haberse coludido con los vendedores de la empresa Full	La sentencia de primera instancia se sustenta en los siguientes indicios: i) el alcalde, luego de entrevistarse con los vendedores de la empresa ganadora, instó la declaratoria de
Melgarejo y Carlos Román Paz García en contra de la sentencia que los condenó a cuatro años de pena efectiva.	<u>Extraneus:</u> Carlos Román Paz García <u>Agraviada:</u> Municipalidad Distrital de Yaután	Oil Group SAC para defraudar al Estado en la compra cargadores frontales y otras maquinarias.	la declaratoria de emergencia que permitió exonerar la realización de un concurso público de precios, ii) el informe técnico mecánico elaborado por el ingeniero mecánico Carlos Paz García concluyó que las condiciones del cargador frontal coincidían con lo pedido al proveedor permitió que se pagase como si este fuese nuevo, cuando en realidad era de segunda mano y de menor calidad, iii) según el segundo informe el segundo informe pericial realizado por Edelfonso

Salinas Cadillo, el motor del cargador frontal era de segunda y su precio era de cincuenta mil novecientos ochenta y ocho soles, sin embargo se pagó por él la suma de ochocientos treinta y siete mil ciento cincuenta soles como si este fuese nuevo.

Interpretación: en el presente caso existen indicios sólidos de que el alcalde instó la declaratoria de emergencia apoyándose en supuestas precipitaciones aluviales para exonerarse de realizar el concurso de precios y favorecer así a la empresa Full Oil Group SAC, a quien se le pagó por la entrega de bienes sobrevalorados pese a que existía una pericia que daba cuenta de que las condiciones del cargador frontal no eran las mismas que indicaba en las bases, oferta y contrato. De esta forma, se advierte que pese a la contundencia de dicho informe pericial los funcionarios – aparentemente presionados por el alcalde – continuaron con el procedimiento de adquisición del cargador frontal lo que produjo un desfaldo patrimonial ascendente a la suma de ochocientos treinta y siete mil ciento cincuenta soles, lo que condujo a la Sala Penal Permanente a declarar no haber nulidad de la sentencia que condenó a los procesados a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, un año de inhabilitación para el alcalde y ochocientos treinta y siete mil ochocientos cincuenta soles por concepto de reparación civil.

Nota: en el anexo III de la presente investigación se encuentra el enlace para dirigirse al documento completo de la sentencia analizada.

Conclusiones

1. A nivel del derecho nacional, si bien no existe una regla de obligatoriedad de aplicación de la prueba indiciaria para acreditar la concertación en el delito de colusión, cuando no se cuente con prueba directa. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia existe consenso al indicar que la prueba por indicios es el método de valoración probatoria más recurrido por los fiscales para la acreditación del elemento objetivo del tipo penal: la concertación.
2. La prueba indiciaria cumple un rol importante para la acreditación de acuerdo colusorio en el marco normativo nacional vigente. En los casos en los que no existe prueba directa (testigos, documentales, registros de audio o video que prueben la colusión entre el funcionario y el *extraneus*) la utilización de los indicios resulta ideal para no generar impunidad.
3. Según la jurisprudencia analizada de la Corte Suprema en lo referido a la utilización de la prueba indiciaria para la acreditación del acuerdo colusorio, se tiene que los casos presentados corresponden a funcionarios públicos o servidores pertenecientes a municipalidades distritales. En ellos, en dos de cada tres casos se aplica la prueba indiciaria, debido a que no se cuenta con prueba directa del acuerdo colusorio.
4. Entre las tipologías de indicios encontradas en la jurisprudencia de la Corte Suprema para la acreditación del acuerdo colusorio se encuentra: i) asignar recursos sin verificación de documentos esenciales para la contratación o sin contar con un proceso previo de contratación o sin la participación de otros postores, ii) parcializarse y seleccionar a un postor que no reúne las condiciones adecuadas en comparación de otros que si las reúnen, iii) simular situaciones de urgencia para omitir la realización del proceso de selección y favorecer a un postor; y iv) declarar deliberadamente “desiertos” dos procesos de selección consecutivos y/o redacción de bases de contratación “a la medida” de determinado proveedor. Estos indicios suelen presentarse en las diferentes etapas y/o modalidades de contratación y son invocados por el fiscal ante la falta de prueba directa.

