



**ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO**

EL PROBLEMA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA, PARA  
COMPROBAR LA INCONDUCTA FUNCIONAL EN EL DELITO DE COLUSIÓN

**Línea de investigación:**

**Procesos jurídicos y resolución de conflictos**

Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Penal

**Autor**

Moreno Urco, William Michael

**Asesora**

Sánchez Sánchez, Rosa Marlene

ORCID: 0000-0002-3434-3293

**Jurado**

Jiménez Herrera, Juan Carlos

Gonzales Loli, Martha Rocío

Vigil Farias, José

**Lima - Perú**

**2024**



## Reporte de Análisis de Similitud

Archivo:

1A MORENO URCO WILLIAM MICHAEL MAESTRÍA 2023.docx

Fecha del Análisis:

7/03/2023

Analizado por:

Astete Llerena, Johnny Tomas

Correo del analista: [jastete@unfv.edu.pe](mailto:jastete@unfv.edu.pe)

jastete@unfv.edu.pe

Porcentaje:

16 %

Título:

## EL PROBLEMA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA, PARA COMPROBAR LA INCONDUCTA FUNCIONAL EN EL DELITO DE COLUSIÓN

Enlace:

[illegible]

DRA. MIRIAM LILIANA FLORES CORONADO  
JEFE DE GRADOS Y GESTIÓN DEL EGRESADO



ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

EL PROBLEMA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA, PARA  
COMPROBAR LA INCONDUCTA FUNCIONAL EN EL DELITO DE COLUSIÓN

Línea de Investigación:

Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Penal

Autor:

Moreno Urco, William Michael

Asesor(A):

Sánchez Sánchez, Rosa Marlene

ORCID: 0000-0002-3434-3293

Jurado:

Jiménez Herrera, Juan Carlos

Gonzales Loli, Martha Roció

Vigil Farias, José

Lima – Perú

2024

## ÍNDICE

|                                                                         |      |
|-------------------------------------------------------------------------|------|
| Resumen.....                                                            | vii  |
| Abstract.....                                                           | viii |
| I. INTRODUCCIÓN.....                                                    | 1    |
| 1.1. Planteamiento del problema.....                                    | 2    |
| 1.2. Descripción del problema. ....                                     | 3    |
| 1.3 Formulación del problema: .....                                     | 6    |
| 1.3.1 Problema general: .....                                           | 6    |
| 1.3.2 Problemas específicos:.....                                       | 6    |
| 1.4 Antecedentes. ....                                                  | 6    |
| 1.5. Justificación de la investigación. ....                            | 11   |
| 1.6. Limitaciones de la investigación.....                              | 11   |
| 1.7. Objetivos:.....                                                    | 11   |
| 1.7.1. Objetivo general.....                                            | 11   |
| 1.7.2. Objetivos específicos. ....                                      | 11   |
| 1.8. Hipótesis. ....                                                    | 12   |
| 1.8.1. Hipótesis general: .....                                         | 12   |
| 1.8.2. Hipótesis específica: .....                                      | 12   |
| II. MARCO TEÓRICO.....                                                  | 13   |
| 2.1. El rol de los funcionarios públicos en el Perú.....                | 13   |
| 2.2. La carrera administrativa en el país. ....                         | 14   |
| 2.3. Delitos del funcionario público en la adquisición del Estado:..... | 16   |
| 2.4. Percepción de la corrupción en los gastos del Estado Peruano ..... | 21   |
| 2.5. La política criminal del delito de colusión ilegal.....            | 27   |

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.6. Irregularidad e ilegalidad: límites que se encuentran para delimitar el delito de colusión. | 31  |
| 2.7. El sujeto activo.....                                                                       | 32  |
| 2.8. Sujeto pasivo.....                                                                          | 37  |
| 2.9. Consumación del delito de colusión .....                                                    | 37  |
| 2.10. Jurisprudencia del delito de colusión .....                                                | 38  |
| 2.12. El derecho a la prueba.....                                                                | 41  |
| 2.13. Alcances al derecho de prueba.....                                                         | 43  |
| 2.14. Límites al derecho de prueba. ....                                                         | 54  |
| 2.15. La legitimidad de la prueba.....                                                           | 57  |
| 2.16. La Valoración de la Prueba.....                                                            | 59  |
| 2.17. Las reglas o máximas de la experiencia:.....                                               | 66  |
| 2.18. El examen de conjunto o global de los resultados probatorios.....                          | 77  |
| 2.19. La exposición de los resultados obtenidos y los criterios adoptados.....                   | 79  |
| 2.20. Reglas o pautas específicas de valoración. ....                                            | 81  |
| 2.21. La confesión del acusado.....                                                              | 82  |
| 2.22. La declaración del imputado.....                                                           | 84  |
| 2.23 Los arrepentidos o colaboradores. ....                                                      | 94  |
| 2.24. La prueba por indicios .....                                                               | 98  |
| 2.25 Características de la prueba indiciaria. ....                                               | 99  |
| 2.27. Clasificación de los indicios. ....                                                        | 103 |
| 2.28. Criterios para evaluar la calidad de los indicios contingentes. ....                       | 105 |
| 2.29. La prueba por indicio en la jurisprudencia nacional.....                                   | 106 |
| 2.30. Valoración de la Prueba Indiciaria:.....                                                   | 108 |
| 2.31. Valoración de la prueba indiciaria en el delito de colusión desleal:.....                  | 109 |

|                                                   |     |
|---------------------------------------------------|-----|
| 2.32. Jurisprudencia de la prueba indiciaria..... | 113 |
| III. MÉTODO .....                                 | 119 |
| 3.1 Tipo de Investigación.....                    | 119 |
| 3.2 Población y muestra.....                      | 120 |
| 3.3. Operacionalización de las Variables.....     | 121 |
| 3.4. Instrumentos.....                            | 121 |
| 3.5. Procedimientos.....                          | 122 |
| 3.6. Análisis de datos .....                      | 122 |
| IV. RESULTADOS .....                              | 123 |
| V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS .....                  | 129 |
| VI. CONCLUSIONES .....                            | 133 |
| VII. RECOMENDACIONES .....                        | 135 |
| VIII. REFERENCIA .....                            | 137 |
| IX. ANEXOS .....                                  | 140 |
| Anexo A. Cuestionario.....                        | 140 |
| Anexo B. Matriz de Consistencia .....             | 143 |

## INDICE DE TABLAS

|                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Tabla 1 Operacionalización de variables .....                                           | 121 |
| Tabla 2 Resultado de la encuesta .....                                                  | 123 |
| Tabla 3 Resultado de la encuesta constituye la carga de la muestra .....                | 124 |
| Tabla 4 Resultado de la encuesta, Existe metodología de valorar la prueba .....         | 125 |
| Tabla 5 Resultado de la encuesta, existe metodología de la valoración de la prueba..... | 126 |
| Tabla 6 Existe limitaciones para obtener material probatorio .....                      | 127 |

## Resumen

El presente trabajo de investigación tiene como **objetivo:** Describir la valoración de la prueba indiciaria, asumiendo que no se vulnere los derechos constitucionales en la tipificación del delito colusión. La carga de la prueba es importante en el que hacer jurídico del proceso penal al impartir justicia al resolver los conflictos de intereses entre el Estado, debido que los funcionarios públicos investigados y procesados de los diferentes hechos delictivos cometidos en cumplimiento de su deber como se configura en el delito de colusión. El método de investigación se ha aplicado el método analítico comparativo descriptivo, nivel de investigación descriptivo explicativo para fundamentar las causas que general el problema de investigación, asimismo se utilizó encuestas y cuestionarios a cincuenta operadores del derecho y se tiene como resultado: de los encuestados es del 80% se utiliza los indicios para iniciar la investigación del hecho delictivo y 20% de los encuestados se refiere a otros medios de prueba (testimonial, documental y de los colaboradores eficaces). Se ha llegado a las siguientes **conclusiones:** 1. Las investigaciones realizadas por el Ministerio Público debe estar orientada a la demostración del hecho delictivo del delito de colusión, subsumido en el verbo rector de concertar o reuniones ilegales con la finalidad de afectar el patrimonio del Estado o la defraudación. 2, La acusación fiscal mediante la inferencia lógica de la prueba indiciaria, muchas veces transgreden el principio de legalidad, al ser valorado por la máxima experiencia y la sana crítica.

**Palabras claves:** Valoración, Indicio, Prueba, Inconducta funcional.

## **Abstract**

The objective of this research work is to: Describe the assessment of the circumstantial evidence, assuming that constitutional rights are not violated in the classification of the crime of collusion. The burden of proof is important in making the criminal process legal when dispensing justice by resolving conflicts of interest between the State, because public officials investigate and prosecute the different criminal acts committed in the performance of their duty as configured. in the crime of collusion. The research method has been applied the descriptive comparative analytical method, level of descriptive explanatory research to substantiate the causes that generate the research problem, surveys and questionnaires were also used with fifty legal operators and the result is: of the respondents it is Of 80%, evidence is used to begin the investigation of the criminal act and 20% of those surveyed refer to other means of proof (testimonial, documentary and effective collaborators). The following conclusions have been reached: 1. The investigations carried out by the Public Ministry must be aimed at demonstrating the criminal act of collusion, subsumed in the governing verb of arranging or illegal meetings with the purpose of affecting the assets of the State. or fraud. 2, The tax accusation through the logical inference of the circumstantial evidence, many times transgress the principle of legality, being valued by the maximum experience and sound criticism.

**Keywords:** Assessment, Evidence, Evidence, Functional misconduct.

## I. INTRODUCCIÓN

El interés del trabajo de investigación está orientado a la interrogante formulada en el proyecto de investigación sobre la valoración de la prueba indiciaria realizada por el Ministerio Público en la determinación de la responsabilidad de conducta funcional del funcionario público en el delito de colusión. De acuerdo al principio de contradicción las pruebas presentadas en los procesos judiciales deben ser valorados mediante la inferencia lógica y la máxima experiencia del fiscal para determinar la responsabilidad penal de los funcionarios públicos cometidos con extraneus sobre los acuerdos fraudulentos muchas veces el tipo de valoración transgrede los derechos constitucionales como el principio de legalidad, así mismo la dignidad humana mediante una explicación que el razonamiento jurídico de la experiencia del fiscal que considera la carga probatoria de los hechos delictivos de concertación y defraudación al patrimonio del Estado. La valoración de la íntima convicción no tiene una dimensión objetiva o demostrable de acuerdo a los hechos sucedidos en los procesos de contratación que realiza el Estado en las entidades públicas de los tres niveles de gobierno, que este tipo de valoración vulnera el principio de defensa y al debido proceso que faculta al persecutor del delito.

El presente trabajo de investigación “El problema de la valoración de la prueba indiciaria para comprobar la conducta funcional en el delito de colusión”, está referido sobre la problemática de la vulneración de los derechos constitucionales mediante la valoración de la inferencia lógica realizada por la fiscalía de corrupción de funcionarios, de acuerdo a la realidad de los hechos ocurridos en los procesos de selección relacionado al marco normativo y la jurisprudencia así como discrecionalidad de los operadores de justicia. En este sentido el trabajado de investigación se ha desarrollado en capítulos que se describe resumidamente a continuación. En el capítulo I, está establecida la problemática de la investigación, que se encuentra la formulación del problema, los antecedentes, los objetivos, la justificación y la

hipótesis. En el capítulo II, se presenta el marco teórico de las diferentes fuentes de información para fundamentar la variable independiente y dependiente del trabajo de Investigación. En el capítulo III, se presenta el marco metodológico, el cual comprende el tipo de investigación, la aplicación de técnicas e instrumentos de recolección de datos, tratamiento de la información y rigor científico. En el Capítulo IV, se desarrolla los resultados del trabajo de campo, análisis, tablas y figuras del resultado de la aplicación de la encuesta. Así mismo, se desarrolla la discusión de los resultados, las conclusiones y las recomendaciones, que tiene relación con los resultados planteados y la hipótesis.

### **1.1. Planteamiento del problema**

Como se sabe la prueba indiciaria es un medio para llegar a la verdad de los hechos ocurridos en los delitos de colusión y muchas veces toman como indicios a las actividades administrativa como pago, observaciones de no aplicar las penalidades y otras acciones administrativa sin poder demostrar de acuerdo a la tipicidad establecida en el artículo 384 del código penal cuyo verbo rector es concertar y defraudar al patrimonio del Estado, por lo que se advierte que existe una problemática con respecto a la aplicación de la prueba indiciaria en el distrito judicial de Junín, por parte del Ministerio Publico quien se encuentra representado por el Fiscal ya que los mismos aplican de la prueba indiciaria en algunos casos (investigación) o denuncias que se han recepcionado y que cuentan con pruebas indiciarias y no con pruebas objetivas. La Fiscalía al no encontrar la prueba directa que acredite la referida concertación ilegal necesaria para la configuración del referido ilícito penal, lo único que reflejará como resultado de la investigación preparatoria es una teoría del caso sin respaldo probatorio que no servirá para revelar con precisión la comisión del delito investigado y menos aún, para determinar la vinculación de los probables implicados en la comisión del delito de colusión. El aprovechamiento de pertenecer en las altas esferas del Estado se organiza para entorpecer la

investigación y recabar los medios probatorios con el fin de obtener impunidad, trae como consecuencia que no siempre se encuentran las pruebas directas.

Al no haber prueba directa e idónea para probar la ‘concertación’, esto es el “acuerdo ilegal existente entre los sujetos activos del delito, quienes tuvieron la finalidad de defraudar al Estado”. La fiscalía recurre en la valoración de los indicios en forma sistematizada, relacionando con la relación lógica y la inferencia para ser considerada como la carga de la prueba.

La prueba indiciaria no siempre es comprobada mediante los elementos probatorios directos, para lograr ese cometido debe acudir a otras circunstancias fácticas que aun indirectamente si van a servir para determinar la existencia y inexistencia de tales hechos

Muchas veces con la prueba indirecta o de indicios se orienta a la auto incriminación del imputado contraviniendo la Convención Americana de los Derechos Humanos, donde reconoce al acusado tiene el derecho de no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; el Ministerio Público debe tener un mecanismo procesal que garantice el hecho probatorio avalando el debido proceso.

Teniendo en cuenta de lo establecido en el código procesal penal, donde establece la evidencia de la contradicción de la carga de la prueba para casos de testigos y peritos, mediante el interrogatorio.

## **1.2. Descripción del problema.**

La constitución política de nuestro país, establece la obligatoriedad de la contrata y licitación públicas de las obras y las adquisiciones de los suministros con la utilización de los fondos públicos, así como también la adquisición o enajenación de bienes.

La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto del sector público que es evaluado y aprobado por el Congreso de la República, lo más importante

se encuentra presupuestado las entidades que integran el gobierno central e instancias descentralizadas.

De lo que se aprecia el Presupuesto Institucional Anual para el ejercicio fiscal 2022, ascendiente a la suma de S/ 197,002'269,014.00 soles, como lo establece la Ley del Presupuesto Público; fondos destinados a la inversión pública. Los empresarios peruanos o extranjeros, participan en los procesos de contrataciones previa inscripción en el registro nacional de proveedores; quienes no son ajenos a los vicios y prácticas ilícitas de compras públicas. Las redes del sistema de corrupción que se interconectan los privados con los funcionarios en las organizaciones públicas, generándoles desmedros patrimoniales al Estado. Los altos funcionarios de nuestro país, desempeñan su función arbitrariamente diseñando los sistemas de corrupción para beneficio privado e intereses particulares, con la finalidad de obtener ingresos personales; quienes generan desestabilidad jurídica y creando una sensación de impunidad, quienes lo desarrollan son los funcionarios de confianza de los gobiernos de turno. En las contrataciones del Estado, conformado por los comités de adquisiciones quienes integran realizan diversos actos de inconducta funcional, por tener la autonomía en otorgar la buena pro a cada postor en los procesos de selección.

La inconducta funcional del funcionario público y servidor público que incumpla sus funciones, que perjudica el interés de la sociedad en mejorar su calidad de vida consecuentemente afecta el bienestar del estado; se ha genera discusión en la concertación de precios, monopolización de mercado que se desarrollan en cada proceso de selección de las adquisiciones, perjudicando al Estado con productos que no cumplen las especificaciones técnicas y a precios elevados o irreales.

El Estado Peruano, representado por los funcionarios de alto nivel; en sus tres niveles de gobierno es el mayor comprador de bienes, servicios y obras; por lo que las organizaciones privadas realizan negocios con productivas ganancias mediante el pacto colusorio entre el

funcionario y el interesado de las contrataciones que se encuentran en el proceso de selección, más aún generando un mercado dependiente en las compras públicas. Contamos con los mecanismos necesarios para proteger la marcha correcta de las entidades públicas en el desempeño de sus actuaciones en los contratos públicos ya que tiene un ordenamiento del proceso administrativo sancionador, así mismo las conductas dolosas de los funcionarios públicos se encuentra establecida en el delito de colusión prescritos en el artículo 384 del código penal cuyo verbo rector es de concertar y defraudar al Estado en el proceso de contratación y liquidación de la obra ejecutada. El delito de colusión, se encuentra establecida en la infracción del deber que tiene la calidad de funcionario o servidor público; quienes vulneran el bien jurídico de la correcta administración pública quienes son considerados como autor o denominado intraneus. En efecto los funcionarios públicos que actúan en razón de su cargo o a partir de una comisión de adquisiciones ostenta el deber jurídico proteger los intereses y el patrimonio del Estado al negociar con particulares, la defraudación del patrimonio estatal de manera abstracta y general sólo se ve afectado en razón al presupuesto o una específica cantidad de dinero o de bienes de propiedad estatal. El delito de colusión debe tener los verbos rectores: concertar y defraudar, para su configuración delictiva. La concertación que, al no ser observable, resulta de difícil probar, debido a que muchas veces no existe prueba directa para confirmar, la naturaleza clandestina de la concertación, es decir, que los agentes con condición especial tienen que concertar con el interesado del contrato de bienes y servicios cuya finalidad es defraudar patrimonialmente al Estado. La defraudación constituye el otro elemento típico del referido ilícito penal, donde la sola intención o ya sea el propio acto de defraudar al Estado, empero, el engaño al interés público, que implica el quebrantamiento de roles especiales asumidos por los sujetos con “condición especial” y la consiguiente violación de la confianza que la sociedad y el Estado depositaron en los funcionarios públicos, no es suficiente para imputar la comisión del delito de colusión, este ilícito penal, necesariamente requiere la

intervención de un sujeto particular quien no tiene la condición especial de funcionario o servidor público a quien la doctrina le denomina extraneus.

### **1.3 Formulación del problema:**

#### ***1.3.1 Problema general:***

1. ¿De qué manera el Ministerio Público valora la prueba indiciaria en los delitos de colusión cometidos por los funcionarios públicos, sin tener en cuenta el verbo rector de defraudar y concertar, apartándose de los planteamientos teóricos del delito de colusión concordante a los indicios administrativos?

#### ***1.3.2 Problemas específicos:***

1. ¿De qué manera el Estado garantiza los derechos fundamentales en los procesos de la inconducta funcional de los funcionarios públicos, con valoración de la prueba indiciaria?

2. ¿De qué manera el Ministerio Público debe valorar la prueba indiciaria en el delito colusión con relación al verbo rector de concertar y defraudar?

### **1.4 Antecedentes.**

De la tesis presentado por, Pezo (2014) titulado: El bien jurídico específico en el delito de Enriquecimiento Ilícito, sustentado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde expresa la postura siguiente: 1. La protección del correcto funcionamiento de la administración pública como la protección del bien jurídicos supraindividuales colectivos o en sentido estricto, su protección no se condiciona a la protección de los bienes jurídicos individuales en base a la relevancia de su mantenimiento en el sistema como un marco jurídico óptimo para la realización y ejercicio de diversos derechos y libertades esenciales de las personas que interactúan en la sociedad. 2. La constitución política reconoce a la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado, así como el derecho que tiene su libre desarrollo. La administración pública como institución tiene como sus fines el aseguramiento de ese libre desarrollo, la persona requiere para el ejercicio de sus derechos por citar algunos: salud, educación, al

ejercicio de la actividad económica en el marco de un libre mercado, al acceso a la justicia, al trabajo, de la intervención del Estado a través de un aparato burocrático que haga ello posible.

3. Los ilícitos más graves cometidos por los destinados a llevar a cabo los fines de la administración es decir de los funcionarios públicos en contra de ésta son comúnmente denominado delito de corrupción como sinónimo de soborno que desde el derecho penal se conoce como delito de cohecho los delitos cometidos por funcionarios públicos en abuso de su función. La tesis presentada por Lasteros (2017), quien ha logrado las conclusiones siguientes:

- La ‘concertación’ en el delito de colusión, se debe acreditar a través de las irregularidades que se presentan en las diversas modalidades y fases de la contratación pública; y, las dificultades que se presentan para construir la imputación necesaria están relacionadas con atribuir la participación de los imputados con prueba directa, asimismo con la desaparición intencionada de los documentos que acreditan su responsabilidad, ello hace difícil la construcción de las proposiciones fácticas de la imputación.

- La ‘concertación’ al formar parte de la estructura típica del delito de colusión, y dada su naturaleza clandestina, al ser un elemento de difícil probanza, para su acreditación se propone tres planteamientos, así: el primer planteamiento, parte de la determinación de las irregularidades y patologías que se presentan a lo largo del proceso de contratación pública: preparatoria, selección y ejecución, y en las diversas modalidades, seguidamente realizar una operación de inferencia lógica para establecer la relación existente entre las irregularidades, si coinciden con los momentos y circunstancias de la concertación, finalmente establecer la tesis de imputación, acreditando indubitablemente la concertación, para postular la condena o en su defecto, postular la absolución del investigado.

- El segundo planteamiento, en su primer momento, establece la vinculación fáctica y jurídica de los actores con las irregularidades que se presentan en el proceso de contratación, y el segundo momento de esta teoría es establecer la vinculación que tienen los actores que han

participado en el proceso de contratación, esto es: vinculación familiar, económica y laboral; y el tercer momento de esta teoría es determinar, si las irregularidades y la vinculación entre los actores se han desarrollado con la finalidad e interés de lograr un beneficio económico.

- El tercer planteamiento, sostiene que la concertación debe ser acreditada a través de la prueba por indicios, la cual se debe determinar advirtiendo tres momentos, para establecer una conclusión razonable sobre la concertación, esto es: (i) establecimiento de indicios partiendo de una prueba existente; (ii) verificación de la convergencia inequívoca de todo los indicios; (iii) establecimiento del nexo causal a través de un proceso de inducción, deducción o abducción, para finalmente señalar el hecho indicado o inferido, es decir, prueba indiciaria construida con indicios que deben ser concordantes y convergentes para destruir la presunción de inocencia. Y respecto a la jurisprudencia analizada en la investigación, no se encontró planteamientos nuevos del cómo acreditar la concertación en el delito de colusión, únicamente se encontró jurisprudencia que hace referencia a la prueba indiciaria como tal, mas no la prueba indiciaria como mecanismo idóneo para probar la concertación en el delito de colusión; es en este orden que la presente investigación propone la aplicación de la teoría de la prueba indiciaria para probar la concertación en el delito de colusión.

La tesis presentada por Mandujano (2017), “Problemas de la imputación y prueba en el delito de colusión” sustentada en la Universidad de Huánuco, para optar el grado de Magíster en Derecho Penal; llegando a las siguientes conclusiones:

1. Se demostró que existe deficiencias estructurales en el artículo 384 del código penal, desde su denominación del tipo colusión simple y agravada, ya que son inconsistentes, en razón que la colusión para que se considere merecedora de una sanción penal, requiere que se configure el acuerdo o concertación para de fraudar o intentar defraudar, en perjuicio de los patrimonios del Estado, y ello, consecutivamente con el objeto de generar una condición de

mercado desfavorable, y beneficiar de manera fraudulenta a un determinado proveedor o privado privilegiado, es decir, generar como consecuencia competencia ilegal o desleal.

2. Otras deficiencias estructurales del tipo penal es que no uniformiza la identificación del bien jurídico, asimismo, se desprende que han generado posturas de identificación del bien jurídico es base al tipo penal, conclusión que se puede desprender del propio tipo penal vigente que alberga dos tipos penales distingos, cuando lo sugerente es construir el tipo penal en base al bien jurídico; en ese sentido el bien jurídico en el delito de colusión devendría en la protección la libre competencia del mercado de las compras públicas y la correcta contratación.

3. El tipo penal actual que regula el delito de colusión es una muestra de una “...pésima técnica legislativa al mezclar los distintos modelos extranjeros, sin un análisis previo, generando una figura legal que guarda similitud con el delito de negociación incompatible previsto en el artículo 397 y que al ser similar debería excluirse”, y así mismo se advierte que el tipo de colusión agravada no corresponde al tipo base de colusión simple, de tal manera que la colusión agravada constituye un tipo diferente al tipo base de colusión simple en razón que subsumen al tipo base como parte tentativa del tipo agravado, por lo que nuestro ordenamiento jurídico penal al regular el delito de colusión ha generado dos tipos penales distintos, y no un supuesto delito simple y agravado .

4. Otras diferencias estructurales del tipo penal es que los interesados o particulares beneficiados por la contratación colusoria, que doctrinariamente se les ha dado el calificativo de extraneus; aludida en común denominador a cualquier sujeto que tenga la capacidad de contratar con el Estado, por ende puede ser una persona natural o jurídica de derecho privado, que cuente con las capacidades y facultades legales para contratar con el Estado o intervenir en el proceso de contratación en calidad de postor u ofertante. Apreciación que consideramos erradas en el sentido que el extraneus no tiene la condición de funcionario o servidor público por lo que no puede asumir responsabilidad para la comisión de los delitos especial propio

como es de colusión por ende su actuación es atípica como autor o partícipe, es más, la actuación de interviniente necesario constituye por sí en ilícita ya que toda persona debe actuar sujeta al derecho por lo que concertar en negociaciones o contrataciones estatales devienen de ilícitas sin embargo no es posible imputárselos la comisión del cómplice primario delito de colusión, en razón que sólo se considera cómplice al que aporta esencialmente en la comisión del delito y en este caso el privado o interesado no coadyuva al autor o autores si no que constituye en sí autores del fraude contractual por ende el criterio del uso de la teoría de la unidad de título de la imputación deviene en ilógica en el caso de la imputación del delito de colusión en caso de extraneus, por lo que se debe prever la tipificación específica de dicha conducta en caso de particulares con el tipo penal de extensión de responsabilidad conforme se realizó en el caso del artículo 392 del ordenamiento jurídico.

