

EL RAZONAMIENTO PROBATORIO EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN

Por: Luciano Edgar Jacha Valderrama

RESUMEN: Para atribuir una responsabilidad penal a una persona procesada por el delito de colusión, la fiscalía deberá probar más allá de toda duda razonable, con medios de prueba autosuficientes que demuestren un alto grado de fiabilidad y corroboración; de no ser así, el juez está obligado absolver al acusado por insuficiencia probatoria.

PALABRA CLAVE: Razonamiento probatorio, carga de prueba, estándar de prueba, verdad procesal, delito de colusión, derecho procesal penal.

SUMMARY: To attribute criminal responsibility to a person that is processed by the crime of collusion, the prosecution must prove beyond reasonable doubt, with self-sufficient means of proof that demonstrate a high degree of reliability and corroboration, If not, the judge is obliged to acquit the accused for evidentiary insufficiency.

KEYWORD: Evidential reasoning, burden of proof, standard of proof, procedural truth, crime of collusion, criminal procedural law.

I. Introducción

La razón principal para presentar este artículo obedece a varias razones, primero por haber asumido varias defensas técnicas formales a favor de diferentes funcionarios y servidores públicos en diferentes causas penales por el delito de colusión, en mi experiencia como abogado defensor; frente a requerimientos fiscales irracionales, arbitrarios, ilógicos e insuficientes de sostener una imputación calara, precisa y circunstanciada; la segunda, tiene que ver con la constante investigación que vengo realizando en temas de corrupción de funcionarios como docente de diferentes universidades del país, actividad académica que vengo ejerciendo con mucho énfasis, pasión, perseverancia, responsabilidad y ética profesional; a razón de ello, he dedicado una parte importante de mi tiempo para trabajar en temas relacionado a los delitos contra la administración pública; en esta línea de ideas, no está de más recordar las palabras del maestro uruguayo Eduardo J. Couture¹, quien señala en su primer mandamiento del abogado: “estudia, sin el conocimiento del derecho es imposible comprender el drama de un caso penal”.

En virtud de lo anterior, el conocimiento del derecho, determina los hechos, pruebas y argumentos necesarios para ejercer una defensa eficaz, ya sea, activa positiva o pasiva negativa, ante una imputación penal, por el delito contra la administración pública en la modalidad de colusión, solo de esta manera se podrá llevar a cabo un proceso judicial con todas las garantías procesales establecidas en la ley, respetando el derecho de contradicción que

¹ COUTORE, Eduardo J. Los mandamientos del abogado. Quinta edición. Montevideo: revista de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la universidad de Montevideo. 1956. Pág. 45.

viene ser núcleo duro del derecho defensa, siendo el único camino para alcanzar un juicio justo, fuera de todo tipo de arbitrariedad judicial.

Comprobé que el conocimiento del derecho, la legislación, jurisprudencia y la doctrina (el principio de presunción de inocencia, la aplicación de las leyes penales más favorables para el imputado, el derecho probatorio, argumentación jurídica, las garantías procesales constitucionales y convencionales, etc.), son herramientas jurídicas que el abogado defensor necesita para asegurar una defensa cautiva y eficaz en un proceso penal.

En este sentido, el Estado, para satisfacer el bienestar social y la satisfacción de las diferentes necesidades hace uso de la contratación pública. La contratación pública tiene por finalidad la satisfacción del interés general y constituye una modalidad de administración y ejecución de los recursos públicos; por ello, se requiere que dicha actuación se desarrolle de forma ética, correcta, transparente y responsable.

Sin embargo, este procedimiento viene siendo afectada por la corrupción, muestra de ello, tenemos una serie de funcionarios y servidores públicos procesados por el delito de colusión, por haber omitido o alterado documentación con la finalidad de beneficiarse para sí o para favorecer a un tercero, ocasionándose un grave perjuicio para el Estado. Es frente a esta actividad criminal que se presenta el delito de colusión, figura delictiva que sanciona todo acto de concertación entre funcionario público y particular que busca afectar el patrimonio público, ilícito penal, que se encuentra tipificado en el artículo 384° del Código Penal². Este delito sanciona al funcionario o servidor público que, interviniendo en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública, concierta con uno o varios interesados para defraudar al Estado.

Siendo ello así, los jueces antes de resolver una causa, relacionados a actos de corruptela, están obligado a cumplir con el procedimiento probatorio en sus tres momentos: i) conformación del conjunto de elementos de juicio, basados en la calidad de la información probatoria; ii) valoración de la información del acervó probatorio; y iii) momento de la valoración probatoria; a efectos de realizar una correcta valoración de la prueba; lo cual desarrollaremos a lo largo del presente trabajo³.

