

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Análisis de la Casación N°241-2019/Ancash

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogado/a

Autor:

Lesly Mattof Maldonado Mallqui

Asesor(es):

Ingrid Romina Díaz Castillo

Lima, 2021

Sentencia y/o Resolución	Casación N° 241-2019/ANCASH
Parte denunciante / agraviado	Ministerio Público / El Estado
Parte denunciada	César Raúl Changa Campos, Carlos Mariano Ascón Valdivia, Rafael Alegre Silva, Américo Victoriano Alvarado Dextre, Ilario Risco Orbegozo y Sixto Feliciano Blácido León
Expediente	1001-2015-93-0201-JR-PE-03
Órgano de primera instancia	4° Juzgado Penal Unipersonal Permanente Supraprovincial Especializado en Delitos de Corrupción de funcionarios de la Provincia de Huaraz
Órgano de segunda instancia	Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash
Sala Suprema	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Materia	Colusión agravada y prueba indiciaria
Áreas del Derecho	Derecho Procesal, Derecho Penal, Derecho Probatorio

RESUMEN:

El presente informe es parte del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal, es por ello que se analiza la Casación N° 241-2019/ANCASH; la cual aborda los siguientes temas: prueba por indicio, el estándar probatorio y tipo penal colusión, los cuales serán parte del análisis en conjunto. La presente Resolución resolvió declarar FUNDADO el recurso de casación por inobservancia del precepto constitucional y quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por la Fiscalía de Ancash contra la sentencia de vista de fecha 20 de noviembre de 2018, que revocó la sentencia de primera instancia de fecha 25 de junio de 2018, absolviendo así a los investigados de los cargos por colusión agravada en perjuicio del Estado. La Corte analizó si resulta determinante para el ejercicio del derecho de defensa, que el Ministerio Público mencione expresamente que probará los hechos mediante prueba por indicios y si la falta de tal mención significa la no valoración de los medios de prueba. Al analizar la casación, se concluye que la Corte correctamente señala que la fiscalía no vulneró el derecho de defensa al no postular expresamente la prueba por indicios y por ende estos pueden ser valorados. Sin embargo, la Corte ha excedido sus funciones al analizar los detalles de la acusación, sentencia de primera y segunda instancia concluyendo que la sentencia de vista no realizó una explicación suficiente y por el contrario la de primera instancia tenía una lógica trama argumentativa que atribuye responsabilidad penal –materias que no eran objetivos casacionales-.

ABSTRACT:

This report is part of the Second Specialty Program in Procedural Law, which is why the appeal in cassation N ° 241-2019 / ANCASH is analyzed; which addresses the following topics: evidence by indication, the evidentiary standard and collusion, all this topics will be part of the overall analysis. This Resolution resolved to declare FOUNDED the appeal for non-observance of the constitutional precept and violation of the procedural precept filed by the Ancash Prosecutor's Office against the decisión in second instance dated November 20, 2018, which revoked the first instance judgment dated November 25, June 2018, thus absolving those investigated of charges of aggravated collusion to the detriment of the State. The Court analyzed if the prosecutor have expressly to mention that it will prove the facts by means of evidence and whether the lack of such mention means the non-evaluation of the evidence. When analyzing the cassation, it is concluded that the Court correctly indicates that prosecutor did not violate the right of defense and therefore evidences can be assessed. However, the Court has exceeded its functions when analyzing the details of the accusation, judgment of first and second instance, concluding that the hearing judgment did not provide a sufficient explanation and, on the contrary, the first instance had a logical argumentative plot that attributes responsibility. criminal - matters that were not cassational objectives.

INDICE

I. ANTECEDENTES.....	1
1. Hechos del caso.....	1
2. Imputación Penal.....	1
3. Argumentos de Primera Instancia.....	3
4. Argumentos de Segundo Instancia	7
II. ARGUMENTOS DE LA CASACIÓN N° 241-2019/ Ancash.....	9
III. DESARROLLO DE LOS ASPECTOS MATERIALES.....	10
1. El delito de Colusión	
1.1. El bien jurídico protegido por el delito.....	11
1.2 Sujetos del delito de colusión: autoría y participación	13
1.3. El comportamiento típico del artículo 384° del Código Penal: 1 párrafo.....	15
1.4. El comportamiento típico del artículo 384° del Código Penal: 2 párrafo.....	16
1.5 La relación entre el 1 y 2 párrafo del 384° del Código Penal: opinión discrepante del Dr. Prado Saldarriaga.....	17
IV. DESARROLLO DE LOS ASPECTOS PROCESALES.....	18
1. Aspectos probatorios del delito de colusión	
1.1. La prueba en el proceso penal y el derecho a probar.....	18
1.2. La prueba indiciaria: fundamento y características en el delito de colusión....	20
1.3 La valoración de la prueba por indicios y el estándar probatorio para la acreditación de la concertación colusoria y el comportamiento típico del art. 384 segundo párrafo.....	23
V. ANALISIS DELA CASACIÓN Y EL CASO CONCRETO.....	26
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	31

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS DEL CASO:

El día 23 de septiembre de 2014, el alcalde de la Municipalidad Distrital de Pariacoto, Ilario Risco Orbegozo emitió la Resolución de Alcaldía N° 052-2014, mediante la cual se aprueba el expediente técnico para la ejecución de la obra “Creación del Sistema de Alcantarillado Sanitario de la localidad de Pueblo Joven Pariacoto” con un presupuesto declarado ante el SIAF, Sistema Integrado de Administración Financiera, ascendente a la suma de S/. 200,000.00 soles; para la ejecución del alcantarillado se realizó el proceso de selección denominado AMC N° 02-2014-MDP/CE a suma alzada, donde resultó ganadora la Empresa Construcciones Virgen de Asunción S.A.C. representada por Sixto Feliciano Blácido León. La propuesta ganadora fijaba como costo total del servicio por la obra, el monto ascendente a S/. 170,015.25 soles; obra que se ejecutaría en el plazo de 75 días - 22 de enero de 2015-.

Para comenzar el proceso de ejecución, los funcionarios de la municipalidad, Carlos Mariano Ascon Valdivia, César Raúl Changa Campos, Rafael Alegre Silva y Américo Victoriano Alvarado Dextre suscribieron de manera individual y/o conjunta las actas de entrega de terreno y acta de inicio de obra las cuales permitieron el inicio de las obras por parte del contratista; así como también firmaron posteriormente el acta de culminación de obra y acta de recepción de obra las cuales indicaban que la obra estaba completada en un 100% a pesar de que posteriormente se indica que estaba inconclusa.

El 15 de diciembre de 2014 mediante Resolución Gerencial N°035-2014-MDP/A, el alcalde, Ilario Risco Orbegozo, designa el Comité de Recepción de la obra conformado por tres de los cuatro funcionarios mencionados anteriormente: Carlos Mariano Ascon Valdivia (Miembro), César Raúl Changa Campos (Miembro) y Rafael Alegre Silva (Miembro). quienes tenían a su cargo la verificación y recepción de la obra conforme al expediente técnico.

Con fecha 26 de diciembre de 2014, el alcalde, Ilario Risco Orbegozo, emitió la Resolución de Alcaldía N°083-2014-MDP/A, aprobando el informe de liquidación técnico y financiero elaborada por los miembros del comité, pese a que aún se continuaban realizando trabajos de ejecución de la obra. De igual manera, la empresa hizo efectivo el cobro por la realización de la obra, por el monto de S/.146,893.40 soles (sin devolverse aún la garantía de 17,001.55 nuevos soles).

Posteriormente, el Informe Pericial N° 020-2015-MP/DJA-P.I.C/VCCH, de fecha 28 de mayo de 2015 evidenció que la obra no se encontraba concluida de acuerdo a las especificaciones técnicas y dejó constancia de tres datos fundamentales en el caso: i) la obra no ha sido concluida de acuerdo al Expediente Técnico; ii) la valoración de la obra asciende a un monto de S/. 105,608.64 con un avance físico real acumulado de la obra del 88.65% de acuerdo al

expediente técnico y iii) existe una diferencia de 6,500.00 nuevos soles entre la liquidación técnica financiera y la ejecución de gastos que no se encuentra justificado. Estas irregularidades en el proceso de ejecución de la obra dan inicio a la presente investigación criminal.

2. IMPUTACIÓN PENAL

Los hechos han sido calificados por el Ministerio Público bajo el tipo penal Colusión Agravada tipificado en el segundo párrafo del artículo 384° del Código Penal. En ese sentido, se le imputa de manera concreta a:

- Ilario Risco Orbegozo quien tuvo la condición de alcalde de la Municipalidad de Pariacoto, acusado en calidad de autor por la comisión del delito de colusión agravada al haber designado el Comité de Recepción de la obra de manera anticipada a la finalización de la obra y por la aprobación del informe de liquidación técnica-financiera que permitiera el pago a la empresa. De esta forma intervino directamente por razón de su cargo en la fase de ejecución de la obra con la finalidad de defraudar al Estado.
- César Raúl Changa Campos quien tuvo la condición de Gerente Municipal y Miembro del Comité de Recepción de la obra, acusado en calidad de autor por la comisión del delito de colusión agravada, por haber suscrito el Acta de Recepción de la obra junto a Rafael Alegre Silva, Sixto Feliciano Blácido León y Américo Victoriano Alvarado Dextre y aquellas que en su condición de miembro del Comité dio fe. Logrando con ello favorecer al contratista.
- Carlos Mariano Ascón Valdivia quien tuvo la condición de Jefe de Infraestructura de la Municipalidad y miembro del Comité de Recepción de la obra, acusado en calidad de autor por la comisión del delito de colusión agravada; por haber participado en la entrega del terreno para la ejecución de la obra firmando el acta de entrega de terreno, acta de inicio de obra, acta de recepción de obra, acta de culminación y recepción de la obra junto a sus coimputados Rafael Alegre Silva, Sixto Feliciano Blácido León y Américo Victoriano Alvarado Dextre a pesar de que la obra estaba incompleta. De esta forma intervino directamente por razón de su cargo en la fase de ejecución de la obra con la finalidad de defraudar al Estado.
- Rafael Alegre Silva, quien tuvo la condición de Supervisor de obra y miembro del Comité de Recepción de la obra, acusado en calidad de autor por la comisión del delito de colusión agravada, por haber suscrito el acta de entrega, acta de inicio de obra, acta de culminación y acta de recepción de obra dando fe de la supuesta realización completa de la obra en beneficio del contratista.