5. Nuestro ordenamiento jurídico penal considera delito de colusión agravada de conformidad con la modificación contenida en la Ley 29758, que recoge la concepción de la Ley 29703, como un delito de resultado, ya que, incorpora como elemento tipo a la defraudación patrimonial en forma concreta e imputable, empero no en el marco de la determinación de sus deberes especiales, sino, con la acreditación que el sujeto activo genere perjuicio obligando a determinar quien ejerció el dominio de hecho, actividad de por sí, es casi imposible, habida cuenta que, las normas extra penales descargan responsabilidad a los sujetos intervinientes indicando que sus roles se circunscribieron en la etapa del proceso de contratación correspondiente y teniendo en cuenta que la última fase del contrato es el pago, por ende no se puede imputar responsabilidad penal directa a los participantes en los actos preparatorios, proceso de selección y hasta la ejecución contractual, sino, hasta la determinación posterior de la lesividad del acto ilícito, es decir, no basta con manifestar que existe un perjuicio o con el sujeto activo reconozca que causó un perjuicio, sino, es necesario que la defraudación patrimonial sea concreta y efectiva, en otros términos, se exige que, se

cuenta con un informe especial de control posterior emitido por la Contraloría General de la República, que acredita un perjuicio patrimonial, más no la autoría.

### **1.5. Justificación de la investigación.**

El trabajo de investigación, propone una adecuada valoración de la conducta funcional de los trabajadores públicos con el respeto de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que nadie puede ser juzgado sin haber cometido el delito, que debe estar demostrado con la prueba directa e indirecta para que el imputado sea acusado y sentenciado de acuerdo a su participación en los procesos de contratación, mediante la concertación con los interesados del contrato administrativo que regula la ley de contrataciones del Estado.

### **1.6. Limitaciones de la investigación.**

En relación a las limitaciones y restricciones en torno a este tema materia de estudio se determinan las siguientes: a) Se accedió solo a datos de los funcionarios en asesoría de su defensa. b) Se estudió solo los casos del año 2017. c) Se accedió a casos solo de la Corte Superior de Justicia Selva Central, ubicado en la Provincia de Chanchamayo de la Región Junín.

### **1.7. Objetivos:**

#### ***1.7.1. Objetivo general.***

1. Determinar la valoración de la prueba indiciaria, teniendo en cuenta, que no vulnera los derechos constitucionales en la acusación fiscal; en la tipificación del delito de colusión, consecuentemente los operadores del derecho emplearon inadecuadamente los planteamientos teóricos del delito de colusión con relación a la prueba indiciaria.

#### ***1.7.2. Objetivos específicos.***

1. Determinar la valoración de la prueba indiciaria, teniendo en cuenta el verbo rector del delito de colusión, garantizando sus derechos constitucionales de no auto inculparse.

2. Determinar la evaluación de la conducta funcional de los funcionarios públicos con relación a la prueba indiciaria del delito de colusión, relacionado con el verbo rector de defraudar y concertar.

## **1.8. Hipótesis.**

### ***1.8.1. Hipótesis general:***

Con la adecuada valoración de la prueba indiciaria se determina la inconducta funcional de los trabajadores públicos en el cumplimiento de las funciones asignadas para desarrollar los procesos de selección en las adquisiciones de bienes, servicios y obras, quienes deben ser evaluada con los indicios comprobados con relación al verbo rector de concertar y defraudar al patrimonio del Estado. Garantizando la no vulnerar de los principios constitucionales de la no auto incriminación de los funcionarios públicos establecido en los derechos constitucionales de la persona humana consagrado en la constitución política del Estado.

### ***1.8.2. Hipótesis específica:***

- La valoración de la prueba de indicios en los hechos delictivos del proceso contratación debe subsumir al tipo penal encauzado al verbo rector de defraudar y concertar por operadores del derecho e integrantes del Ministerio Público.
- El Ministerio Público, debe valorar los indicios de los actos de colusión, utilizando la lógica inferencial para demostrar la carga de la prueba, que debe estar en marcado con el verbo rector de concertar y defraudar al patrimonio del Estado.

## II. MARCO TEÓRICO

Para el desarrollo del trabajo de investigación se considerado las siguientes bases teóricas para explicar que la evaluación de la prueba indiciaria no es valorada adecuadamente, en el proceso penal.

### 2.1. El rol de los funcionarios públicos en el Perú.

Los funcionarios de elección popular son responsables de las políticas de Estado y dirige la administración pública, utilizando los fondos de tesoro público; quienes tienen la obligación de realizar declaraciones juradas de bienes y rentas presentadas al Órgano de Control Interno en cada entidad del Estado, asimismo están sujetos a las responsabilidades de su desarrollo de los planes y programas orientadas al bienestar de la población.

La función pública se encuentra integrado por funcionarios y trabajadores del sector, quienes están al servicio de la País con la finalidad de desarrollar los objetivos nacionales orientados al bienestar de la población.

Concordante con lo establecido en el Expediente N° 00017-2011- AI, en su Fundamento Jurídico 15 y 16, establece: Que los Funcionarios del Estado deben actuar de acuerdo al principio de lealtad constitucional queda claro que, a juicio del Tribunal Constitucional, los funcionarios del Estado, cualquiera sea su jerarquía, quienes deben ejercer sus capacidades en sus respectivas jurisdicciones en cumplimiento del principio de lealtad constitucional y de las relaciones del deber con la sociedad que se encuentran reguladas por la Ley de la Carrera Administrativa y la jurisprudencia constitucional.

El funcionario o el servidor público que elabora en el Estado, debido a la importancia que tiene el servicio que presta el personal que labora para el Estado y, dado que un componente importante en este proceso de modernización resulta ser el funcionamiento del aparato burocrático, según lo establecido por este Colegiado en la sentencia recaída en el Expediente

Nº 0002-2010-PI, en su fundamento 47, señala: El contrato administrativo de servicios, tiene la categoría de un régimen especial de contratación laboral para el sector público el mismo que resulta conforme con el marco constitucional.

## **2.2. La carrera administrativa en el país.**

Las normas legales vigentes de la carrera administrativa establecida en la Ley Nº 11377 Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y Decreto Legislativo 1057, Contrato de Administración de Servicio, se orientó hacia el modelo cerrado, que consideraba absolutamente a todos quienes se relacionaban con la administración de manera permanente a su servicio, de modo que quien ingresaba a la Administración Pública lo hacía mediante un concurso de nombramiento para tener la permanencia hasta los setenta años de edad, dentro de una carrera administrativa se desarrollan los ascensos a los grupos ocupacionales profesional, técnico y auxiliar.

Si bien este modelo tenía como ventajas inherentes, propiciar en todo el personal al servicio del Estado una vocación de servicio hacia el cumplimiento de la labor encomendada, y favorecer la promoción social y superación académica de quienes no tuvieron la oportunidad de capacitarse por sí mismos, el modelo trajo consigo serios inconvenientes para la gestión pública, tales como: 1. La complicación del sistema de administración de recursos humanos ya que debe realizar actividades de gestión de recursos humanos, la formulación de documentos técnicos de gestión: Cuadro Analítico de Personal, Presupuesto Analítico de Personal, para todo el personal de la administración pública. 2. Los sobre costos que implican la realización de procesos técnicos de personal y de inversión para todo el personal al servicio de la organización administrativa. 3. La tendencia a la burocratización ya que la estructura cerrada, y el sentido de estabilidad que ella implica, propició en los funcionarios ausencia de

competitividad, aislacionismo respecto del público usuario, y surgimiento del sentimiento de corporativismo.

Según, por Su Lay (2015) la nueva carrera pública en el Perú en el marco de la reforma del servicio civil. <http://www2.congreso.gob.pe>. Sostiene: “Por ese motivo, en la reforma del servicio civil que ha emprendido el Perú, se ha diseñado un marco institucional que incentiva la permanencia, especialización, imparcialidad y desarrollo de líneas de carrera dentro del Estado peruano para estas funciones de ‘línea media’. Así, el ingreso y la progresión en la carrera se da mediante un concurso público meritocrático, que permite contar con el personal idóneo, con la formación, experiencia y conocimientos necesarios para las funciones por desempeñar. Esto plantea una nueva visión del ascenso, que otrora era bajo factores como la cantidad de años acumulados en la administración pública o el nivel de formación (nivel educativo) del servidor. De esta manera, esta propuesta permite tener una visión del Estado como un único sistema que dará al servidor público la oportunidad de movilidad entre diferentes entidades públicas, manteniendo su condición de servidor público de carrera, lo cual les brinda perspectiva de crecimiento y desarrollo profesional en el Estado”. (p.12).

Para Valderrama (2013), señala: “La carrera administrativa debería incorporar elementos de la estructura abierta de la organización del servicio público, de modo que quien se incorpore a ella, permanezca en competitividad, presente una permanente vocación por el mérito como elemento diferenciador en la asignación de méritos, reconocimientos, progresión y mantenimiento en la carrera, orientada a los lineamientos de la meritocracia. La carrera administrativa sea determinada fundamentalmente por el derecho imprescindible de acceso igualitario a los cargos públicos que ha sido acogido prácticamente en todas las declaraciones internacionales de orden general y específico sobre derechos humanos. En este sentido, nos encontramos frente al reconocimiento de la existencia de un derecho público subjetivo bien delimitado y justificado al empleo estatal, que representa el reconocimiento que hace la

Constitución a los habitantes de tener acceso igualitario en las oportunidades en que el Estado lo requiera de acuerdo a las normas de desarrollo para mayor eficacia de las prestaciones y mayor garantía para la idoneidad. Conforme a este derecho fundamental, el diseño de cualquier regulación sobre la carrera administrativa debe satisfacer algunas exigencias esenciales para ser constitucionalmente aceptable”. (p.32).

Según Har (2008) Sostiene: “La existencia del derecho de acceso igualitario a los cargos públicos, limita la discrecionalidad del detentador del poder público para elegir a quienes han de ocupar cargos públicos o Funciones en la Administración y la discrecionalidad del legislador ordinario para organizar el marco legal de los procesos de selección de funcionarios y empleados públicos. El régimen laboral del empleado público debe garantizar el acceso en condiciones de igualdad a la función pública, debiendo ser razonables y objetivos los criterios y procedimientos para acceder. Dentro de la administración pública deben proscribirse todas las prácticas, actos administrativos o convencionales que atentan contra el derecho de acceso igualitario a los cargos públicos por consistir en privilegios o actos discriminatorios como el nepotismo, pruebas restringidas, convocatorias dirigidas, la acumulación de cargos públicos, establecimiento en pactos colectivos de cláusulas sobre cargos hereditarios. Las causales para la no participación en algún cargo deben ser expresas, así como los requisitos para acceder a ellos. No pueden ser establecidos en vía reglamentaria. Para cautelar la vigencia del derecho luego del acceso a la función pública”. (p.25).

## **2.3. Delitos del funcionario público en la adquisición del Estado:**

### ***2.3.1. Práctica de sobornos***

Según Transparencia (2015) Diagnostico del sistema de corrupción en Colombia y América Latina: “La percepción de los funcionarios es corroborada, asimismo, por los empresarios que en un 62% coincidieron en que siempre o casi siempre las empresas recurren a pagos extraoficiales para ganar concursos o licitaciones públicas. El hecho de prácticas

corruptas en las licitaciones públicas se confirma por el alto grado de consenso entre los empresarios sobre las modalidades a través de las cuales ésta tiene lugar, especialmente el soborno. Los actos de corrupción como el soborno conllevan una abierta complicidad por parte del sector empresarial. Es particularmente relevante que las empresas que tienen una mayor dependencia de la contratación pública confirman aún con mayor fuerza la incidencia de estas modalidades de corrupción en la contratación estatal. El soborno provoca un alto nivel de abstinencia de empresarios para participar en procesos de contratación pública. Entre aquellos que si participan en dichos procesos un buen porcentaje asume como parte de sus costos el soborno, eliminando un marco de competencia imparcial. El marco de competencia desleal en que se efectúan las adquisiciones públicas aparece como drásticamente restringido, es refutada por las percepciones de los funcionarios públicos. Los funcionarios públicos tienen una visión más benévola en torno a la competencia en las contrataciones y en torno a la frecuencia en que se dan las diversas modalidades de corrupción en los procesos de contratación. Esta posición de los funcionarios es aparentemente contradictoria con el reconocimiento hecho por estos de que existe alguna forma de corrupción en todas las contrataciones públicas. Las modalidades bajo las cuales opera esta forma de corrupción, en la que un porcentaje importante de funcionarios y empresarios coinciden en que más que demandas explícitas las partes “conocen cómo y cuánto pagar”, indica que la corrupción en materia de contratación es de carácter sistémico. Si a esto se une la percepción del mundo empresarial de que se opera bajo restricciones severas a la competencia, aparecería evidente que es necesario replantear las estrategias que han prevalecido a fin de reducir la incidencia de corrupción en las adquisiciones estatales. El énfasis casi exclusivo en reformas al marco legal relativo al proceso licitatorio propiamente tal parecería estar condenado al fracaso por cuanto no persigue y sanciona efectivamente las prácticas corruptas entre funcionarios y empresarios ni permiten abrir la competencia. El soborno es un delito porque dirige la acción del gobierno hacia un beneficio

personal privado en lugar de hacerlo al bien común. Es lo que se pagan o reciben a cambio de otorgar un contrato para bienes o servicios, como lo señala el código penal peruano”.

[www.transparency.org/tilac/indices/encuestas/dnld/diagnostico\\_colombia.pdf](http://www.transparency.org/tilac/indices/encuestas/dnld/diagnostico_colombia.pdf)

### **2.3.2. *Prácticas fraudulentas.***

Según Transparencia (2015) Diagnostico del sistema de corrupción en Colombia y América Latina: “Significa una tergiversación de los hechos con el fin de incluir en un proceso de contrataciones o en la ejecución de un contrato una funcionario interpretación las bases del proceso para que realiza la omisión de algunos procedimientos y de esta forma influenciar, direccionar un proceso de selección para otorgar la buena pro de un contrato; siendo cualquier actuación u omisión, incluyendo una tergiversación de los hechos que, astuta o descuidadamente, desorienta o intenta desorientar a otra persona con el fin de obtener un beneficio financiero o de otra índole, o para evitar una obligación”.

[www.transparency.org/tilac/indices/encuestas/dnld/diagnostico\\_colombia.pdf](http://www.transparency.org/tilac/indices/encuestas/dnld/diagnostico_colombia.pdf)

### **2.3.3. *Prácticas de colusión.***

Según Transparencia (2015) Diagnostico del sistema de corrupción en Colombia y América Latina: “Significan las prácticas entre licitantes con el fin de establecer precios de oferta a niveles artificiales y no competitivos, sean o no con el acuerdo o conocimiento de las autoridades gubernamentales. Esto es un plan o arreglo entre dos o más proveedores, diseñado para establecer prácticas a niveles artificiales y no competitivos”.

[www.transparency.org/tilac/indices/encuestas/dnld/diagnostico\\_colombia.pdf](http://www.transparency.org/tilac/indices/encuestas/dnld/diagnostico_colombia.pdf)

Concordante con el Código Penal Peruano (1991), establece: El Artículo 384, establece: Los trabajadores del Estado quienes participan en los contratos administrativos realizadas por las entidades del sector público en los diferentes métodos de contratación quienes intervienen, en el proceso de las adquisiciones y asimismo fueron designado mediante resolución. Realizan acuerdos ilegales o contubernio para favorecer a las empresas interesadas en los contratos

orientados a la defraudación del patrimonio estatal, asimismo favorecer en los procesos de liquidación de los contratos de obras ejecutadas, quienes tienen responsabilidad penal con pena privativa de libertad.

#### **2.3.4. *Prácticas coercitivas – Negociación incompatible.***

Según Transparencia (2015) Diagnostico del sistema de corrupción en Colombia y América Latina: “Aquellas en las que impliquen daño o amenaza para dañar, directa o indirectamente, a las personas, a sus propiedades para influenciar su participación en un proceso de contratación, o afectar la ejecución de un contrato. Significa hacer daño o amenazar con hacer daño, directa o indirectamente, a personas o a sus propiedades para influenciar su participación en el proceso de adquisición y contratación.

El artículo 397, del Decreto Legislativo 635 (1991), Código Penal, refiere: Que el trabajador del sector público, mediante actos ilegales influye directa e indirectamente o simula, concierne los contratos de los procesos de selección de las entidades del Estado; en cumplimiento de sus funciones establecidas en el órgano de contrataciones. Será sancionado con pena privativa de libertad,

[www.transparency.org/tilac/indices/encuestas/dnld/diagnostico\\_colombia.pdf](http://www.transparency.org/tilac/indices/encuestas/dnld/diagnostico_colombia.pdf).

#### **2.3.5. *Prácticas de obstrucción***

Según Transparencia (2015) Diagnostico del sistema de corrupción en Colombia y América Latina: “La destrucción, falsificación, alteración o escondimiento deliberados de evidencia material relativa a una investigación o brindar testimonios falsos a los investigadores para impedir materialmente una investigación por parte de la Contraloría General, del Organismo Superior de Contrataciones del Estado o los órganos de Control, de alegaciones de prácticas corruptas, fraudulentas, coercitivas, de colusión; y/o la amenaza, persecución o intimidación de cualquier persona para evitar que pueda revelar lo que conoce sobre asuntos

relevantes a la investigación o lleve a cabo la investigación, o las actuaciones dirigidas a impedir materialmente el ejercicio de los derechos del interés público”.

[www.transparency.org/tilac/indices/encuestas/dnld/diagnostico\\_colombia.pdf](http://www.transparency.org/tilac/indices/encuestas/dnld/diagnostico_colombia.pdf)

### **2.3.6. Prácticas de Nepotismo**

Mediante Decreto Supremo N° 034-2005-PCM, de fecha 07.05.2005 se modificó el Reglamento de la Ley N° 26771, que dispone el otorgamiento de declaración Jurada para prevenir casos de Nepotismo, y amplía sanciones para aquellos que incurran en actos de nepotismo. Los funcionarios de dirección y/o personal de confianza de las entidades y reparticiones públicas conformantes del Sector Público Nacional, así como de las empresas del Estado, que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal, o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección se encuentran prohibidos de ejercer dicha facultad en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio. Según Transparencia (2015) Diagnostico del sistema de corrupción en Colombia y América Latina: “Respecto a dar ventajas a los funcionarios de adquisiciones, el TUO y Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, estipula prohibiciones e impedimentos para participar como contratante del Estado. La creación de contrapesos institucionales que persigan efectivamente a las mafias que operan al interior de la administración pública y el desarrollo de mecanismos de mercado que promuevan la competencia, podrían ser alternativas relevantes para combatir las prácticas de corrupción mencionadas. Es fundamental, sin embargo, que dichos contrapesos y mecanismos no se constituyan en instancias meramente burocráticas que contribuyen muy poco a la calidad de los procesos de adquisiciones y contrataciones”.

[www.transparency.org/tilac/indices/encuestas/dnld/diagnostico\\_colombia.pdf](http://www.transparency.org/tilac/indices/encuestas/dnld/diagnostico_colombia.pdf)

## **2.4. Percepción de la corrupción en los gastos del Estado Peruano**

Pro ética (2015). Consejo Nacional para la Ética Pública. Informe Nacional: Perú. Adquisiciones y Contrataciones Públicas. Sostiene: “Unos seis mil millones de soles se pierden cada año por gastos irregulares derivados de la corrupción en el aparato estatal y las pérdidas alcanzan el 15% del Presupuesto de la República. Según las investigaciones abarcan desde casos de nepotismo hasta nuevas formas de manejar los resultados de las licitaciones y los gastos no previstos que abren resquicios a la malversación de fondos públicos. La Contraloría General denuncia, entre sus principales obstáculos, que el Poder Judicial minimiza sus informes en beneficio de numerosos implicados en irregularidades comprobadas por su despacho. El 15% del presupuesto se pierde por corrupción en gasto del Estado, la crisis es evidente: Essalud compra cada litro de oxígeno en casi cinco veces su valor real. Petro Perú gasta cien millones de soles imprevistos. Doscientas licitaciones han sido objetadas. Es que no hay buena gerencia, no se prevé en la gestión pública, algo fundamental para impedir la corrupción. En el país hay un problema con las urgencias, cuando las cosas se hacen por esta vía se abren posibilidades para que entre la corrupción. Las urgencias se deben a un mal planeamiento. La norma de adquisiciones estatales no es lo suficientemente dinámica, sumado a esto las normas de inversión pública. Un alcalde entrante no puede hacer obra sino al sexto o séptimo mes. Por eso han recurrido a un sistema que ya empieza a crecer en percepción de corrupción: utilizan entidades internacionales, en este caso el Organismo Internacional de Migraciones (OIM), que antes era Naciones Unidas. El alcalde le da el dinero al OIM, ya no pasa por ninguna ley de adquisiciones y ellos compran. El Ministerio de Relaciones Exteriores lo hizo así. Con este sistema no podemos entrar y no tenemos ninguna seguridad de que los procedimientos no son dirigidos. En conjunto, lo que pierde el Estado Peruano por corrupción es aproximadamente un 15% del Presupuesto de la Nación. Se debe fundamentalmente a que las compras estatales son una gran oportunidad de hacer negocios. Se sigue investigando,

todavía no estamos muy satisfechos con las compras para los programas sociales. Son de alto riesgo si no dudosas. Estamos revisando las compras de Petro-Perú, ahí se hacen importaciones muy fuertes de combustible”.

Según Pro ética (2015) enfatiza: “La percepción de la Contraloría al cálculo es que el 15% del Presupuesto Nacional de Gasto es sustraído en perjuicio del Estado y del interés público por diferentes modalidades de corrupción que se dan antes, durante y después de los procesos de adquisiciones y contrataciones, hechos que no permiten a la administración el ejercicio eficaz, la eficiencia del gasto público; a pesar de la producción abundante e indiscriminada de dispositivos legales, confusos e inestables, permitiendo que dichas modalidades de corrupción en la mayoría de los casos se queden en sólo denuncias o en simples indicios, o sea impunes. En general existe el consenso de que la legislación nacional sobre adquisiciones y contrataciones públicas establece reglas muy claras para que las entidades estatales cumplan con programar y planificar sus adquisiciones y contrataciones, lo que constituye un requisito previo y formal para que las convocatorias a los procesos de selección sean válidas”. Pero el que sean claras no indican que sean las más dinámicas, no obstante, existen algunas percepciones que se deben mencionar para tener un mejor análisis: • Si bien existen canales legalmente establecidos para que la población participe en la planificación del gasto público (programas de presupuesto participativo y planes concertados de desarrollo a nivel de Gobiernos Regionales y Municipalidades), aún su impacto sobre los niveles de eficiencia del gasto son bastante limitados, básicamente porque la población todavía no se encuentra capacitada para priorizar las adquisiciones o contrataciones que tienen un mayor valor público. Aun cuando los planes anuales de adquisiciones y contrataciones públicas (lista de bienes, servicios y obras que realizará una entidad durante el año) son de obligatoria formulación y difusión pública por parte de todas las entidades estatales, la confiabilidad de la información suministrada es relativa, pues son constantemente modificados y variados en

función de las circunstancias que atraviesa la entidad re priorización del gasto, escasez de recursos, incumplimiento de transferencias del tesoro público. Estas variaciones, perfectamente permitidas en la ley, dan como resultado un amplio margen de maniobra a las autoridades y funcionarios de las entidades estatales en el manejo de las contrataciones a su cargo.

Pro ética (2015) Consejo Nacional para la Ética Pública. Informe Nacional: Perú. Adquisiciones y Contrataciones Públicas). • “Las aclaraciones a los términos de referencia podrían ser efectuadas en audiencias públicas. Esto no está contemplado en la legislación aplicable, no obstante, Proética al implementar sus programas de acompañamiento, pone en marcha Talleres de Discusión Participativa, En una entrevista sobre "la ética sirve para ser personas". No concibe la política, los negocios, los servicios financieros, ni ningún ámbito de participación humana sin ética. en los que el Sector Privado y la población en general pueden aportar sugerencias de mejoramiento a los términos de referencia, antes de que éstos sean oficiales”. • Tampoco existen las denominadas garantías de seriedad de la oferta. Sin embargo, la garantía que legalmente está establecida en la legislación nacional es la de “fiel cumplimiento del contrato”, la que supone que el contratista ganador del proceso de selección debe proveer el bien o servicio contratado de conformidad con lo ofrecido, bajo sanción de ejecutarse la garantía mediante cata fianza o póliza de caución constituida para el efecto.

Pro ética (2015) Consejo Nacional para la Ética Pública. Informe Nacional: Perú. Adquisiciones y Contrataciones Públicas. p.15) • Sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos “No existe diferencia entre los funcionarios que elaboran los términos de referencia y los que efectúan la evaluación. Tampoco se disponen atributos o calidades especiales para los funcionarios encargados de hacer esta selección. Más allá de la importancia técnica de estos temas, el mayor problema de la realidad peruana radica en el muy limitado nivel de competencias y capacidades de los servidores estatales del interior del país”.

Cortina y Conill (1998); Para Álvarez y Llacza (2023), señala: “Si bien estadísticamente no se abusa de la contratación directa o por la vía de la excepción, lo que sí es preocupante es el enorme porcentaje de procesos de contratación que se llevan a cabo a través de procedimientos llamados de menor cuantía, en los que el desarrollo de las etapas es prácticamente sumaria y la publicidad es bastante reducida, añadiendo a estos que muchos siendo no programables no fueron incorporadas en el Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones conteniendo un alto grado de discreción”.

- “Históricamente poco más de 2/3 total de contrataciones públicas del país (más de 4 mil millones de dólares americanos) se realizan por medio de este tipo de procesos. Existen sospechas razonablemente fundadas que las entidades aprovechan esta “ventana legal” para “fraccionar” procesos grandes que ameritarían licitaciones o concursos públicos más complejos, a fin de contar con mayor margen de maniobra política, institucional o económica para afectar el interés público”.

- Según Pro ética, (2015), plantea “Otra enorme dificultad consiste en que, si bien la legislación establece la posibilidad de que los comités de selección incorporen a especialistas en el tema materia de evaluación, es rara la ocasión en la que esto sucede. Bien porque la entidad no cuenta con este nivel de expertos, bien porque no existen los recursos para contratar e incorporar a este especialista. Como resultado de esto, muchas veces, tanto los términos de referencia como las especificaciones técnicas resultan formuladas con un grado de ineficiencia tal, que los procesos terminan truncándose o declarándose desiertos. La ejecución contractual se encuentra en líneas generales premunida de una serie de herramientas legales que en teoría garantizan tanto a las entidades contratantes como a los contratistas, el cumplimiento de las prestaciones de bienes y servicios contractual, se encuentra de acuerdo con nuestro ordenamiento de la ley de contrataciones del Estado, básicamente impartida los procedimientos administrativos constituida especialmente para estos efectos”.