II. El delito de colusión desde una mirada de la dogmática penal

El delito de colusión es uno de los delitos de infracción del deber, tanto por la calidad específica del sujeto activo (funcionario o servidor público), el bien jurídico protegido es (la administración pública), conforme a la propia conducta típica exigida por el artículo 384° del Código Penal. En este sentido, en los delitos de colusión son dos los bienes jurídicos protegidos tutelados, por un lado: **a)** la actuación conforme al deber que importe el cargo, y por el otro; **b)** asegurar la imagen institucional; esto no lleva a establecer, que para la configuración del delito de colusión, debe existir necesariamente, una vulneración real e inminente por parte del funcionario o servidor

² REATEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Editorial Jurista Editores. Pág. 355-405

³ Según información de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN), en el año 2013 se emitieron a nivel nacional 59613 sentencias condenatorias, de ellas 1548 personas fueron sentenciados por casos de corrupción (3%). De las personas condenadas por corrupción sólo el 3.7% obtuvieron sentencias condenatorias con penas privativas de la libertad (188 casos). Es decir que se aprecia del sistema penal un trato preferencias para personas condenadas por delitos que tienen penas muy elevadas como es el caso de la corrupción. De las personas reclusas en los penales por delitos de corrupción, 500 casos, tenemos que la colusión, a pesar de contar con penas graves, solo representa el 7% del total de casos (35 casos). Véase el Boletín del CAN N° 3, julio 2014. <http://can.pcm.gob.pe/category/boletin/>

público proveniente de una acción u omisión en la celebración de un contrato de un bien, servicio u obra, en la que interviene por razón de su cargo o encargo para formar parte del comité especial en el procedimiento de contratación pública⁴.

El delito de colusión es un delito propio cuya configuración típica se fundamenta en la competencia de un funcionario público que participa en un proceso de contratación estatal de obras, bienes y servicios o en cualquier otra operación a cargo del Estado, por lo que, para su configuración, no solo se requiere que el sujeto activo del delito tenga la condición de funcionario público para cometer a título de autor, no basta contar con la cualidad especial del agente para cometer el injusto penal, sino será necesario verificar si cuenta con una competencia normativa específica para intervenir en los procesos de contratación pública⁵.

La corte suprema ha destacado que el delito de colusión es un delito especial que exige la confabulación entre los funcionarios público y un *extraneus* para defraudar al Estado. En este orden de ideas, solo podrá ser autor del delito de colusión ilegal el funcionario que actúa por razón de su cargo, esto es, no puede ser autor del delito quien no es funcionario o quien siendo funcionario público carece de la competencia funcional para contratar; por lo que, no basta que el agente del delito tenga la condición de funcionario público para que se cumpla con la exigencia del tipo penal, sino que además, es necesario que el funcionario reúna la condición y cualidad específica para participar en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, servicios, obras, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado⁶.

En los delitos de colusión debe acreditarse que el imputado no solo tiene la condición de funcionario público, sino que también ha intervenido en un acto jurídico en representación del Estado y tiene competencia para intervenir en cualquier fase o etapa del proceso de contratación pública. La exigencia vinculatoria del tipo penal con los procesos de adjudicación o licitaciones que originan los actos de colusorios no está dada para quienes gozan de tales cualidades especiales, sino también para aquellos que intervengan en dicho proceso selectivo, en cualquiera de sus etapas, por razón de su cargo⁷.

En sendas jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado, que el delito de colusión es un tipo especial propio que requiere que el sujeto activo del delito tenga una doble calificación: a) la condición de funcionario o servidor público; y b) que intervenga con facultades especial de decisión en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, sea por razón de su cargo o comisión especial.

En este orden de ideas, en los delitos contra la administración pública por tratarse de delitos especiales solo lo cometen los funcionarios o servidores públicos quienes jerárquica y disciplinariamente se hallan integrados a un organismo o entidad pública como consecuencia de la infracción al deber se lesione el patrimonio del Estado⁸.

En cuanto al delito de colusión simple, se verifica este comportamiento delictivo cuando el agente en su condición o razón de su cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente, en cualquier de las etapas de las modalidades de contrataciones públicas de

⁴ CASTILLA ALVA, JOSE LUIS. El Delito de Colusión. Editorial Pacífico. Pág.354-532.

⁵ HUAMAN MARTINEZ, Raúl Ernesto. El Bien Jurídico Penalmente Protegido en el Delito de Colusión. Revista Jurídica de la Universidad de Malaga. Málaga. España. Pág. 02-25

⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Lima. 2000. Pág. 227-281

⁷ ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los contra la Administración Publica en el Código Penal Peruano. Lima. 2001. Pág. 225

⁸ GARCIA CAVERO/CASTILLO ALVA. El Delito de Colusión. Lima. Pág. 96-120

obras o adquirentes de bienes, servicios o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado⁹.

En los delitos de colusión agravada, el hecho punible se configura cuando el agente en su condición y razón de su cargo de funcionario y/o servidor público, interviene directa e indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, mediante concertación con los interesados, con el objeto de defraudar patrimonialmente al Estado, esto es, tanto el *intraneus* y *extraneus* tienen la intención de causar perjuicio efectivo al patrimonio estatal.