- Américo Victoriano Alvarado Dextre quien tuvo la condición de Residente de obra; es acusado en calidad de autor por la comisión del delito de colusión agravada al haber participado y firmado el acta de entrega de terreno, acta de inicio de la obra y el acta de culminación de la obra. Intervino a razón de su cargo para defraudar patrimonialmente al Estado.
- Sixto Feliciano Blácido León quien tuvo la condición de Gerente General de la empresa, acusado en calidad de cómplice primario por la comisión del delito de colusión agravada, al haber celebrado el contrato de ejecución de obra, haber participado en la entrega de terreno y firmar las actas de culminación y entrega de la obra cuando la misma no estaba terminada, perjudicando así al Estado

3. ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Penal Unipersonal concluye que en el caso descrito sí se configura el delito de colusión por cuanto:

La concertación de los funcionarios públicos y el particular se demuestra en base a la prueba indiciaria sostenida en los siguientes medios de prueba que – a su consideración – constituyen indicios fuertes y que han sido probados en juicio:

- El Contrato de Ejecución de obra firmado por el Gerente Municipal Cesar Raúl Changa Campos- posterior miembro del comité de recepción de la obra-, el contratista- Sixto Feliciano Blácido León y el ingeniero civil Rafael Alegre Silva- quien también sería posteriormente miembro del Comité de recepción de la obra. Este contrato marca el inicio de las obligaciones por parte del contratista y la Municipalidad.
- Acta de Entrega de Terreno, de fecha 07 de noviembre de 2014, firmada por Cesar Raúl Chango Campos, Carlos Ascon Valdivia, Rafael Alegre Silva – todos posteriormente miembros del Comité, Sixto Feliciano Blácido León como Gerente General de la empresa y Américo Victoriano Alvarado Dextre como Residente de obra para que se proceda con la ejecución de la obra.
- Acta de Inicio de Obra, de fecha 08 de noviembre suscrita por Cesar Raúl Chango Campos, Carlos Ascon Valdivia, Rafael Alegre Silva – todos posteriormente miembros del Comité, Sixto Feliciano Blácido León como Gerente General de la empresa y Américo Victoriano Alvarado Dextre como Residente de obra para que se proceda con la ejecución de la obra.
- La Resolución Gerencial N° 035-2014-MDP-GM de fecha 15 de diciembre de 2014, suscrita por Carlos Mariano Ascon Valdivia, Cesar Raúl Chonga Campos y Rafael Alegre Silva, con la finalidad de constituir el Comité de recepción de la obra, con miembros que habían participado en el proceso de ejecución.

- Acta de Culminación de Obra de fecha 01 de diciembre de 2014 por el monto de S/. 170.015.51 soles, suscrito por Carlos Mariano Ascon Valdivia, Rafael Alegre Silva, Sixto Feliciano Blácido León y Américo Victoriano Alvarado Dextre señalando que la obra se encuentra supuestamente ejecutada en un 100%.
- Acta de Recepción de Obra, de fecha 17 de diciembre de 2014, suscrito por. Carlos Raúl Changa Campos, Carlos Mariano Ascon Valdivia, Rafael Alegre Silva, Sixto Feliciano Blácido León, Américo Victoriano Alvarado Dextre y Sixto Feliciano Blácido León que indica como fecha de término de la obra 30 de noviembre de 2014.
- Acta de Constatación de fecha 29 de diciembre de 2014, realizada por el Juez de Paz del Distrito de Pariacoto, Porfirio Robles Cano, donde acredita que en el lugar de la obra continuaban los obreros y maquinarias en plenas labores de ejecución y colocación de tuberías.
- Acta de Constatación Fiscal, de fecha 25 de febrero de 2015 y 26 de febrero de 2015, suscrito por la fiscal adjunto de anticorrupción Jannet Mirtha Andrade Ortiz, Lic. Fidel Morales Torazono Gerente Municipal y el perito Valorativo del Ministerio Público Víctor Otto Cabello Chávez, en donde tras la revisión de la obra ejecutada, se acredita que la misma seguía en ejecución y que el personal obrero seguía realizando actividad.
- Acta de Transcripción de CD de fecha 25 de junio del 2015, donde se registra mediante video que la empresa contratista continuaba ejecutando actividades de colocación de tuberías.
- La declaración testimonial de: Rómulo Isafas Coral Silva – alcalde en el mando al momento de presentar la denuncia-, Porfirio Esteban Robles Cano – Juez de Paz que realizó el acta de constatación el 29.12.2014.
- El examen del Perito -ingeniero Civil - Víctor Otto Cabello Chávez: quien concluye a) La obra no ha sido ejecutada de acuerdo al expediente técnico, b) La obra no ha sido concluida de acuerdo al expediente técnico y c) La obra tuvo un avance físico real de 88.65% y no del 100%, como lo indica la liquidación técnica de la misma.
- La Resolución de Alcaldía N 083-2014-MDP/A, de fecha 26 de diciembre de 2014, que aprobó el informe de liquidación técnico-financiero del proyecto elaborado por el residente de obra y debidamente aprobado por la supervisión de obra y el jefe del Área de Infraestructura Desarrollo Territorial y Obras, por un monto de S/. 193.646.12 soles (monto contratado S/. 170,015.51, expediente técnico \$/7,000.00, supervisión S/.10,000.00, reajustes "k" por fórmula polinómica de S/. 6.630.61).

- Comprobante de Pago N° 902 de fecha 18 de diciembre del 2014, con registro SIAF 796 emitido a favor de la Constructora Virgen de Asunción SAC, por el monto de S/146,893.40, por concepto de pago de factura N° 001-0041
- Comprobante de Pago N° 903, de fecha 18 de diciembre del 2014, con registro SIAF 796 a la SUNAT//Banco de la Nación la suma de S/. 6.120.56 soles por concepto de depósito de detracción de la factura N° 01-0041
- La Orden de Servicio N° 436, de fecha 15 de diciembre por el monto total de S/. 170.015.51 soles con el que se acredita, que la empresa factura a nombre de la Municipalidad de Pariacoto, por concepto de pago de valorización N°01 del mes – S/. 170,015.51 soles.

El Juzgado recopila estos medios de prueba y señala que su construcción argumentativa parte de identificar primero a los investigados César Raúl Changa Campos, Carlos Mariano Ascón Valdivia, Rafael Alegre Silva, Américo Victoriano Alvarado Dextre, Ilario Risco Orbegozo como funcionarios públicos y Sixto Feliciano Blácido León como representante de la empresa contratista que participa en la ejecución de la obra. Luego acredita la existencia del proceso de selección en Pariacoto con la Resolución de Alcaldía N° 052-2014 y 057-2014 que aprueba el expediente técnico y el expediente de contratación para la obra del Sistema de Alcantarillado Sanitario con un presupuesto declarado ante el SIAF de S/. 200,000.00 nuevos soles; tras el proceso de selección se procede a contratar a la Empresa Construcciones Virgen de Asunción S.A.C. para que lleve a cabo la obra con un pago ascendente a S/. 170,015.25 y lo entregue en el plazo de 75 días; es decir el 22 de enero de 2015.

Señala el Juzgado que existen diversas irregularidades, las cuales denotarían la existencia de concertación entre los acusados-funcionarios y el acusado-contratista. Tales irregularidades en el caso las divide en 7 hechos bases que le permiten llegar a la conclusión de que existió una concertación entre los funcionarios y la empresa. A continuación, se describen tales hechos bases:

- a) Los acusados** -César Raúl Changa Campos como Gerente Municipal, Carlos Ascon Valdivia como Jefe de infraestructura, Rafael Alegre Silva como Ingeniero Civil Consultor y Américo Victoriano Alvarado Dextre como ingeniero Civil- **quienes luego fueron miembros del comité de recepción de obra, se reunieron con el contratista** -Sixto Feliciano Blácido León- **y suscribieron las actas de entrega de terreno y acta de inicio de obra con un plazo de ejecución de 75 días calendarios.**
- b) Con fecha 15 de diciembre, mediante la Resolución N° 035-2014 se designó el comité de recepción de obra, antes de que culmine la misma; conformada por**

los mismos miembros que participaron previamente en la entrega de terreno y del inicio de la obra.

- c) **Se dio por culminada la obra, antes del plazo de ejecución de la misma;** con fecha 30 de noviembre del 2014, los miembros del Comité suscribieron el Expediente de Liquidación de obra y al día siguiente el acta culminación de obra las cuales aseguraban que la ejecución había terminado y que la obra se encontraba ejecutada al 100%. Siendo esto falso por cuanto las constataciones fiscales posteriores desacreditan la veracidad de estos documentos al visualizar que la obra está incompleta y aún hay trabajos por realizar en el terreno de obra.
- d) **El comité de obra recepcionó la misma, antes del plazo de ejecución que indicaba el expediente técnico de esta obra, como si estuviera concluida.**
- e) **La obra "Creación del Sistema de Alcantarillado Sanitario en la Localidad de Pueblo Viejo, Distrito de Pariacoto - Huaraz - Ancash", no ha sido concluida,** y así lo demuestran las constataciones de la Fiscalía y el Juez de Paz letrado que constan en el expediente y en grabaciones de Cd.
- f) **Se emitió la Resolución de Alcaldía N° 083-2014-MDP/A,** mediante la cual el alcalde Ilario Risco Orbegozo **aprueba el informe de liquidación técnico y financiero del referido proyecto, pese a que se continuaba realizando trabajos de ejecución de la obra,** cuyas constataciones han sido mencionadas anteriormente.
- g) **La Empresa Construcciones Virgen de Asunción SAC, hizo efectivo el cobro por la cancelación de la obra, por el monto de S/. 170,015.51 nuevos soles, pese a que la obra no se concluyó y no se ejecutó de acuerdo a las especificaciones técnicas del expediente técnico**

Siguiendo el razonamiento del Juzgado, la concertación entre los funcionarios y el contratista queda acreditada por las irregularidades evidenciadas en el proceso de ejecución, siendo que ellos como parte del Comité de Recepción de obra, habrían aceptado y ordenado el pago en beneficio del contratista, a pesar de evidenciarse que la obra estaba inconclusa y no cumplía con las especificaciones del Expediente Técnico materia de contratación. La irregular entrega de la obra y el cobro por anticipado en beneficio del contratista, son indicadores importantes para concluir que existió un acuerdo colusorio, el cual defraudó patrimonialmente al Estado.

De las actuaciones deliberadas e intencionales de los acusados se infiere que éstas son producto de una actuación delictiva de favorecimiento de los acusados-funcionarios para que el cómplice primario cobre de manera antelada por la ejecución total de la obra, sin que realmente se haya concluido.