Recomendaciones

1. Se recomienda a los fiscales anticorrupción utilizar la prueba por indicios en los casos en lo que no se cuente con prueba directa de la concertación entre el funcionario y el tercero interesado. Para ello se deberá analizar las circunstancias fácticas del hecho imputado a fin de identificar los indicios que pueden de manera coherente, plural y sólida conducir al juzgador hasta la inferencia lógica según las reglas de la lógica y máximas de la experiencia de que existió un acuerdo colusorio entre los procesos para defraudar al Estado.
2. Se recomienda a la comunidad jurídica en general profundizar en el estudio de las tipologías de indicios desarrolladas por la Corte Suprema a efectos de poder superar la falta de prueba directa dada la naturaleza clandestina y oculta de los acuerdos colusorios. Es preciso recomendar incluso, recurrir a los indicios cuando la defensa del imputado alega que las irregularidades de su patrocinado son simples infracciones administrativas que no revisten contenido penal, en cuyo caso, con indicios plural y circundantes se podría llegar a acreditar su culpabilidad.
3. En cuanto a la motivación, considerando que se ha identificado casos en los que la Corte Suprema anula la sentencia y ordena la realización de un nuevo proceso, pese a existir indicios sólidos de culpabilidad, se recomienda a los jueces especializados observar y dar cumplimiento al deber de motivación de manera que no solo se indique que la decisión se basa en los indicios invocados, sino que se detalle el procedimiento lógico-conductor desde el indicio hacia el hecho principal inferido a efectos de no generar impunidad y dilatar el proceso.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Hugo, Jorge. (2002). Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública. Lima: Gaceta Jurídica
- Arrieta Caro, J. (2018) *La prueba indiciaria en el delito de colusión*. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica de Trujillo]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/15425>
- Bendezú Barnuevo, R. (2011). Análisis típico del delito de colusión y su tratamiento jurisprudencial. IUS Revista de Investigación de la Facultad de Derecho (1), 1-32.
- Cabrera Pérez, J. *Criterios para aplicar la concertación como elemento normativo en el delito de colusión*. [Tesis de grado, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. <https://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/2801>
- Pastor Alcoy, F. (2003). Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch
- Cáceres Caxi, Eddy. (2019). *Sanción por prueba indiciaria en delitos de colusión frente a los límites probatorios de concertación Distrito Judicial de Puno*. [Tesis de postgrado, Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez]. <http://www.repositorio.uancv.edu.pe/handle/UANCV/10110/browse?type=author&value=Caceres+Caxi%2C+Eddy+William>
- San Martín Castro, C. (2017). Prueba por indicios. Sistema Nacional Especializado de Corrupción de Funcionarios. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7381930042e946a29f8bbfd49215945d/Articulo+-+Cesar+San+Martin.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7381930042e946a29f8bbfd49215945d>
- Carrión, J. (2011). *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*. Editorial Idemsa.

- Castillo Alva, J. (2008). *El derecho a ser informado de la imputación. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal 2008*. Fondo Editorial PUCP.
- Castillo Castro, C. (2018). El delito de colusión, sus imprecisiones tipológicas y la actuación invasiva del Tribunal Constitucional. *Revista de ciencias jurídicas exégesis* (59), 101-122.
- Mixán Máss, F. (1992). *Derecho Procesal Penal. Prueba indiciaria, carga de la prueba*. Trujillo: Ediciones BLG.
- Chaia, Rubén. A. (2010). *La prueba en el proceso penal*. Editorial Hammurabi.
- Código Procesal Penal. (2004).
- Corbetta, P. (2007). *Metodología y Técnica de Investigación Social* (Revisada ed.). Madrid: McGraw-Hill.
- Córdoba, F. G. (2005). *El cuestionario: recomendaciones metodológicas para el diseño de cuestionarios*. Editorial Limusa.
- Cordón Aguilar, J. (2012). *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*. San Sebastián: Editorial Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Corte Suprema de Justicia. (2016). Importancia de la motivación de sentencia en la prueba indiciaria. Casación N°628-2015, Lima. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/01/Casaci%C3%B3n-628-2015-Lima-Legis.pe_.pdf
- Corte Suprema de Justicia. (2017). El delito de colusión y la prueba indiciaria. Recurso de Nulidad N°1722-2016-Santa. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/08/R.N.-1722-2016-Del-Santa-El-delito-de-colusion-y-la-prueba-indiciaria-Legis.pe_.pdf
- Corte Suprema de Justicia. (2005). Presupuestos materiales de la prueba indiciaria. Recurso de nulidad N.°1912-2005-Piura. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Recurso-de-Nulidad-1912-2005-Piura-LP.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. (2019). Colusión, prueba por indicios. Casación N°392-2019-Ancash. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/810f688040f4c285a209bf2cc2f7ec>