Debe tenerse presente, que en el delito de colusión simple, siempre será el verbo rector el término “concertar”, mientras que en el delito de colusión agravada tiene como verbo rector la expresión “fraude”, aspectos que sin duda deben tomarse en cuenta para analizar dogmáticamente de cada figura delictiva.

Como en todos los delitos que son objetos de análisis en este trabajo de investigación, el bien jurídico genérico es el normal y correcto funcionamiento de la administración pública, que resulta manifiestamente material del Estado. En tanto que el bien jurídico protegido específico o particular es la regularidad, el perjuicio y los intereses particulares de la administración pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos.

En las dos modalidades del tipo penal antes descrito, nos encontramos ante un delito de infracción del deber, en el cual, el sujeto activo o agente del delito, aparte tener una condición especial de funcionario o servidor público, debe tener dentro de sus atribuciones funcionales de participar en cualquier etapas de las modalidades de contratación y adquisiciones públicas de bienes, servicios, obras o concesiones o cualquier operación a cargo del Estado; aunado a ello, en este punto, es importante señalar que en estos tipos de delitos especiales se requiere la participación necesaria de un particular para la configuración del tipo penal, un tercero interesado no solo puede participar como instigador, sino también cuando acepta la concertación propuesto por el autor; asimismo, se advierte que tanto en la colusión simple como agravada no se admite tentativa.

Por otro lado, el sujeto pasivo del delito siempre será cualquier entidad u organismo del Estado; sin perjuicio, que los particulares de modo alguno pueden resultar siendo sujetos pasivos del delito de colusión. En síntesis, tanto el delito de colusión simple como la agravada son inminentemente de comisión dolosa, en razón que el sujeto activo actúan con conocimiento y voluntad concertándose con un particular para defraudar la confianza que el Estado le ha depositado.

Como se puede apreciar, del contenido del primer párrafo del artículo 384° del Código Penal, se aprecia que la colusión simple se consume o verifica cuando el agente concierta, participa en acuerdos clandestinos o acuerdos colusorios con terceros interesados con el propósito o finalidad de defraudar el patrimonio del Estado; siendo que para su consumación no es necesario que la defraudación efectiva al patrimonio estatal se verifique, solo bastara que evidencie el acuerdo o pacto colusorio; en cambio en la colusión agravada se consume cuando el agente perjudica o defrauda de modo evidente el patrimonio del tercero.

III. Problemas que se presentan al momento de enfrentar un caso de delito de colusión

⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Grijley. Lima. Pág. 263

Dicho esto líneas arriba, ahora es menester entrar a analizar cuestiones previas necesarias e indispensables a efectos de verificar si amerita o no discutir si estamos ante un delito de infracción del deber; para ello, no solo será importante ubicar en qué fase o etapa del procedimiento de contratación pública, se cometió el delito de colusión, esto es, si se materializó, en la etapa de actos preparatorios, proceso de selección o en la fase de ejecución del contrato, sino también, verificar el grado de interés con la actuó el sujeto activo del delito, para perjudicar a la entidad pública; recién teniendo claro, como, donde, en qué lugar y cuando se configuro el delito, recién como abogados de la parte imputada, podremos elaborar un plan estratégico de acción litigiosa, para saber cómo y de qué forma atacaremos el conflicto.¹⁰

El proceso de contratación cuenta con tres fases: planificación y actuaciones preparatorias; etapa selectiva; y ejecución contractual; el conocimiento de cada una de estas etapas es de vital importancia para todo funcionario, servidor o proveedor, sobre para el persecutor de acción penal. En el caso hipotético que estamos ante un proceso de contratación y hemos advertido una irregularidad; por ejemplo, que el documento que acredita la experiencia indispensable para el otorgamiento de la buena pro es falso, o el representante de la empresa a ajustado una declaración jurada falsa, sabiendo que está impedido contratar con el Estado, por tener algún vínculo de consanguinidad o afinidad con el funcionario o servidor de una entidad pública. Si queremos “investigar” este hecho, es preciso saber en qué etapa de la contratación se cometió el delito, puesto que, la estrategia de investigación del delito en la etapa selectiva será distinto a la etapa de ejecución.¹¹

En la fase de planificación y actuaciones preparatorias, la entidad prepara a sus órganos internos para llevar a cabo el proceso de contratación: elabora programas dependiendo del objeto de contratación, designa al órgano que se encargará del proceso, aprueba las bases, etc.