Los indicios fuertes, concordantes, convergentes y acreditados en el proceso, así como la inexistencia de contraindicios consistentes sustentan la conclusión incriminatoria que permite atribuir responsabilidad penal a los acusados en calidad de autores por el delito de Colusión Agravada y en calidad de cómplice primario al contratista. Asimismo, el Juzgado indica que su razonamiento es producto de una inferencia racional, que se funda no solo en las máximas de la experiencia, sino que también guarda una consecuencia lógica en relación a los hechos. Ante esta Resolución de fecha 25 de junio de 2018, los sentenciados presentaron recurso de Apelación indicando que el Juez de Primera Instancia no ha considerado la falta cometida por la fiscalía en tanto no postuló que iba a utilizar prueba por indicios, faltando así al principio de imputación necesaria. Además, señalaron que el Juez ha suplido el trabajo de la Fiscalía y ha tratado de congeniar las pruebas ofrecidas con una narración de los hechos inadecuada, no ha logrado individualizar el accionar de cada acusado ni tampoco ha motivado de qué manera se habría dado la concertación de los funcionarios con el contratista.

4. ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Tras el trámite de impugnación, La Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash dictó sentencia de vista de fecha 20 de noviembre de 2018, que revoca la sentencia condenatoria de primera instancia y absuelve a todos los acusados. Su razonamiento fue el siguiente:

1. La Fiscalía no ha analizado con detenimiento el artículo 158 del Código Procesal Penal, relativo a la prueba por indicios, en ese sentido la Fiscalía debe postular expresamente la prueba indiciaria, dado que la culpabilidad se gesta a partir de la relación que tiene el hecho base con el hecho indiciado a través de un razonamiento deductivo. Los hechos demostrados por indicios suponen un tipo de defensa distinto al seguido mediante medios probatorios directos, por lo que el fiscal debe postularlos en su requerimiento acusatorio de manera obligatoria.
2. Las inferencias y deducciones del a quo no son lógicas y coherentes pues de los medios de prueba ofrecidos no se acredita el pacto colusorio en cuestión. Respecto del alcalde Risco Orbegozo, no se puede asegurar que él se haya coludido con el cómplice contratista, pues de la inferencia realizada no se desprende con quienes se habría coludido ni la manera. Asimismo, el informe de liquidación técnico-financiero firmado por él no permite inferir la existencia de algún acuerdo ilícito, pues se basó en un informe previo realizado por el Comité de Recepción de Obra. Asimismo, no se ha demostrado de qué forma, en su condición de alcalde, habría concertado con los otros funcionarios para defraudar al Estado. Los indicios fuertes que indica el A-quo como las Resoluciones de Alcaldía firmada por el acusado solo demuestran que él ostentaba

el puesto de alcalde y que conocía del desarrollo de la obra, más no puede hacerse un salto lógico deductivo coherente que confirme la realización de actos colusorios.

3. En relación a los imputados César Raúl Changa Campos, Carlos Mariano Ascón Valdivia y Rafael Alegre no se ha demostrado con quienes se han coludido, así como no se ha precisado cuáles fueron las funciones de cada uno en los actos ilícitos. Con referencia al imputado Américo Victoriano Alvarado Dextre como residente de obra, tampoco se ha demostrado con quien se habría coludido ni de qué forma intervino, vulnerando así el principio de imputación necesaria.
4. En relación a Sixto Feliciano Blácido, como gerente de la empresa no se ha demostrado de qué manera ha participado en el supuesto pacto colusorio, ni con qué funcionarios habría cometido el ilícito.

Es así, que en relación a todos los funcionarios y el contratista; no se desprende de la deducción lógica de los medios de prueba y de los supuestos indicios, que hayan existido actos de colusión atribuibles a los imputados. Cabe mencionar que la sentencia apelada muestra incongruencias en la motivación pues el Informe técnico-financiero no demuestra por sí mismo algún pacto colusorio o beneficio a un tercero, debido a que este se aprobó en base a un informe precedente.

Por otro lado, el Juez de Paz que elaboró la constatación de la obra, no se encuentra facultado para realizar este tipo de actos (conforme a lo establecido en el artículo 17 de la Ley de 29824), siendo un medio de prueba defectuoso. Por último, la conformación anticipada del Comité de recepción de la obra por funcionarios que participaron en la ejecución de la obra no es una irregularidad en las contrataciones públicas y no puede deducirse que emana de actos de concertación.

Ante la Sentencia de vista la Fiscalía presenta recurso de Casación, invocando las causales del artículo 429° del Código Procesal Penal: “inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal, infracción de precepto material, violación de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial”. Así como postuló el acceso excepcional al recurso de Casación, al amparo del artículo 427, numeral 4, del mismo Código.

Argumentó, al respecto, que es menester establecer si el fiscal en su acusación debe indicar que acreditará los cargos mediante prueba indiciaria; de manera que su incumplimiento importaría la no valoración de las pruebas ofrecidas y actuadas. Igualmente, señaló que debe definirse si resulta un requisito legal indicar que se probaran los cargos a través de la prueba por indicios.

II. ARGUMENTOS DE LA CASACIÓN 241-2019/ANCASH

Con fecha 31 de enero de 2020, la Corte Suprema emite el auto de calificación, señalando como “bien concedido” el recurso de casación por las causales de inobservancia de precepto constitucional (garantía de defensa procesal) y el quebrantamiento del precepto procesal. Asimismo, señala dos puntos relevantes -desde la generalidad- para el análisis por parte de la Corte: i) los requisitos de la prueba por indicios y ii) si con fines de garantizar el contradictorio –la garantía de defensa procesal– el Fiscal debe indicar que probará los cargos mediante prueba indiciaria.

Por otro lado, no acepta el motivo casacional de apartamiento de doctrina jurisprudencial ni motivación, porque no existe una sentencia vinculante sobre este tema y porque la motivación del presente caso no tiene una incisión esclarecedora de la misma garantía.

Con fecha 19 de mayo de 2021 la Corte emite su sentencia de Casación, en la cual refiere que su pronunciamiento se delimitará al análisis de la supuesta inobservancia de precepto constitucional (garantía de defensa procesal) y el quebrantamiento del precepto procesal por cuanto la sentencia de vista – materia de control casacional- señala que el Ministerio Público está en la obligación de señalar de manera expresa que se utilizará prueba indiciaria en el caso. Asimismo, sustenta que la prueba por indicios supone un tipo de defensa distinto a los medios probatorios directos por ende la ausencia de una mención expresa significa la indefensión de los acusados.

La Corte evidencia que los acusados han criticado a lo largo de la primera y segunda instancia el uso de la prueba indiciaria sin haber sido postulada expresamente en la acusación; no obstante, la verdadera intención de la defensa técnica al sostener su postura es cuestionar las exigencias del tipo penal; queriendo así, un análisis del fondo o consistencia de los cargos atribuidos a los imputados por supuesta vulneración al principio de contradicción y el de igualdad de armas.

Respecto de la claridad y precisión de la acusación y la imputación necesaria, la Corte concluye que la acusación fiscal hizo una descripción de las circunstancias precedentes concomitantes y posteriores en orden al hecho que postuló para el caso e identificó el rol de cada uno de los imputados; además, ofreció diversos medios de prueba que permitieron aterrizar todos sus argumentos.

Asimismo, en el proceso se ha realizado un control de acusación en donde el Fiscal precisó oralmente el título de intervención delictiva de los acusados y se declaró saneada la acusación. Esta oralización de la acusación muestra la evidente postulación de la Fiscalía para utilizar la prueba por indicios en el caso; no pudiendo la defensa técnica de los acusados alegar confusión o desconocimiento.

Finalmente, el planteamiento realizado por la defensa cuando asegura que la prueba directa es absolutamente distinta a la prueba por indicios, este argumento no es de recibo para la Corte, debido a que no se debe confundir el concepto de medios de prueba y método de valoración de la prueba; es así, que no es relevante la postulación expresa por parte de fiscalía en utilizar prueba por indicios en el caso.

La prueba por indicios, reconocida el artículo 158, apartado 3, del Código Procesal Penal, debe concebirse como un método de valoración de la prueba, que se construye en base a un hecho auxiliar o circundante al hecho principal fijado por el tipo penal. El Ministerio Público, no ha vulnerado el requisito formal de imputación clara y precisa, por el contrario, ha oralizado en su acusación los hechos atribuidos a los imputados. La prueba por indicios no supone un tipo distinto de defensa, solo tiene características particulares como la inferencia para conectar el hecho auxiliar al hecho principal utilizando las leyes lógicas.

Concluye la Corte Suprema que el Tribunal Superior al revocar la sentencia del Juez de Primera Instancia consideró erróneamente que la Fiscalía debía postular de manera expresa y obligatoria la prueba por indicios; asimismo, no analizó correctamente el material probatorio ni justificó por qué concluye que no había prueba de cargo que rompa la presunción de inocencia. Se resuelve declarar fundado el recurso de casación por inobservancia de precepto constitucional (garantía de defensa procesal) y quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por la señora fiscal adjunta Superior de Ancash contra la sentencia de vista que absolvió a César Raúl Changa Campos, Carlos Mariano Ascón Valdivia, Rafael Alegre Silva, Américo Victoriano Alvarado Dextre, Ilario Risco y Sixto Feliciano Blácido León. En consecuencia, dispusieron el reenvío para que se realice nuevo juicio oral de apelación por otro Colegiado Superior que deberá tener presente lo resuelto.

III. DESARROLLO DE LOS ASPECTOS MATERIALES:

1. EL DELITO DE COLUSIÓN

Artículo vigente en el 2014, año en el que sucedieron los hechos materia de análisis en este trabajo

Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo

36, de cinco a veinte años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa¹.

1.1 El bien jurídico protegido

La doctrina y la jurisprudencia es variable y discrepante en este tema, podemos agrupar las siguientes posturas:

La primera postura señala que el bien protegido en el delito de colusión es el patrimonio del Estado, siendo que la defraudación a realizarse producto de la concertación tiene una consecuencia en las arras del Estado; y por ello el legislador condena el delito. Sin perjuicio del válido razonamiento, considero que la restricción a considerar “el patrimonio” como bien jurídico protegido implica que las concertaciones que afecten a las contrataciones o adquisiciones públicas pero que no tengan repercusión patrimonial, no serán sancionadas y de la lectura del tipo penal no se desprende que en todos los casos se exija una falta al patrimonio estatal.