Como señala Pro ética (2015), “No obstante, existe la posibilidad de acudir a sede judicial si concluida esta etapa no hay consentimiento de lo resuelto. Los problemas relevantes se perciben en estos rubros entre otros tenemos: a. No existe un control estricto por parte de la entidad al momento de recibir los bienes o servicios contratados. Existen innumerables quejas relacionadas con la falta de coincidencia entre los productos entregados por el contratista y lo que ofreció en la oportunidad en la que se le adjudicó el contrato. b. Si bien los contratos son irrevisables (ya que esta es una garantía civil aplicable también en estos casos), lo que está permitido por la legislación de contrataciones públicas, es la posibilidad de que los contratistas de obras realicen ajustes a los presupuestos originalmente establecidos (se denominan “adicionales de obra”). Estos “adicionales de obra” han sido frecuentemente espacios de enorme corrupción al coludirse malos funcionarios con contratistas corruptos para sobrevaluar los ajustes. Si bien actualmente existen disposiciones específicas que establecen la participación de la Contraloría General que es el organismo nacional de control gubernamental. c. El control de la Actividad Contractual conjuntamente con el acceso a la información pública de los procesos de contratación estatal, son los de mayores niveles de riesgo, debido a sus limitadas disposiciones y estrategias de promoción de transparencia, participación ciudadana y lucha anticorrupción que la legislación nacional les provee”.

Pro ética (2015). “Ha determinado las dificultades más destacadas encontradas en esta categoría son: c.1 No hay disposiciones que establezcan específicamente auditorías internas de la entidad sobre los procesos de contratación que éstas llevan a cabo. Los procesos de contratación son un rubro más a auditar, por lo que pueden ser objetos de control sólo de manera aleatoria o ante la existencia de denuncias públicas. c.2 Recién a partir de la entrada en vigor de la nueva legislación, las contrataciones por la vía de la excepción pueden ser materia de exámenes de control por parte del organismo nacional de control. La mayor dificultad estriba sin embargo, en que esta disposición constituye una atribución del organismo, la cual puede o

no ser ejercitada, por lo que en la práctica y dada la gran cantidad de procesos realizados por esta vía generalmente sólo son fiscalizadas las excepciones que producen escándalos mediáticos. c.3 No hay programas de monitoreo a los niveles de cumplimiento de los contratos adjudicados (verificación de cantidad, calidad, plazos de entrega). Los mecanismos de control y fiscalización tanto internos como externos a la entidad, se accionan sólo a partir de incumplimientos contractuales clamorosos o que son materia de denuncia pública por parte de los medios de prensa o de la ciudadanía. c.4 No existen mecanismos legalmente constituidos para que la ciudadanía pueda participar en el control de los procesos de contratación pública, ni en la ejecución de los contratos derivados de tales procesos. Existen esfuerzos aislados de parte del Organismo Superior de Contrataciones para implementar comités de “Veedurías Ciudadanas” en diversas partes del país para llevar a cabo control ciudadano en materia de contrataciones estatales. Sin embargo, estos esfuerzos aún son incipientes. Pro ética ha logrado celebrar convenios de cooperación interinstitucional con este organismo a fin de impulsar tanto éstas como otras iniciativas. c.5 Se carece de una oficina dedicada exclusivamente a tratar el tema de la corrupción en el sistema de adquisiciones y contrataciones estatales. Aun cuando la Contraloría General de la República cuenta con una gerencia especializada en contrataciones públicas, se desconocen sus planes y acciones más relevantes, así como el impacto real de su labor. c.6 La legislación nacional no dispone nada con relación a las incompatibilidades conflicto de intereses ni para los funcionarios públicos encargados de formular los términos de referencia ni para los responsables de las evaluaciones de los procesos de contratación planificados por las entidades del Sector Público. c.7 No hay restricciones para que los funcionarios públicos que estuvieron a cargo de los procesos de contratación estatal, puedan ser luego contratados por las empresas privadas ganadoras de los mismos. La única restricción existente es la que se limita al ámbito de las concesiones públicas, en las que se impide que los

funcionarios que laboraron en un organismo regulador de la inversión privada (sector telecomunicaciones, energía, y transporte), pueden trabajar para un operador privado”.

d. Según Álvarez y Llacza (2023), “En cuanto al Acceso a la Información las percepciones de mayor relevancia son: d.1 Se carece de registros y estadísticas relacionadas con los procesos de contratación pública llevados a cabo por la vía de la excepción. Si bien existe obligación de que todas las entidades publiquen en el diario oficial del Estado las contrataciones vía excepción, nadie se encarga de sistematizar esa información. d.2 Si bien existe la obligación de publicar el contrato adjudicado a las empresas ganadoras de los procesos, lo cual incluye el tema de los plazos de ejecución, no todas las entidades cumplen con publicar estos contratos, y las que lo hacen, no publican todos sus contratos. Cabe señalar que una dificultad vinculada a esta situación, d.3 Las solicitudes de ajustes a los contratos por parte de los contratistas no se hacen públicos, tampoco las decisiones que las entidades adoptan sobre dichas solicitudes (“adicionales de obra”). d.4 No existe la obligación de guardar archivos sobre la ejecución de los contratos, sólo sobre el proceso de contratación en sí y sobre los actos preparatorios al mismo. d.5 Existe un total hermetismo relacionado con las investigaciones que llevan a cabo tanto el OSCE como la Contraloría General de la República. La opinión pública de alguna manera se entera de los resultados de éstas, sólo a través de la lista de empresas o personas naturales inhabilitadas temporal o definitivamente para contratar con el Estado, la misma que es “colgada” en el portal electrónico de OSCE”.

## **2.5. La política criminal del delito de colusión ilegal.**

Para la postura de Gómez (2021), “El delito de colusión ilegal busca sancionar a los funcionarios públicos que conciertan con los interesados en los contratos administrativos de acuerdo al método de contratación en cumplimiento de su función o pertenece a la comisión especial de adquisiciones.

El ámbito de cobertura de la infracción es prohibir los comportamientos defraudatorios de naturaleza patrimonial cometidas en el ejercicio de un cargo. La frecuencia de su aplicación por parte de los Tribunales de Justicia no ha sido la misma durante la historia. Conforme ha irrumpido y se ha desarrollado la contratación administrativa y cada vez que el Estado interviene como un agente económico celebrando actos jurídicos la presencia del delito ha aumentado de manera paradigmática, cuando las diversas entidades del Estado para cumplir sus necesidades y la finalidad a la que atienden se ven obligados a salir al mercado, exigiendo la prestación de bienes y servicios. Ello ha llevado, incluso, a la aparición de una especialidad denominada el derecho de contratación administrativa”.

Para Rojas (2016), “La proliferación del delito el incremento decisivo de la actividad empresarial del Estado, el aumento considerable de obras públicas y la aparición de nuevas actividades económicas en las que participa el Estado. El objetivo político criminal de esta infracción es sancionar al funcionario que defrauda los intereses del estado en una operación económica determinada. El modo comisivo es la concertación con los interesados. No se castiga aquí al funcionario que invoca influencias o que se interesa en un contrato u operación económica, conductas que pueden ser subsumidas por el delito de tráfico de influencias o negociación incompatible. La ley pretende cautelar y proteger la transparencia en la actuación de los agentes públicos cuando participan en representación de los intereses del Estado en contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios subastas, u otra operación semejante. La norma busca evitar que los funcionarios se coludan con los particulares que ofrecen bienes y/o servicios al Estado en detrimento del patrimonio o de los intereses económicos patrimoniales de éste. Las funciones designadas a los funcionarios públicos de acuerdo a lo establecido en el Manual de Organización y Funciones cada entidad; desde el punto de vista preventivo general se aspira que los funcionarios solo velen y protejan los intereses patrimoniales del Estado, erradicando prácticas nocivas como la concertación defraudatoria.

Los funcionarios deben cumplir de manera adecuada con el rol especial que asumen cuando intervienen en determinados negocios jurídicos representando al Estado por lo que han de tutelar y asegurar los intereses patrimoniales de la entidad pública a la que pertenecen. Se trata de un comportamiento que atenta contra el patrimonio del fisco desde dentro de la organización estatal, dado que es realizado por funcionarios públicos que deben actuar en representación de la entidad pública. Las cuotas y posibilidades de la lesión del patrimonio estatal son exponencialmente mayores cuando las acciones son desplegadas por los funcionarios públicos, ya sean porque manejan fondos públicos, pueden suscribir o negociar contratos públicos, poseen un nivel y poder decisión determinado o su voluntad obliga a las diversas corporaciones públicas. Los particulares por su misma posición externa y ajena a la administración difícilmente pueden penetrar en el complejo entramado estatal de manera directa; de allí que se valgan de agentes públicos para obtener beneficios del patrimonio. Son estos malos funcionarios los que finalmente los terminan favoreciendo”.

Según Silva (2017). “En el Perú es suficiente revisar las sentencias de la Corte Suprema que solo reflejan un índice limitado de los diversos procesos penales para percibir la gran frecuencia comisiva del delito de colusión ilegal y la respectiva atención que despierta por parte de los Tribunales de Justicia. En el Perú, a diferencia de otras latitudes en donde expresamente se reconoce la escasa aplicación práctica del delito, o de figuras similares, por parte de la judicatura los fraudes en la contratación estatal adquieren cuotas notablemente elevadas lo que demuestra una realidad criminológica bastante cruda y clara en cuanto a la proclividad de los funcionarios para afectar el patrimonio del Estado valiéndose del concierto con los proveedores de bienes del Estado. Asimismo, es destacable la ineficiencia de los actos de control por parte de las agencias encargadas y fundamentalmente las enormes pérdidas económicas del erario público, situación que reviste una particular característica si es que se contempla los escasos recursos del Estado peruano y la limitación de medios que dispone. La posición de política

criminal judicial debería llevar a las agencias de control estatal en especial el Ministerio Público y el Poder Judicial a ser conscientes del enorme daño y las pérdidas económicas que se producen, tanto desde la perspectiva micro como, sobre todo, desde la perspectiva macro, al Estado y a la sociedad peruana por tolerar y ser complaciente con prácticas tan deplorables como la concertación ilegal; por lo que se debería ensayar una respuesta integral, sistemática y adecuada para dichos actos de corrupción administrativa que no necesariamente pasa por agravar las sanciones, imponer penas privativas de la libertad efectivas o aumentar las reparaciones civiles. De todos modos, debe haber consciencia de que algo se debe hacer y que alguna política judicial se debe instaurar; y no quedarse, como hasta ahora, de manos cruzadas y ver cómo se depreda el escaso patrimonio estatal. Si bien se entiende que en el delito de colusión se afecta el patrimonio estatal dicha afectación se concreta normalmente a la vulneración de la partida presupuestal asignada a una determinada entidad pública. El patrimonio estatal, entendido de manera abstracta y general, solo se ve afectado en razón que el comportamiento incide en el patrimonio de la institución u órgano público al que se le asigna un determinado presupuesto o una específica cantidad de dinero o de bienes”.

Para Gómez (2016), señala que “Los funcionarios públicos poseen una función de protección de los intereses concretos de la administración pública, ya sea protegiendo un determinado bien jurídico o una diversa gama de bienes, o controlando peligros específicos que pueden afectarlos en virtud del encargo o la delegación normativa que reciben por ley o de otro funcionario desde que asumen el cargo; hay funcionarios que por la concreta función que desempeñan en una situación, ya sea porque deriva de su propio cargo o de una comisión especial se encuentran ante una obligación jurídica normativa reforzada de custodiar y proteger los intereses patrimoniales del Estado cuando intervienen en determinados negocios jurídicos que suponen la contratación de bienes y servicios. En efecto, los funcionarios públicos que actúan en razón al cargo, y dentro de una función específica, o a partir de una comisión especial

[delegación normativa o de otro orden] ostentan un deber jurídico intensificado de proteger los intereses y el patrimonio del Estado al negociar con particulares, con personas jurídicas sean de derecho público o privado, nacionales o extranjeras vigilando los acuerdos más convenientes y útiles, tanto en precio y en calidad, para la entidad a la que representan. Desde el punto de vista normativo tienen el deber de actuación más óptimo y adecuado en cuanto al control, vigilancia y preservación del patrimonio estatal”.

## **2.6. Irregularidad e ilegalidad: límites que se encuentran para delimitar el delito de colusión.**

Para analizar los componentes de tipicidad objetiva del delito de colusión desleal, regulado en el art. 384 del Código Penal, hay que tomar en cuenta que estamos frente al delito de mayor penalidad de los que vulneran o ponen en peligro el bien jurídico de la correcta administración pública, por lo mismo no cualquier nivel de injusto puede ser suficiente para perfeccionar la figura de colusión desleal, debiendo el intérprete de la norma (fiscal o juez) en su labor de valoración de los hechos identificar con sumo cuidado a fin de no lesionar los principios de legalidad y taxatividad de contenido constitucional y de introducir al proceso penal innecesariamente causas carentes de relevancia punitiva, los actos o componentes fácticos susceptibles de constituir materia subsumible en el tipo penal de que signifiquen cuestionamientos insoportables a la intangibilidad del bien jurídico o la vigencia de la norma penal y que rebasen los causes o fronteras de significancia administrativa o de manejo interno institucional. Es decir, se encuentra fuera del ámbito del delito de colusión desleal toda aquella irregularidad administrativa, inexperiencia, negligencia que no impliquen una infracción dolosa del deber de custodiar los intereses del Estado en los diferentes negocios jurídicos en los que participe el funcionario por razón de su cargo y en el ejercicio de sus funciones.

## 2.7. El sujeto activo.

### 2.7.1. *La relación funcional específica*

Para Mir (2016) señala: “Solo puede ser autor del delito de colusión ilegal el funcionario público que actúa en razón al cargo o en base a una comisión especial. No puede ser autor quien carece de esta calidad especial, asistente administrativo de la oficina de planificación. Se trata de un delito especial propio, cuya configuración típica se fundamenta en la infracción por parte del funcionario de los deberes específicos derivados del cargo en lo que concierne a la adecuada gestión de los intereses y bienes públicos”.

Para Abanto (2015) señala: “El delito se comete tanto en el momento de la contratación como en el momento de la ejecución o ampliación de los contratos u operaciones estatales. Pese a ello, no es necesario que el funcionario posea funciones específicas para contratar bienes públicos”. De acuerdo la Ejecutoria Suprema recaída en RN 1382-2002, “No se requiere que el funcionario posea de manera general un poder de decisión o forme parte de la alta estructura organizativa de la entidad estatal correspondiente. La ley solo exige que se actúe en razón al cargo o en base a una comisión especial. En todo caso, el poder decisión debe derivar necesariamente del cargo o de la comisión especial; de tal forma que el funcionario puede que no ejerza ni desarrolle un poder de decisión, pero se le conceda amplias facultades para llevar a cabo la negociación de un determinado contrato estatal. La exigencia de la norma supone una valoración normativa y no fáctica”.

Para Rojas (2018), “El origen usual de la relación funcional específica es la ley en sentido formal, el reglamento, los actos administrativos, los actos jurisdiccionales, el manual de organización de funcionales u otra clase de norma, ya sea de carácter general o específico, de un organismo o entidad pública que determina que un funcionario ejerce determinadas atribuciones. Desde el punto de vista normativo la configuración de una relación funcional específica depende la gran mayoría de veces de una regulación legal previa que describa las

competencias y funciones de un empleado público. No es necesario que dicha relación funcional específica sea efectuada por necesidad o conveniencia del servicio, dado que también puede revestir un carácter facultativo o voluntario”. Sin embargo, también se admiten otra clase de fuentes como es el caso de la expedición de una orden legítima de autoridad o la práctica administrativa consuetudinaria no contraria a la ley. En efecto, no solo es posible que se pueda designar a un funcionario público a través de una orden, sino que adicionalmente puede ejercerse el cargo a través de una orden. Lo importante es que el funcionario sea competente y estuviera autorizado”.

Para Rojas et al. (2019), “El análisis y la valoración de la función que deriva del cargo no deben realizarse sobre la base exclusiva del Derecho administrativo como si se exigiera que el ejercicio del cargo sea únicamente compatible con las normas administrativas expresas. Puede haber contenidos materiales propios del Derecho penal. La orden legítima puede agregar a las facultades o funciones que detenta el funcionario una competencia adicional. A una competencia que no existía se agrega una función, ya sea de manera independiente o de modo complementario. El único requisito es que dicha orden provenga de una autoridad competente o con capacidad jurídica para expedirla, dado que si la orden proviene de un funcionario incompetente o una persona que carece del status de funcionario no genera deber ni obligación de cumplimiento. No es necesario que entre las funciones que efectivamente desarrolla y realiza el funcionario público haya absoluta compatibilidad con la obligación de administrar, custodiar o poseer los bienes. Lo único que se requiere es que dicha orden no sea expedida en abierta y clara infracción a la ley del sector”.

Para Gómez (2016), “Es posible que el ejercicio del cargo provenga de una delegación de competencias, consecuencia de una posición jerárquica, ya sea formal o material, que el funcionario encargado de la administración de los bienes realiza, por razones de urgencia, de vacaciones; siempre, que el superior tenga facultades de delegar y que no se transgreda la ley,

al fijar de manera particular una regla *intuitu personae* respecto al funcionario al que se confían de modo exclusivo la administración o posesión de los bienes. Un acto administrativo o jurisdiccional también puede encomendar a un funcionario el ejercicio del cargo o una comisión especial. Solo es necesario que el acto tenga existencia jurídica, aun cuando sea irregular o adolezca de un vicio. La inobservancia de alguna formalidad no es un elemento suficiente que excluya la relación funcional por razón del cargo. No es necesario que el funcionario que comete el delito de colusión ilegal posea o tenga la custodia, administración o posesión temporal de los bienes. En caso contrario no hay dificultad alguna en la configuración del delito para que la posesión o custodia, o, incluso, la administración, se den ocasionalmente o por un período de tiempo reducido”.

El Recurso de Nulidad N° 4667-2001, establece que “La jurisprudencia peruana es muy formalista en cuanto a los requisitos que debe cumplir un funcionario para autorizar y firmar un contrato. Así, en una ocasión ha señalado la necesidad de que se cuente con una Resolución Ejecutiva Regional que lo autorizara expresamente para ello”.

Para Garafoli (2015) “No constituyen casos de fuente configuradora de la relación funcional específica los supuestos que se generan sobre la base de un acto ilegítimo, la violación de un deber del agente, el engaño, el error, el abuso, en la realización de un servicio privado, paralelo al ejercicio de la función pública, o de carácter estrictamente personal”.

Según Manzuni (2016) “El abuso constituye el desbordamiento de la competencia funcional originaria y la infracción de las normas jurídicas como de las correspondientes instrucciones administrativas que prohíben determinados actos. No interesa si el abuso o el acto ilegal se han cometido en interés de la administración o en beneficio de ella”.

Asimismo, señala Flandaca (2015) “De igual manera deben descartarse los casos en los que el cargo se obtiene como consecuencia de la usurpación de funciones que realiza el funcionario, la coacción. Nada hay más incompatible a la razón del cargo que la figura de la

usurpación de funciones; de tal manera que si el funcionario contrata sobre un bien o caudal no comete colusión, sino hurto o estafa”.

### ***2.7.2. El deber específico aplicable en el delito de colusión.***

Se considera al delito de colusión como una delito de infracción de deber, en razón que la imputación se encuentra fundamentada en el quebrantamiento de un deber especial que tiene el sujeto activo que le obliga a comportarse de manera diferente al tipo penal; deber especial contenido en norma extrapenal habilitante (ley, reglamento, norma administrativa, estatuto,) que delimita su encargo en la contratación administrativa patrimonial, y que constituye la antijuricidad formal del tipo penal de colusión.

Para García (2017), “Precisa que una simple verificación puramente formal del estatus de funcionario o servidor público, (no agota la imputación en calidad de autor del delito de colusión), pues el propio tipo penal indica expresamente que dicho funcionario o servidor público debe haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de una comisión especial. En ese sentido la antijuricidad de la conducta se sustenta en el quebrantamiento del deber especial normativo atribuido al funcionario público”. De resguardar los intereses estatales en la contratación de bienes o servicios para el Estado; no se admite supuesto de culpa en la comisión de este delito, es más, el injusto se desprende que obligatoriamente el sujeto activo debió intervenir materialmente en la selección y ejecución de la contratación de adquisición pública.

Por la postura de Castillo y García (2008). “Se considera que el funcionario cuenta con un deber de garante con una obligación jurídico normativa reforzada de custodiar y proteger los intereses patrimoniales del Estado cuando intervienen en determinados negocios jurídicos que suponen la contratación de bienes y servicios. En ese sentido el sujeto activo de este delito cumple con un rol de garante específico y especial ya que la norma jurídico penal se imputa

que tiene un deber de actuación óptimo y adecuado en cuanto al control, vigilancia y preservación del patrimonio estatal”.

En esa misma línea de pensamiento el profesor Fidel Rojas Vargas afirma: (...) “El delito de colusión desleal o defraudatoria es uno de aquellos ilícitos penales en los cuales la vinculación funcional del sujeto activo con el objeto normativo materia de delito y con el bien jurídico se halla fuertemente enfatizada por la norma penal, de forma que la autoría se presenta restringida a determinados sujetos público vinculados, quienes se relacionan con el objeto material del delito (negociaciones y operaciones contractuales) por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial (...), y por ende (...) al no tener los interesados titularidad pública, ni deberes de lealtad en sus relaciones con el Estado, no resulta coherente imputarles responsabilidad a título de autoría (...). Contrario a lo expuesto anteriormente el profesor Roberto Cáceres Julca considera que: (...) “No se requiere para que se materialice un acto colusorio, que se infrinja una norma, entendido este en sentido amplio para englobar a la ley del material, al reglamento, al manual de funciones, a la directivas, a las recomendaciones del organismo de decisión o de supervisión, entre otros que tenga idoneidad para establecer pautas para la toma de decisiones, aun cuando esto es un indicativo. Basta que se incurra en una infracción de deberes funcionariales contraria a los principios y objetivos institucionales de la organización del Estado y que ocasione un riesgo prohibido que tenga idoneidad para defraudar al patrimonio público (...).” Postura que reitera al indicar que el funcionario público no necesita romper con las normas para infringir su deber de cautelar los intereses de la institución pública, basta con que el acto de poder haya sido influido de modo tal, que la voluntad se oriente de manera calculada a favorecer a un particular, lo cual puede ocurrir incluso para no ejercer los deberes de control que tenía asignado en un procedimiento administrativo, o de evitar los riesgos derivados de la toma de decisiones.

## **2.8. Sujeto pasivo.**

Para Rodríguez (2015), “El delito en la medida que supone la concertación defraudatoria de los intereses patrimoniales de la administración afecta, como titular del bien jurídico al Estado, a las municipalidades, al Gobierno regional o a la concreta dependencia estatal a nombre de quién se celebra y/o ejecuta el contrato o la operación económica. La ley alude como sujeto pasivo “al Estado o entidad u organismo del Estado”. Según Recurso de Nulidad 3017, establece “La interpretación que se realice del sujeto pasivo debe ser sumamente amplia, en la medida que los diversos sectores del Estado, los organismos constitucionales autónomos o las diversas personas jurídicas de derecho público, [...] suscriben contratos y diversas operaciones económicas que comprometen de manera directa el patrimonio estatal y que, por tanto, puede verse perjudicados en la disposición de sus intereses económicos patrimoniales”.

Para Abanto (2016), La condición de sujeto pasivo no se limita a las entidades del poder ejecutivo, sino también a otros los poderes del Estado. La Jurisprudencia suprema entiende que el sujeto pasivo del delito es el Estado o el organismo público, en tanto tenga autonomía jurídica, tales como los Gobiernos Regionales, las municipalidades, las empresas públicas de economía mixta o las entidades que posean personería jurídica. Recurso de Nulidad 2624, en su fundamento 12 establece “La forma que no se puede considerar como sujeto pasivo a un Hospital, dado que pertenece al sector salud y no es un organismo con personería jurídica autónoma. Asimismo, ha señalado que constituye un error el consignar como agraviado a la administración pública y al Estado cuando lo correcto es establecer a la concreta entidad agraviada”.

## **2.9. Consumación del delito de colusión**

Para Abanto (2016) “En el delito de colusión simple, se consuma desde el momento en que se lleva acabo el acuerdo colusorio con el fin de defraudar al Estado. Es un delito de peligro

y de mera actividad. En efecto, para que se perfeccione la realización del tipo requiere un concierto de voluntades entre funcionario o servidor público y el interesado. Nos hallamos frente a un delito de participación necesaria, en el preceptivamente debe intervenir dos sujetos llevando a cabo cada uno de ellos una conducta distinta, pero tendente a la obtención una misma finalidad, en este caso, defraudar al Estado o cualquiera de sus entidades u organismos. Se ha mantenido en la doctrina que para la consumación de este delito no es necesaria la efectiva causación de un perjuicio patrimonial a la Administración Pública, ni la obtención de una ventaja por el funcionario”.

Según el Recurso de Nulidad 2624 -2004, “En la colusión agravada se requiere que la conducta efectuada por el agente ocasione o produzca la defraudación efectiva a los intereses del Estado u organismo sostenidos por el Estado, esto es, que se ocasione un real perjuicio económico al sujeto pasivo, situación que sin duda deberá ser establecida por los peritos especializados. La defraudación producida ha debido tener como medio facilitador la concertación previa entre el funcionario y el interesado en la contratación estatal. Si sólo se verifica el perjuicio patrimonial, pero no el acuerdo colusorio, no se configura el delito y tampoco se puede hablar de consumación. Esto no significa que el perjuicio ocasionado al Estado deba quedar impune. El delito de colusión agravada, a diferencia de la colusión simple, es un delito de peligro concreto: requiere que el juzgador verifique con el apoyo de la prueba pericial, el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado a través del acuerdo colusorio, sólo de esta manera se podrá configurar la modalidad agravada de la colusión y aplicable mayor pena, en vista de su mayor contenido de ilicitud”.

## **2.10. Jurisprudencia del delito de colusión**

- Jurisprudencia: Ejecutoria Suprema del 20 de Julio de 2005, R.N. N° 350–2005, Tumbes, fundamento jurídico quinto: Quinto.- “Que el delito de colusión importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo

que concierta con los interesados defraudando al Estado; que, en el presente caso el concierto es obvio por la forma y circunstancias del otorgamiento de la buena pro y, también, de la elaboración y suscripción del contrato; que la defraudación, en tanto medio comisivo, ha tenido como objetivo afectar el gasto público a través de un proceso licitatorio indebido, el cual incluso como una exigencia adicional a la consumación típica, que solo requiere peligro potencial en el presente caso resultó dañado no solo por el hecho de aplicar fondos públicos de modo irregular en un proceso violatorio de la ley, sino especialmente por haberse otorgado la buena pro a una empresa que ofertó un producto a mayor precio que las restantes, sin que esto último aparezca justificado en atención a otras circunstancias razonablemente atendidas”.

- Jurisprudencia: Ejecutoria Suprema del 12 de Diciembre de 2007, R.N. N°. 1296–2007, Lima, fundamento jurídico quinto: Quinto. (...) “Es preciso indicar que el bien jurídico protegido en el delito de colusión concretamente, es el patrimonio administrado por la administración pública, y en tal sentido constituye un delito de infracción del deber, además para su configuración deben darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado; el primero la concertación que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento de agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos esto es, la defraudación, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico con el eventual resultado. Asimismo tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo al patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar al patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva la colusión, en esencia,

no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa”.