Esta etapa se puede dividir en dos sub- etapas: i) planificación de las contrataciones; que consiste en definir todos los detalles de los servicios que van necesitar; ii) actuaciones preparatorias, que viene ser la aprobación del plan anual de contrataciones, el área usuaria solicita, en el tiempo previsto, para que se inicie la contratación; inmediatamente, el órgano encargado de las contrataciones se asegura de consolidar y hacer aprobar el expediente de contratación, para lo cual debe garantizar que cumpla con los siguientes requisitos: a) El requerimiento; b) El estudio de mercado; c) El resumen ejecutivo de las actuaciones preparatorias; d) El valor Referencial; e) la certificación de crédito presupuestario; f) La determinación del procedimiento de selección. Cumplido estos requisitos, se designa al comité de selección y se prepara los documentos del procedimiento de selección (bases, solicitud de expresión, solicitud de cotización). Debemos tener presente, que estos documentos se elaboran sobre la base de los documentos estándar establecidos por OSCE.¹²

En la etapa de selección, la entidad elige, sobre la base de criterios definidos en las diversas normas, que el postor se encargará de suministrar el bien, prestar el servicio o ejecutar la obra, que deberá servir como insumo para la producción de un servicio público.

El procedimiento que sigue la entidad cuenta con las siguientes sub-etapas: 1) La convocatoria, la entidad difunde, por medio del SEACE, el procedimiento de selección que se encuentra próximo a iniciar. La convocatoria debe incluir la información mínima prevista en el artículo 33°

¹⁰ REAP MONTES, Luis Miguel. Perspectivas en la implementación de las compras públicas sostenibles en el Perú. 2017. Pág. 45

¹¹ PÉREZ GÓMEZ, Diego Armando. La contratación pública a través de la subasta inversa un estudio de revisión en Colombia, Perú y Ecuador. 2016. Pág. 79-81.

¹² VERGARA, Ana Teresa Revilla. La transparencia en la ley de contrataciones del Estado. Derecho PUCP, 2011, no 66, p. 195-221.

del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; 2) Registro de participantes, todo proveedor, que cuente con inscripción vigente en el RNP y no se encuentre impedido o inhabilitado para contratar, puede inscribirse para participar en el procedimiento; 3) La presentación de consultas y observaciones, en esta etapa cualquiera de los participantes puede formular alguna consulta o presentar alguna observación. La consulta se diferencia de la observación en que la primera es un pedido de esclarecimiento sobre algún aspecto poco claro establecidas en las bases; en cambio, la segunda es un cuestionamiento sobre algún aspecto, que a criterio del participante, vulnera o contraria alguna norma de contrataciones o administrativa; 4) La absolución e integración de bases, la entidad u OSCE, son las encargadas de absolver las consultas y observaciones, una vez realizadas, estas aclaraciones deben ser incluidas obligatoriamente a las bases. 5) Presentación de ofertas, en esta etapa los participantes dan conocer su propuesta económica y técnica a la Entidad. La presentación se realiza en acto público y con la presencia de un notario; 6) La evaluación y calificación de las propuestas, en esta etapa la entidad verifica cuál de todas las ofertas presentadas cumple de mejor manera los factores de evaluación y requisitos de calificación previstos en los documentos del procedimiento de selección. Sobre la base de la asignación de puntajes, identifica a la mejor propuesta y le otorga la buena pro, con el otorgamiento de la buena pro acaba el procedimiento de selección.¹³

La etapa de ejecución contractual, viene ser la suscripción del contrato le sigue la ejecución de las prestaciones. Estas deben iniciar al día siguiente de la suscripción del contrato, desde la fecha que se establezca en el contrato o desde la fecha en la que se cumplan las condiciones previstas en el contrato.

Luego haber ilustrado de manera sintetizada las fases de la contratación pública y haber desarrollado su importancia desde la óptica de la metodología de investigación del delito, hemos llegado a un consenso, que no solo es imprescindible conocer la dogmática penal en los delitos especiales, sino que es transcendental conocer la rama de la gestión pública, los procedimientos anteriores y posteriores de la contratación pública con el Estado.

En esta línea de ideas, los delitos contra la administración pública sin duda son delitos graves que atentan contra la imagen y desarrollo institucional de toda entidad pública, por ello, el representante de la persecución penal, cuando se encuentre frente a una investigación de corrupción de funcionarios, y en específico ante un delito de colusión, lo primero que debe hacer es ubicar en qué fase del procedimiento de contratación pública se cometió el delito, para que durante el desarrollo de las diligencias preliminares no pierda tiempo realizando actos de investigación innecesarios y arbitrarios que menoscaban la presunción de inocencia de los sujetos investigados.¹⁴

IV. La carga de la prueba en los delitos de colusión

Conforme al artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en concordancia con el inciso 2) del artículo 61° del mismo cuerpo normativo, el Ministerio Público, es el titular de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de prueba, debiendo actuar con

¹³ CAMPOS MEDINA, Alexander; HINOSTROZA SOBREVILLA, Luis Martin. El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir. 2008.