La segunda postura -respaldada por los profesores Percy García y Ramiro Salinas- señala que el bien jurídico protegido son los deberes especiales que tiene el funcionario público. Según el profesor García (2008) considera que el bien jurídico protegido encuentra su esencia en los deberes especiales atribuidos a los funcionarios públicos específicamente emanados de la relación normativa asumida de protección al patrimonio estatal como deber positivo del mismo (pp. 21-23). Por su lado el profesor Salinas (2018) señala que el bien jurídico protegido es el conjunto de deberes especiales que tienen los sujetos públicos pertenecientes al Estado para mantener un normal y recto funcionamiento en sus labores. No es cualquier deber, sino aquellos que en el marco de la Ley de Contrataciones permiten la intervención de los sujetos públicos y la disposición responsable del patrimonio estatal (pp.2). Se concluye entonces que para los autores citados el bien jurídico protegido se fundamenta en los deberes especiales

¹ Cabe señalar que este artículo fue últimamente modificado el 8 de abril de 2021 por la Ley N° 31178 - ley que modifica artículos del Código Penal respecto de circunstancias agravantes derivadas de la comisión del delito durante calamidad pública o emergencia sanitaria y dicta otras disposiciones sobre la pena de inhabilitación.

emanados al funcionario público por el proceso de contratación, cumpliendo principios de transparencia e imparcialidad que consecuentemente resguardan el patrimonio estatal. La jurisprudencia ha respaldado esta postura en el Recurso de Nulidad N° 2299-2017/Ancash² y la Casación 661-2016/Piura³.

La tercera postura – respaldada por los Fidel Rojas y Manuel Abanto- sostiene que el bien jurídico protegido es múltiple y está compuesto por el carácter patrimonial de las contrataciones con el Estado, los roles de la función pública y la probidad de la administración pública. Según el profesor Rojas (2007) el bien jurídico protegido debe entenderse en el marco de las negociaciones públicas; por tanto, es básico preservar el patrimonio público designado, garantizando que los negociadores que representan al Estado cumplan sus roles inherentes a la función pública y se resguarden los deberes de lealtad institucional y probidad funcional (pp.407) Por su lado el profesor Abanto (2003) señala que el objeto del bien jurídico es evidentemente patrimonial pero que además interesa proteger la legalidad del ejercicio funcional y los deberes de la función pública (pp. 309)

Se concluye entonces que esta postura señala al bien jurídico protegido como uno de carácter complejo siendo que protege los deberes especiales del funcionario público, así como la transparencia y probidad de la administración pública sin dejar de mencionar que el patrimonio también debe ser considerado como materia de tutela.

Una cuarta postura planteada por el profesor José Castillo Alva (2017) señala que el bien jurídico protegido es el propio proceso de contratación pública y como tal debe proscribirse toda forma de concertación, acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación al Estado (pp.117). Es así, que la particularidad del delito de colusión radica en la protección del desarrollo de las contrataciones públicas – de carácter económico- y los principios que rodean su correcto desenvolvimiento.

Por último, se debe mencionar la postura del profesor Erick Guimaray (2011) – respaldado por el Dr. Yvan Montoya- quien señala que el bien jurídico especialmente protegido es la eficiente asignación de recursos públicos en las operaciones contractuales en los cuales participe el Estado, señala además, que la Ley de Contrataciones del Estado respalda esta postura en tanto regula en su artículo 4° los principios orientadores de los funcionarios públicos que intervengan en un proceso de contratación (pp.4).

Habiendo expuesto las diversas posturas sobre el bien jurídico protegido; en el presente trabajo se asume como posición personal la segunda postura, es decir que el bien jurídico protegido es el conjunto de deberes especiales que tiene el funcionario público; no obstante, haré una acotación en particular, y es que estos deberes especiales del funcionario público

² En el Fundamento sexto, séptimo y octavo de la Sentencia.

³ En el Fundamento décimo primero y décimo segundo de la Sentencia.

deben entenderse en el marco de una contratación pública, y por ende con las características de este complejo proceso. Esto es, que los deberes del funcionario nacen de su relación legal y fáctica con un proceso de contratación estatal y por ende se obliga a cumplir con los principios y fines señalados en la ley de Contrataciones del Estado- artículo 2- , que imponen un comportamiento transparente, integro, en igualdad de trato, eficiente y eficaz en el uso de los recursos públicos.

1.2 Sujetos del delito de colusión: autoría y participación

El tipo penal colusión es un delito de encuentro es decir que el delito se realizará cuando diversos comportamientos de los sujetos colisionan en un pacto colusorio que defraude al Estado, como señala el profesor Abanto (2001) esta tipología en el delito implica que las actividades de las personas intervinientes se dirigen a un mismo objetivo, cada uno desde una posición distinta pero que dirigidas a un solo fin – en este caso la defraudación- terminan encontrándose. Es así que el funcionario y el particular desde su respectivo campo de acción realizan actividades que se encuentran, complementan y permiten el resultado de defraudar al Estado (pp.68,69).

Lo señalado previamente, lleva al lector a preguntarse sobre quiénes son los sujetos activos y pasivos en el delito de colusión y a que título de imputación van a responder de acuerdo a los actos realizados o cualidad del sujeto.

Se debe comenzar señalando que el delito de Colusión forma parte del Título XVIII del Código Penal referente a los Delitos contra la Administración Pública, estos delitos son considerados especiales debido a que solo pueden ser cometidos a título de autor por aquel sujeto que revista las cualidades y condiciones exigidas por el tipo penal. En este caso, la condición de funcionario público⁴ es un elemento normativo del tipo al ser un delito especial, y por ende este será el sujeto activo.

Por otro lado, el Estado es el sujeto pasivo, ya que es este quien le confiere al funcionario el deber y responsabilidad de representarlo en diversas actividades como lo son las contrataciones o adquisiciones; así pues, un actuar contraria a los intereses públicos perjudica la actividad estatal, siendo el agraviado.

Regresando a la particularidad de los delitos especiales, estos tienen una definición en sentido complejo que va más allá de solo señalar que el sujeto activo es el funcionario público, sino que busca comprender por qué el legislador ha optado por restringir el círculo de autores; en referencia a ello, el profesor Víctor Gómez (2006) señala que este concepto busca las

⁴ Existe una discusión en la doctrina por el concepto del funcionario público, para efectos de este informe jurídico, el concepto que se utiliza es el regulado en el artículo 425° del Código Penal, entendido a las luces de normas internacionales como el artículo 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción y el artículo 2.a de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

razones del legislador para establecer que solo determinados sujetos cualificados puedan ser autores de estos delitos (pp.27).

Para explicar estas razones, surgen dos teorías predominantes que nos permiten conocer cual serían las justificaciones de tal regulación y a qué título de imputación responden los sujetos inmersos en el proceso penal.

- a) **Delitos especiales como delitos de infracción de deber:** Esta teoría señala que la pregunta no gira entorno a quien prevé y tiene control sobre las acciones lesivas, sino quien estaba obligado por un deber especial de evitar esos sucesos lesivos. Dos posturas dotan de contenido esta teoría; por un lado, el profesor Claus Roxin (2000) señala que el fundamento de la autoría recae en la titularidad de un deber extrapenal que es infringido; no se castiga determinada “acción” sino una “actitud” por parte del que reviste tal deber (pp. 385-434). Por otro lado, el profesor Gunther Jakobs (1997) señala que el deber especial puede ser por i) competencia organizacional – deberes negativos de todo ciudadano- o ii) competencia institucional – deberes positivos estatales-(pp.343-363) la presencia de tales deberes y su posterior infracción convierte en especial al delito.
- b) **Delitos especiales comprendidos desde el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico:** Esta teoría señala que la cuestión gira entorno al dominio sobre el resultado lesivo al bien jurídico protegido, debido a que el sujeto cualificado se encuentra en una posición de garante frente a la posible vulnerabilidad del bien jurídico en cuestión. (Gómez, 2006, pp.202)

Se desprende de los delitos por infracción de deber, que solo permiten imputar autoría directa ya que los deberes son personalísimos; se excluye la posibilidad de la coautoría, debido a que esta se fundamenta en el principio de reparto funcional de roles para la lesión al bien jurídico protegido, por el cual la acumulación de acciones contributivas genera el resultado lesivo. En el delito de colusión el deber impuesto al funcionario público por el mandato legal de la Ley de Contrataciones es asumida por el mismo de manera personalísima, no pudiendo disgregar su deber con otras personas. Asimismo, la participación del extraneus, no tiene una injerencia en el deber especial por tanto será imputado en calidad de cómplice. La jurisprudencia suprema ha acogido esta postura en diversos casos como en el Recurso de Nulidad N° 791-2017/Junín, Recurso de Nulidad N° 1722-2016/Del Santa y Recurso de Nulidad N.º 77-2012/Cusco

Por otro lado, según el profesor Bernd Schünemann (2018) señala que la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico permite la coautoría, autoría directa e, incluso, la autoría mediata para los delitos especiales (pp.106). debido a que la posición de garante se construye

también en base a la especial situación de vulnerabilidad del bien y con eso la posibilidad del dominio del hecho. La jurisprudencia Suprema ha recogido esta posición en el Recurso de Nulidad N° 1982-2015/El Santa.

A modo de conclusión sobre este punto, la postura personal es que los delitos como la colusión son delitos de infracción de deber y con ello implica que la acusación y carga probatoria en el proceso penal se dirija también a establecer cuál es el deber infringido en cuestión, cómo sucedió esta infracción considerando además que este es un delito de encuentro en donde colisionan las actividades de los sujetos en un pacto colusorio – el cual se explicará posteriormente-. Por su lado, el particular responderá a título de cómplice ya que no ostenta ningún deber especial, pero se requiere que se evidencia las actuaciones que permiten acreditar este delito de encuentro y su participación en el pacto colusorio.

1.3 El comportamiento típico del artículo 384° del Código Penal: 1° Párrafo

Se desprende de la descripción del tipo penal que existen 4 elementos básicos del tipo penal: i) el contexto de una contratación o adquisición pública, ii) intervenir, iii) concertar y iv) defraudar.

Comenzando por el marco que engloba el posible desarrollo de este delito: las contrataciones o adquisiciones con el Estado; en estos típicos procedimientos mediante el cual el Estado se abastece, pueden suceder distintas contingencias, incumplimientos e irregularidades que son resueltas en sede civil o arbitraje. No obstante, existen irregularidades que son observadas por las entidades fiscalizadoras y puestas en aviso ante el Ministerio Público para que inicie las investigaciones pertinentes. El delito de colusión se desarrolla en el complejo entramado de una adquisición o contratación pública, esta particularidad es importante pues las acciones realizadas se deben entender en el iter de una contratación o adquisición con sus distintas etapas, reglas, características, acontecimientos y costumbres que pueden estar recogidas en la Ley de Contrataciones del Estado, su reglamento o el Código Civil.