15/CAS+392-

2019.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=810f688040f4c285a209bf2cc2f7ec15

Corte Suprema de Justicia. (2019). Estructura típica del delito de colusión. Casación N°52-2017-Lambayeque. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Casaci%C3%B3n-542-2017-Lambayeque-Legis.pe_.pdf

Corte Suprema de Justicia. (2019). Naturaleza jurídica del delito de colusión. Casación. N°9-2018, Junín. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Casacion-9-2018-Junin-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR3wyJMwG6tm0PsMqN5g3Jc62ailXXumgBpa8ZpJa-E9XyMmKNTIj7xr6s4

Crespo, Barquero, P. (1999). Delitos contra la Administración Pública en Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia). Granada: Editorial Comares.

Decreto Legislativo N.º957. (2006). Código Procesal Penal peruano. [https://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGO PROCESALPENAL.pdf](https://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGO_PROCESALPENAL.pdf)

Defensoría del Pueblo (2014). *El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín*. Informe defensorial N°168. Biblioteca ENC. <http://biblioteca.enc.edu.pe/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=380>

Echandia Davis, H. (2006). *Teoría general de la prueba judicial*. Editorial Temis.

García Caveró, P y Castillo Alva, J. (2008). El delito de colusión. Lima: Editorial Grijley

García Caveró, P. (2010). La prueba por indicios. Lima: Editorial Reforma.

Hernández, R., Fernández, C., y Baptista. (2014). *Metodología de la investigación*. Santa Fe, Colombia: Interamericana Editores.

Lasteros Tristán, M. (2017). *Acreditación de la concertación en el delito de colusión y la dificultad para construir la imputación necesaria*. [Tesis de grado,

Universidad Nacional del Altiplano-Puno].
<http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/6143>

Mejía, M, E. (2005). *Técnicas e instrumentos de investigación*.
<http://online.aliat.edu.mx/adistancia/InvCuantitativa/LecturasU6/tecnicas.pdf>

Otzen, T., y Manterola, C. (2017). Técnicas de Muestreo sobre una Población a Estudio. *International journal of morphology*, 35(1), 227-232.

Pariona Arana, R. *El delito de colusión*. Editorial del Instituto Pacífico.

Parra Quijano, J. (2013). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Editorial del profesional.

Picó Junoy, J. (1997). *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Pisfil, D. (2014). La prueba indiciaria su relevancia en el proceso penal. (Pontificia Universidad Católica del Perú. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, (5)1, 119-147.

Púlido, P. M. (2015). Ceremonial y protocolo: métodos y técnicas de investigación científica. *Opción* (31) 1, 1137-1156.

Ramiro Salinas, S. (2018). El delito de colusión en el sistema penal peruano. *Jurídica*. <https://n9.cl/bq8h8>

Cusi Rimache, E. (2019). Patologías de la prueba indiciaria en el delito contra la administración pública: delito de colusión. *Lex: revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 17(23), 101-120.

Rojas Vargas, F. (2002). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley

Saavedra Azabache, Doris. (2019). *La incorporación de la prueba indiciaria por el fiscal en el delito de colusión en el distrito judicial de Lambayeque*. [Tesis de maestría, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo].
<https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/8116>

Salinas Siccha, R. (2007). *Derecho Penal: parte especial*. Lima: Editorial Grijley.

Serra Domínguez (1969). *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Editorial Ariel.

Taruffo, Michele. (2008). La prueba. Madrid: Editorial Marcial Pons

Vasilachis, D. G. (1998). *Métodos cualitativos. Los problemas teórico-epistemológicos*. Buenos Aires, Argentina: Centro Editor de América Latina.

Vidaurri Aréchiga, M. (2019). Consideraciones en torno a la prueba indiciaria. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (149). 73-104.

ANEXOS

Anexo – 1
Cuestionario aplicado

**APLICACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA PARA ACREDITAR LA
CONCERTACIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN**

Nombre: _____

El presente cuestionario tiene por objetivo recoger su experiencia respecto de la aplicación de la prueba indiciaria para la acreditación de la concertación en el delito de colusión. Agradecemos se sirva responder con claridad las siguientes preguntas marcando la opción de su elección:

1. ¿Qué apreciación tiene usted acerca de la aplicación de la prueba indiciaria para la acreditación de la concertación en el delito de colusión?

Positiva

Negativa

2. ¿Cuál cree usted que es la forma más habitual de probar la concertación en el delito de colusión?