La Jurisprudencia: Ejecutoria Suprema del 15 de febrero de 2005, Recurso de Nulidad. N° 79-2003 (2003), enfatiza: “La concertación ilegal es un delito de resultado; que la inconducta funcional del trabajador público perjudica directamente al patrimonio del Estado, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración”.

### ***2.11. La prueba penal en la Constitución Política.***

La constitución establece la garantía de los derechos fundamentales y salvaguarda a la sociedad de las intimidaciones contra la seguridad, como se encuentra establecido en el artículo 44 de la Constitución.

De conformidad a la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente 9081-2006-PHC/TC (2006), Establece “En el proceso penal sanciona la inconducta funcional de los trabajadores públicos que tienen consecuencia de afectar los bienes del estado, realizado por el autor mediano, autor material y los coautores, para la cual limita los derechos fundamentales de las personas, recaída en su libertad.

La constitución y el derecho penal. La constitución se convierte así en el referente por antonomasia, no sólo del legislador procesal penal sino de toda actuación de los encargados de la persecución del delito, es un deber del estado en proteger de los derechos fundamentales durante el proceso penal con observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional; ninguna persona puede ser sometido a pena o medida de seguridad sin pronunciamiento del órgano jurisdiccional, a la responsabilidad penal del imputado”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 1417-2005-AA/TC (2005), señala: “Los derechos humanos establecido en la constitución política del Estado siendo reconocido como

los derechos fundamentales como la dignidad humana y orientado al fin supremo de la sociedad y del Estado. Los derechos fundamentales son de aplicación a la protección de las personas naturales y jurídicas de acuerdo de acuerdo al alcance de cada derecho con relación a su eficacia. Cualquier vulneración se regula por las garantías constitucional quienes hayan originado el agravio constitucional, para su interpretación que sea contraria a los principios de la fuerza normativa de la constitución. Lo único de que este hecho implica que tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental”.

La STC 9955-2006-PHC/TC (2006), “La obligación de salvaguardar los derechos constitucionales exige de los jueces en especial y los demás operadores jurídicos, observar los precedentes y la jurisprudencia vinculantes del tribunal constitucional. El máximo intérprete de la constitución viene sosteniendo que sus sentencias normativas y sus precedentes con efectos normativas y sus precedentes con efectos normativos se estatuyen como fuentes del derecho y vinculados a todos los poderes del Estado y particulares”.

La STC 3741-2004-AA/TC (2004), “En tanto que su jurisprudencia en la medida que constituya interpretación y aplicación de la normatividad vigente en sus fallos, conforme lo establecido en el artículo VI del código procesal constitucional señala, Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.”

## **2.12. El derecho a la prueba.**

La función principal en el proceso judicial radica en determinar los hechos jurídicos definitivos, que contienen consecuencias jurídicas en las conductas reprochables de los sujetos

procesales. Con relación al principio de contradicción quienes tienen el derecho de probar siendo un elemento principal que se encuentra establecido en el debido proceso consagrado en la Constitución Política del Estado, los justiciables deben postular los medios probatorios que justifican sus afirmaciones y son valorados por el juez para dictar la sentencia.

Desde la sentencia recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo: “Que el derecho a la prueba goza de protección de la constitución, sostiene que el derecho a la admisión de la prueba se encuentra implícito al debido proceso, establecida en el artículo 139, inciso 3 de la constitución”.

En la sentencia del Tribunal Constitucional el Expediente 6712-2005-HC/TC, (2005) afirma: “Que existe un derecho constitucional a probar, orientado por los fines de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Posteriormente se dijo que el derecho a probar es un componente elemental del debido proceso, que faculta a los justiciables a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcance que la constitución y la ley establecen”

Por otra parte, la Sentencia del Expediente 6712-2005-HC/TC, (2005) señala: “Que existe un derecho constitucional a probar, orientado por los fines de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Posteriormente se dijo que el derecho a probar es un componente elemental del debido proceso, que faculta a los justiciables a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcance que la constitución y la ley establecen”

La sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 568-2006-PHC/TC, (2006) “Finalmente, se ha puesto en relieve que una de las garantías que asisten a las partes del proceso es de presentar los medios probatorios necesarios para posibilitar la creación de la convicción del juzgador sobre la veracidad de sus argumentos”

Como lo enfatiza la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente 1014 -2007-PHC/TC. (2007) relaciona “Siendo un derecho fundamental el derecho a la prueba tiene una doble dimensión objetiva, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento que tiene el derecho de producir la prueba necesaria, con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. En su dimensión objetiva comporta también en el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponde a los medios de prueba en la sentencia”.

Como lo señala en la Sentencia del Tribunal Constitucional 4831-2005-PHC/TC. (2005) precisa “El derecho a la prueba es reconocido explícitamente como norma rectora del código procesal penal, en su artículo IX del Título Preliminar señala” El derecho a la prueba es reconocido explícitamente como norma rectora del código procesal penal, cuando en su artículo IX del Título Preliminar señala que toda persona tiene derecho a intervenir en la actividad probatoria y a utilizar los medios de prueba pertinentes. Si bien el nuevo código solo hace alusión en su título preliminar al derecho de las partes a intervenir en la actividad probatoria y a utilizar los medios de prueba pertinentes, ello en modo alguno si no por el contrario ampliamente, en la medida en que el concepto de actividad probatoria y a utilizar los medios de prueba pertinentes, ello en modo alguno si no por el contrario ampliamente, en la medida en que el concepto de actividad probatoria comprende no sólo aporta de medios de prueba. Por lo demás, el Tribunal Constitucional se ha encargado de delimitar el contenido un derecho complejo cuyo contenido constitucional se ha encargado de delimitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho de la prueba”.

### **2.13. Alcances al derecho de prueba.**

El Estado Constitucional del Derecho, protege a los investigados a la valoración, admisión de la prueba, siendo parte de la tutela efectiva quienes tienen el derecho a la defensa, el derecho a la contradicción siendo el Nuevo Código Procesal Penal garantista de los derechos

fundamentales. En nuestro país se desarrolló a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; consecuentemente el investigado o el procesado tiene los siguientes derechos:

- a) El derecho de ofrecer medios probatorios consignados acreditar o desacreditar los hechos de la imputación en forma concreta.
- b) El derecho que se admitan las pruebas ofrecidas por sujetos procesales.
- c) El derecho que se admite por los medios de prueba adquiridos por el juzgador.
- d) El derecho que se valoran en forma adecuada y motivada las pruebas admitidos por el juzgador.
- e) El derecho de la conservación de la prueba mediante la cadena de custodia, y también con la prueba anticipada.

Según Ferrer (2003), “considera “que los elementos definitorios del derecho de prueba son los siguientes: 1. El derecho de utilizar todas las pruebas que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión. 2. El derecho a que la prueba sean practicadas en el proceso. 3. El derecho de una valoración racional de las pruebas practicadas. 4. La obligación de motivar las decisiones judiciales.

El Expediente 1014-2007-PHC (2007) “Con el fin de definir cuáles son la manifestaciones, elementos o derechos que integran el derecho de la prueba, el Tribunal Constitucional ha recogido ampliamente toda la doctrina ha puntualizado hasta el momento, sin duda con la finalidad de dotar el referido derecho fundamental de una elevada protección constitucional, tanto más si la configuración de este derecho es esencial legal. Así, ha sostenido que se trata de un derecho complejo cuyo contenido está determinado por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos y adecuadamente actuados, a que se asegure su producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y a que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darles el mérito probatoria que tenga la sentencia”.

Según Talavera (2017), Desde de su postura señala “El derecho a ofrecer medios de prueba. “El Tribunal Constitucional afirma que una de las garantías que asiste a las partes del proceso común es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus enunciados fácticos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, no se podrá considerar amparada en la tutela procesal efectiva. El derecho de la prueba implica la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconoce, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor” (p.29).

De conformidad del acápite e, inciso 3, del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, plantea “Una de las manifestaciones de este elemento del derecho a probar se encuentra en la posibilidad de ofrecer testigos”.

Del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, destaca “La persona acusada tendrá derecho, en plena igualdad, y durante todo el proceso: a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo, y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. Conforme a este derecho, por regla general se puede ofrecer cualquier medio de prueba para probar cualquier hecho objeto de prueba, siempre que no esté expresamente prohibido o no permitido por la ley; subyace aquí el principio de libertad de prueba. Puede aportarse medios de prueba típico los previos expresamente en la ley o atípicos aquellos que no estén regulados en la ley, en cuyo caso en la forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos en lo posible”.

De conformidad al inciso 2, del artículo 385 del Decreto Legislativo 957 (2004). Señala que: “El juez penal, excepcionalmente una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer de oficio o a pedido de parte la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso

del debate resulta indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El juez cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes”.

De conformidad al inciso h, del numeral 1, del Artículo 349, del Decreto Legislativo 957 (2004) Menciona: “De la función fiscal debe ofrecer los medios de prueba en su acusación, para lo cual los medios probatorios presentarán la lista de testigos y peritos con indicación de su nombre y apellido, y de los puntos sobre los que habrá recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca”.

Según Espinoza (2022), señala: “Consecuentemente, la garantía del debido proceso y de conformidad al principio de igualdad procesal los sujetos procesales en la etapa de acusación tienen un plazo de diez días de notificado a ofrecer pruebas, adjuntando lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate y presentar documentos que no fueron incorporados en el proceso”.

A juicio de Taruffo (2005) plantea:

“Deberán ser admitidas todas aquellas pruebas que hipotéticamente pueden ser idóneas para aportar, directa o indirectamente, elementos de juicios acerca de los hechos que constituyen objeto concreto de prueba. El derecho a los que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho a la prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos. En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pudieran denegar cuando imponen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, oportunas, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos”. (p. 405,406)

La Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 6712-2005-HC/TC, (2005) Señala: “Constituye un serio e importante avance para proteger el derecho fundamental a la prueba, la regularización sobre la admisión de las pruebas que han efectuado el nuevo

código procesal penal. Entre las reglas generales para el juicio de admisión, se tiene: a). Admisión de un medio de prueba requiere de un auto especialmente motivado (artículo.155.2). b). Se pueden excluir los medios de prueba que no sean pertinentes y los prohibidos por ley (artículo. 155.2), c). Se pueden limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente abundantes o de imposible consecución. d). Es posible reexaminar la admisión de un medio de prueba (artículo. 155.4). e). No pueden ser utilizados métodos o técnicas idóneos para influir sobre la libertad de autodeterminación de una persona o para alterar su capacidad de recordar o valorar los hechos (artículo. 157.3). f). No se puede utilizar directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos mediante la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (artículo. 159). c) El derecho que se actúen adecuadamente los medios de prueba admitidos”.

Según Ferrer (2007), establece “Resulta obvio no tiene sentido la sola admisión de los medios de prueba propuestos por las partes si esto no va seguido de una efectiva práctica de la prueba en el proceso” (p. 55).

Según Talavera (2017), sostiene: “Se entiende por actuación probatoria los actos procesales necesarios por los diversos medios concretos aducidos, solicitados o decretados de oficio se incorporen o ejecuten en el proceso”. (p.32).

De conformidad al numeral 1, del artículo IV del Título Preliminar del Decreto Legislativo 957 (2004), Nuevo Código Procesal Penal, señala: “El Ministerio Público es el titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad”

Del mismo cuerpo normativo establece en el numeral 1 y 2. Del artículo 155 del Decreto Legislativo 957 (2004), donde señala 1.: “la actividad probatoria en el proceso penal esta regulado por la constitución, los tratados aprobados y ratificados en el Perú”. Numeral 2. “Las

pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El Juez decidirá su admisión mediante el auto especialmente motivado”.

Según Taruffo (1984), sostiene que “deberá maximizarse la participación de las partes a través del principio de contradicción, dando en todo momento a cada parte la oportunidad de contra probar lo alegado por la parte contraria” (p.98).

Según Talavera (2017) sostiene, “la legalidad de la actividad probatoria: “Implica que tanto la obtención, la recepción, así como la valoración de la prueba deben desarrollarse en orden establecido por la ley, sin que esto signifique adoptar el sistema de prueba legal. La legalidad se invoca de manera muy especial cuando en la actividad probatoria se produce transgresiones del orden jurídico o violaciones de los derechos de las personas”. (p.33).

Según Talavera (2017) señala:

“El principio de legalidad del medio de prueba significa que la actividad procesal que es preciso desarrollar para incorporar la fuente de proceso, debe realizarse de acuerdo con lo dispuesto en la ley,

- a) Solo se admitan los medios legalmente previstos; significa que, si para un proceso concreto existe una limitación probatoria, este debe respetarse.
- b) Principio de publicidad: En su verdadero sentido, este principio establece que la publicidad requiere que no solo las partes, sino el público tenga oportunidad real y efectiva de presenciar la recepción de la prueba que los alemanes denominan publicidad inmediata. En los procesos sumarios solo es posible de una publicidad mediata.
- c) Principio de contradicción: Implica que, para ser válida o por lo menos eficaz, la prueba debió haber sido producida con audiencia o intervención de la parte contraria, de modo que ésta pudiese haber fiscalizado su ordenada ascunción, y haber contado con la posibilidad de ofrecer prueba de descargo.

- d) Principio de Inmediación: Exige que el juzgador y las partes se encuentren en contacto personal, hechos y cosas que sirven o servirán como fuente o medio de prueba, según sea el caso, de modo tal que pueda alcanzar una real coincidencia entre el hecho percibido y el hecho objeto de prueba.
- e) Principio de comunidad de la prueba: Es la ventaja o provecho que los sujetos procesales pueden sacar un medio de prueba introducido al proceso, independientemente de quien lo haya planteado”. (p. 34).

La Sentencia del Tribunal Constitucional, del Expediente 1014-2007-PHC/TC, (2007), señala:

“De poco servirá tener derecho a ofrecer medios probatorios o que los mismos sean admitidos para su actuación en el juicio, si éstos no estuvieran disponibles para su actuación en el momento oportuno del debate. Debido a la duración de los procesos en nuestro país, con cierta frecuencia ocurre que por enfermedad o viaje los testigos o peritos no van estar disponibles para su presentación en el juicio o la audiencia de actuación probatoria, o que el testigo no podrá reconocer al autor o participe de un hecho punible o el objeto material de un delito denominado prueba o evidencia material porque no estará en las mismas condiciones en la que fue hallado o incautado, De ahí que resulte indispensable que las partes cuenten con la posibilidad de asegurar la producción o conservación de sus fuentes de prueba. Nuestro máximo intérprete de la constitución estima que la actuación anticipada de los medios probatorios es el instrumento idóneo para asegurar la producción y conservación de los mismos”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, del Expediente; 1014-2005-HC/TC, (2005).

Refiere:

“La prueba anticipada es aquella practicada antes del juicio con intervención del juez en condiciones que permitan la contradicción, cuando fuere de temer que no podrá

practicarse en el juicio oral o que algo motivar su suspensión”. El Código Procesal Penal regula ampliamente la penal anticipada, estableciendo los supuestos en que el Juez de investigación Preparatoria debe decidir su actuación a solicitud de los sujetos procesales del proceso (artículo .242). Correctamente la prueba anticipada procede en los casos siguientes: • Testimonio y examen del perito, cuando se requiera examinarlos con urgencia ante la presencia de un motivo fundado para considerar que estos no podrán hacerse en juicio oral por enfermedad u otro grave impedimento, o que ha sido expuesto a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. • Careo entre las personas que han declarado, por los mismos motivos del literal del literal anterior. • Reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta la celebración del juicio”.

El derecho a una valoración racional de las pruebas actuadas. Citada por Talavera (2017, se citó a Taruffo, 2008), donde señala:

“El reconocimiento del derecho de las partes que sean admitidas y practicadas las pruebas relevantes para demostrar los hechos que fundamentan su pretensión, es una garantía ilusoria y meramente ritualista si no se asegura el efecto de la actividad probatoria es decir la valoración de las pruebas por parte del Juez en la decisión”. (p.36).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 1014-2007-PHC/TC (2007), Considera:

“Uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por el hecho de las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valorada de manera adecuada y con la motivación debida. De este hecho se deriva una doble exigencia para el Juez en la decisión. Uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean

valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De este hecho se deriva doble exigencia para el juez; en primer lugar, de exigencia de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por la parte del proceso en el marco del respeto de los derechos fundamentales y de los establecidos las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables. Por ello la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, del debido proceso”.

Con forme se señala en la STC 1934-2003-HC/TC, en nuestro ordenamiento señala:

“La prueba se rige por el sistema libre valoración razonada (sana crítica). En virtud de ello, el juzgador tiene libertad para evaluar los medios probatorios sin que éstos tengan asignado un valor determinado (tarifa legal). El Tribunal Constitucional que no le compete valorar las pruebas o revocar las sentencias emitidas en sede penal, o determinar la responsabilidad penal de los imputados, pero si analizar si en su valoración existe una manifiesta irrazonabilidad. Estas exigencias de valoración de las pruebas pueden descomponerse en dos aspectos distintos: por un lado, si existe que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte. Por otro lado, se exige que la valoración que se haga de las pruebas sea racional. La primera de las exigencias es a menudo incumplida mediante el recurso denominada “valoración conjunta de las pruebas”. Debe advertirse que, si bien una decisión sobre los hechos no pueda realizarse sin esa valoración conjunta de las mismas. Por ello deberían ser consideradas como violaciones al derecho de la prueba los supuestos en que algunas de las pruebas admitidas o practicadas no hayan sido tomadas en consideración en el momento de la decisión. Es necesario también que la valoración de las pruebas, individual y conjunta, se adecue a las reglas de la racionalidad. Sólo así podría entenderse que respeta el derecho de las partes a probar, esto es a

producir un determinado resultado probatorio que sirve de fundamento a sus pretensiones. Es más, solo si se garantiza que los hechos probados a los que se aplicará el derecho han sido obtenidos racionalmente a partir de los elementos de juicio aportados al proceso, puede certificarse también un nivel mínimamente aceptable de seguridad jurídica”.

De conformidad al artículo 158, del Decreto Legislativo 957 (2004) señala: “En la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, estando obligado a exponer los resultados obtenidos y los criterios adoptados”.

Como afirma Talavera (2017) precisa:

“En ese sentido, la racionalidad radicaría en la necesaria corrección del razonamiento probatorio en la medida que hay obligación de explicarlo. De otro lado, el artículo 393.2 estatuye que, para la apreciación de las pruebas, el juez penal procederá primero a examinarlas individualmente y luego deberá evaluarse todos los resultados probatorios con relación a las hipótesis planteadas. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos” (p.15).

El Tribunal Constitucional ha sostenido mediante la sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 1014-2007-PHC/TC (2007) indica:

“La libre valoración razonada en modo alguno significa que la actividad probatoria se sustraiga del control de la jurisdicción constitucional. Aquella debe ser realizada de acuerdo con los principios que lo informa. Entre dichos principios, un lugar especial ocupa de la necesidad de la debida motivación, que deberá quedar plasmada en la sentencia de manera suficiente. Evidentemente el juez constitucional no le corresponde valorar las pruebas, pero si analizar si en su valoración (razonamiento probatorio) existe una manifiesta irrazonabilidad”.

Que, de conformidad a la Constitución Política del Estado (1993), en su artículo 139, inciso 5; señala:

“La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y los fundamentos de hechos en que se sustenta”.

De conformidad al numeral 1 del artículo 158, del Decreto Legislativo 957 (2004) señala:

“En la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados adoptados”.

De conformidad al numeral 3 del artículo 394, del Decreto Legislativo 957 (2004) señala:

“La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por aprobado y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por aprobadas o improbadas, y de la valoración de la prueba que la sustentan, con indicación del razonamiento que lo justifique”.

Según Talavera (2017) precisa:

“Es preciso distinguir entre la estructura de la motivación y la valoración. La estructura de la motivación y la valoración es la secuencia constituida por una máxima de experiencia (premisa mayor), un dato probatorio (premisa menor) y un hecho probado (conclusión). En cambio, la valoración concierne el fundamento de la máxima experiencia adoptada. Por último, en cuanto a esta exigencia del derecho de la prueba, la motivación también debe cumplir con los requisitos de racionalidad, coherencia y razonabilidad. Sobre la racionalidad de la motivación, es del caso precisar sus dos alcances: de un lado será racional toda motivación capaz de hacer aparecer justificada la decisión, de modo que consienta el necesario control externo (de un tercero) sobre el fundamento racional. En el otro aspecto será racional toda motivación cuyos

argumentos serán válidos; se busca la coherencia de los mismos, así como la completitud de la justificación con relación a la decisión adoptada”. (p. 40-41).

#### **2.14. Límites al derecho de prueba.**

El derecho fundamental de la prueba se debe tener en cuenta los siguientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional:

Se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 010-2002-AI/TC (2002). La postura siguiente:

“El derecho de la prueba se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicios con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos límites extrínsecos. El derecho a la prueba se encuentra sujeto a los principios de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Estos principios informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, establecen límites inmanentes a su ejercicio, esto es derivado de la propia naturaleza del derecho. Sin embargo, lo anterior no quiere decir no puede establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita”.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado conceptualmente los límites del derecho a la prueba en la Sentencia del Tribunal Constitucional, en el expediente 6712-2005-HC/TC, (2005): “1. Pertinencia: Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso. 2.

Conducencia o idoneidad: el legislador puede establecer la necesidad que determinados hechos sean probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o vedado para verificar un determinado hecho. 3. Utilidad: se presente cuando contribuye a conocer lo que es objeto de la prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que prestan algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, más ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar por su intermedio los hechos que pretenden ser probados por parte; y cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque sean propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya había actuado antes, 4. Licitud: No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida”.

En la Sentencia de Tribunal Constitucional, del Expediente: 1014 – 2007 –PHC/TC (2007) refiere:

“Se exige la constitucionalidad de la actividad probatoria, lo cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o las trasgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba. Preclusión o eventualidad: En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la

admisión de los medios probatorios; pasando dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria”.

Del Decreto Legislativo 957, en su artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal se encuentra establecido:

“Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detallado la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un abogado defensor de su elección (...) desde que es citado o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se conceda un tempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material, a intervenir en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la ley, a utilizar medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en forma y oportuna que la ley señala”.

Según Talavera (2017) establece:

“La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere que el aporte probatorio sea pertinente (artículo. 352. 5. b); en caso contrario, el juez les excluye mediante auto motivado (artículo. 155.2)”. También sobre el principio de concurrencia u idoneidad, que se encuentra expresamente reconocido como requisito para la admisibilidad probatoria en el artículo 352.5b, parte de dos premisas fundamentales. En primer lugar, que el legislador tiene capacidad de determinar en algunos casos concretos” (p.44).

## **2.15. La legitimidad de la prueba.**

### **2.15.1. *Noción.***

Según Talavera (2017) señala:

“Como se ha afirmado, la presunción de inocencia exige que las pruebas se practiquen con todas las garantías y se obtengan en forma lícita. (...), el principio de legitimidad de la prueba exige que se utilicen medios de prueba moralmente lícitos. (...) apunta la legitimidad consiste en que debe obtenerse la prueba por los modos legítimos y las vías derechas, excluyendo las calificaciones de fuentes impuras de prueba. El citado principio comprende tanto el concepto de legitimidad como el de licitud de la prueba”. (p.61).

Al desarrollar los alcances del derecho a la prueba. El Tribunal Constitucional en el Expediente 1014-2007-PHC/TC, (2007) menciona:

“considera que conforme a tal derecho se exige la constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o las transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba. Desde luego, la legitimidad de la prueba se refiere esencialmente a las llamadas prohibiciones de prueba y la llamada ilícita o prueba prohibida, más no así la prueba irregular o defectuosa”.

### **2.15.2. *Prohibiciones de prueba.***

Según Talavera (2017) describe:

“Las prohibiciones de la prueba o prueba prohibida, establecida en el artículo 155.2 del Código Procesal Penal “comprenden los casos de prohibiciones de temas probatorios, prohibición de medios probatorios y prohibición de métodos probatorios. Concordante con el artículo 165.2.a. Los hechos que guarda por razón del secreto profesional un ministro de culto religioso, no pueden ser tema de prueba en un proceso

penal, aun cuando dicho ministro sea liberado por el interesado del deber de guardar secreto. Conforme a la prohibición de medios probatorios, determinados medios de prueba no pueden ser objeto de actividad probatoria en un caso concreto. Así, el artículo 182°.3, estatuye que no procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad. De acuerdo con las prohibiciones de métodos probatorios, determinados métodos de prueba no pueden ser empleados. Específicamente el artículo 157°.3 prescribe que no pueden ser utilizados aun con el consentimiento del interesado método o técnica idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar hechos”. (p.62).

### ***2.15.3. Prueba prohibida o prueba ilícita.***

Según Miranda (2010) expresa:

“Por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración a los derechos fundamentales. Por el contrario, prueba irregular sería aquella obtenida, propuesta o práctica con infracción de la normatividad procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de los derechos fundamentales”. (p.39).

Según Talavera (2017) establece:

“A diferencia de muchas constituciones, incluso la Constitución de los Estados Unidos y sus Enmiendas, la Constitución del Perú de 1993 reconoce la llamada regla de exclusión (prueba prohibida o prueba ilícita) en forma expresa en dos disposiciones: en el artículo 2°.24.h cuando señala que: “carece de valor las declaraciones obtenidas por la violencia moral, psíquica o física y que quien las emplea incurre en responsabilidad; y en violación del precepto constitucional primer párrafo de la citada disposición constitucional no tiene efecto legal. En forma expresa, nuestra Constitución adopta el criterio de la ineficacia probatoria o regla de exclusión de aquella fuente de

prueba obtenida mediante infracción de preceptos constitucionales. El que no haya sido expresamente previsto como consecuencia jurídica para el caso de vulneración de otros derechos fundamentales, en el modo alguno puede llevar a considerar que la regla de exclusión opera solo en los supuestos expresa entes contemplados. Dos son las razones que pueden esgrimirse: la primera, que la constitución no es el texto idóneo para establecer las consecuencias jurídicas de la infracción de cada precepto constitucional, pues ello le corresponde a la legislación: y la segunda, que en la protección constitucional de los documentos privados y la integridad personal hay un conjunto de derechos constitucionales cuya infracción sin duda debe generar consecuencias jurídicas. El énfasis con el que el constituyente haya redactado algunos preceptos constitucionales no puede considerarse como una taxatividad o *numerus clausus*, sino como formas de observancia de nuestra ley fundamental, que debe ser aplicada también para otras disposiciones constitucionales de similar naturaleza”.

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional, del expediente 1058-2004-AA/TC, señala: “El Tribunal Constitucional sostuvo que se debe garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos y como evidente, generar efectos en su perjuicio”.