Otro elemento importante que se presenta como verbo medular en el tipo penal es “intervenir” ya sea de manera directa o indirecta, el término implica una acción u omisión por parte del funcionario público, en tanto él ostenta el deber de velar por la correcta administración y utilización de los fondos o patrimonio estatal, así como la transparencia de las actividades estatales; la intervención referida en el tipo penal puede ser una acción directa o indirecta que facilite y permita la comisión del delito. Asimismo, cabe la posibilidad de la comisión por omisión cuando la falta de vigilancia y supervisión por parte del funcionario respecto de las acciones de sus subordinados, de sus responsabilidades y de sus deberes permiten la realización del delito; en ese sentido, señalan los profesores Erick Guimaray y Julio Rodríguez (2015) que el núcleo de la imputación en estos casos se dirige a los comportamientos

omisivos que fáctica y valorativamente, tienen directa relación con la afectación del bien jurídico y acto lesivo (pp.296). Pudiendo, la intervención, empezar desde la creación de bases o ubicación de la necesidad de desarrollar un proyecto de financiamiento estatal hasta el pago por la obra, bien o servicio adquirido.

Respecto del verbo “concertar”, refiere a la composición de voluntades, a este arreglo que debe existir entre el funcionario y el particular. En esa línea se entiende que se requiere de al menos dos personas para poder concertar, las mismas que se pondrán de acuerdo respecto a alguna finalidad. Al respecto el profesor Ramiro Salinas (2019) señala que la concertación tiene un amplio margen de acción pues son distintas las formas en las que se puede pactar ilícitamente o arreglar acuerdos en perjuicio del Estado (pp. 354). Debido a que el tipo penal de colusión se desarrolla en el marco de una adquisición o contratación pública, existen diversas etapas en las que se puede concertar vulnerando los intereses estatales.

Finalmente, el verbo “defraudar”, refiere a frustrar expectativas generadas en base a la confianza; el defraudar requiere de la existencia de un “antes”, es decir de aquella obligación propia o confianza que se quebrantó; es así que en la compleja estructura del tipo penal colusión, la defraudación es el quebrantamiento del rol/deber especial asignado y asumido por el funcionario público. La Corte Suprema -en el caso Convial- Recurso de Nulidad N° 1109-2014/Callao señala en su fundamento 7 y 9 que la defraudación es el quiebre del principio de confianza depositado debido a comportamientos opuestos al interés público, contrarios a las expectativas estatales que trae como consecuencia el engaño al interés público. Del tenor del primer párrafo del artículo 384°, bastaría entonces con quebrantar el rol especial asumido para señalar que estamos frente a una defraudación.

En definitiva, el comportamiento en este primer párrafo del tipo penal se refiere a la acción u omisión del agente que, en contra de sus roles, funciones y deberes establecidos por la norma genera el quiebre en las expectativas e intereses del Estado. Ello conlleva a la producción de un peligro potencial sobre el patrimonio que para esta tipificación no se exige a cabalidad que se materialice.

1.4 El comportamiento típico del artículo 384° del Código Penal: 2° Párrafo

Este segundo párrafo va a mostrar una connotación adicional al primero: “defraudare patrimonialmente”. La narración es muy parecida a la anterior; sin embargo, el legislador ingresa aquí una palabra clave para entender el comportamiento típico que se exige y es “patrimonialmente”. Este término agregado al tipo penal requiere que el resultado de la inobservancia de deberes del funcionario público, sea el menoscabo en el patrimonio público –entendido como algo material o tangible-. Esta descripción del segundo párrafo es considerada un tipo agravado cuya perfección se genera con el perjuicio efectivo al

patrimonio; debido a este perjuicio material es que el nivel de reproche es mayor y por ende la pena aumenta.

1.5. La relación entre el 1° y 2° párrafo del 384 del Código Penal: opinión discrepante del Dr. Prado Saldarriaga

De la descripción realizada en los puntos anteriores, se deduce que la relación entre el primer y segundo párrafo es que, este último es la configuración agravada del primero en tanto agrega a la composición del delito la variable “patrimonialidad”.

En el comportamiento del segundo párrafo, se exige que el perjuicio al patrimonio del Estado sea real y efectivo, mientras que en el primero se sanciona la sola concertación. A pesar de que esta postura es la más aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, es relevante mostrar que existe una postura discrepante, la cual argumenta que la colusión agravada como un tipo penal, no exige la defraudación de un patrimonio entendida como algo material o valorizado en bienes o riqueza del Estado.

En la Casación 542-2017 de fecha 3 de mayo de 2019 el magistrado Prado Saldarriaga presenta una postura contradictoria a la relatada hasta este momento; el magistrado comienza su análisis; con señalando que el término defraudar semánticamente no es equivalente a “perjuicio”, “daño” o “menoscabo”. Asegura que en la evolución de la tipificación del tipo penal de colusión lo más importante ha sido el engaño al Estado producto de la concertación y no puede ser ese desarrollo equivalente a entender la existencia de un perjuicio económico material y concreto por la sola adhesión del término “patrimonialmente” al texto.

Concluye que la terminología “patrimonialmente” se refiere al efecto de frustrar la expectativa del Estado en la leal, idónea, diligente y satisfactoria representación de los intereses del Estado en cualquier proceso de negociación con terceros y donde el funcionario público representa a aquel (argumento noveno de la Casación), habiendo ello frustrado la expectativa estatal en un proceso de negociación de naturaleza patrimonial.

Señala el magistrado que no constituye una exigencia típica o probatoria que la defraudación que tal accionar conlleve un perjuicio económico o patrimonial material, cuantificable o específicamente determinado.

Respetamos la posición del magistrado y sus fundados argumentos, pero en este informe se asume la postura que refiere a identificar el término patrimonial como un bien material o tangible de pertenencia estatal; considerando el segundo párrafo como el tipo agravado de colusión.

IV. DESARROLLO DE LOS ASPECTOS PROCESALES

1. Aspectos probatorios del delito de Colusión

1.1. La prueba en el proceso penal y el derecho a probar

El proceso penal es el medio por el cual se aplican leyes sustanciales y procesales que determinan la culpabilidad y responsabilidad penal de una persona; pudiendo tener como resulta una sentencia absolutoria o una sentencia condenatoria.

En el primer caso –sentencia absolutoria- no se ha logrado probar la responsabilidad penal del investigado y tampoco se ha logrado generar convicción en el juez. En el segundo caso -sentencia condenatoria- los medios de prueba actuados en el proceso han logrado convicción en el justiciable, lo cual ha permitido el quiebre de uno de los principales principios del derecho penal: “la presunción de inocencia”. Esta brevísima narración, lleva al lector a preguntarse de qué depende obtener una sentencia absolutoria o condenatoria, cómo se logra convicción en el juez y cómo se rompe la presunción de inocencia.

La respuesta -que será explicada a continuación- es: “la prueba”. En la parte del juicio oral, se encuentran ante el juez dos partes procesales con posturas distintas y argumentos discrepantes; por un lado, el Ministerio Público, como titular de la acción penal tiene la función -en esta etapa del proceso- de acusar a los presuntos responsables del delito en cuestión, pero tal acusación no puede ser mera palabra, debe llevar consigo algún elemento material o legal que respalde su posición. Por el otro lado, la defensa técnica tiene una posición distinta a la del Ministerio Público y busca la absolución del representado; para ello, debe acreditar también que sus argumentos no son meras especulaciones, sino que tienen un respaldo probatorio. Como se aprecia, el juicio es en parte un enfrentamiento probatorio, aquello que se alega o niega debe ser probado, de lo contrario carece de sustento.

La prueba tiene un rol importante en el proceso penal, genera certeza sobre la verdad procesal discutida y puede quebrantar la presunción de inocencia; en ese sentido, al ser tan importante para la toma de decisiones judiciales sobre la culpabilidad de una persona y su posible restricción de libertad personal es que se genera un derecho a probar.

El carácter subjetivo de este derecho habilita al sujeto a hacer o dejar de hacer algo, dependiendo de su voluntad, la posibilidad de su ejercicio o defensa; en tal sentido el profesor Reynaldo Bustamante (1997) complementa que la naturaleza del derecho subjetivo del derecho a probar obliga al juez a admitir, actuar y valorar debidamente los medios probatorios ofrecidos por las partes procesales legitimadas (pp. 173). Ya que de lo contrario no se respetaría la garantía del debido proceso.

El derecho a probar es también fundamental para el ejercicio de la dignidad, libertad, igualdad y defensa de la persona. Como derecho, no tiene un carácter absoluto o ilimitado y su ofrecimiento, admisión y actuación se enmarcan en el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

En nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de prueba se define de diversas maneras, por ejemplo, el profesor Eugenio Florián (1998) afirma que la prueba guarda una estrecha relación con el desarrollo del juicio debido a que esta conduce a la determinación de los elementos necesarios del juicio ya que mediante la misma se podrá confirmar o desvirtuar una hipótesis presente en el proceso (pp.71)

Una explicación aún más completa y compleja, la ofrece el profesor Neyra Flores (2010) sosteniendo que la prueba representa una de las más altas garantías contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales y es que mediante el mérito suficiente y necesario – ya sea en su calidad de medio, elemento o actividad- forma en el Juez la certeza de haber alcanzado la verdad concreta producida en el proceso mediante la actuación de las pruebas y exposición de argumentos; solo mediante tal certeza se puede desvirtuar la presunción de inocencia” (pp.544)

De los últimos alcances del profesor Neyra se puede señalar que la prueba en el proceso penal se agrupa en 3 principales conceptos: 1) como actividad, método, proceso u operación encaminada a comprobar la exactitud de una proposición o afirmación de un hecho, 2) como evidencia, hallazgo, elemento o dato que al ser analizado concretamente permite fundar o motivar una decisión y 3) como resultado obtenido, aquello que se tiene por probado y valorado.

Nuestro Código Procesal Penal no recoge una definición expresa y cerrada de lo que es prueba; no obstante, aborda los 3 aspectos de prueba anteriormente mencionados: i) en el artículo 155° regula la prueba como una actividad que se realiza en observancia del principio de eventualidad y oportunidad, ii) el artículo 156° regula la prueba como evidencia que permite acreditar hechos en el proceso y debate, iii) el artículo 158° regula la prueba como el resultado obtenido en base a la observación, la lógica y demás.

Para el análisis exhaustivo del caso presentado al inicio de este informe, es necesario mencionar que existen cuatro términos primordiales al momento de hablar de prueba. Estos son: el objeto de prueba, la fuente de prueba, el medio de prueba y la valoración probatoria:

- a. **El objeto de prueba:** Es aquello que se va a probar o necesita ser probado; en ese sentido, es importante aclarar que aquello que debe ser probado no está constituido por los hechos -pues esos tuvieron lugar en un tiempo determinado que es parte del pasado- por el contrario, está constituido por las afirmaciones que las partes realizan en torno a los hechos materia de discusión; complementando ello el profesor Neyra

Flores (2010) hace hincapié en que será objeto de prueba aquello que se refiera a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medidas de seguridad, así como la responsabilidad civil ya que en torno a estos temas gira el proceso penal (pp.549).