La prueba indiciaria

La prueba directa

3. ¿Considera usted que la prueba por indicios cumple un papel importante en la acreditación del acuerdo colusorio entre el funcionario y el privado interesado?

Si, considero

No considero

4. ¿Considera usted que existen indicios habituales utilizados por los funcionarios y privados coludidos que la Corte Suprema ya tiene identificados?

Si, considero

No considero

5. ¿Considera que la Corte Suprema ha desarrollado tipologías indiciarias que pueden aplicarse según cada modalidad de concertación presentada?

Si, considero

No considero

Muchas gracias por su participación.

ANEXO - II
Matriz de consistencia

TÍTULO: APLICACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA PARA ACREDITAR LA CONCERTACIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN					
PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DISEÑO	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p>¿De qué manera la aplicación de la prueba indiciaria puede acreditar la concertación en el delito de colusión?</p>	<p>Objetivo general Analizar si a través de la prueba indiciaria se puede probar la concertación en el delito de colusión.</p> <p>Objetivos específicos</p> <p>-Determinar la importancia de la prueba indiciaria para la acreditación del acuerdo colusorio en el marco normativo nacional vigente.</p> <p>-Analizar la aplicación de la prueba indiciaria en la jurisprudencia de la Corte Suprema referida al delito de colusión durante los años xx al 2021.</p> <p>-Identificar las diferentes tipologías de indicios utilizados por la Corte Suprema para la acreditación de la concertación en el delito de colusión.</p>	<p>Hipótesis</p> <p>DADO QUE la fiscalía atraviesa serias dificultades para probar la concertación del delito de colusión debido a su carácter subrepticio, con la aplicación de la prueba por indicios se puede llegar a acreditar la concertación y con ello se refuerce el sistema jurídico-penal.</p>	<p>V1:</p> <p>-Aplicación de la prueba indiciaria</p> <p>V2</p> <p>Concertación en el delito de colusión.</p>	<p>Por el tipo: básica</p> <p>Por el nivel: explicativa</p>	<p>Técnicas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La observación documentaria. • La encuesta <p>Instrumento:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La ficha de observación documentaria • El cuestionario

ANEXO - III

Lista de sentencias analizadas

Recurso Casación N°241-2019/Ancash, del 19 de mayo del 2021

Enlace:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1eed6b0043cbbcd186d3876745cba5c4/241-2019.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1eed6b0043cbbcd186d3876745cba5c4>

Recurso Casación N°392-2019 Áncash, del 30 de noviembre de 2020

Enlace:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/810f688040f4c285a209bf2cc2f7ec15/CAS+392-2019.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=810f688040f4c285a209bf2cc2f7ec15>

Corte Superior de Justicia de Huaura, Sentencia de la Sala Penal de Apelaciones recaída en el expediente N°3631-2016-96-1308-JR-PE-01, del 16 de julio del 2019

Enlace: https://csjhuaura.gob.pe/admin/upload/resoluciones_juzgados/EXP.-3661-2016-CONFIRMA-SENTENCIA-ABSOLUTORIA-COLUSION-SIMPLE06-01-2020-10-01-46.pdf

Recurso de Nulidad N°2056-2018/Huánuco, del 30 de abril de 2019

Enlace: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/02/RN-2056-2018-Huanuco-LP.pdf>

Recurso de Nulidad N°1722-2016 del Santa, del 23 de enero del 2017

Enlace: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/08/R.N.-1722-2016-Del-Santa-El-delito-de-colusion-y-la-prueba-indiciaria-Legis.pe_.pdf

Recurso de Nulidad N°1842-2016-Lima, del 6 de julio de 2017

Enlace: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/10/Legis.pe-R.N.-1842-2016-Lima-Corte-Suprema-confirma-sentencia-cinco-anos-prision-Alex-Kouri.pdf>

Recurso de nulidad N°1126-2017, del 05 de septiembre de 2017

Enlace: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/09/R.N.1126-2017-Ancash-Legis.pe_.pdf

Recurso de Nulidad N°1527-2016 del Santa, del cinco de diciembre del 2016

Enlace: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/05/R.N.-1527-2016-Del-Santa-Acto-colusorio-entre-funcionario-y-particular-interesado-puede-manifestarse-en-cualquier-fase-de-la-contrataci%C3%B3n-p%C3%BAblica.pdf>

Anexo - IV

Ficha de análisis documentario

Tipo de Proceso	Sujetos Procesales	Descripción del caso	Tipología de indicios identificados
.	<u>Funcionario(os):</u> <u>Extraneus:</u> <u>Agraviada:</u>		.
Interpretación:			