## **2.16. La Valoración de la Prueba.**

### ***2.16.1 Generalidad de la prueba.***

Según Talavera (2017) define:

“La actividad probatoria tiene tres momentos: en primer lugar, la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas, la valoración y la decisión de los hechos probados. La valoración es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de la prueba recibidos. Tiende a establecer cuál es su real actividad utilidad para los fines de la formación de la convicción en el juez sobre las

afirmaciones sobre los hechos que dieron origen al proceso. Según Ferer (2007), El objeto de la valoración es determinar el grado de colaboración que el material probatorio aporta a cada uno de las posibles hipótesis fácticas en conflicto. Para Gascón (2017). “La valoración de las pruebas es el juicio de aceptabilidad de las informaciones aportadas al proceso mediante los medios de prueba. Más exactamente, valorar existe en evaluar si esas afirmaciones (en rigor, hipótesis) pueden aceptarse como verdaderas. En tanto operación intelectual realizada por los jueces, las valoraciones de las pruebas presentan dos características: de una parte, ser un procedimiento progresivo y, de otra, ser una operación compleja. En relación con la primera de estas características, no se debe perder de vista que, para poder dictar un relato de hechos probados, el juez debe previamente realizar diversas operaciones (valorar la fiabilidad probatoria del concreto medio de prueba, interpretar la prueba practicada), las cuales le suministran los elementos necesarios para la valoración final de la prueba. En lo que respecta el carácter complejo de la actividad de valoración, no se debe olvidar que en la valoración de las pruebas el juez maneja un conjunto de elementos de diversa naturaleza que le permitirán llegar a deducir un relato global de los hechos probados” (p.159).

### ***2.16.2 Sistema de Valoración.***

#### **2.16.2.1. Sistema de prueba legal o tasada.**

Según Talavera (2017) describe:

“En el sistema de prueba legal o tasada, es la ley lo que establece o prefijar, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, esto es, explícita la regla de la experiencia conforme a la cual establece la credibilidad de una prueba. En este sistema la ley señala las condiciones conforme a las cuales el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia, y en qué casos no se puede hacerlo. La prueba tasada consiste en el establecimiento por parte del legislador, y consiguiente

imposición al juez, de un conjunto de reglas vinculantes mediante los cuales se limitan los elementos de prueba utilizables para formar la convicción; esto es, se establece un *numerus clausus* de medios probatorios, sancionándose, además, de forma previa en lo que constituye una sustitución de la labor del juez por el propio legislador, el valor que ha de atribuirse a cada instrumento de la prueba, así como las condiciones y requisitos que han de sucederse para alcanzar un determinado valor absoluto o parcial. Como apunta Varela (2004), “El sistema tasada, al menos en la época moderna, fue puesto como una redacción contra fallos descalificantes debido a la arbitrariedad que ostentaba y para poner remedio a tal situación. También constituyó un medio de civilizar la administración de justicia frente a la existencia de jueces ignorantes o arbitrarios”. (p. 160-161).

Según Talavera (2017) destaca:

“El sistema de prueba legal o tasada fue abandonado al advertirse una serie de ventajas, sobre todo porque el riguroso estándar de prueba llevada en muchos casos a dictar sentencias de absolución de la instancia, en el lugar de pronunciamientos sobre el fondo. Entre las desventajas de la prueba tasada se señalan: convertían en función mecánica la tarea del juez en la valoración de las pruebas, conducía con frecuencia a declarar como verdad una simple apariencia formal, y se producía un divorcio entre la justicia y la sentencia, sacrificando los fines del proceso a una fórmula meramente abstracta. Sin duda, tal sistema frente al propósito de descubrir la verdad real, no se evidencia como el más apropiado para ello, pues bien puede suceder que la realidad de lo acontecido pueda aprobarse de un modo diferente del previsto por la ley. Por esta razón, por lo general hoy en día se ha abandonado, aunque sus reglas no deben descuidarse a la hora de la libre valoración del juez”. (p.162-163).

### **2.16.3. Sistema de libre convicción.**

Según Talavera (2017) menciona:

“En el sistema de libre convicción, el juez forma su convicción sobre la base de las pruebas, sin sujetarse a reglas jurídicas preestablecidas. Se reconocen dos formas de libre convicción: la íntima convicción o la libre convicción o sana crítica. En la íntima convicción, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas, el juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando las pruebas según su leal saber y entender. A este debe agregársele otra característica, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales. Si bien este sistema, propios de los jurados populares, tiene una ventaja sobre el de la prueba legal pues no ata la convicción del juez a formalidades preestablecidas (muchas ajenas a la verdad real), presentada como defecto evidente el hecho de no exigir la motivación del fallo, generando el peligro de cometer una arbitrariedad y, por ende, una injusticia. El sistema de la libre convicción o sana crítica, al igual que el anterior, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige a diferencia de lo que ocurre en aquél que las conclusiones a las que se llega sean el fruto racional de las pruebas en que se apoyen. Claro que, si bien en este sistema el juez no tiene reglas que la limiten sus posibilidades de convencerse, y gozan de las más amplias facultades al respecto, su libertad encuentra un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado obtenga conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la prueba con total libertad, pero respetando al hacerlo los principios de la recta razón, es decir las normas de la lógica, la ciencia y la experiencia común. La otra característica de este sistema es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea la obligación impuesta a los jueces de proporcionar

las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a las que se llega, así como los elementos de la prueba utilizados para alcanzarlas. Para Gascón (2004) la libre convicción no es un criterio positivo de valoración alternativo al de las pruebas legales, sino un principio metodológico (negativo), que consiste simplemente en el rechazo de las pruebas legales como suficiente para determinar la decisión. En tanto principio negativo, no nos dice como valorar ni como determinar la aceptabilidad de la hipótesis. Por ello la necesidad de construir criterios racionales para la valoración de la prueba, que puede ser justificados y controlados. La valoración racional de la prueba se sustenta en que el grado de confirmación de una hipótesis depende del apoyo que le prestan las pruebas. Es decir, una hipótesis que puede aceptarse como verdadera si no sido refutada por las pruebas disponibles y estas la hacen probable (la confirman); o mejor aún, más probable que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos. Una hipótesis viene refutada por las pruebas disponibles si están se hallan en contradicción con aquella. Una hipótesis viene confirmada por una prueba si existe un nexo causal o lógico entre ambas, que hace que la existencia de la prueba constituida una razón para aceptar la hipótesis. El grado de confirmación de una hipótesis es, pues, equivalente a su probabilidad; es decir, a la credibilidad de la hipótesis a la luz del conjunto de conocimiento disponibles”. (p.163-164).

#### ***2.16.4. Las reglas del nuevo código procesal penal sobre la valoración.***

Según Talavera (2017) describe:

“El nuevo Código procesal Penal contiene normas jurídicas generales y específicas sobre la valoración de la prueba, así como un conjunto de reglas extrajurídicas. Solo pueden ser objeto de valoración las pruebas incorporadas legítimamente en juicio oral. No pueden ser utilizadas para la valoración las pruebas

obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales (artículo. VIII° Título Preliminar). Para la valoración de las pruebas, en primer lugar, el juez procederá a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. En la valoración de la prueba, el juez expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados (artículo. 158°.1). El artículo 394°.3 del nuevo código exige que la sentencia contenga la motivación sobre la valoración de las pruebas que sustentan los hechos y circunstancias que se dan por probadas, con indicación del razonamiento que lo justifiquen”. (p.166-167).

EL Decreto Legislativo 795, de conformidad a los artículos 158.1, 393.2 del Código Procesal Penal (2004) describe:

“En la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y la máxima experiencia y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados (...) El juez penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetara las reglas de la sana critica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos”.

Según Talavera (2017) describe:

“El Código Procesal Penal contiene diversas pautas o criterios de valoración de determinadas pruebas. Así, el artículo 160° establece las condiciones para valorar la confesión del acusado. El artículo 158°.2 señala que en los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos, colaboradores o situaciones análogas, se hace necesario la corroboración extrínseca. En tanto que el artículo 158°.3 regula los requisitos o condiciones para la valoración de la prueba por indicios”. (p.541).

#### ***2.16.5. Las reglas de la sana crítica.***

Según Talavera (2017) describe:

“Por disposición del artículo 393°.2 del nuevo Código Procesal Penal, la probación probatoria debe, especialmente, respetar las reglas de la sana crítica conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. En principio, la sana crítica significa libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia. Implica que en la valoración de la prueba el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivo de análisis. El criterio valorativo está basado en un juicio lógico, en la experiencia y los hechos sometidos a su juzgamiento, y no debe derivar solamente de elementos psicológicos desvinculados de la situación fáctica. Más que reglas específicas, los principios de la lógica, la máxima de la experiencia y los conocimientos científicos constituyen criterios racionales adecuados para el juez forme su convicción sobre los hechos”. (p.166).

#### ***2.16.6. Los principios o reglas de la lógica***

Según Talavera (2017) describe:

“El primer grupo viene a estar conformado por las leyes o principios lógicos que informan la validez del juicio de valor finalmente expuesto en los autos. Estos principios nos van a permitir evaluar si el razonamiento, en tanto estructura discursiva, es formalmente correcto; es decir, si no ha violado alguna ley del pensar”. (p. 167).

Los principios o reglas básicas de la lógica aplicables en el proceso son:

##### El principio de identidad:

Cuando en un juicio, el concepto sujeto es idéntico total o parcialmente al concepto predicado, el juicio es necesario verdadero.

##### El principio de contradicción:

No se puede afirmar y negar respecto de algo una misma cosa al mismo tiempo. Según este principio “la misma cosa no puede ser y no ser a la vez, y bajo el mismo respecto”; es decir el mismo tiempo o en el mismo sentido. Por lo tanto, no es correcto afirmar y negar a la vez la existencia de un hecho, la calidad de una cosa, la aplicación de una norma. Se viola este principio cuando se afirma y se niega conjuntamente una cosa o una característica de un mismo objeto. El principio del tercero excluido: de dos juicios que se niegan, uno es necesariamente verdadero. Se sostiene la verdad de uno y falsedad de otro enunciado opuesto contradictoriamente, aún que sin precisar cuál de ellos es el verdadero y cuál es falso. Este principio es similar al de contradicción; enseña que, entre dos proposiciones contradictorias, necesariamente una es verdadera y la otra falsa, y que ambas no pueden ser verdaderas y falsas a la vez. Se afecta este principio, si se valora un medio probatorio que momentos antes fue declarado improcedente por ser manifiestamente impertinentes (en efecto, al valorarlo se está reconociendo su pertinencia, a pesar de que momentos antes se dijo todo lo contrario); o cuando se dice que un testigo es idóneo para acreditar determinado hecho y acto seguido no lo es.

#### El principio de razón suficiente:

Este es el principio de soldadura entre las reglas de la lógica y las reglas de la experiencia. La ley de la razón suficiente se formula así: para considerar que una proposición es completamente cierta, ha de ser demostrada; es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene por verdadera.

#### El principio de verificabilidad:

De razón suficiente permite controlar o verificar si la motivación de la decisión general y el juicio de valor emitido sobre los medios probatorios y el material factico en particular, están suficientemente fundados para que la motivación y la valoración se consideren correctas”.

### **2.17. Las reglas o máximas de la experiencia:**

Según Talavera (2017) describe:

“El grupo de las reglas de la experiencia está conformada por el número de conclusiones extraídas de una serie de percepciones singulares pertenecientes a los más variados campos del conocimiento humano (técnica, moral, ciencia, conocimientos, comunes), consideradas por el juez como suficientes para asignar un cierto valor a los medios probatorios. Son reglas contingentes, variables en el tiempo y en el espacio; y están encaminadas a argumentar el valor probatorio asignado a cada medio probatorio en particular, como primordialmente a su conjunto. Estas reglas de otro lado, no pueden ser determinadas, por los menos de una manera pre determinada exhaustiva. Ello no tendría sentido puesto que, si bien es importante detectar, no olvidemos que el juez quien libremente las escoge y determina: solo lo exigiremos que sea lógico, prudente y sensible para optar, en el caso concreto, por las reglas o pautas que mejor satisfagan al descubierto de la verdad. La conceptualización original de la idea de máxima experiencia fue formulada por Friedrich (1999), en su conocidísima obra sobre, El conocimiento privado del juez: Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, precedente de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observancia se ha inducido y que, por encima de esos casos pretenden tener validez para otros nuevos. La generalización surge de la observación. La máxima de la experiencia es una regla general que se construye inductivamente según la experiencia relativa a determinados de estados de cosas. Esta regla puede ser empleada por el juez como criterio para fundamentar sus razonamientos: siendo una regla general, le sirve al juez como premisa mayor de los silogismos en los que se articula su razonamiento”. (p. 168-169).

#### ***2.17.1. Funciones de las reglas de la experiencia:***

“Las reglas de la experiencia cumplen las siguientes funciones: • Para hacer valorar los medios probatorios, para juzgar un testigo pudo o apreciar determinado

hecho a ciento cincuenta metros. • Para que se puedan indicar hechos que están fuera del proceso por medios de otros (lo que se conoce como indicios) y a los cuales se refiere STEIN así: Los indicios son hechos, es decir acontecimientos o circunstancias, a partir de los cuales y por medio de la experiencia, se puede concluir en otros hechos que están fuera del proceso y constituyen el objeto de la prueba. • En todo lo que tiene relación con el miramiento de si un hecho es imposible. En efecto, escribe STEIN: Una tercera e independiente función de las máximas de la experiencia, que por un lado todavía se refiere al derecho probatorio y por otro pertenece al enjuiciamiento del supuesto del hecho material, es la determinación de la imposibilidad de un hecho”. (Talavera, 2017, pp. 169-170).

#### ***2.17.2. Las reglas de la ciencia o los conocimientos científicos:***

Según Talavera (2017) sostiene:

“Las exigencias de racionalidad, de controlabilidad y de justificación del razonamiento probatorio del juez, determinan que deba recurrir a la ciencia, o sea a conocimientos que se forman por fuera del Derecho y que se caracterizan por la peculiar aceptabilidad debida al hecho de que resultan de las investigaciones y búsqueda de carácter científico. En la cultura moderna, la referencia a los conocimientos científicos responde de modo particularmente eficaz a la necesidad de certeza que se manifiesta en muchos sectores de la experiencia individual y social. Da do el avance vertiginoso de los descubrimientos científicos, el juez solo puede emplear para la valoración de la prueba aquellos conocimientos científicos cuya aceptabilidad resulte segura. Dicho de otro modo, deberá aplicar las reglas de la ciencia o conocimiento científico asentados, conocidos por la generalidad”. (pp.172-173).

Según Talavera (2017) argumenta:

“Precisamente en 1993, la Corte Suprema de los Estados Unidos, al decirse el caso Daubert, pronunció una sentencia famosa en la que se indican varios criterios a los cuales los jueces deberían atenerse para asegurarse de que la ciencia que se introduce en el proceso como base para comprobar los hechos efectivamente corresponda a cánones de validez científica, controlabilidad y falseabilidad empírica, conocimiento y aceptación generalizados entre la comunidad científica. Si bien el hecho de recurrir a la ciencia como instrumento de racionalización del razonamiento fáctico del juez abre perspectiva interesante y provee un conjunto de conocimientos utilizables con garantías de confiabilidad indudablemente superiores a las ofrecidas por la mera experiencia común, por otro lado, genera problemas de difícil solución vinculados a la validez de los conocimientos científicos de que hace uso el juez y a la manera en que emplea y utiliza estos conocimientos. Con frecuencia las reglas de la ciencia o los conocimientos científicos forman parte de las reglas o máximas de la experiencia, precisamente porque se trata de generaciones. Entre las reglas más conocidas se tienen las leyes de Newton (de la inercia, de la fuerza y de la acción y reacción), la ley de la gravitación universal, las leyes de la termodinámica (primera (conservación de la energía), segunda y la tercera) o las leyes fundamentales de la química (la ley de la conservación de la masa, la ley de proporciones múltiples y la ley de las proporciones recíprocas), entre otras muchas.

Es obvio que, al valorar una prueba de balística forense, el juez deberá tomar en consideración la ley de la acción y reacción, pues al efectuarse un disparo se produce siempre una reacción, lo que debe alterar el curso del proyectil. Para valorar el dicho de un testigo acerca de la velocidad con la que el acusado conducía el vehículo que colisionó con el de la víctima, el juez, empleando la regla científica: la fuerza que actúa sobre un cuerpo es directamente proporcional al producto de su masa y su aceleración;

simplemente con verificar el estado el estado en que quedaron ambos vehículos podrá establecer con verosimilitud la velocidad a la que iba dicho vehículo que colisionó”.  
(Talavera, 2017, p.173)

### ***2.17.3. El examen individual de las pruebas.***

Según Talavera (2017) enfatiza:

“Es preciso distinguir dos grandes frases en la valoración de la prueba: una primera que podemos denominar examen individual de las pruebas, una segunda que llamaremos examen global de todos los resultados probatorios. No se trata de una mera cuestión metodológica sino de un mandato del Código Procesal Penal, cuando señala que, para la apreciación de las pruebas, el juez penal procederá primero a examinar individualmente y luego conjuntamente con las demás (artículo. 393°.2).

En lo que respecta al examen individual, que se dirige a descubrir y valorar el significado de cada una de las pruebas practicadas en la causa, se encuentra integrado por un conjunto de actividades racionales: juicio de fiabilidad, interpretación, juicio de verosimilitud, comparaciones de los hechos alegados con los resultados probatorios”.  
(p. 174).

El juicio de fiabilidad probatoria, Según, Talavera (2017) señala:

“En primer lugar, el juez comprueba que la prueba incorporada al juicio tenga todos los requisitos formales y materiales para alcanzar su finalidad; es decir para demostrar o verificar la certeza y la veracidad del hecho controvertido. Estas actividades judiciales aportan un elemento fundamental para la valoración global de las pruebas, puestos que, si un concreto medio de prueba carece de alguna de las exigencias materiales o formales legalmente exigidas, el resultado probatorio en el momento del examen global de todas las pruebas. (p.87)

La verificabilidad de la concurrencia de los requisitos de cada uno de los medios de pruebas introducidos en la causa que constituye una de las premisas básicas del análisis probatorio que influirá posteriormente en el convencimiento del juez. Y por ello cuando exista cualquier circunstancia, como la falta de algunos requisitos formales o materiales de la prueba que provoque dudas sobre la credibilidad o fiabilidad de un concreto medio de prueba, la motivación deberá incluir una explicación o justificación expresa de la decisión del juez de no tomar en cuenta la eventual contenida de la prueba debido a la falta de fiabilidad del medio probatorio en que se articule.

El juicio de fiabilidad de la prueba atiende principalmente a las características que debe reunir un medio de prueba para cumplir su función, y a la posibilidad de que el mismo suministre una representación del hecho que sea atendible sin errores y sin vicios. Así la fiabilidad de la prueba documental exigirá un control de su autenticidad, mientras la de una prueba testifical exigirá comprobar que la misma cumpla todos los requisitos previstos en la ley.

Ahora bien, este examen de fiabilidad de un medio de prueba no solo se limita a realizar la indicada verificación, sino que también requiere la aplicación de la correspondiente máxima de la experiencia al concreto medio probatorio, para que de este modo el juez puede alcanzar una opinión sobre la capacidad de dicho medio para dar a conocer un hecho concreto. En este sentido, no se debe olvidar que el hecho de un medio de prueba puede eventualmente pasar con éxito el juicio de fiabilidad del que estamos hablando, en modo alguno significa la veracidad del hecho que se dirige a probar. Y es que este examen de la fiabilidad no es un juicio sobre la veracidad del hecho que constituya el objeto de un medio de prueba, sino que se limita a ser un juicio sobre la posibilidad de usar un concreto medio de prueba como instrumento para acreditar un hecho determinado”. (pp. 174-175).

Para Climent (2005), sostiene:

“En el juicio de fiabilidad o confianza interesa determinar entre el jugador, antes que nada, si el testigo o el perito reúnen al menos externa o aparentemente las suficientes condiciones de normalidad como poder fiarse de lo que dicen (Independientemente de que luego se crea o no se crea el contenido de sus manifestaciones), e igualmente ha de determinar el juzgador si los documentos aportados presentan externamente los requisitos exigibles para poder desplegar la eficacia probatoria que en principio les viene otorgada”. (pp. 87-88).

Código Procesal Penal (2004), en el artículo 393.1 señala:

“El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio”.

Según Talavera (2017) sostiene:

“En la fase del juicio de la fiabilidad. El juez efectuará un análisis sobre la legitimidad del medio de prueba, así como de la forma en que se ha incorporado. Si el medio de prueba se ha incorporado al juicio en forma ilegítima, no podrá ser utilizado para la valoración”. (p. 176).

EL Decreto Legislativo 795, de conformidad al artículo 325 del Código Procesal Penal (2004) describe:

“Las actuaciones de la investigación sólo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242° y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código”.

“Tratándose de las diligencias preliminares donde se tiene en cuenta la prueba anticipada y prueba pre constituida, equiparadas a los actos de prueba, y que como tales

accederán al juicio mediante su lectura, debe ser objeto de un control judicial sobre la legalidad de su producción, a fin de comprobar si el tiempo de practicarse se han ajustado a cuantas exigencias legales vienen impuestas. Del análisis de fiabilidad debe comprender la verificación de congruencia de los requisitos, tanto para la práctica de cada prueba en concreto como de las condiciones para su valoración Así, todo testigo presta juramento o promesa de honor de decir la verdad” (Talavera, 2017, p. 176).

EL Decreto Legislativo 795, de conformidad al artículo 166.2 del Código Procesal Penal (2004) describe:

“Si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo. Se insistirá, aun de oficio, en lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento. Si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado”. “El testigo de referencia se le exigirá además que proporcione la identidad de la persona fuente de su conocimiento; en caso contrario no podrá ser utilizado su testimonio. De conformidad al artículo.189°.1, enfatiza siendo uno de los medios de prueba que mayores problemas de fiabilidad genera en su práctica, es el reconocimiento de personas, por lo que el juez deberá tener el cuidado de verificar la concurrencia de sus requisitos y condiciones. También deberá constatar quien haya realizado el reconocimiento, previamente haya descrito a la persona a reconocer; que a ésta se le haya puesto a la vista junto con otras personas de aspecto exterior semejante, y que recién luego se le haya preguntado sobre si la reconoce o no. Seguidamente, luego de examen de fiabilidad se verifica que la prueba es ilegítima o adolece de absoluta fiabilidad al no cumplir con los requisitos esenciales, el medio de prueba no podrá ser utilizada para estimar como probado o no un hecho. Simplemente se excluye del acervo probatorio. Si luego del examen de fiabilidad se

verifica que el reconocimiento de una persona se realizó con descripción previa a sus rasgos físico, pero sin que se hubiera puesto a la vista con otras personas semejantes, su credibilidad o fiabilidad disminuye, pero no necesariamente se excluye del acervo probatorio; en todo caso, no podrá por sí sólo fundar una declaración de culpabilidad, pero podrá ser valorado con el resto de los medios de prueba”. (Talavera, 2017, pp. 176-177)

b). Interpretación del medio de prueba.

En segundo lugar, después de haber verificado la fiabilidad del medio de prueba, es necesario proceder a la interpretación de la prueba practicada, el juez ha de tratar de determinar y fijar el contenido que se ha querido transmitir mediante el empleo del medio de prueba por la parte que lo propuso.

Climent (2005) “Se trata de determinar qué esto es lo que exactamente ha expresado y qué es lo que se ha querido decir mediante la persona o documento que comunica algo al juzgador, como paso ineludiblemente previo a la valoración de tal manifestación. Se habla así de interpretación de las pruebas como operación previa a su valoración, todo lo cual queda englobado en la genérica apreciación de las pruebas.

La determinación del significado de los hechos aportados por cada medio probatorio se efectúa mediante los correspondientes razonamientos deductivos o silogísticos, cuya premisa mayor está integrada por las denominadas “máxima de la experiencia sobre el uso del lenguaje”, bien se trate del lenguaje general, bien de los lenguajes correspondientes a ambientales más específicos, bien de giros correspondientes a dialectos o idiomas. Mediante esta actividad se busca extraer la información relevante, el elemento de prueba, lo que el testigo proporcionó como información acerca de algún hecho, lo que el documento representa o las opiniones o conclusiones del perito. No se trata de obtener un resumen de lo vertido por el testigo sino de seleccionar información

con base a los enunciados fácticos de las hipótesis de acusación o defensa. Si bien el hecho de determinar o seleccionar el contenido fáctico a extraer de un testimonial no está regido por las normas jurídicas, existiendo un margen de discrecionalidad, no significa que no sea racional. El juez obtiene el contenido de los medios de prueba asegurándose del que el mismo guarde relación o pertinencia con los enunciados fácticos formulados por las partes, y que además sea lo suficientemente preciso y a la vez exhaustivo. Esta actividad resulta esencial para conocer la circunstancia o proposición fáctica que la prueba pretende transmitir. La interpretación, por lo tanto, solo se dirige a determinar el hecho que constituye el objeto de la prueba practicada. Con tal finalidad, el juez usa máximas de la experiencia que le orientan y le permiten determinar el contenido fáctico que subyace a la prueba. La interpretación es un paso previo y necesario para que el órgano jurisdiccional pueda realizar la valoración de la prueba sin conocer antes su significado. En esta actividad, el juez emplea máxima de la experiencia en el uso del lenguaje que le permiten comprender el significado buscado por la parte al proponer y practicar la prueba objeto de la interpretación”. (Talavera, 2017, pp.178-179).

c). El juicio verosimilitud.

Según Talavera (2017) considera:

“Una vez determinado el significado de los hechos aportados por cada uno de los medios probatorios hechos valer por las partes, el juzgador ha de entrar en el examen de esos mismos hechos. Con este fin, tras haber determinado el juzgador el significado de lo expuesto por el correspondiente medio probatorio, deberá hacer una valoración sobre la verosimilitud de los hechos relatos por el testigo o por el documento, para lo que deberá efectuar cuantos razonamientos deductivos o silogismos precise, valiéndose para ello de la máxima experiencia que considere más acertada para cada caso concreto. La apreciación de la verosimilitud de un resultado probatorio permite al juez comprobar

la posibilidad y aceptabilidad del contenido obtenido de una prueba a través de su correspondiente interpretación. El órgano jurisdiccional verifica la aceptabilidad y la posibilidad abstracta de que el hecho obtenido de la interpretación del medio de prueba pueda responder a la realidad, de manera que el juzgador no deberá utilizar aquellos resultados probatorios que sean contrarios a las reglas comunes de la experiencia.

En lo que respecta a la motivación de este juicio de verisimilitud, no hay duda que una adecuada y completa justificación del juicio de hecho debería incluir una expresa mención al resultado de dicho examen, así como una explícita indicación del criterio de análisis empleado (máxima de la expresión), pues ambos son elementos fundamentales del razonamiento valorativo del juzgador”. (pp. 179-180).

d). La comparación entre los resultados probatorios y los hechos legados.