- b. **La fuente de prueba:** Es el “origen” de los medios de prueba, en estricto serían todos aquellos hechos (en sentido jurídico amplio como objetos, acontecimientos y conductas) que se incorporarán al proceso penal a través de los diversos medios de prueba. Señala el profesor Reynaldo Bustamante (2001) que la fuente de prueba tiene una función determinante para el juez, ya que le permite comprender los hechos ubicando la participación de los investigados y sus actuaciones (pp.99)
- c. **El medio de prueba:** Es el instrumento utilizado por los sujetos procesales (la fiscalía, la defensa, el juez y los terceros legitimados) para incorporar al proceso fuentes de prueba. Son ejemplos típicos de medios de prueba: los documentos, la declaración de parte, la declaración de testigos, las inspecciones judiciales, los dictámenes periciales.
- d. **La valoración probatoria:** Es la interpretación y valoración de los medios de pruebas ofrecidos y actuados en juicio, resulta del trabajo mental del juez tras el contacto con los medios de prueba, mediante el cual asigna un valor y peso probatorio que le permitirán colegir un pronunciamiento en base a su convicción llamado sentencia.

1.2. La prueba indiciaria: fundamento y características en el delito de colusión

Al igual que el concepto de prueba no tiene una definición exacta en nuestro ordenamiento, la prueba indiciaria –llamada también prueba indirecta o periférica- tampoco tiene una definición única; el mayor desarrollo ha venido de la doctrina jurídica; en esa línea el profesor César San Martín (2015) señala que la prueba por indicios sirve para mostrar en juicio como sucedió un hecho no directamente probado, basándose en indicios concluyentes, periféricos o cercanos al hecho que se quiere acreditar; tales indicios están interrelacionados con el hecho principal y que como regla para lograr la consolidación de su fuerza probatoria no deben ser desvirtuados por otros contra indicios o coartadas” (pp.599)

Continuando con tal razonamiento el profesor Pablo Talavera (2009) señala que, en cualquier proceso penal, el acervo probatorio puede estar constituido por pruebas directas o indirectas; estas últimas, en particular van a probar hechos no constitutivos de delito o de la intervención de una persona, pero que a partir de ellos y su pluralidad es que se puede realizar una inferencia al hecho imputado en discusión (pp.137)

Al respecto el profesor Francesco Carnelutti (1947) señala que la prueba indirecta le muestra al juez un hecho diverso al hecho materia de discusión y por ello no basta la percepción de los medios de prueba, sino que debe integrarse la deducción - del hecho a probar respecto

al hecho percibido-; es decir que la actividad del juez se complejiza al requerir no solo la percepción sino también un razonamiento deductivo (pp. 62).

De lo citado se puede afirmar que la prueba indiciaria está destinada a lograr convicción en base a la pluralidad de medios indirectos que se encuentran concatenados al hecho base que es objeto de prueba. Este tipo de prueba requiere un trabajo especial por parte del que la ofrece como de quien la valora. Por quien lo ofrece, debe dejar en claro la conexión de estos medios de prueba con el objeto a probar, así también sustentar la vinculación de estos medios periféricos para que el juez pueda realizar la inferencia que permita generar convicción.

Por parte del juez quien valora la prueba, se debe analizar el conjunto de las pruebas indiciarias ofrecidas, entenderlas a cada una de manera vinculada y en relación a los hechos base, hechos imputados y hechos diversos del caso, hacer una inferencia o deducción que permita generar convicción; solo mediante un análisis en conjunto, considerando leyes científicas, reglas de la lógica, máximas de la experiencia y métodos de deducción o inferencia es que se puede hablar de una correcta valoración de la prueba indiciaria.

A nivel normativo, el Código Procesal Penal en el artículo 158° señala de manera más general que la prueba por indicios requiere que: a) el indicio esté probado; b) la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten conraindicios consistentes.

Por su lado la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 1-2006-ESV-22 / R.N. N. 1912-2005-Piura del 06-09-2005, en su fundamento cuarto ha establecido las pautas o criterios de valoración de la prueba por indicios: a) Que, el hecho base ha de estar plenamente probado, por los diversos medios de prueba que autoriza la ley; b) Deben ser plurales o excepcionalmente únicos, pero de singular fuerza acreditativa; c) También deben ser concomitantes con el hecho de que se trata de probar; y, d) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no solo se trata de suministrar indicios, sino que estos estén imbricados entre sí-.

Ahora bien, la prueba indiciaria se rige por los mismos requisitos de la prueba en general al momento de ser admitidas, debiendo acreditar su pertinencia, conducencia, utilidad y licitud; pero como la particularidad de que se realiza un razonamiento inferencial. Ampliamente el profesor Cesar San Martin Castro (2015, pp.600) ha desarrollado el complejo tema de la prueba indiciaria; en ese sentido propone dos fases del razonamiento indiciario.

La primera fase parte de la recopilación de información que va a constituir la base del razonamiento judicial, deben ser aquellas fuentes de prueba que tienen virtualidad y posibilidad de acreditar otro hecho con el que están relacionados; a partir de ello, el juez debe

determinar la existencia o inexistencia de suficiencia probatoria de cargo practicada con respeto a todas las garantías procesales – como es la validez de las pruebas obtenidas y actuadas.

Asimismo, para que la prueba indiciaria tenga eficacia probatoria debe seguir los siguientes requisitos: i) los indicios, hechos base o hecho indiciante deben ser colaterales al hecho imputado necesario de probar, para que permiten llegar al conocimiento de la realidad tipificada por parte del Juez; ii) es importante la pluralidad de indicios, ya que tomados en su conjunto debería conducir a una misma conclusión inculpatoria - “cadena de indicios” o “univocidad de los indicios” -; iii) por último, cada indicio debe estar relacionado con los hechos -deben ser coincidentes- y con ellos puedan apoyar la conclusión judicial.

La segunda fase refiere al momento de alcanzar una conclusión sobre la base del material probatorio disponible. Para obtener una conclusión coherente y fuerte, deben seguirse las siguientes reglas: i) entre los medios de prueba y la conclusión judicial debe existir una máxima experiencia - asentada en conocimientos científicos o generales- que explique la conclusión derivada de la prueba practicada; ii) no deben existir máximas de experiencia aplicables y fundadas que gocen de un mismo grado de probabilidad que la utilizada en la conclusión; iii) la conclusión no debe tener contradicciones con otros hechos declarados probados; así como tampoco debe existir otro hecho que tenga la fuerza suficiente como para derrotar la conclusión judicial arribada. (pp.600)

De este desarrollo se sostiene que la prueba indiciaria, parte principalmente del hecho base el cual se debe acreditar puesto que guarda relación concatenada con los hechos materia de discusión en el caso, a partir de ello se debe orientar, organizar y acopiar información que tras la inferencia se construirá la prueba indiciaria; cumpliendo así sus requisitos de validez, concomitancia, convergencia y pluralidad; lo que implica que las mismas no se contradigan, de lo contrario no se consolidará la prueba indiciaria..

Desde una vista internacional, la Corte Americana de Derechos Humanos en el caso Blake vs Guatemala (1998) –Fundamento 47 - señala que “en ejercicio de su función jurisdiccional, tratándose de la obtención y la valoración de las pruebas necesarias para la decisión de los casos, en determinadas circunstancias, se puede utilizar tanto las pruebas circunstanciales como los indicios o las presunciones como base de sus pronunciamientos, cuando de aquéllas puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos”. Es entonces irrefutable la importancia y utilidad de la prueba indiciaria en la búsqueda de justicia, sobre todo en casos complejos como los delitos contra la administración - en específico- el delito de colusión.

1.3. La valoración de la prueba por indicios y el estándar probatorio para la acreditación de la concertación colusoria y el comportamiento típico del art. 384 segundo párrafo

Como se ha desarrollado anteriormente el delito de colusión es uno de carácter complejo entre sus principales características a demostrar tenemos: i) la intervención directa o indirecta en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación, ii) la concertación con los interesados y iii) la defraudación al Estado.

La valoración probatoria entonces es igualmente compleja y desafía la función del juez para llegar a la convicción mediante inferencias o absolver por insuficiencia probatoria. La prueba indiciaria es común en los delitos de colusión, la doctrina jurisprudencial ha manifestado diversos lineamientos que ayudan al juez a ubicar las irregularidades en el proceso contractual y realizar inferencias lógicas en base a indicios; en esa línea, la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 1722-2016/Del Santa - fundamento Octavo señala que la prueba directa es escasa en los delitos de colusión, por ello “la concertación, ante la ausencia de prueba directa –testigos presenciales o documentos que consignen la existencia de reuniones, y acuerdos indebidos–, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria. Siendo considerado indicios fuertes, los siguientes:

- 1) Si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes –verbigracia: celeridad inusitada, inexistencia de bases, etcétera–;
- 2) Si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad; y,
- 3) Si los precios ofertados –y aceptados– fueron sobrevalorados, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado.

De la misma forma es importante mencionar que la valoración probatoria y las inferencias por indicios se realizan con mención a las máximas de experiencia, al respecto el profesor Calamandrei (1961) las define como ideas “extraídas de su patrimonio intelectual -del juez- y de la conciencia pública” (pp.381). que podrían ser aplicados en diversos casos por el criterio del juez. Este sería entonces un conjunto de juicios fundados o creados en base de la experiencia particular del juez y de su observación detenida de casos reiterativos.

Se concluye que la asimilación y percepción por parte del juez de un caso, junto a la independencia del objeto probatorio percibido va a generar una máxima de experiencia que a su vez genera una presunción o preferencia de su relevancia en el análisis probatorio que tendrá un rol importante en la fase interna de la valoración y motivación judicial. La máxima

de experiencia, al ser resultado de la percepción de juez, puede ser variable en razón del tiempo y de la propia experiencia del juez.

En nuestro ordenamiento jurídico se utiliza a nivel judicial la libre valoración de la prueba y la íntima convicción del juez, para establecer que existe responsabilidad penal que no genera duda y enerva la presunción de inocencia. Esto es conocido como estándares probatorios subjetivos, y es que dependen íntimamente del juez que evalúa el caso. La contracara de estos estándares son los de tipo objetivo; en ese sentido el profesor Nieva Fenoll (2013) señala que el “estándar probatorio de condena” alude a la necesidad de acreditar que la acusación – logrando convicción judicial- va más allá de toda duda razonable; esto se traduce en ser la adecuada aplicación del principio de presunción de inocencia en un caso, elevando las exigencias argumentativas, por cuanto que, ante la duda, el juez debe absolver.” (pp.62-72).