¹⁴ OLIVERA, Elisa Zambrano. Algunos apuntes sobre la Fase de Actos Preparatorios en las Contrataciones del Estado. Revista de Derecho Administrativo, 2009, no 7, p. 155-163.

objetividad, indagando no solo los hechos constitutivos del delito, sino también los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia.¹⁵

En este orden de ideas, el representante del ministerio público está obligado a construir un relato de los hechos para cada caso en concreto en la que intervenga, desarrolle su actividad investigativa de acuerdo a la metodología de la investigación del delito, tendiente a la comprobación de su hipótesis de trabajo para explicar lo sucedido, además debe probarlo más allá de toda razonable¹⁶.

La carga de la prueba en el proceso penal lo tiene el fiscal, quien tiene la obligación constitucional de producir la prueba, esta actividad probatoria está conformado por las pruebas aportadas por la parte imputada, las pruebas recabadas por la fiscalía, y pruebas que obran en el expediente.¹⁷

Sin embargo, es importante mencionar, en este extremo, que en todo proceso, las partes tienen un deber que es colaborar con la administración de justicia, aportando todo tipo de elementos de juicio que sean requeridos y contengan una relevancia jurídica trascendental para el proceso, con la finalidad de buscar la verdad procesal.¹⁸

En este sentido, el fiscal cuando este frente a una investigación del delito colusión, tiene que actuar de acuerdo a los parámetros establecidos en la constitución, tratados internacionales y el código procesal penal, es decir, actuara objetivamente recabando los elementos de convicción (prueba pre constituida), asegurando los indicios, evidencias de la comisión del delito e individualizando a los funcionarios o servidores públicos que hayan participado en el acto colusorio, luego de recabar, la documentación pertinente tanto del ente público afectado como de la OSCE, recién ahí, estará en la capacidad de analizar en qué fase de contratación pública se evidencia alguna anomalía del cauce de la suscripción del acto jurídico, para determinar la comisión del delito.¹⁹

El principio de objetividad, determina muchas veces el resultado de trabajo de un fiscal, en el sentido, que los delitos de colusión son cometidos por delincuentes de **“cuello blanco”**, por lo que, la investigación se vuelve compleja, esto significa, que el persecutor del delito no solo debe revisar cautelosamente toda la documentación a efectos de identificar un forado o vacío legal, que le sirva de indicio para proseguir con la persecución penal, sino también revisar el manual de organizaciones funciones y reglamento de organizaciones funciones, resoluciones ministeriales, directorales, de alcaldía, leyes orgánicas, entre otros, es ahí, donde muchas veces se encuentran las respuestas y a veces es la base legal que amparan a los funcionarios y servidores públicos para suscribir un acto jurídico en nombre de la entidad estatal con un tercero, con la cual, la conducta se vuelve atípica y antijurídica.²⁰

V. Práctica y valoración de prueba en los delitos de colusión

¹⁵ ARTÍCULO IV DEL TÍTULO PRELIMINAR del Código Procesal Penal, en concordancia con el inciso 2) del artículo 61º del mismo cuerpo normativo, obligaciones del Ministerio Público.

¹⁶ LANDA ARROYO, César. Bases Constitucionales del nuevo código procesal penal peruano. 2006.

¹⁷ NEYRA FLORES, José Antonio. Garantías en el nuevo proceso penal peruano. Revista de la Maestría en Derecho Procesal, 2010, vol. 4, No 1.

¹⁸ RIOS VILLAVIENCIO, Sissi Frezia. Apuntes sobre la celeridad procesal en el nuevo modelo procesal penal peruano. Derecho PUCP, 2010, vol. 65, p. 93.

¹⁹ SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho procesal penal lecciones. Instituto peruano de criminología y ciencias penales INPECCP. Lima. 2015. Pág. 202/214.

²⁰ BETETA, Christian Salas. La eficacia del proceso penal acusatorio en el Perú. Prolegómenos. Derechos y Valores, 2011, vol. 14, no 28, p. 263-275.

En este orden ideas, es necesario desarrollar las cuestiones probatorias desde el punto de vista de la teoría general de la prueba desde una dimensión epistemológica que nos llevara a preguntarnos, para qué queremos la prueba en el proceso penal, teniendo en consideración que el objeto de la prueba es y no puede ser el descubrimiento de la verdad material, dado que los hechos que se prueban en el proceso penal, pueden ser falsos o verdaderos; siendo ello así, para que sea considerado un juicio justo, en todo procedimiento probatorio se tendrá en cuenta en tres fases y momentos distintos: a) conformación de elementos juicio, basados en información fidedigna, en este punto se propondrá el medio de prueba, se realizara un examen de admisibilidad del medio de prueba, consecuentemente, se practicara la prueba; b) valoración del grado de fiabilidad del conjunto de prueba, que está conformado, por el grado de corroboración de la prueba, calidad de la información, necesidad de graduar la información para determinar los grados de probabilidades, se verificara si es, poco probable, menos probable, o tiene un alto grado de probabilidad, con cada uno de los elementos de tela de juicio, de esta manera se llegara al momento de la decisión, para evaluar los márgenes de errores falso negativo y verdadero positivo, y consecuentemente se justificara cuáles son las buenas razones probatorias; y c) momento de la decisión de la información, en esta fase, el operador jurídico, distribuirá el riesgo de error, evaluará los márgenes de error, y analizará si hay prueba suficiente; si se determina que no concurre todos los presupuestos antes descritos, el juez no tendrá otro camino que absolver al acusado por insuficiencia probatoria.²¹