Según Talavera (2017) señala:

“Después de haber determinado qué hechos reputa verosímiles o creíbles de entre los expuestos a través de los medios probatorios desechando todo aquello que se presenta como increíble o inverosímil, el juez se encuentra frente a dos clases de hechos inicialmente alegados por las partes y, de otro lado, los hechos considerados verosímiles que han sido aportados a través de los diversos medios de prueba practicados. Y en se momento el juez ha de confrontar ambas clases de hechos para determinar si los hechos alegados por las partes resultan o no conformadas por los contenidos de los resultados probatorios. De esta manera, el propio juez examina los límites de su cognición, toda vez que los hechos probados que no coincidan con los hechos alegados por las partes no podrán ser tenidos en cuenta por el juzgador, por no formar parte del *thema decidendi*. Esta es una clara manifestación de la importancia que reviste el principio de aportación de parte sobre la racionalidad del juicio de hecho, hasta el punto de ser el criterio fundamental que preside la selección judicial de los hechos probados. La labor que el juez

debe hacer en esta fase radica en comparar los hechos alegados con los hechos considerados verosímiles, y comparar si esto reafirma o consolidan aquellas originarias afirmaciones o sí, por el contrario, las desacredita, las debilitan o las ponen en duda”. (p. 180).

Climent, (2005) sostiene:

“Que la valoración es, ante todo una labor de comparación entre los hechos afirmados por las partes y las afirmaciones instrumentales que, aportan por los diversos medios probatorios, se reputan como ciertas o como realmente sucedidas. Pero además de comparar las afirmaciones básicas con las afirmaciones, la valoración también consiste en una labor de inducción de un hecho a partir de uno u otros hechos previamente afirmados como probados, tras la referida labor inicial de comparación. Y, en caso de que alguna de las afirmaciones básicas no se reputa probada, así habrá de ser declarado, determinándose las consecuencias perjudiciales derivadas de esa falta de probanza en función de la aplicación del principio de la carga de la prueba”. (p.114)

## **2.18. El examen de conjunto o global de los resultados probatorios.**

“Un segundo momento de la valoración de las pruebas viene constituido por el examen global de todos los resultados probatorios obtenidos en la causa. El juez tras el análisis de cada una de las pruebas practicadas procede realizar una comparación entre los diversos resultados probatorios de los distintos medios de prueba con el objetivo de establecer un iter fáctico, que se plasmará en el relato de los hechos probados. La necesidad de organizar de un modo coherente los hechos que resulten acreditados por las diversas pruebas, sin contradicciones y de conformidad con la base fáctica empleada para alcanzar el efecto jurídico pretendiendo por las partes, son las finalidades que se persiguen condicho examen global. El examen global, es decir la confrontación entre todos los resultados probatorios, se encuentran sometido al principio de completitud de la

valoración de la prueba. Este es un principio de orden racional, incluso antes que jurídico, que exige que la acreditación de los hechos objeto del proceso se consigna sobre la base de todas las pruebas que haya sido incorporadas a la causa, y que se haya revelado esenciales y útiles para establecer los hechos de la causa. Este principio de valoración completa o con plenitud presenta una doble dimensión. De un lado, aquella ya enunciada conforme a la cual el juez determinará el valor probatorio de cada prueba que tengo por objeto el mismo hecho, y después procederá por confrontación, combinación o exclusión a considerar las diversas posibles versiones sobre ese mismo hecho, para determinar escogimiento de aquélla que aparezca confirmada por un mayor grado de atendibilidad. De otro lado encontramos la dimensión global del principio de complitud, según la cual previamente a la redacción de relato de hechos probados se debe tener en cuenta todos los resultados probatorios extraídos por el juez en la aplicación de la dimensión individual de este principio. La valoración completa de todas las pruebas practicadas constituye un presupuesto necesario para lograr una valoración de las pruebas que tenga todos los elementos precisos para una adecuada redacción del relato de los hechos probados. En este sentido, no debe perder de vista que la complitud en la valoración evita que el juzgador puede incurrir en un vicio tan pernicioso como la valoración unilateral de las pruebas. Este defecto de la actividad judicial se produce cuando el juez justifica su propio convencimiento sobre la *quaestio facti*, utilizando para ello solo los elementos de prueba que sostengan su dimensión, sin hacer la más mínima mención a las pruebas que la contradigan; o bien cuando el juzgador, en lugar de tener la decisión del juicio de hecho de todos los resultados probatorios disponibles en la causa, elige a priori una versión de los hechos para posteriormente seleccionar los resultados probatorios que lo confirman, dejando de lado lo demás. Por lo tanto, la importancia de una valoración completa radica en que mediante éste se garantiza que el órgano jurisdiccional examine y tenga en cuenta

todos los posibles resultados probatorios, aunque posteriormente no sean utilizados en la justificación de la decisión del *thema decidendi*”. (Talavera, 2017, p. 182)

## **2.19. La exposición de los resultados obtenidos y los criterios adoptados.**

Establece una garantía constitucional el deber de motivar las resoluciones judiciales.

Según Mixán (1987) “La motivación de la resolución judicial entraña, en el fondo, una necesaria argumentación y ésta sólo es posible, en rigor, mediante las correspondientes y múltiples inferencias exigidas por el caso concreto. Esas inferencias podrán ser de tipo enunciativo (sujetos a los cánones de la lógica común) y de tipo jurídico (sujetos a las reglas de la lógica jurídica), hasta concluir en la inferencia jurídica definitiva en el caso singular”.

La Constitución Política (1993) establece en su artículo 139.5:

“La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

Según Talavera (2017) argumenta: “Constituye una garantía constitucional el deber de motivar las resoluciones judiciales (artículo. 139.5 de la Constitución). Pero, además, de manera específica en la motivación sobre la valoración de la prueba, el juez está en la obligación de exponer los resultados obtenidos y los criterios adoptados (artículo. 158.1). Los resultados obtenidos no son otra cosa que los resultados parciales (consecuencia del examen individual de las pruebas) y de conjunto (examen global de las pruebas)”. (p. 183).

Para Igártua (2004) señala: “El resultado probatorio es el desenlace de las operaciones mentales mediante las cuales es el juez concluye que los elementos de prueba demuestran o no el hecho imputado.

La motivación debe incluir expresa indicación de los resultados obtenidos en cada una de las fases. Por otro lado, exponer los criterios adoptados en la valoración de la prueba,

significar explicar y justificar los criterios de convencimiento judicial empleado. En la doctrina existen diversos modelos o criterios de convencimiento judicial. Un primer modelo sostiene que la valoración de la prueba el juez no debe pretender alcanzar un conocimiento de la verdad, entendida como certeza moral, sino simplemente acreditar sobre la base de las pruebas practicadas si un concreto iter fáctico presenta un criterio grado de verosimilitud. La decisión vendrá determinado a favor de la prueba que tenga el mayor porcentaje de verosimilitud. Sobre la base de dicho criterio, se ha desarrollado el principio de la prevalencia mínima de verosimilitud, conforme al cual, a falta de otras razones más poderosas, el juez debe limitarse a acreditar y dar por probado un hecho, apoyándose siquiera en una prevalencia en cuanto a la verosimilitud de una prueba frente a las otras practicadas. Otra teoría considera que el criterio del convencimiento judicial se encuentra en el grado de atendibilidad del enunciado que tenga por objeto un hecho probado. Dicho grado de atendibilidad es el resultado final de un pronunciamiento de inferencia o de probabilidad lógica entre el enunciado de un hecho como cierto y los elementos de prueba en función de los cuales el enunciado como atendible. El juez deberá elegir entre las diversas versiones de cada uno de los hechos y entre cada combinación de hechos relevantes, aquella versión que aparezca sostiene por la mayor cantidad de material probatoria disponible. Para considerar probado un hecho, el juez debe utilizar un criterio de convencimiento, bien sea la verosimilitud, la atendibilidad o cualquier otro, pero además debe cumplir con la obligación de indicar en la motivación el criterio empleado. Puesto que, si no da a conocer el criterio usado para elegir una correcta versión del hecho a probar, la elección del juez se torna incontrolable o irracional”. (p.109).

## **2.20. Reglas o pautas específicas de valoración.**

### **2.20.1 Consideraciones generales.**

Según Talavera (2017) señala:

“La valoración racional de la prueba como forma del sistema de libre apreciación o convicción, no solo se sujeta a reglas extrajurídicas como la lógica, la ciencia o las máximas de la experiencia, sino también en determinados supuestos a reglas, pautas o criterios establecidos por la ley o por la jurisprudencia. El juez no puede actuar con una alta dosis subjetivismo o discrecionalidad en el momento de la valoración, sino que tal proceso debe sujetarse a las reglas de la sana crítica y a alguna de carácter jurídico que se imponen por criterios de racionalidad”. (p. 187)

San Martín (2003) señala:

“Que tales reglas son una explicación de máximas de experiencia que, fruto del razonamiento inductivo, se ha convertido en garantía, a través de las cuales se busca claridad y adecuación a la racionalidad, para estimar si la entidad de la prueba va contra la presunción de inocencia. Se trata de indicar al juez cuales son los requisitos mínimos para que una valoración de la prueba racional. Se trata de regla mínimas. En la doctrina, autores como PAGANO señala que tales reglas son una manifestación de la prueba legal, pero en sentido negativo y no positivo. La prueba legal, en su sentido negativo, se constituye como una barrera al árbitro del juez mientras que en el sentido positivo está dirigida a imponer automáticamente la condena”. (p.75)

Para Ippólito (2008), “si bien en el plano de la teoría de conocimiento el modelo de las pruebas legales negativas no resulta menos insostenible que el sistema de las pruebas legales positivas, en el plano jurídico las pruebas legales negativas equivalen a una garantía contra la convicción errónea o arbitraria de culpabilidad, asegurando normativamente la necesidad de la prueba y la presunción de inocencia hasta la prueba

en contrario. Teóricamente, puede estimarse epistemológicamente frágil, pero solidariamente garantista. La importancia de las reglas específicas para la valoración, incluso bajo la idea de pruebas legales negativa, surge de la necesidad de valorar pruebas escasamente fiables tales como la confesión, la declaración del coimputado, la declaración de la víctima o del testigo único, la declaración del coimputado, la declaración de la víctima o del testigo único, entre otras. De ahí que el objetivo de fijar reglas pautas o pruebas indiciarias, entre otras. De ahí que el objetivo de fijar reglas, pautas o criterios por el legislador o la jurisprudencia no sea otro que otorga la confiabilidad o racionalidad a la valoración de la prueba”.

Miranda, sostiene que la libertad de valoración no impide en, en principio, que la jurisprudencia o la propia ley puede establecer determinadas reglas objetivas de utilización de la prueba, así como suficiente probatoria. Aunque algunos estiman que tales reglas suponen una injerencia en las facultades de libre valoración que tiene los tribunales, y la reaparición de reglas de prueba tasada. No obstante, tales reglas de suficiencia se limitan a indicar al juez cuáles son las condiciones objetivas requeridas para la utilización de algunas pruebas, pero no determinan con carácter previo el valor o mérito de las mismas; esto es, su capacidad de persuasión. Una vez constatada la concurrencia de tales condiciones, el juez mantiene su libertad para atribuirles o no valor probatorio en orden a estimar destruida la presunción de inocencia”. (pp. 187-188)

## **2.21. La confesión del acusado.**

Según Talavera (2017) señala:

“A diferencia del código de procedimientos penales de 1940, el nuevo código procesal penal define la confesión y establece las condiciones o criterios que el juez otorgue valor probatorio.

La confesión debe consistir en la admisión de los cargos o en la imputación formulada en su contra por el imputado (artículo. 160°.1), se trata de una admisión simple o llana, en principio, y no de una calificada, en la que se puede admitir el hecho principal, pero sin incorporar una circunstancia de atenuación, justificación o exculpación. Aquí es preciso señalar que una cosa es confesión como elemento de prueba a ser valorado por el juez, y otra, la oportunidad en que se formula o si hay pruebas de cargo en contra del acusado; estos dos últimos supuestos son los factores que el juez debe evaluar para estimar si es procedente la reducción de la pena en tanto premio de la confesión.

Entendemos que el artículo 160° regula tanto los casos de confesión, en conjunto con la existencia de otras pruebas de cargo autónomas o directas y la confesión como única prueba directa rodeada de elementos de convicción que lo sostienen. Las pautas o criterios exigidos por la ley (artículo.160°.2) para estimar el valor probatorio de la confesión son: a) Que la confesión sea presentada ante el juez penal o el fiscal en presencia de su abogado; por lo que carece de valor probatorio suficiente la declaración prestada ante la policía para enervar la presunción de inocencia. Aunque venga corroborada con datos o elementos periféricos que lo sostengan, se requerirá en este caso la concurrencia de otros u otros elementos de convicción de carácter autónomo. b) Que la confesión sea presentada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas. Aquí la libertad debe entenderse, en respeto al derecho a no declarar y no autoincriminarse, en que debe ser voluntaria y libre de precisiones de cualquier índole, incluidas morales tales como las advertencias de no prestar su declaración o no decir la verdad, sin juramentos o promesas. Las precisiones no sólo pueden venir de los operadores de sistema, sino también extraños al mismo, como puede ser uno de los responsables del hecho punible, aunque no esté formalmente procesado; una

organización criminal o cualquier otra persona o entidad; puede responder a amenaza o a la compra de su autoincriminación para desplazar la responsabilidad de otro hacia él. Esto, en gran medida, tiene mucho que ver con el concepto de sinceridad. c) Que la confesión esté corroborada por otro u otros elementos de convicción, lo que significa que deben haber actuado otros medios de prueba en sede judicial que sostenga la versión auto inculpativa, que bien puede estar referidas al delito como su participación en el mismo, pero que le confieran verosimilitud”. (pp. 189-190).

## **2.22. La declaración del imputado.**

Según Talavera (2017):

“La declaración del imputado o coparticipe no se encuentra expresamente regulada en el nuevo código procesal penal. Sin embargo, su consideración de cara a su idoneidad para ser estimada como una prueba de cargo susceptible de enervar la presunción de inocencia, se desprende del tenor del artículo 158°.2 del nuevo código. Tal artículo señala que, en situaciones análogas a los supuestos de las declaraciones de testigos de referencia, de arrepentidos o colaboradores, solamente con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria. La declaración del coimputado es en cierto modo, una situación análoga a la de un arrepentido o colaborador, pues este personaje es por lo general un sujeto que ha participado en el hecho punible; es decir, es un coimputado. Por otro lado, la consideración más relevante de analogía es que se trata de un único medio de prueba de cargo directo. De ahí la exigencia de que tal declaración venga corroborada con otras pruebas”. (pp. 190-191).

### **2.22.1. Consideración su fuerza probatoria y admisibilidad.**

Según Talavera (2017):

“La utilización como prueba de las declaraciones de los coimputados está condicionada por su efectiva presencia en el acto del juicio oral, sin que puede sustituirse por la lectura de sus anteriores declaraciones, salvo en los supuestos de imposibilidad de reproducción de la declaración. El cumplimiento de la garantía de contradicción actúa como condición objetiva mínima de admisibilidad de dicha prueba. La declaración incriminatoria que un coacusado hace contra otro coacusado es, o puede ser, una prueba de cargo capaz de destruir la presunción de inocencia del coacusado así afectado. Esa manifestación acusatoria puede ser la única prueba de cargo, o bien puede estar acompañada de otras pruebas de cargo. Si concurre con otras pruebas de cargo, no suele plantearse más dificultades, porque existen otros elementos suficientes probatorios para destruir la presunción de inocencia. Cuando surge el problema es en el caso de que la única prueba incriminatoria sea la confesión acusatoria de un encausado. En un supuesto así, es preciso examinar con cautela esta prueba de cargo, porque hay razones para pensar que la confesión de un coencausado puede estar viciada o dirigida a buscar su propio beneficio en perjuicio del coencausado. Por si misma, la declaración del coimputado es prueba insuficiente para destruir la presunción de inocencia. El artículo 158°.2 exige que venga corroborada por otras pruebas, recogiendo con ello lo que en la doctrina italiana se denomina declaración vestida, en contra posición a la declaración desnuda, es decir sin elementos de corroboración. La declaración de un coincepado no es por si misma suficiente para destruir la presunción de inocencia, debido a que se trata de una declaración sobre la cual, si bien se puede predicar su legitimidad, no necesariamente se puede decir lo mismo de su credibilidad. Esto es así porque el coincepado no tiene obligación de decir la verdad y tiene derecho a guardar silencio; dada su participación en el hecho punible, su declaración puede estar motivada por fines exculpatorio o guiada por móviles espurios, o pueden estar buscando

beneficios legales o procesales, todo lo cual puede condicionar su necesidad de sindicarse a su coimputado. Para disipar cualquiera de esas sospechas objetivas, lo precedente es que el coimputado incriminador aporte algún dato externo que corrobore objetivamente su manifestación incriminatoria, con lo que así dejará de ser una mera imputación verbal y se convertirá en una declaración objetivada y superadora de la inicial sospecha que pesa en su contra. Porque lo que no parece admisible es fundamentar la condena del acusado en simple manifestaciones verbales de un coacusado, carente de la menor corroboración objetiva. La declaración incriminatoria de un coimputado contra otro tiene eficacia probatoria, con capacidad de destruir la presunción de inocencia del coimputado afectado por esa declaración incriminatoria, siempre que concurra determinados requisitos. La declaración incriminatoria de un coacusado no puede ser considerada como una declaración testifical, porque el coacusado no la obligación de decir la verdad no ha de prestar juramento o promesa de decir la verdad, ni su falsa declaración se sanciona como el delito de falso testimonio. Pero tampoco puede ser considerada como una confesión propiamente dicha, porque no supone reconocer la propia responsabilidad, si no atribuir a un coacusado su intervención en el hecho delictivo del que ambos son acusados. En todo caso, bien sea que se le denomine testimonio impropio o declaración del coimputado o copartícipe, lo relevante es que en la declaración de este debe haberse respetado sus derechos como imputado y el hecho de que se trata de un medio de prueba racional, por haber estado en el acaecimiento mismo del hecho materia de acusación; que lo ha percibido directamente por sus sentidos”. (pp. 191-193).

#### ***2.22.2. Pautas o criterios para la valoración de la declaración del coimputado.***

En la jurisprudencia nacional, en diversas ejecutorias la Corte Suprema ha ido perfilando las pautas o criterios para la valoración de la declaración del coimputado.

El Acuerdo Plenario N° 2 – 2005/CJ-116 (2005), en el que se establece:

“Que la declaración del coimputado puede ser utilizada como elemento de convicción susceptible de enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, siempre que se cumpla con los criterios o requisitos que en tal acuerdo se consignan. (...) desde la perspectiva subjetiva, ha de analizar la personalidad del coimputado en especial sus relaciones con el que afecten su testimonio. También es el caso de examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales que por su entidad están en condiciones de resaltarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrán del cuidado de advertir que la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad (...) Verosimilitud de la incriminación: concurrencia de corroboraciones periféricas objetivas. Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador éste íntimamente corroborado por a otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador. La mejor manera de que la incriminación de un coacusado sea creíble por verosímil, está en la concurrencia de hecho o indicios externos o periféricos a la declaración incriminatoria del coacusado, que doten de objetividad a esa declaración, de manera tal que no aparezca como una simple manifestación, sino que se apoye en datos objetivos externos y alejados del manifestante. La corroboración: se trata de un hecho o de un dato fáctico de carácter objetivo, ajeno a la voluntad del coacusado incriminante, y periférico o externo de su manifestación, cuya concurrencia permite contrastar la veracidad de esa manifestación, cuya concurrencia permite contrastar la veracidad de esa manifestación acusatoria. Ante todo, es un hecho un dato fáctico de carácter objetivo y ajeno a la voluntad del coacusado incriminante. En principio, no

debe buscarse el hecho de otro dato corroborador en la misma declaración del coacusado, por qué esta depende de su voluntad y, por lo tanto, no es objetiva. Se trata de anclajes que sujetan toda la manifestación incriminatoria a la realidad; esas conexiones hacen que las palabras acusatorias no sea una entelequia, sino que estén enganchadas con la realidad objetiva”. (pp. 193-194).

a). Persistencia en la incriminación: ausencia de ambigüedades y de contradicciones.

El Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 (2005) señala:

“Asimismo, debe observarse la coherencia y validez del relato del coimputado; y de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admite matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en que la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se haya sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuado. A diferencia del criterio de corroboración desarrollado por la jurisprudencia peruana, específicamente en el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, que sólo exige que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias, aún de carácter periférico, sino que viene a exigir la presencia de pruebas autónomas que sean suficientes por si misma para acreditar la participación del acusado en los hechos”.

Código Procesal Penal (2004), en el artículo 158.2 señala:

“En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria”.

Según Talavera (2017) describe:

“Nuestra postura es que, efectivamente, si el artículo 158°.2 exige la concurrencia o corroboración del testimonio incriminatorio por otras pruebas, no hace referencia a meros datos o circunstancias periféricas, sino a verdaderas pruebas autónomas que sean suficientes por si mismas para acreditar la participación del acusado de los hechos”. (p.195).

Código Procesal Penal (2004), en el artículo 393.1 señala:

El juez penal no podrá utilizar para la liberación pruebas diferentes legítimamente incorporadas en el juicio.

Según Talavera (2017) establece:

“La corroboración tiene que darse mediante pruebas incorporadas legítimamente al juicio (artículo.393°.1), pero las pruebas pueden ser autónomas o pueden estar orientadas a sostener la versión del cargo de un medio de prueba, darle fuerza credibilidad o solidez conviccional. En este último caso bien puede ser indicios graves, que como es bien sabido se encuentra mediante pruebas. Lo que se requiere es concurrencia de otros elementos de prueba que confirmen la credibilidad de la declaración del imputado. Por último, en la doctrina española se acepta la llamada verificación cruzada de las declaraciones incriminatoria de los coimputados respecto de otro. DÍAZ PITA, sostiene que, siendo la declaración de un coimputado medio de prueba directo, nada impediría otorgarle naturaleza de elemento de corroboración de la declaración inculpatoria de otro coimputado en la que se apunta como presunto participe en el hecho o hechos delictivos a un tercer imputado. Nuestra postura no coincide con dicha postora; sostenemos que la sola verificación cruzada de las incriminaciones de coimputados no es suficiente, y se requerirá siempre la corroboración extrínseca con otras pruebas distintas para dotar de credibilidad a dichas sindicaciones”. (pp. 195-196).

### **2.22.3. *El testimonio único.***

Según Talavera (2017) señala:

“Cuando es llamado a declarar quien ha sido víctima del delito sobre tal testigo pesa la sospecha de que su testimonio no sea tan aséptico e imparcial como pueda ser la declaración de cualquier otro testimonio presencial del delito, que no haya sufrido ningún perjuicio por razón del mismo. Sin embargo, las declaraciones de las víctimas de los delitos pueden llegar a ser considerados verdaderas pruebas testificales, en aptitud para destruir la presunción de inocencia, siempre que cumpla con determinados criterios o pautas de valoración. Se supera de esa manera el aforismo *testis unus, testis nullus* (un testigo no es testigo). La víctima tiene la condición formal de testigo a todos los efectos. Con todo, su declaración no puede ser plena y absolutamente equiparada con la declaración de un testigo que es un tercero ajeno al hecho delictivo y que, por lo tanto, se halla en una posición de imparcialidad objetiva con respecto a tal hecho. A diferencia de éste, la víctima ha tenido una inevitable intervención pasiva en el hecho delictivo sobre el que se declara, y tal hecho le ha ocasionado un perjuicio mayor o menor, por lo que las manifestaciones que realice sobre el mismo están condicionadas en cierto grado por su mayor o menor animosidad hacia el acusado. En definitiva, se puede considerar como un principio básico en materia de valoración de la prueba testifical el hecho que no basta con el testimonio de la víctima para destruir la presunción de inocencia, si no que el mismo ha de ir acompañado de otras pruebas que corroboren su credibilidad y disipen la inicial sospecha objetiva de imparcialidad que soporta la víctima por su condición de tal. Los criterios valorativos ayudan a ponderar la credibilidad que merece el sujeto del testimonio, o sea la persona de la víctima (fiabilidad del testigo), así como la credibilidad que merece el objeto del testimonio, o sea la declaración de la víctima (verosimilitud del testimonio). Los criterios valorativos

no son requisitos, si no simple directrices o pautas para realizar una adecuada crítica del testimonio de la víctima y determinar si es apta o no para ser considerada como prueba de cargo”. (pp. 196-197).

De acuerdo al Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, en su fundamento decimo establece:

“Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se advierten razones objetivas que invaden sus afirmaciones. Las garantías de certezas serían las siguientes: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que pueden iniciar en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza. b) Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo, que la doten de aptitud probatoria. c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que señalan en el literal c) del párrafo anterior. Los requisitos expuestos, como se ha notado, deben apreciar con el rigor que le corresponde. Se trata, sin duda, de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al juez o a la Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas incapaces de matizar o adaptarse al caso concreto.

A lo expuesto por el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, sobre la ausencia de incredibilidad subjetiva, se debe agregar que el juez debe apreciar las condiciones personales del testigo o víctima; esto es, si se trata de una persona con dificultades para percibir, retener y evocar hechos de manera idónea y adecuada, si se trata de un sujeto manipulador o fabulador, o que hubiera sido objeto de una condena anterior por falso testimonio o falsedad genérica. La denuncia

tardía es algo que también puede restar credibilidad. Sobre la exigencia de verosimilitud, al igual que en el caso de la declaración del coimputado, el artículo 158°.2 requiere el testimonio único inculminatorio venga corroborado por otras pruebas que lo doten de credibilidad.

“La persistencia en la inculminación por parte del testigo único consiste en la propalación de una versión sin modificaciones, uniforme a lo largo del proceso. Se requiere, además, su concreción; es decir que debe carecer de ambigüedades. Así como se exige que el testimonio sea coherente, es decir sin contradicciones, debiendo darse una conexión lógica entre las diversas partes o aspectos del mismo. Puede ocurrir con alguna frecuencia que la víctima o testigo no haya sido persistente en su versión inculminatoria por diversas razones: temor o influencias, e incluso por haber sido comprado. Sin embargo, tales situaciones no le restan de manera automática credibilidad, y en estos casos deberán evaluarse las circunstancias o factores externos que han concurrido y las justificaciones o explicaciones que brinde el testigo o la víctima para justificar la modificación de su versión”. (pp. 197-1199).

#### ***2.22.4. El testigo referencia.***

Código Procesal Penal (2004), en el artículo 166.1, señala: La declaración del testigo versa sobre lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba.

Código Procesal Penal (2004), en el artículo 166.2, señala:

“Si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo. Se instará, aún de oficio, en lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento. Si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado”.