A nivel normativo, nuestro Código Procesal Penal no regula de manera objetiva y expresa el estándar probatorio. No obstante, algunos artículos de tal cuerpo normativo hacen referencia indirecta de la siguiente manera:

En el artículo II del Título Preliminar referente a la presunción de inocencia contiene un mandato al señalar que solo la suficiencia probatoria de cargo obtenida y actuada con las debidas garantías procesales puede romper la inocencia del imputado y declarar su responsabilidad mediante una sentencia firme y motivada. Asimismo, el numeral 3 del artículo 394° del CPP establece que la sentencia debe tener una motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias materia de discusión, si estas han llegado a ser probadas o no, e indicar el razonamiento judicial que justifica su valoración probatoria.

Finalmente, el artículo 398° del CPP -referida a la sentencia absolutoria- señala que, en caso de prevalecer una duda sobre la responsabilidad del imputado, se declarará su absolución ya que los medios probatorios ofrecidos no han sido suficientes para establecer la culpabilidad del imputado.

Como se puede concluir de las normas citadas, el Código establece tres criterios básicos: la presunción de inocencia, la suficiencia probatoria y la duda. No obstante, estos lineamientos son insuficientes para el juez al momento de sentenciar, ya que no le otorga herramientas suficientes para calificar su convicción.

Por su lado, la Corte Suprema, en la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, ha establecido con el carácter de vinculante que el estándar o grado de convicción es distinto en las diferentes etapas del proceso, siendo que al momento de condenar requiere elementos de prueba más allá de toda duda razonable. Este pronunciamiento muestra que el alto tribunal ha optado por la libre valoración y personal convicción del juez – estándar probatorio

subjetivo- lo cual trae un problema de control intersubjetivo de la decisión judicial y discrecionalidad judicial.

El profesor Jordi Ferrer señala al respecto, que no se puede hablar de estándares probatorios si se apela a la íntima convicción o a la duda en general, puesto que ello no establece un umbral o un estándar definido en sentido estricto (Jordi Ferrer, 2018, 13m50s).

Por el contrario, propone el profesor, un estándar probatorio cuyos requisitos metodológicos permitan considerarlo uno de carácter objetivo; para ello menciona que se deben cumplir 4 requisitos: i) apelar a criterios sobre la relación justificativa entre el acervo probatorio y la conclusión alcanzada – relación inductiva entre las pruebas y la conclusión- ii) establecer un umbral de suficiencia probatoria – no desde la sana crítica o la lógico- en base a motivación e inferencias comprobables, iii) para establecer el umbral no se puede usar una métrica de probabilidad matemática y iv) los estándares probatorios deben ser fijados de acuerdo a las etapas del proceso , ordenado en una exigencia progresiva (Jordi Ferrer, 2018,19m20s).

Finalmente el profesor Ferrer señala 6 propuestas que cumplen las exigencias metodológicas previamente explicadas; estos 6 estándares de pruebas van de mayor a menor exigencias siendo que el más estricto, aquel que exige que a) La hipótesis deba ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y b) deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas – no solo de la defensa- de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado. (Jordi Ferrer, 2018,43m01s).

Por otro lado, la propuesta de estándar menos exigente solo requiere que la hipótesis ofrezca una mejor explicación de los hechos -cuya ocurrencia se trata de probar- que la hipótesis de la parte contraria.

Como se ha venido explicando, el delito de colusión es uno de carácter complejo, cuya modalidad de acción tiende a afinarse con el paso del tiempo. Los estándares probatorios deben ser aplicados siguiendo lineamientos objetivos y metodológicos – como indica el profesor Ferrer- y considerados la dificultad del caso en particular. Para el delito de colusión, la postura personal que se acoge en este informe es que el estándar probatorio – además de cumplir requisitos metodológicos-debe ser que i) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y que además ii) debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa.- segunda propuesta de estándares de profesor Ferrer-. Con todas las herramientas conceptuales mencionadas, procedemos con el análisis de la Casación.

V. ANÁLISIS DEL CASO DE LA CASACIÓN Y EL CASO CONCRETO

Comenzando por la naturaleza de la Casación materia de análisis, podemos concluir que en base al auto de calificación es una de tipo procesal y excepcional que además forma parte de la doctrina jurisprudencial; es procesal porque la Corte Suprema determinó que la materia de discusión versa en aspectos procesales relevantes como los requisitos de la prueba indiciaria, el contradictorio – en igualdad de armas y respeto al derecho de defensa- y la posible obligación del Fiscal en indicar expresamente que postulará prueba por indicios para probar los cargos.

La Casación es excepcional por cuanto en el auto de calificación la Corte Suprema al analizar las causales y argumentación de la Fiscalía, evidenció que se invocó el acceso excepcional amparándose en el artículo 427° numeral 4, del Código Procesal Penal, argumentando que era menester determinar si el fiscal estaba obligado en postular prueba indiciaria, de manera que su incumplimiento significaría la no valoración de las pruebas.

Si bien el acceso excepcional al recurso de casación es discrecional, La Corte Suprema señaló que la fiscalía cumplió con presentar un problema legal de carácter general y que sirve para afianzar una concreta línea jurisprudencial – desarrollando así la doctrina jurisprudencial. A raíz de ello es que se declara bien concedido el recurso de casación.

Ahora bien, procederemos a analizar si la Casación ha cumplido con los objetivos planteados en el auto de calificación fue admitida con dos propósitos y, si el pronunciamiento se mantuvo dentro de sus funciones como Corte Suprema.

1. Referente a la obligación fiscal de postular expresamente la prueba por indicios

La Corte Suprema sostiene que en atención a la forma cómo se planteó la acusación, era evidente que la estrategia procesal de la Fiscalía estaba en función a la prueba por indicios; por ello, a pesar de no manifestar expresamente su utilización, era de conocimiento de todas las partes que los hechos a probar girarían en torno a indicios.

Señala además que, ante la falta de prueba directa, -que serían en este caso de colusión agravada, las grabaciones de la concertación o documentos que demuestren el pacto colusorio que defraudan patrimonialmente al Estado- el fiscal debe constituir la prueba del delito en base a indicios - hechos auxiliares y/o circundantes al hecho principal- y ello no supone un tipo de defensa especial, puesto que las inferencias y el razonamiento probatorio lo realiza el juez.

En este punto, el razonamiento de la Corte es de recibo, el uso de la prueba indiciaria en el proceso por colusión no impedía a la defensa conocer el material probatorio o alegar sobre ella; en consecuencia, no vulneraba su derecho de defensa; por ello, no es necesario que el

fiscal postule expresamente que utilizará prueba indiciaria, en el proceso se dieron todas las condiciones para ejercer un eficiente defensa por parte del imputado.

2. Referente a la no valoración de pruebas por no haber postulado de manera expresa la prueba por indicios

El razonamiento de la Corte señala que la prueba por indicios no tiene como requisito legal: “que se indique de manera expresa su postulación para probar los cargos”; además en caso de no indicar tal postulación, ello solo perjudica a quien incurrió en tal defecto, más no a la contraparte. Será el juez en su motivación quien deba cumplir con realizar las inferencias - mediante la aplicación de leyes lógicas o científicas y máximas de la experiencia - que conecten el hecho auxiliar al hecho principal y con ello justificar el fallo.

Debido a que la admisión y actuación de las pruebas indiciarias ha seguido el proceso regular y sin vulnerar los derechos fundamentales de la persona, no hay razón para no valorarlas. Como se ha indicado previamente, la prueba por indicios tiene los mismos requisitos de admisión que una prueba directa, solo que va a conllevar un esfuerzo mayor por parte del juez al momento de valorarlas. En este punto, la Corte realiza un correcto análisis al separar la prueba indiciaria como medio de prueba que actúa en el proceso y por otro lado, como valoración probatoria que tiene como principal personaje al juez y todas las herramientas de interpretación y argumentativas que utilice – lógica, máximas de experiencia, presunción de inocencia y demás-.

3. Referente a si la Corte mantuvo su pronunciamiento dentro de sus funciones y fines casacionales

Partiendo del auto de calificación, este señaló como fines del recurso establecer doctrina jurisprudencial sobre dos supuestos referentes a la prueba indiciaria: su expresión taxativa en la acusación y su cuestionamiento en la valoración al no haber sido postulada expresamente. No obstante, la Corte va más allá de estos fines y en su fundamento Primero – analizando materialmente la acusación fiscal- señala que la imputación realizada por la fiscalía detalló los hechos objeto de debate, el tipo delictivo y fundamentó los cargos desde el análisis de los medios de prueba recopilados en la investigación preparatoria, ello le permite señalar que la fiscalía cumplió con el principio de imputación necesaria y con ello el de defensa del imputado. De igual manera sigue su análisis material centrándose ahora en su fundamento Quinto, en la valoración probatoria realizada por los jueces de primera y segunda instancia.

En este extremo señala que la sentencia de primera instancia realizó una correcta valoración indiciaria, fijando los hechos auxiliares acreditados, los roles de los imputados y las

inferencias que indican culpabilidad. Por otro lado, con referencia a la segunda instancia señala que el Tribunal Superior analizó de manera incorrecta el material probatorio y concluyó indebidamente que faltaban pruebas para acreditar el pacto colusorio.

Este pronunciamiento excede las funciones y fines de la presente casación; según el profesor Asencio Mellado (2013) la casación no tiene por qué ser una tercera instancia, es cierto que en materia penal la íntima relación entre hecho y derecho que enerva la presunción de inocencia puede obligar al Tribunal a analizar elementos materiales pero solo cuando se busca la protección del litigante debido a una vulneración a sus derechos; por el contrario, cuando la finalidad sea general como plantear doctrina o analizar un tema desde la vista general, no será necesario este análisis material (pp.10).

En esa línea de entendimiento, nuestro Código Procesal Penal en el artículo 433° numeral 2 indica que la Corte puede manifestarse sobre el fondo en los casos que opte por la anulación sin reenvío- supuesto en el que este caso no se encuentra- y es que la naturaleza de la casación, no es ser una tercera instancia, ya que no hay una audiencia como tal que permita una tercera valoración de prueba o incentive el debate por hechos relacionados con el delito y la culpabilidad del imputado. La casación, en palabras del profesor Carlos Glave. (2012) tiene una función nomofiláctica, es decir que busca resguardar y fortalecer la única y correcta aplicación de la ley (pp.108) no siendo con ello compatible que se realice un reexamen de los hechos y pruebas en sede casacional.