En síntesis podremos decir, que el estándar de prueba es probabilístico, toda vez, que permite establecer cuando estamos ante a una prueba suficiente o acabada, sin estándar de prueba no hay forma de aplicar otras reglas como las cargas de pruebas o las presunciones, entonces diremos, un hecho estará probado cuando el juez se convence o está convencido que una prueba puede probar una premisa fáctica.

Los estándares de prueba se fijan a partir de criterios metodológicos (de la capacidad justificativa del acervo probatorio) y criterios políticos que permite medir la gravedad de error de la carga falsa (aconseja la aplicación de distintos estándares de prueba en el proceso penal); estos criterios, se fundamentan, en razón que en los procesos penales siempre se requerirá un alto estándar de prueba, por estar en peligro un bien jurídico constitucionalmente protegido, como es la libertad personal.²²

Por lo que, en proceso penal, para condenar a una persona, debe existir un peso probatorio, que tiene que ver con el grado de completitud de la prueba, es decir, que sea rica en actividad probatoria, por no decirlo, debe tratarse de prueba completa.

Si esto es así, en este punto cabría preguntarse, ¿cómo se prueba el delito de colusión?, dado cada delito del tipo penal, exige una forma especial, como tiene que probarse, porque no se puede pretender probar con los mismos medios de prueba un delito de negación incompatible con un delitos de colusión, siendo ello así, solo se podrá acreditar el delito colusión cuando se haya descubierto que el sujeto activo del delito (funcionario o servidor público), participo de manera directa o indirectamente en uso de sus facultades en la celebración de un acto jurídico en representación del Estado; asimismo, tiene que probarse acto colusorio con el particular, teniendo en consideración que los delito de colusión necesariamente se requieren para su configuración una participación necesaria de un extraneus; además de ello, se tendrá que probar con prueba plena en qué fase del procedimiento de contratación pública se cometió el delito; y finalmente, cual el perjuicio patrimonial generado al Estado, que ha ocasionado con la conducta desleal de funcionario o servidor público; realizado esta operación probatoria, recién ameritara

²¹ TARUFFO, Michele; BELTRÁN, Jordi Ferrer. La prueba de los hechos. Madrid: Trotta, 2002.

²² TARUFFO, Michele. La prueba. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.

trazar como abogado defensores cual será las reglas para la preparación de nuestra teoría del caso de la defensa, exigencia que graduado según el estadio procesal que asumamos el caso.²³

VI. Lagunas probatorias en los delitos de colusión

En este orden de ideas, una anomalía o llamémoslo negligencia o imprudencia que muchas veces se observa en juicio es cuando el fiscal quiere probar un delito de colusión con prueba indiciaria y postula su pretensión punitiva, sin haber recabados elementos de convicción claves para reforzar su teoría del caso, como testimoniales, inspecciones fiscales *insitu*, lo peor, de todo, es que sabe quién porta la información y no recaba su declaración, tiene conocimiento donde está la información y omite practicarlo e introducir al juicio, a esos vacíos probatorios, la teoría general de la prueba lo llamado lagunas probatorias.²⁴

Las lagunas probatorias vienen a ser la inexistencia de prueba al proceso para corroborar una hipótesis, es decir, no se encuentra una prueba relevante para el juicio; por ello, para realizar una adecuada valoración de la prueba, no solo debe poner atención en las pruebas que esta, sino en las pruebas que no está.²⁵

Siguiendo esta misma línea de ideas, no es lo mismo hablar, de inexactitud probatoria, que vacío probatoria o prueba incompleta, por lo que, ennoblece desarrollarlo, prueba inexacta es un vicio de suposición falsa, no solamente se produce cuando el fiscal afirma o establece un hecho que resulta falso, en relación con otras actas u otros elementos de juicio que obran en el expediente, sino que este puede producirse también cuando la afirmación falsa se refiere a una parte del documento, cuyo análisis se hace en forma inexacta, en relación con otra parte del mismo documento que se analizó.²⁶ Es decir, no es necesario buscar el error en la confrontación o comparación de unas pruebas con otras, sino que el vicio de suposición falsa puede detectarse al analizar la prueba misma o el acta que denuncia la infracción; mientras el vacío probatorio seda cuando se trata de probar hechos en contra de un investigado, existiendo dudas respecto a las pruebas, o existe algún vacío probatorio²⁷, se debe resolver a favor al imputado; finalmente la prueba incompleta, es cuando, una prueba es inútil, porque no solo está incompleta, sino que también es una prueba que será interpretada como una prueba fallida o prueba complementa menté ineficaz que no confirma ninguna proposición fáctica.²⁸