De la postura de Talavera (2017) establece:

“En la doctrina se distingue entre testigos de referencia primaria (cuando el testigo toma conocimiento del hecho del testigo de referencia primaria). En el proceso estadounidense existen limitaciones muy severas en lo que concierne la admisibilidad de testimonio acerca de lo que un testigo escucho decir de un tercero. En tal sentido, impera tradicionalmente denominada regla Hearsay: su principal fundamentación descansa en el hecho de que este supuesto tercero al cual al testigo alude, no esté presente en el juicio para ser interrogado sobre las circunstancias que se dice percibió, resulta en consecuencia imposible poder valorar su credibilidad en general.

La declaración del testigo de referencia es subsidiaria a la declaración del testigo fuente titular del conocimiento directo de los hechos; por ello la obligación que tiene que señalar el momento, lugar; las personas y los medios por los cuales obtuvo conocimiento del testigo fuente, este es el testimonio que interesa a la justicia, por su conocimiento directo de los hechos. Solo es admisible la declaración del testigo de referencia cuando, debido situaciones de imposibilidad real y efectiva no se puede obtener la declaración de testigo directo (fallecimiento, enfermedad grave, paradero desconocido). MIRANDA, señala que la prueba testifical de referencia debe tener un carácter supletorio y excepcional. Es decir, se da como última ratio, y solamente es admisible cuando no es posible contar con la prueba directa. La declaración del testigo de referencia por sí sola no es suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, y se exige cumplimiento de los criterios o siguientes exigencias:

- a) El testigo de referencia está obligado a proporcionar la identidad del testigo fuente. Si se niega a hacerlo su testimonio no podrá ser utilizado (artículo.166°.2).
- b) Está obligado a brindar información detallada sobre el momento, el lugar, las personas y medios por los cuales obtuvo el conocimiento indirecto de los hechos (artículo.166°.2).

- c) La declaración del testigo de referencia que debe estar corroborado por otras pruebas (artículo.158°.2).

Además, para establecer la credibilidad del testigo de referencia se debe evaluar que no haya sido condenado anteriormente por falsos testimonios o falsedades genéricas, ni que tenga algún interés en la causa. Respecto a lo que el testigo directo le narro al testigo de referencia, existen tres posibilidades; primero, que el relato sea de por sí falso; segundo, que el relato sea una mala percepción del testigo directo y por ende errado; y, tercero, que lo que le relato sea lo que realmente acaeció. Estas versiones serán valoradas con arreglo al grado de confirmación o corroboración de la declaración que brinde el testigo de referencia, en caso de no poder concurrir al juicio al testigo fuente. Pero, por otro lado, puede suceder que lo afirma el testigo directo es por si contradictorio con la afirmación del testigo de referencia. Al respecto como se ha dicho anteriormente, existe una subordinación o dependencia entre lo que afirma el testigo directo o de referencia, ya que el primero relata lo percibido por sus sentidos, mientras que el segundo no; por ende, al testigo de referencia no se le puede conferir mayor credibilidad que el primero. Existen también tres posibilidades sobre lo manifestado por el testigo de referencia: primero, que está declaración sea de por sí falsa; segundo, que la declaración se deba a una percepción errónea de lo que narró el testigo directo; y tercero, que lo narrado por el testigo indirecto guarda identidad con lo narrado por el testigo directo. Estos supuestos, a nuestro juicio, deben ser resuelto sobre la base del testimonio directo, lo que no deja de considerar a la testifical de referencia como un medio de prueba que presenta serios problemas de credibilidad”. (pp. 199-202).

### **2.23 Los arrepentidos o colaboradores.**

Según Talavera (2017) señala de conformidad del artículo 158°.2 del nuevo Código Proceso Penal:

“Tratándose de la declaración de arrepentidos o colaboradores, establece la regla específica o pauta de valoración que solo mediante la existencia de otras pruebas que corroboren tal declaración se puede dictar contra el acusado sentencia condenatoria. Que el ordenamiento jurídico penal peruano, el arrepentido y la colaboración eficaz fueron introducidas por primera vez mediante la Ley 24651, cuyo artículo 2° incorporo el artículo 85° A del Código Penal de 1924, tanto para regular al arrepentido; como el sujeto que haya abandonado sus actividades delictivas (terroristas) y se presentan a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado. Mientras, el colaborador, además de disociarse, debía haber evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro o impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables. La citada disposición que fue mejorada por la Ley 25103. Posteriormente, en 1992, se promulgo la Ley 25499, conocida como la Ley del arrepentimiento, que del mismo modo que las anteriores disposiciones regularon sobre las disoluciones voluntarias de integrantes de organizaciones terroristas, en cuyo caso procedía la reducción de la pena. También regulo la colaboración eficaz, que daba lugar a la exención de la pena cuando alguien involucrado en el delito de terrorismo se encontrara o no comprendidos en un proceso penal, proporcionara voluntariamente información oportuna y veraz que permitiera conocer detalles sobre grupos u organizaciones terroristas y su funcionamiento, la identificación de los jefes, cabecillas, dirigentes y/o de sus principales integrantes, así como futuras acciones que gracias a dicha información se lograran impedir o neutralizar. En el 2001 se promulgo la ley 27378, conocida como Ley que establece beneficios por colaboración eficaz, en el ámbito de la criminalidad organizada, que solo regula a la figura del colaborador eficaz; esto no se otorga ningún beneficio por el solo hecho de disociarse de la organización criminal. Finalmente, el nuevo Código

Procesal Penal ha regulado el proceso por colaboración eficaz, conforme con lo cual el Ministerio Público podrá celebrar un acuerdo de beneficios y colaboración con quien, encontrándose o no sometidos a un proceso penal, así como con quien ha sido sentenciado, en virtud de la colaboración que presten a las autoridades para la eficacia de la justicia penal (artículo. 472°.1). Se exige que el colaborador haya abandonado sus actividades delictivas y admitido los hechos en los que ha invertido o se le imputen. La información que proporcione el colaborador debe ser eficaz; esto es, evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, permitir conocer las circunstancias del mismo, identificar a los autores y partícipes del delito o a los integrantes de la organización criminal, o entregar instrumento, efectos, ganancias y bienes colectivos (artículo. 474°.1). Los beneficios para el colaborador pueden ser: exención de la pena, disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal, suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional, o remisión de la pena para quien la está cumpliendo (artículo.474°.2). Como se puede advertir de las normas antes citadas, al arrepentido o colaborador se ha dissociado o ha brindado información eficaz con la finalidad de obtener un beneficio penal, procesal o de ejecución; es decir, ha perseguido un interés personal. En la obtención de beneficios prémiales reside la sospecha relativa a la credibilidad de su testimonio, de ahí que la sola declaración del arrepentido o colaborador no sea suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado, sino que se hace necesario que venga vestida, es decir corroborada con otras pruebas. La exigencia de corroboración extrínseca ya venía establecida por el artículo 283° del Código Procedimientos Penales, pues tratándose de las declaraciones obtenidas en los procedimientos penales, pues tratándose de las declaraciones obtenidas en los procedimientos por colaboración eficaz, para que el juez dicte sentencia condenatoria resulta indispensable que las informaciones que proporcionen los colaboradores estén

corroboradas con elementos de prueba adicionales que acrediten fehacientemente las imputaciones formuladas. Además, en el caso de los colaboradores surge otro problema serio para la práctica de sus declaraciones y que sin duda alguna afecta su credibilidad, como es que al colaborador se haya beneficiado con la medida de protección de la reserva de la identidad a que se refiere el artículo 248°.2.d) del nuevo Código Procesal Penal. Bajo la reserva de identidad, el colaborador pasa a convertirse en un “testigo anónimo”, que es aquel cuya entidad es desconocida por las partes procesales o solo por la defensa. El testigo anónimo o secreto es el grado máximo de ocultamiento o de protección de un testigo. En el caso DOORSON (STEDH 1996/16 26-3-1996), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó el supuesto del testigo anónimo, su incidencia en el proceso y en el derecho de defensa, manifiesta que. “Ciertamente, el artículo 6° no requiere explícitamente que los intereses de los testigos en general, y los de las víctimas llamadas a declarar en particular, sean tomados en consideración. Sin embargo, puede estar en juego su vida, su libertad o seguridad, como intereses relevantes, de una manera general, desde el punto de vista del artículo 8° del convenio. Tales intereses de los testigos y de las víctimas están en principio protegidos por otras disposiciones normativas del convenio, que implica que los estados parte organizan su procedimiento penal de manera que dichos intereses no sean indebidamente puestos en peligro. Siendo esto así, los principios del proceso equitativo exigen igualmente que, en los casos apropiados, los intereses de la defensa sean puestos en equilibrio con los de los testigos o de las víctimas llamadas a declarar. En los procesos en que existan testigos anónimos, los artículos 6°.1 y 6°.3 d) del Convenio de Roma exigen que dichos obstáculos sean suficientemente compensados a la defensa a través de otros mecanismos, vedándose fundar una condena únicamente en las declaraciones efectuadas por un testigo anónimo”. (pp. 202-206).

## **2.24. La prueba por indicios**

### **2.24.1. Concepto.**

Para Talavera (2017) expresa:

“En cualquier caso penal, el acervo probatorio puede estar constituido por pruebas directas o pruebas indirectas; las primeras revelan la manera en que ha sucedido un hecho imputado, mientras que las segundas permiten inferir esto a partir de hechos probados no constitutivos del delito o de la intervención de una persona en el mismo. El hecho de que una prueba sea indirecta, no la priva de ser una prueba, en la medida que es una fuente de conocimiento de un hecho, y se orienta a confirmar o no enunciados fácticos mediante la utilización de una inferencia. Lo relevante es la posibilidad de racionalidad, justificación y control de dicha inferencia. El nuevo Código Procesal Penal no define la prueba por indicios o prueba indiciaria; se limita a fijar sus elementos estructurales, como que el indicio esté probado y que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia”.

Del mismo modo los requisitos para valorar la concurrencia de indicios contingentes: su pluralidad, concordancia y convergencia, así como que no se presenten contra indicios consistentes (art.158°.2).

La prueba indiciaria es una prueba de contenido complejo constituida por tres elementos fundamentales: el indicio o hecho base de la presunción, el hecho presumido o conclusión y, por último, el nexo o relación causal que une el indicio o hecho base con correspondiente conclusión. Mediante la prueba indiciaria lo que obtiene es un razonamiento fundado que, una vez probada la existencia de los indicios o hechos bases, proporciona un convencimiento respecto del hecho consecuencia que se puede plasmar en la sentencia de modo que sea racionalmente comprendido y compartido por todas las personas.

Para Rivas Seva, la prueba indiciaria es aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos de delito objeto de acusación, pero a partir de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado.

Ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados indicios y el que se trata de probar delitos. Según el profesor MIXÁN MASS, la prueba indiciaria consiste en una actividad probatoria de naturaleza necesaria discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta.

Sánchez Velarde, sostiene que la prueba indiciaria debe distinguirse de la llamada prueba de presunciones, pues está resulta equivoca y posibilita la confusión entre el indicio legal, ya que el indicio es un dato significativo y la presunción una conclusión inferida. La prueba indiciaria o prueba por indicios permite enlazar los conceptos de hechos indicios, como dato real, cierto y el hecho consecuencia, es decir, lo que permite descubrir o comprobar”.

San Martín Castro, “sostiene la postura, sobre la prueba indiciaria es: Aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que a través de la Lógica y de las <reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados indicios y el que se trate de probar delito”. (pp. 207-209).

## **2.25 Características de la prueba indiciaria.**

Para Talavera (2017) señala:

“La prueba por indicios o prueba indiciaria no es un medio de prueba, ya que no se trata de un procedimiento previsto en la ley para incorporar una fuente de prueba. Se trata de una prueba,

en tanto resultado probatorio sobre base de hechos probados y de un razonamiento. Es una prueba indirecta, por cuanto el juez llega a dar por demostrado un hecho por la inducción que hace, mediante las reglas de la experiencia, de otro conocido. La actividad probatoria no recae sobre los hechos determinantes de la responsabilidad penal, sino sobre otros hechos, y mediante un razonamiento puede establecerse su prueba. No se trata de una prueba histórica, en la medida que no se presenta al hecho objeto de la prueba, sino que permite deducir su existencia o inexistencia. Se trata de una prueba crítica, desde que interviene el raciocinio. Sin el razonamiento probatorio que contenga como premisa mayor la regla de experiencia, no es posible arribar a conclusión probatoria alguna”.

## ***2.26. Estructura de la prueba indiciaria.***

A). El Indicio Es una exigencia legalmente establecida en el artículo 158°.3.a), para la valoración de la prueba por indicios. El indicio debe estar probado.

San Martín (2006), señala que: “El indicio es todo hecho cierto y probado o del hecho indicador con virtualidad para acreditar otro hecho con el qué está relacionado al hecho indicado”.

Para Cafferata (2003) señala:

“El indicio es un hecho (o circunstancia) del cual se puede, mediante una operación lógica, inferir la existencia de otro. Indicio es aquel dato real, cierto, concreto, individualmente probado, inequívoco e indivisible, y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún por describir y vinculado con el thema probandum. Por indicios o hechos bases podría entenderse aquellos elementos que, considerados en sí mismos, no forman parte del delito que se pretende probar pero que, sin embargo, guardan con el mismo una relación indirecta, de modo tal que, aunque por si solos no den prueba de su comisión, unidos a otros indicios sí pueden ser base suficiente como para sostener un fallo condenatorio”. (p. 190)

B). La inferencia.

Código Procesal Penal (2004), en el artículo 158.3, señala:

La prueba por indicios requiere:

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

Según Talavera (2017) señala:

“La inferencia consiste en la deducción que se hace, basadas en las reglas de la experiencia o en el conocimiento de determinadas cuestiones técnicas o ciencias, del hecho conocido para inferir la existencia o inexistencia de otro, que es su consecuencia. Es como observa DELLEPIANE, es un silogismo en el cual la premisa mayor está constituida por las reglas de la experiencia que, aplicadas al hecho indicador (indicio), como premisa menor, conducente al hecho indicado o conclusión. La inferencia es el razonamiento efectuado sobre la base de las reglas lógicas pertinentes. Son muchas las posibles inferencias; entre ellas, el silogismo categórico, la inferencia condicional, la inferencia transductiva, la inductiva, por coligación, reconstructiva, por concordancias y discordancias. La inferencia es válida si se efectúa aplicando correctamente las reglas lógicas pertinentes.

Probados los indicios, es característica de este medio probatorio que mediante la inferencia lógica quede demostrado la existencia del que se ha predominado hecho presumido o conclusión, esto es, del delito. Pero los indicios no solo han de concluir también en la participación en los mismos de la persona acusada. Por último, el paso del indicio a su conclusión viene facilitando por la existencia de un nexo causal entre ambos. Este nexo o relación causal se constituye mediante el razonamiento que une el indicio con

su consecuencia. A efectos probatorios y de valoración, se trata del elemento esencial de la prueba indiciaria por cuanto, como se ha dicho, los indicios por si solos nada prueban en relación con el delito. El razonamiento judicial que permite pasar de los indicios a la afirmación sobre la comisión del hecho delictivo se fundamentará en máxima de experiencia, es decir en reglas de pensar y no en normas jurídicas que cualquier persona podría reputar válidas a la vista de los indicios probados y las consecuencias que de ellos se afirman. Y la clave que permite reconocer una correcta valoración de la prueba por parte del órgano enjuiciador, reside en que éste haga constar en la sentencia la existencia no solo de unos determinados indicios y los medios a través de los cuales éstos han sido declarados probados, sino también y, principalmente el razonamiento lógico que le lleva a imputar o no la comisión del hecho delictivo al acusado. Solo la expresión de este razonamiento permite afirmar que, efectivamente, hubo prueba de cargo, aunque indiciaria suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia, lejana por lo tanto a un simple conjunto de variaciones sospechas o conjeturas”. (pp. 211-213).

C) El hecho indicado. Para Talavera (2017) expresa:

“El hecho indicado o desconocido que se pretende conocer, surge como consecuencia del hecho conocido o indicador. Pretende establecer la existencia o inexistencia del hecho al cual apunta o del que se deduce como lógica secuela del hecho indicador.

La Corte Suprema ha establecido que la prueba por indicios requiere de un hecho indicador, un razonamiento correcto en la aplicación de la regla de la ciencia, la técnica y la experiencia, una pluralidad, concordancia y convergencia de indicios contingentes, así como la ausencia de contraindicios consistentes.

Un dato real e indubitable solo puede tener la categoría de indicio si tiene aptitud para conducir hacia el conocimiento de otro lado. Ese otro dato a descubrir es la incógnita del problema. El descubrimiento del dato indicado debe concretarse siguiendo el nexo

lógico entre el indicio y éste. Para seguir ese nexo lógico es indispensable aplicar, como ya se ha anotado, también una inferencia correcta en el procedimiento cognoscitivo para descubrir el significado de la prueba indiciaria. Si el significado del otro dato descubierto es pertinente y útil con respecto al *thema probandum*, entonces se obtiene un argumento probatorio de naturaleza indiciaria”. (pp. 213-214).

## **2.27. Clasificación de los indicios.**

Según Talavera (2017) establece:

1. De acuerdo con la incidencia que tenga en el hecho indicado: puede ser necesario o contingente.

a) El indicio necesario es el que irremediable conduce una determinada consecuencia. Entre otros términos, como lo observa MARTINEZ RAVE, cuando el hecho deducido no puede tener por causa sino por hecho probado.

La relación de causa y efecto es absoluta. Se funda esencialmente en leyes científicas inalterables en las cuales los efectos corresponden a una determinada causa.

b) El indicio contingente es él puede conducir varios hechos, si una persona sale del sitio donde se cometió un delito, puede deducirse que sea el autor del mismo o simplemente que se encontraba en el lugar realizando otro tipo de gestión. El indicio contingente puede clasificarse graves o leves, según el grado de equivocidad que existe entre el hecho indicado y el indicador.

b.1) En el indicio grave, el hecho indicador conduce un grado de considerable de probabilidad de otro hecho. Acontece cuando se encuentra en poder de una persona objetos robados. Pueden haberlos adquiridos mediante un ilícito, pero también es factible que les haya comprado sin conocer su procedencia.

b.2) En el indicio leve, el hecho indicado es apenas una consecuencia probable que se infiere de un hecho indicador. En otros términos, del hecho indicador pueden deducirse apenas circunstancias del hecho indicado.

No puede deducirse que una persona sea autora de la muerte de otra por el hecho de haberle amenazado.

2. Según su relación en el tiempo con el hecho indicador puede ser antecedentes, concomitantes o subsiguientes.

“Son antecedentes los anteriores al delito, Están referidos a la capacidad para delinquir y a la oportunidad para la comisión de un delito, tales como la tendencia de instrumentos, las amenazas previas, las ofensas y enemistades, el interés en la desaparición de una persona.

Los últimos son los denominados indicios del móvil delictivo, que son indicios psicológicos de suma importancia, en el entendido que toda acción humana y especialmente la delictiva, que implica sanciones y molestias tiene una razón, un motivo que la impulsa. Solamente asociados a otros indicios, éstos pueden construir prueba suficiente. Son concomitantes los indicios que resultan de la ejecución del delito. Se presenta simultáneamente con el delito. A este rubro pertenecen los indicios de presencia y los indicios de participación en el delito. Los primeros en la clasificación de GORPHE, también llamados de oportunidad física, están dirigidos a establecer la presencia física del imputado en el lugar de los hechos, haber sido la última persona, vista en el lugar de los hechos, haber sido la última persona, vista en compañía de la víctima. Los segundos tienden a señalar una participación más concreta del imputado en los hechos (manchas de sangre, en los objetos sustraídos o que sirvieron para cometer el delito, objetos de propiedad del imputado dejando en el lugar de los hechos).

Son subsiguientes los que se presentan con posterioridad a la comisión del delito.

En la clasificación de GORPHER se trate de los indicios de actitud sospechosa. Pueden ser acciones o palabras, manifestaciones vertidas posteriormente amigos, el cambio de

residencia sin ningún motivo aparente, el alejarse del lugar donde se cometió el delito, el fugar después de estar detenido, el ocultar elementos materiales del delito, la preparación de pruebas falsas sobre su inocencia, la consecución de testigos falsos”. (pp. 214-215).

## **2.28. Criterios para evaluar la calidad de los indicios contingentes.**

Para Talavera (2017) expresa:

“Los indicios deben estar probados. Pueden ser acreditados por prueba directa o indirecta, no opera la regla *praesumptio de praesumptione non admititur*. Puede considerarse los supuestos de admisión de ciertos hechos por las partes.

La prueba indiciaria puede constituirse sobre la base de un único indicio, pero de singular potencia acreditativa. De

El artículo 158°.3. Cuando se trate de indicios contingentes, éstos deben ser plurales, concordantes y convergentes, así como presentar contra indicios consistentes. La pluralidad, hace referencia, implica que todos los indicios se entrelazan, se corroboran o confirman recíprocamente. Concordantes son los indicios que no contrastan entre ellos y con otros datos o elementos ciertos.

La convergencia se refiere a que todas las inferencias indiciarias reunidas no puedan conducir a conclusiones diversas. Con mayor razón, puede afirmarse que todas las inferencias deben conducir a establecer el mismo hecho.

Ejemplo: Que una persona desaparezca de su habitual lugar de trabajo, se hallen huellas de sangre en su ropa y sea su arma la que se encuentra en el lugar donde aparece muerta la otra, que era su enemiga, son indicios que encajan o tienen relación entre sí y confluyen a hacer que se le considere autora del crimen. Aun cuando el nuevo Código Procesal Penal no exija como requisito de los indicios contingentes que estos sean graves, como sí lo hace el artículo 192°.2 del Código de Procedimiento Penal Italiano, es oportuno precisar que la gravedad de los indicios se refiere al grado de probabilidad que existe entre el hecho indicado y el indicador.

Como se señala en el artículo 192°2 del Código de Procedimiento Penal italiano, los indicios deben ser fuertes, precisos y concordantes. Fuertes son los indicios consistentes; es decir, resistente a las objeciones, y por lo tanto atendibles y convincentes. Precisos son aquellos indicios no genéricos y no susceptibles a interpretación, igualmente o más verosímil y, por lo tanto, no equívocos. Concordante son los indicios que no contrastan entre ellos y con otros datos o elementos ciertos.

Finalmente, la contra indicios están constituidos por la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatible tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitado su fuerza probatoria.

El contra indicio es toda prueba que se opone o le quita eficacia al indicio. Según MITTERMAIER, los contras indicios hacen ver poderosamente debilitados los indicios de cargo, en cuanto de ellos resulta a favor del acusado una explicación enteramente favorable de los hechos que parecían correlativos del delito, y daban importancia a la sospecha.

Es factible que a una persona se le atribuya la comisión de un homicidio con fundamento aún conjunto de indicios, como ocurre cuando es la depositaria de la confianza de otra y la única que tenía acceso a ella y a los lugares donde se encontraba el dinero, que desaparece luego del homicidio; sin embargo, esa situación se desvirtúa con la confesión de quien en época anterior también fue sujeto de confianza”.

## **2.29. La prueba por indicio en la jurisprudencia nacional.**

La Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Recurso de Nulidad N° 1912-2005 (2005) señala:

“Ha establecido en el fundamento 4) las pautas o criterios para la valoración de la prueba por indicios: • Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, la prueba por indicios no se opone a la presunción de inocencia • Materialmente, los requisitos que han de cumplir están en función tanto del indicio en

sí mismo, como la deducción o la inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existe entre los hechos probados y los que se trata de probar. • Respecto al indicio, se exige: a) Que éste hecho base ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno. b) Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos, pero de una singular fuerza acreditativa. c) También concomitante al hecho que se trata probar los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, desde luego no todos lo son. d) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que o excluyan el hecho consecuencia no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí. • No todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función de la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos ello depende del nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar pueden clasificarse en debilidades y fuertes. Los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y por sí solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada en el tribunal Supremo Español en la Sentencia del veinticinco de octubre del mil novecientos noventa y nueve. • En lo relativo a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo”.

### 2.30. Valoración de la Prueba Indiciaria:

Para Talavera (2017) expresa:

“El delito de colusión desleal como cualquier infracción penal, debe ser objeto de prueba de cada uno de los elementos típicos: a). Especial condición del sujeto activo o imputado no olvidemos que este es un delito de especial propio, por lo que debe acreditarse que el imputado no sólo tiene la condición de funcionario público, sino que también interviene un determinado acto jurídico en representación del Estado. b) Concertación con el particular o *entra neus*. c). La conducta fraudulenta en perjuicio del Estado. d). La naturaleza del acto jurídico materia del delito de los contratos de: licitación, concurso público, adjudicación de menor cuantía y concurso de precio. Las reglas del ofrecimiento, actuación y valoración de la prueba, no debe sufrir relajamiento, flexibilidad, la complejidad del tema probatorio no debe llevar a sostener el atemperamiento de la calidad y suficiencia de la prueba. La materia o el ámbito temático que ha de probarse, que más difícil encierre, no debe ejecutarse con el desmedro de los derechos fundamentales. El profesor CAFFERATA NORES, fundamenta sobre la prueba indiciaria: “El modo de valoración judicial de ciertos hechos probados que se fundamenta por medio de un método lógico, basados en diversos datos que permiten intentar demostrar una imputación legal. En otras palabras, se trata de un procedimiento de apreciación de ciertos datos probados, pero que no tienen una relación directa con el tema probado; esto es, vendría a ser un sucedáneo de prueba, el cual cuenta con características similares y es capaz de llevar al juez a un mismo o mayor nivel de certeza y confiabilidad. Es conveniente señalar que la prueba directa no puede considerarse siempre de alta fiabilidad, mientras que por medio de la prueba indiciaria se puede alcanzar un mayor nivel de certeza, pues exige el uso de un proceso de razonamiento basado en las leyes de la lógica y la experiencia. Por ello es

más que un medio probatorio, se le considera una actividad en la que el juez se ve obligado a utilizar el raciocinio para poder llegar a una conclusión o inferencia válida”.