En este extremo la Corte ha excedido sus funciones y fines establecidos en su auto de calificación, ha entrado a valorar las pruebas señalando que existen hechos auxiliares acreditados, roles establecidos e inferencias que indican responsabilidad penal. Posición que además de exceder su finalidad, es incorrecta porque de la evaluación de los argumentos del juez de primera instancia se encontraron 5 deficiencias en la valoración, motivación y estándares probatorios que no consolidan la prueba indiciaria y por ende no permiten atribuir responsabilidad penal; estas se explican a continuación teniendo como referencia los elementos del tipo penal y los medios probatorios actuados en el caso:

- a. Referente a la intervención de los imputados: El juzgado dice haber acreditado la participación de los imputados en la obra a partir de la compilación de resoluciones de alcaldía y actas de entrega de terreno, inicio de obra, culminación de obra y de recepción de la obra, resulta de una inferencia simple que la firmas de los imputados en las actas indica su participación en la obra; no obstante, respecto de Ilario Risco Orbezo -alcalde- su firma solo aparece en la Resolución de creación de la obra y la de liquidación técnico-financiera , siendo que en la primera ni siquiera se había elegido al contratista por ende no hablamos de intervención – en tanto no había comenzado la ejecución- momento en el que ocurre la colusión según la versión de la fiscalía- y la

segunda resolución es la mera aprobación de documentación, lo cual es una actividad regular dentro de las contrataciones y que está incluso regulada en el artículo 179° del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado. Se concluye entonces que hemos acreditado la intervención en la ejecución de la obra de Cesar Raúl Changa Campos, Carlos Mariano Ascón Valdivia, Rafael Alegria Silva, Américo Victoriano Alvarado y Sixto Feliciano Blácido, mas no la intervención de Ilario Risco Orbegozo

- b. Referente a la concertación: El juez señala que las irregularidades son muestra de un acuerdo y solo se basta con mencionar los argumentos de la fiscalía para motivar este elemento del delito. Es totalmente deficiente este argumento judicial, de los 7 hechos bases mencionados previamente no se desprende de una inferencia lógica que haya existido un pacto, tampoco se desprende en qué momento se realizó esta concertación y mucho menos cual fue la función de los imputados en tal pacto colusorio. No evidenciamos porque la Corte Suprema señala que en este extremo el juez de primera instancia realizó inferencias lógicas que sustenta culpabilidad. El juez de primera instancia tampoco advierte que los medios probatorios que utiliza para consolidar sus hechos bases son defectuosos como que el perito ingeniero civil - quien realiza el peritaje sobre la obra para saber si está cumple las especificaciones del expediente técnico-, es una persona sentenciada por cohecho pasivo propio – clara desacreditación del perito-; tampoco advierte que la constatación judicial que presenta la fiscalía está elaborada por un Juez de Paz que de acuerdo al artículo 17 de la Ley de Justicia de Paz (Ley N.º 29824) no tiene permitido realizar una constatación de este tipo. Asimismo, no advierte que el peritaje contable hace referencia a 6,500.00 soles otorgados a personas que no están dentro del proceso pero que han recibido dinero sin mediar justificación ni sustento. Siendo esta una hipótesis que se queda sin explicar ni considerar dentro del razonamiento judicial. Las diversas teorías que se desprenden de los medios probatorios y la defectuosidad de algunos no permiten consolidar la prueba indiciaria con referencia a la concertación
- c. Referente a la defraudación patrimonial: La sentencia de primera instancia no ha referido cual ha sido el menoscabo en el patrimonio estatal realizado solo ha argumentado que el contratista recibió 170.015.51 soles por una obra incompleta; no obstante, esta afirmación es falsa, ya que de acuerdo a los medios probatorios, el contratista solo ha recibido 146,893.40 soles y 6.120.56 soles por la detracción⁵, que sumando se obtiene el monto a favor de 153,013.96 soles, y es que existe un concepto de garantía ascendiente a 17,001.55 soles que fueron entregados por el contratista a la Municipalidad al inicio de la obra y que aún no había sido devuelto. La fiscalía en ningún

⁵ De acuerdo a los comprobantes de pago N° 902 y 903 de fecha 18 de diciembre de 2014

momento se pronunció sobre la garantía y mucho menos lo hizo la sentencia de primera instancia. Concluir que se pagó de manera completa por una obra inconclusa es inexacto ya que no se observa del análisis de las pruebas que haya existido este pago completo. Asimismo, la pericia realizada a la obra tiene los defectos de acreditación del perito ya mencionado anteriormente, no pudiendo concluir de manera precisa que la obra estaba inconclusa.

- d. Referente al título de imputación: La fiscalía acusa a los investigados-funcionarios bajo la autoría directa y al contratista por ser cómplice primario; es decir que la fiscalía está utilizando la teoría de la infracción del deber, en ese sentido tuvo que señalar cual había sido ese deber infringido por los funcionarios, así también el juez al condenar como autores a los investigados debió argumentar en su motivación que deber se infringió y como lo hizo, hechos que no sucedieron ni en la acusación fiscal, ni en la sentencia de primera instancia.
- e. Referente al estándar probatorio utilizado: Como explicamos páginas atrás en el Perú seguimos las bases del misticismo del juez al momento de llegar a la convicción que son los estándares probatorios subjetivos. La Corte señaló que el juez de Primera Instancia había fijado los hechos auxiliares acreditados, los roles de los imputados y las inferencias que indican culpabilidad; sin embargo, no se desprende ello del análisis realizado líneas previas. Entonces, si la sentencia de primera instancia hubiera –a criterio de la Corte- demostrado la culpabilidad de los investigados, la pregunta es cómo llegó a tal convicción. El estándar probatorio subjetivo tiene una gran dificultad para el control interinstitucional, por ello es que los estándares probatorios objetivos presentan una metodología que reduce la discrecionalidad. Para estos estándares, el razonamiento judicial debe contener ciertas características, en el delito de colusión el estándar probatorio – siguiendo la clasificación del profesor Ferrer- debe ser aquel que obliga a que la hipótesis final sea la explicación completa de todos los medios probatorios actuados y que además sea una hipótesis mejor que la contraparte. En base a este estándar, la sentencia de primera instancia no llegó a explicar diversos datos - como el monto de 6500 soles – lo cual significa que no tenía una hipótesis completa en relación a los medios de prueba y tampoco era una hipótesis relativamente mejor a la defensa.

En conclusión, la casación ha cumplido con establecer los puntos materia de recurso, pero ha sobrepasado sus fines al evaluar indebidamente el aspecto material del caso y la valoración probatoria de los jueces inferiores. No resulta del análisis realizado que la fiscalía haya podido acreditar la responsabilidad penal de los imputados, así como tampoco el juez de primera instancia.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. Abanto, M. (2001). Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Primera Edición. Lima, Perú. Palestra editores
2. Abanto, M. (2003) Los delitos contra la administración pública en el Código Penal. Segunda edición. Lima, Perú. Palestra editores
3. Asencio, J. (2013) Márquez, I. (2016). El recurso de Casación. Anuario Alerta Informativa, Lima, Perú. Recuperado 3 de diciembre de 2021 [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4B1C4B9BF15EBA6205257BBE0063CABC/\\$FILE/Anuario_Alerta_Informativa_2013.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4B1C4B9BF15EBA6205257BBE0063CABC/$FILE/Anuario_Alerta_Informativa_2013.pdf)
4. Bustamante, R. (1997). El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. Revista de la Asociación IUS ET VERITAS, ISSN 1995-2929, N°. 14, pp. 171-185. Recuperado 2 de diciembre de 2021. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15713/16149/0>
5. Carnelutti, F. (1947) La prueba civil. Ediciones Olejnik, traducción de la 2da ed. Italiana, la prova civile, de Niceto Alcalá Zamora y Castillo; Roma, Italia. Impreso en Argentina 2018
6. Castillo, J. (2017). El delito de colusión. 1° edición. Lima, Perú. Pacífico Editores.
7. Castillo, J. y García, P. (2008). El delito de colusión. Lima, Perú. Editora jurídica Grijley.
8. Ferrer, J. [Cátedra de cultura jurídica]. (21 de junio de 2018). Jordi Ferrer: Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. [Archivo de Vídeo]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=wiNMJEG2dhU>
9. Florián, E. (1998). De las Pruebas Penales. Tomo I de la Prueba en General. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
10. Glave, C. (2012). El Recurso de Casación en el Perú. Derecho & Sociedad, (N°38), pp.103-110. Recuperado 3 de diciembre de 2021 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13107>
11. Gómez, V. (2006). Los delitos especiales. Buenos Aires, Argentina. B de F/ Euros Editores.
12. Guimaray, E. (2011). La tipificación penal del delito de colusión. Boletín Anticorrupción, N° 7. Recuperado 1 de diciembre de 2021, de http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre_2011_n07.pdf

13. Guimaray, E. y Rodríguez, J. (2015) Colusión por Comisión por Omisión: El caso de los alcaldes y los presidentes regionales. Recuperado 1 de diciembre de 2021, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15664/16101/>
14. Iberico, Luis (2016) La impugnación en el proceso penal. Lima: Instituto Pacífico.
15. Jakobs, G. (1997). La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión. En: Estudios de derecho penal. Madrid: España. Editorial Civitas.
16. Neyra, J. (2010) "Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral" Idemsa. Lima, Perú.
17. Nieva, J. (2013) La duda en el proceso penal. Marcial Pons, Madrid, España.
18. Rojas, F. (2007). Delitos contra la administración pública. Cuarta edición. Lima, Perú. Editorial Grijley.
19. Roxin, Claus. (2000). Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Barcelona: Marcial Pons.
20. Salinas, R. (2019). Delitos contra la Administración Pública. 5ª edición. Lima, Perú. Editora jurídica Grijley.
21. Salinas, R. (2014). Delitos contra la Administración Pública. 3era edición. Lima, Perú: Grijley.
22. Salinas, R. (2018). Lineamientos y peculiaridades: El delito de colusión en el sistema penal peruano, En "Jurídica" Suplemento del Diario Oficial El Peruano, Año 11. Recuperado 1 de diciembre de 2021, de <https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/682/web/index.html>
23. San Martín, C (2015) "Derecho Procesal Penal Lecciones". Primera Edición. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias penales, Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Lima. Perú
24. San Martín, César (2015) Derecho procesal penal. Lecciones. Lima: INPECCP, CENALES.
25. Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. Lima, Perú. Derecho PUCP, n.º 81