VII. La jurisprudencia relevante en los delitos de colusión

La importancia de la jurisprudencia como fuente del derecho, es trascendental en la evolución del derecho, sobre todo en el sistema penal, es sus diferentes vertientes, como es el caso del derecho procesal penal, conforme a continuación pasaremos desarrollar:

La Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 1562-2011-APURIMAC, al realizar un análisis de valoración probatoria, ha llegado a la conclusión que; (...) no se ha demostrado fehacientemente la concertación de los procesados ni la defraudación económica a los intereses del Estado; imputación que no ha sido debidamente comprobada y acreditada por el titular de la acción penal -Ministerio Público-, aunándose a ello se tiene la negativa categórica de los procesados.²⁹

²³ ECHANDÍA, Hernando Devis. Teoría general de la prueba judicial. Temis, 2002.

²⁴ CARNELUTTI, Francesco; AUGENTI, Giacomo Primi. La prueba civil. Buenos Aires: Depalma, 1982.

²⁵ FENOLL, Jordi Nieva. La duda en el proceso penal. Marcial Pons, 2013.

²⁶ ÁVILA, Rodrigo Vargas. Concepciones de la prueba judicial. Prolegómenos. Derechos y Valores, 2011, vol. 14, No 28, Pág. 135-148.

²⁷ VÁSQUEZ, Carmen. De la prueba científica a la prueba pericial. 2015.

²⁸ TARUFFO, Michele. Neurociencia y proceso judicial. Marcial Pons, 2013.

²⁹ Recurso de Nulidad N° 1562-2011-Apurimac.

“Que, en tal sentido, la doctrina procesal objetivamente ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el Juzgador haya llegado a la certeza respecto de la responsabilidad penal del encausado, la cual sólo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita sentar en él convicción de culpabilidad; toda vez que, sólo así es posible revertir el estatus de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso; ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantía procesales y de la cual pueda deducirse la culpabilidad del procesado puesto que, los imputados gozan de una presunción de inocencia iuris tantum; por tanto, en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada; extremo; que no ha sucedido en autos, sino que existe una duda razonable sobre la responsabilidad de los procesados, toda vez que, no se ha demostrado fehacientemente la concertación de los procesados ni la defraudación económica a los intereses del Estado; imputación que no ha sido debidamente comprobada y acreditada por el titular de la acción penal -Ministerio Público-, quien tiene a su cargo la carga de la prueba, aunándose a ello la negativa categórica de los procesados en la comisión de los hechos denunciados”.

Recurso de Nulidad N° 3596-2014 – SAN MARTIN, fundamento jurídico 3 (...) no existe en autos medios de prueba suficientes que desvirtúen válidamente la presunción de inocencia que le asiste todo procesado.³⁰

“El juez no es testigo directo de los hechos, solo a través de prueba válidamente actuada puede tomar conocimiento de lo sucedido y generarse convicción sobre la responsabilidad penal del acusado, la que debe ser construida por una actuación probatoria suficiente, sin la cual, no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que favorece a todo ciudadano, conforme a la garantía prevista por el literal e. del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución Política del Estado.”

El Acuerdo Plenario N° 002-2005/CJ-116, establece la libre apreciación razonada de la prueba, reconoce al juez la potestad de otorgar el mismo valor correspondiente a las pruebas, sin las directivas legales que la predeterminen, pero siempre bajo exigencias de razonabilidad, a fin de asegurar la vigencia de las garantías de un proceso constitucional configurado. Así, tratase de la declaración de un testigo ha de verificarse, además de un relato coherente y sólido, la ausencia de la credibilidad subjetiva en la incriminación, que incidir en la deposición, y por ende, niegue aptitud para generar certeza.³¹

La Casación N.° 628-2015-LIMA ³²señala que en materia de prueba indiciaria, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por válida es preciso: 1) que los hechos indicadores o hechos-base sean varios y viertan sobre el hecho objeto de imputación o nuclear deben estar, por lo demás, interrelacionados y ser convergentes: deben reforzarse entre sí y ser periféricos o concomitantes con el hecho a probar; 2) que los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados.

Finamente en la Casación N.° 661-2016- PIURA³³ de fecha once julio de dos mil diecisiete, se ha precisado “La participación de un tercero en un delito de infracción de deber depende, fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica. Siendo este el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes, de un lado, la intervención del funcionario público con deberes

³⁰ Recurso de Nulidad N° 3596-2014 – San Martin.

³¹ Acuerdo Plenario N° 002-2005/CJ-116.

³² Casación N.° 628-2015-Lima.

³³ Casación N.° 661-2016- Piura.

funcionales; y, de otro lado, la participación del interesado (*extraneus*: sujetos sin deberes especiales), para el perfeccionamiento del delito; un ejemplo claro de lo citado es el delito de colusión, pues es un delito de participación necesaria”.

VIII. Conclusiones

1. Las exigencias para postular a una acusación, por el delito de colusión, deben estar fundados en suficientes elementos de juicio, que se fundamenten en alto grado de fiabilidad que rebase más allá de toda razonable.
2. El investigador (fiscal) cuando este frente a un tipo especial como es delito de colusión, debe tener claro que no es lo mismo investigar un delito de cuello, que un delito común, cuando entienda esto, recién podrá aplicar adecuadamente la metodología de la investigación del delito, para probar su teoría del caso.
3. El razonamiento probatorio tiene como finalidad controlar las interpretaciones normativas, la calidad de prueba producida y que premisa se pretende probar, siendo una herramienta de carácter probabilístico.
4. El estándar de prueba es una regla que permite establecer cuando estamos ante una prueba suficiente, para negar o acreditar una proposición fáctica.

IX. Fuente Bibliográfica

- COUTORE, Eduardo J. Los mandamientos del abogado. Quinta edición. Montevideo: revista de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la universidad de Montevideo. 1956. Pág. 45.
- REATEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Editorial Jurista Editores. Pág. 355-405.
- CASTILLA ALVA, JOSE LUIS. EL Delito de Colusión. Editorial Pacifico. Pág.354-532.
- HUAMAN MARTINEZ, Raúl Ernesto. El Bien Jurídico Penalmente Protegido en el Delito de Colusión. Revista Jurídica de la Universidad de Malaga. Málaga. España. Pág. 02-25
- ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Lima. 2000. Pág. 227-281
- ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los contra la Administración Publica en el Código Penal Peruano. Lima. 2001. Pág. 225
- GARCIA CAVERO/CASTILLO ALVA. El Delito de Colusión. Lima. Pág. 96-120
- SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Grijley. Lima. Pág. 263.
- REAP MONTES, Luis Miguel. Perspectivas en la implementación de las compras públicas sostenibles en el Perú. 2017. Pág. 45
- PÉREZ GÓMEZ, Diego Armando. La contratación pública a través de la subasta inversa un estudio de revisión en Colombia, Perú y Ecuador. 2016. Pág. 79-81.
- VERGARA, Ana Teresa Revilla. La transparencia en la ley de contrataciones del Estado. Derecho PUCP, 2011, no 66, p. 195-221.

- CAMPOS MEDINA, Alexander; HINOSTROZA SOBREVILLA, Luis Martin. El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir. 2008.
- OLIVERA, Elisa Zambrano. Algunos apuntes sobre la Fase de Actos Preparatorios en las Contrataciones del Estado. Revista de Derecho Administrativo, 2009, no 7, p. 155-163.
- ARTÍCULO IV DEL TÍTULO PRELIMINAR del Código Procesal Penal, en concordancia con el inciso 2) del artículo 61° del mismo cuerpo normativo, obligaciones del Ministerio Público.
- LANDA ARROYO, César. Bases Constitucionales del nuevo código procesal penal peruano. 2006.
- NEYRA FLORES, José Antonio. Garantías en el nuevo proceso penal peruano. Revista de la Maestría en Derecho Procesal, 2010, vol. 4, No 1.
- RIOS VILLAVIENCIO, Sissi Frezia. Apuntes sobre la celeridad procesal en el nuevo modelo procesal penal peruano. Derecho PUCP, 2010, vol. 65, p. 93.
- SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho procesal penal lecciones. Instituto peruano de criminología y ciencias penales INPECCP. Lima. 2015. Pág. 202/214.
- BETETA, Christian Salas. La eficacia del proceso penal acusatorio en el Perú. Prolegómenos. Derechos y Valores, 2011, vol. 14, no 28, p. 263-275.
- TARUFFO, Michele; BELTRÁN, Jordi Ferrer. La prueba de los hechos. Madrid: Trotta, 2002.
- TARUFFO, Michele. La prueba. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. Teoría general de la prueba judicial. Temis, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco; AUGENTI, Giacomo Primi. La prueba civil. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- FENOLL, Jordi Nieva. La duda en el proceso penal. Marcial Pons, 2013.
- ÁVILA, Rodrigo Vargas. Concepciones de la prueba judicial. Prolegómenos. Derechos y Valores, 2011, vol. 14, No 28, Pág. 135-148.
- VÁSQUEZ, Carmen. De la prueba científica a la prueba pericial. 2015.
- TARUFFO, Michele. Neurociencia y proceso judicial. Marcial Pons, 2013.
- Recurso de Nulidad N° 1562-2011-Apurímac.
- Recurso de Nulidad N° 3596-2014 – San Martín.
- Acuerdo Plenario N° 002-2005/CJ-116.
- Casación N.° 628-2015-Lima.
- Casación N.° 661-2016- Piura.