### ***2.31. Valoración de la prueba indiciaria en el delito de colusión desleal:***

Según Vargas (2010), fundamenta sobre la valoración de la prueba en el delito de colusión: “El razonamiento utilizado por el juez que, partiendo los indicios, le ha permitido llegar a la inferencia y así a la certeza requerida para vencer la presunción de inocencia y dictar una sentencia condenatoria que debe tener en cuenta el objeto de la prueba que, como en todo proceso, lo constituye tanto de la comisión del delito, así como el nivel de participación del imputado. En tal sentido, resulta pertinente anotar que, en el delito de colusión desleal, como cualquier infracción penal, debe ser objeto de prueba de cada uno de los elementos típicos: a) especial condición del sujeto activo o imputado, no olvidemos que este es un delito especial propio, por lo que se debe acreditar que el imputado no tiene la condición de funcionario público, sino también interviene un determinado acto jurídico en representación del Estado b) Concertación con el particular o entraneus. c) La conducta fraudulenta en perjuicio del Estado (necesariamente patrimonial). d) La naturaleza del acto jurídico (licitación, suministros, concurso de precios) materia del delito. La entidad o suficiencia de la prueba, cuya complejidad se reconoce, debe armonizarse con la vigencia de los principios constitucionales de indiscutible valor, como la presunción de inocencia el in dubio pro reo y la exclusión de la prueba ilícita. Las reglas del ofrecimiento actuación y valoración de la prueba no deben sufrir relajamiento, flexibilidad o merma alguna, así como la complejidad del tema probatorio no debe llevarse a sostener el atemperamiento de la calidad y suficiencia de la prueba. La materia o el ámbito temático que ha de probarse, por más dificultad que encierre, no debe ejecutarse con desmedro de los derechos fundamentales. Como hemos señalado, dada la naturaleza clandestina u oculta como opera la dinámica comisiva del delito de colusión desleal y teniendo en cuenta además que imputado es un funcionario público que, en caso de actuar en una estructura de poder

organizada habrá de proponer a la desaparición de las pruebas y el entorpecimiento de la investigación, la doctrina recuerda la necesidad de recurrir cada vez con más inasistencia a la prueba de indicios o prueba de presunciones. En tal sentido, nuestra Corte Suprema ha venido desarrollando, por medio de la jurisprudencia producida en los últimos años, una serie de conceptos y principios referidos a los indicios que tanto las partes como los jueces pueden o deben tomar en cuenta, a efecto del desarrollar la actividad probatoria en los procesos de estos delitos. Así el Supremo Tribunal ha establecido que la prueba del delito de colusión residiría en que un alcalde contrató una empresa para la construcción de una carretera sin respetar los convenios suscritos del Gobierno Regional, el cual impediría contratar con terceros. Considero oportuno anotar que la breve descripción que se hace en la Ejecutoria Suprema de los hechos que se consideran probados no permite determinar si en efecto ha cumplido con los supuestos desarrollados en la Ejecutoria vinculante dictada en la RN 1912-2005, pues que no se cuentan con los elementos necesarios para establecer si endicho caso en efecto ha existido multiplicidad de indicios concatenados, ni tampoco se explica adecuadamente el razonamiento utilizado para llegar a la conclusión de certeza respecto de la comisión del delito y la responsabilidad del acusado. De igual manera, la Sala Penal de la Corte Suprema ha precisado la prueba del delito de colusión la base de la entrega de producto en mal estado, pero que pese a todo llevo a los procesados a pagar con inusitada rapidez el íntegro del dinero, expidiendo un cheque a favor del encausado, cuando lo correcto hubiera sido girar e cheque a nombre de la empresa contratista, hecho que además se produjo cuando el producto ni siquiera había ingresado en el almacén de la entidad agraviada. A ello se agrega la falsificación de una carta de cotización de una empresa contratista que nunca fue remitida. Lo destacable de esta jurisprudencia es que se fundamenta la conformación de la condena expedida en primera instancia, en una pluralidad concatenada de indicios relevantes, los que demostrarían la concertación producida entre la empresa contratista y los funcionarios públicos, tales como: a). la entrega del producto en mal

estado, se entiende que no han verificado los productos adquiridos por parte de la oficina de almacén y de control previos; b). Los trámites de pago se realizan con rapidez, c). El proceso de giro se produjo incumplimiento de las normas técnicas de tesorería a favor del encausado y no a la empresa contratista; d). Los bienes no habían ingresado a los almacenes de la entidad, e). La falsificación de una supuesta empresa contratista que no participo en el proceso de selección.

Por otro lado. El máximo órgano de justicia de la República ha reconocido expresamente el valor de la prueba indiciaria en el delito de colusión desleal, al confirmar la sentencia condenatoria sobre la base de diversos indicadores, tales como a) En su condición de contador aceptó girar un cheque a favor de la empresa, a pesar de nunca existió contrato, ni valoró que resultaba excepcional la forma de adquisición (pago por adelantado sin contra entrega física del bien) b). Pese a tener en su poder la carta fianza presentada por la citada empresa con el supuesto objetivo de garantizar la transacción, no lo ejecuto en el plazo correspondiente, y c). la adquisición de las especies no tenía sustento técnico para su requerimiento por parte del supuesto usuario del servicio. El mismo razonamiento, al valorar una pluralidad de indicios, observa cuando en Ejecutoria Suprema señala que: a). No se tuvieron en cuenta las especificaciones técnicas y presupuestos internos; b). No se sigue las sugerencias aportadas por el asesor, c). Se ignoraron las disposiciones del Reglamento Único de Adquisiciones pese a la empresa fue observada en la primera convocatoria por presentar precios mayores a los del mercado; d). Omitir la presentación de la carta fianza de fiel cumplimiento. Otros factores e indicadores de cargo tomados en cuenta por la jurisprudencia peruana para probar la colusión desleal son los siguientes: admitir en un proceso de selección el precio más alto; otorgar un adelanto fuera de contrato, la marginación de otros postores; la existencia del vínculo de parentesco, cuando no se cumplía las especificaciones técnicas requeridas, se efectuaron pagos sin que se produzca la entrega total de los bienes, el pago

superior a lo pactado; la convocatoria al concurso público no fue publicada en el diario oficial; existió una inusual celeridad en la gestión del pago mediante un cheque a favor de la empresa beneficiada, la empresa no estuvo constituida legalmente ni se encontraba registrada como proveedor; la orden que dio el director del hospital fue verbal; el haber suscrito un contrato con una empresa que no tenía licencia de funcionamiento, no tenía local comercial, ni se encontraba inscrita en el Registro de Proveedores. En esta línea resulta importante citar. El caso del alcalde que contrató una empresa de propiedad de un regidor, siendo además el Registro Único del Contribuyente con el que facturó los contratos no pertenecía a la citada empresa: se adquirieron productos de segunda como si fuera nuevos, fue una adquisición sin requerimiento técnico por parte de la unidad requirente, que los bienes no fueron entregados al nosocomio pese que se abonó el 80% de su costo total; y tampoco se suscribió contrato alguno. Por último, conviene destacar la importancia de los peritajes e informes técnicos en la acreditación del delito de colusión desleal, tanto para acreditar el perjuicio patrimonial, como si existió sobre evaluación o respecto de la naturaleza o características de los bienes y/o servicios adquiridos. Sobre el particular, conviene precisar que resulta esencial y de significativa importancia la elaboración de informes y dictámenes periciales dentro del proceso penal, ya sea como pericia contable, valorativa, económica, financiera, bromatológica, mecánica o de otro orden, siempre que se busca determinar la existencia o no del perjuicio y la precisión de la magnitud de este. En este sentido la pericia contable permite establecer, si ha existido perjuicio o ventaja patrimonial a la concreta entidad del desplazamiento patrimonial. Conviene precisar que los hallazgos o resultados de la pericia o auditorías que se formulen deben ser concretos y específicos y evitar en todo momento ser genérico”.

### **2.32. Jurisprudencia de la prueba indiciaria**

- Jurisprudencia Vinculante: Ejecutoria Suprema del 6 de septiembre de 2005, R.N. Nro. 1912–2005, Piura, fundamento jurídico cuarto, en Acuerdo Plenario Nro. 1-2006/ESV-22, de fecha 13 de octubre de 2006.

“Cuarto.- Que según lo expuesto inicialmente, la Sala sentenciadora sustentó la condena en una evaluación de la prueba indiciaria, sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia; que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el supremo tribunal de derechos humanos y en la doctrina que se comparte, que la prueba por indicio no se opone a esa institución.

Sentencia de Telfner contra Austria, sentencia del 20 de marzo de 2001; que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, se exige: a) este hecho base ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, c) también concomitantes al hecho que se trata de probar los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son, y d) deben estar interrelacionados, cuando sean varios de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan al hecho consecuencia, no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor

o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos ello está en función a nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera.

La sentada por el Tribunal español en la sentencia del 25 de octubre de 1999 que aquí se suscribe; que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.”

Jurisprudencia: Casación Nro. 628-2015, Lima, del 05 de mayo de 2016, Fundamento Jurídico quinto, sumilla:

“Importancia de la motivación de sentencia en la prueba indiciaria. (...) ”

“Fundamento quinto: Que, en atención a la relación entre motivación fáctica y presunción de inocencia, es de acotar que el examen de esta última garantía importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaria se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la corrección de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad. En materia de prueba indiciaria, para que la conclusión inculpativa pueda ser tenida por válida es preciso: 1. Que los hechos indicadores o hechos base sean varios y viertan sobre el hecho objeto de imputación o nuclear deben estar, por lo demás, interrelacionados y ser convergentes: deben reforzarse entre sí y ser periféricos o concomitantes con el hecho a probar. 2. Que los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados. 3. Que la inferencia realizada a partir de aquéllos, por su suficiencia, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables -entre los hechos indicadores y su consecuencia, el hecho indicado,

debe existir una armonía que descarte toda irracionalidad de modo que la deducción pueda considerarse lógica: el enlace ha de ser preciso y directo. 4. Que cuente con motivación suficiente, en cuya virtud el órgano jurisdiccional deberá expresar en la motivación los grandes hitos o líneas que lo condujeron a la deducción conforme al artículo 158° apartado 3 del Nuevo Código Procesal Penal tiene que exteriorizar los indicios y que se aplicó el razonamiento jurídico, que encaje en la inferencia lógica y los hechos bases y el hecho consecuente y esta razón se encuentra en las reglas de la experiencia y la lógica”.

STCE ciento veinticuatro diagonal dos mil uno, de cuatro de junio). A final de cuentas, la deducción realizada por el tribunal sentenciador debe implicar un raciocinio lógico e inteligible que a través de varios indicios objetivos sobre hechos no delictivos datos objetivos fiables, permite llegar al hecho consecuencia ya conculcador del precepto penal (STSE de quince de abril de mil novecientos noventa y siete). En la conformación del análisis integral para la configuración de la prueba indiciaria, desde luego, no puede dejarse de tener presente lo que se entiende como “prueba en contrario” y “contraprueba”. En este último supuesto se ubica el contraindicio, que es la contraprueba indirecta, y que consiste en la valoración se trata de desvirtuar la realidad con un hecho indiciario, consecuentemente se desvirtúa la carga probatoria.

Jurisprudencia: Casación Nro. 1722-2016, Del Santa, del 05 de mayo de 2016, Delito de Colusión y la Prueba Indiciaria. En su fundamento octavo establece: (...) “OCTAVO: Que, en principio, se tiene que el procedimiento de adquisición fue absolutamente irregular y, además, lo que se pagó por los bienes adquiridos fue sobrevalorado, es decir, se pagó un sobreprecio por la adquisición de bienes, muy superior al que tenían en el mercado. La ausencia de bases para la convocatoria, la falta de objetividad en la participación a los proveedores a quienes incluso se convocó telefónicamente, la inusitada rapidez del procedimiento de

contratación pública, la falta de una información analizada acerca del valor de los productos que debían adquirirse (falta del expediente administrativo), permitió que se otorgue la buena pro a personas que ofertaron un precio excesivo. Si esto es así, es obvio que los funcionarios públicos: el Director de la UGEL y los integrantes del Comité de Adquisiciones, se concertaron con los proveedores en desmedro del patrimonio público. No de otra forma se explica una festinación de trámites y una buena pro a determinados proveedores por un precio excesivo. Es claro que los funcionarios públicos imputados niegan el concierto y lo quieren referir al hecho de la acreditación de contactos personales entre sí y con los proveedores para justificar la lógica fraudulenta. En clave probatoria, empero, lo que se debe verificar es la existencia de una contratación pública que se produce a través de una concertación entre funcionarios públicos competentes e interesados (proveedores). La concertación, ante la ausencia de prueba directa testigos presenciales o documentos que consignent la existencia de reuniones, contactos, y acuerdos indebidos, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria. (i) el proceso de contratación fue irregular en sus aspectos primordiales: celeridad en el proceso incumplimiento de los plazos, falta de elaboración de las bases del proceso de adquisición, interferencia de terceros, ausencia de los estudios de mercado. (ii) si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria, ausencia de postores y con falta de rigor y objetividad marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores; y, (iii) si los precios ofertados y aceptados fueron sobrevalorados o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencia del servicio público o fundamento de la adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado”.

NOVENO: Que llama la atención las explicaciones del acusado Buitrón Rodríguez, en el sentido de que no hizo el requerimiento de compras; que elaboró el cuadro comparativo de las cotizaciones cuando los productos ya se encontraba internados en el Almacén éste se realiza

antes de la buena pro (dice que cumplió las órdenes sobre el particular del Director Colonia García y del Presidente del Comité Cotillo Antúnez); que no sabía que lo que se adquirió se podía comprar más barato en Huarney [declaración plenaria de fojas mil noventa y seis]. Este dato, más allá de la lógica exculpatoria del imputado, revela que no se trató de un proceso objetivo ni se indagó por la corrección de los precios de los productos en el mercado. De igual manera, el otro miembro del Comité, Huamán Inchicaqui, señaló que no mediaron reuniones del Comité nadie los convocó; que no participó en la elección del proveedor; que se limitaba a firmar los documentos: cuadro comparativo y acta de otorgamiento de buena pro, los cuales se los traía Buitrón Rodríguez; que no se le acompañaron proformas de menores precios [instructiva de fojas cuatrocientos veintiséis y declaración plenaria de fojas mil ciento setenta y nueve]. Tales afirmaciones, sin duda alguna, revelan la irregularidad del trámite y permiten inferir fundadamente la concertación con los proveedores. Por otro lado, conforme declaró Cuellar Quito, operador del SIAF, se debió contar con requerimiento o la ampliación de adquisiciones por el incremento presupuestal, lo que no existió [declaración de fojas ciento ochenta y dos y declaración plenaria de fojas mil doscientos treinta y tres]. A ello se agrega, de modo relevante: 1. La ausencia de documentación debidamente archivada y en forma de ese proceso de adquisición, conforme al acta de constatación de fojas noventa y cuatro. 2. El mérito de la pericia contable de foja ciento veinte, de la que fluye que en Huarney se ofertan los mismos productos, pero no se convocó a esos proveedores; que existe, por la comparación de precios realizadas, un sobre costo de treinta y tres mil ciento cuarenta y seis soles. 3. Postores no cuentan con licencia de funcionamiento para su desarrollo empresarial, de su actividad mercantil (constancias de fojas noventa y tres, ciento treinta y siete, ciento cuarenta y seis y ciento noventa y cinco). 4. El denunciante y líder sindical de la UGEL expresa que los comerciantes de la zona le dijeron de las sobrevaluaciones, que fue lo que motivó la denuncia [declaración preliminar de fojas sesenta y uno y declaración plenaria de fojas Mil doscientos

treinta y uno]. El autor de la pericia contable, Contador Público Rene Cacha Ríos, fue examinado en el acto oral. Allí [declaración plenaria de fojas mil doscientos treinta y cinco] se da cuenta del conjunto de actividades que realizó para determinar la existencia de una sobrevaluación de los bienes que adquirió la UGEL. Las objeciones realizadas a esa pericia y modo de actuación no son relevantes, el mérito que arroja no tiene exámenes o pericias alternativas que la refuten, y la informalidad de las empresas que obtuvieron la buena pro se advierte con las constataciones policiales efectuadas al efecto. Los proveedores imputados, pese a que podían hacerlo, no incorporaron prueba que revele no solo la formalidad de su negocio sino, en especial, que el precio ofertado estaba en esas fechas dentro de los márgenes razonables del mercado en ese momento. Existe, pues, prueba fiable, plural, convergente y suficiente. La presunción de inocencia se enervó con las pruebas de cargo ya citadas”.

### III. MÉTODO

#### 3.1 Tipo de Investigación.

El tipo de investigación que se realiza en la tesis es no experimental, de la indagación de la incidencia de la variable independiente y dependiente se fundamenta en las causas del fenómeno o problema utilizando la técnica de observación y descripción de las acciones, objetos y procesos. Valorando los efectos de las variables dependientes y medir el grado de relación entre las variables descritas en la hipótesis para explicar e identificar de las variables relacionadas a la hipótesis o teoría.

##### ***3.1.1 Nivel de investigación:***

El trabajo de investigación tiene el nivel explicativo, para fundamentar las causas que generan el problema, de la evaluación de los indicios en los delitos cometidos por los funcionarios públicos en los procesos de adquisiciones y de los bienes, servicios u obras; y poder hacer responsable de la conducta funcional de los trabajadores del sector público que desarrollan las actividades del Órgano encargado de las contrataciones de las entidades del Estado, las conductas funcionales debe subsumirse con lo establecido en el código penal con relación al verbo rector que es la concertación y defraudación.

##### ***3.1.2 Método de investigación:***

En el desarrollo del trabajo de investigación se utiliza el método analítico, comparativo y descriptivo, desarrollando de acuerdo al proceso de la evaluación de los indicios relacionados en los delitos de colusión, que siendo fundamental para la valoración de la conducta funcional de los trabajadores públicos o funcionarios que realizan los Órganos encargado de las contrataciones en los procesos de adquisiciones de bienes, servicios y obras en cada entidad del Estado.

### ***3.1.3 Diseño de la investigación:***

El diseño de la investigación desarrollado en el presente trabajo es el cuantitativo se encuentra orientado a la aplicación estadística a la muestra homogénea siendo los trabajadores del poder judicial, trabajadores del ministerio público, abogados litigantes sobre los indicios y su valoración de lo establecido en el verbo rector del delito de colusión que es el de concertar y defraudar el patrimonio del Estado, de la Corte Superior de Justicia Selva Central.

### **3.2 Población y muestra.**

La población de aplicación del trabajo de investigación está dirigido a los operadores del derecho penal, que integra los abogados litigantes, trabajadores Del Poder Judicial y del Ministerio Público. El muestreo no probabilístico, se aplicó en el trabajo de investigación. Según Hernández (2014), señala: Este tipo de muestra, no todos los elementos de la población tienen la probabilidad de ser elegidos para formar parte de la muestra, por ello son tan representativos.

### 3.3. Operacionalización de las Variables.

**Tabla 1**

*Operacionalización de variables*

| VARIABLE                    | DEFINICIÓN                                                                                                                                                                                                                             | DEFINICIÓN                                                                                                                                                                   | INDICADORES                                                                                                                               |
|-----------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                             | CONCEPTUAL                                                                                                                                                                                                                             | OPERACIONAL                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                           |
| <b>PRUEBA INDICIARIA</b>    | La prueba indiciaria consiste en la reunión e interpretación de una serie de hechos y circunstancias relativos a un injusto determinado que se investiga, a efectos de intentar acceder a la verdad de lo acontecido por vía indirecta | Valoración de la prueba indiciaria, para demostrar la inconducta funcional de los funcionarios que realizan los procesos de contratación en las entidades del sector público | X1: Valorar los indicios a través de la lógica y la experiencia para comprobar el acto delictivo                                          |
|                             |                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                              | X2: la prueba indiciaria, utilizando las presunciones o las inferencias lógicas o una metodología que permiten demostrar el hecho ilícito |
|                             |                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                           |
| <b>INCONDUCTA FUNCIONAL</b> | El sujeto activo en su desempeño del proceso de contratación realiza actos ilícitos de concertación y genera consecuencia defraudatorias al patrimonio del Estado.                                                                     | Valoración de la inconducta funcional en los procesos de contratación en las entidades del sector público                                                                    | Y1: Actos jurídicos materia de los delitos de colusión                                                                                    |
|                             |                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                              | Y2: Conducta fraudulenta de los funcionarios públicos en los procesos de contratación                                                     |
|                             |                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                           |

Elaborado: por el investigador

### 3.4. Instrumentos.

#### 3.4.1 Técnicas de recolección de datos.

Para interpretar la eficacia de la valoración de la prueba indiciaria, se tendrá en cuenta las sentencias del año 2017, 2018 de la corte superior de justicia de la selva central, así mismo las opiniones de los operadores del derecho, mediante las encuestas y entrevistas a los fiscales todo ello para dar confiabilidad y validez al instrumento elegido.

### **3.4.2 Instrumento de recolección de datos:**

- Los instrumentos que se va a utilizar en la investigación son los siguientes:
- Encuestas.
  - Análisis documentario.

### **3.5. Procedimientos**

El procedimiento realizado es la tabulación de los datos de las encuestas realizadas a los abogados litigantes, asistentes fiscales, fiscales y operadores del derecho penal, para obtener resultados para las conclusiones del trabajo de investigación.

### **3.6. Análisis de datos**

Para el análisis y la interpretación de los datos y por el tipo de problema que se investiga se utilizará la estadística descriptiva, por lo tanto, se expondrán: a) Tablas de distribución de frecuencia b) Porcentajes c) Gráficos.

## IV. RESULTADOS

### 4.1 Resultado de la aplicación de la encuesta

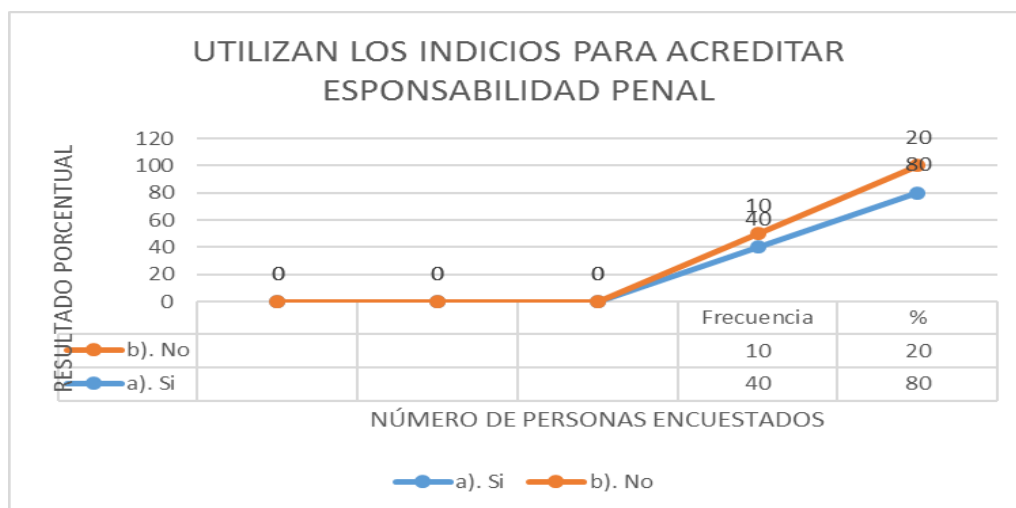
En el desarrollo del presente capítulo, es del análisis e interpretación del resultado del trabajo de campo realizado por el investigador, habiéndose realizado las encuestas a los abogados litigantes, trabajadores del poder judicial, jueces y fiscales. Obteniéndose los siguientes resultados de cada una de las preguntas formuladas para luego interpretarlo y analizarlo: 1. ¿Los fiscales y los miembros de la Policía Nacional utilizan los indicios para acreditar la responsabilidad penal, en la investigación preliminar?

a). Si.

b). No.

**Tabla 2**

*Resultado de la encuesta utilizan los indicios para acreditar*



El resultado de los encuestados es del 80% se utiliza los indicios para iniciar la investigación del hecho delictivo y 20% de los encuestados se refiere a los medios testimonial de los colaboradores eficaces y documental.

Existen enfoques afines sobre los actos de investigación realizada por la Policía Nacional y el Director de la Investigación que recae a las fiscalías anticorrupción en la etapa

de la investigación preliminar se concurre a los indicios que han sido confirmados en el hecho delictivo tales como las actuaciones del extraneus al concertar o ponerse de acuerdo los procesos de selección de las licitaciones públicas, concursos públicos, la subasta inversa electrónica y otras contrataciones con el Estado de las adquisiciones de bienes, servicios, obras y de personal, las transgresiones del deber del funcionario público genera efectos perjudiciales a la sociedad como son el incumplimiento de los objetivos institucionales, que se encuentran relacionados con otorgar el bien común a la sociedad.

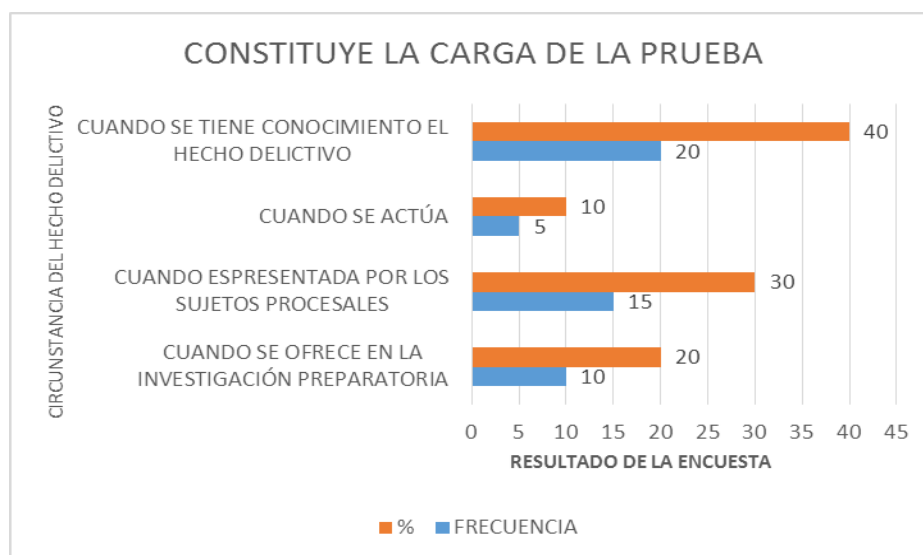
2. ¿En qué momento se compone la prueba en el proceso penal?

a). Cuando se ofrece en la investigación preparatoria.

b). Cuando es admitida la prueba presentada por los sujetos procesales c). Cuando se tiene conocimiento el hecho delictivo.

**Tabla 3**

*Resultado de la encuesta constituye la carga de la muestra*



Se tiene como resultado del trabajo de campo aplicado a los operadores del derecho: abogados litigantes, trabajadores del Poder Judicial, trabajadores del Ministerio Público que el 40% de los encuestados establecen que la carga de la prueba se forma al tomar conocimiento del

hecho delictivo, hasta la conclusión de la investigación fiscal, formula la acusación sobre las pruebas obtenidas del hecho delictivo, considerando de la evaluación de la prueba indiciaria mediante la inferencia lógica, muchas veces a la valoración de la sana crítica y la máxima experiencia del Fiscal, pierde su eficacia probatoria en la etapa de juzgamiento en la valoración mediante el interrogatorio, contra interrogatorio.

El derecho de prueba permite la subsanación de cualquier defecto que debe ser pertinentes y admitidas, practicadas por el juez para su efectividad invocado por el recurrente, exigiendo la práctica de la toda la actividad probatoria que haya sido admitido previo examen por el órgano jurisdiccional y motivado con los razonamientos facticos y jurídicos que conduce a la apreciación de la prueba.

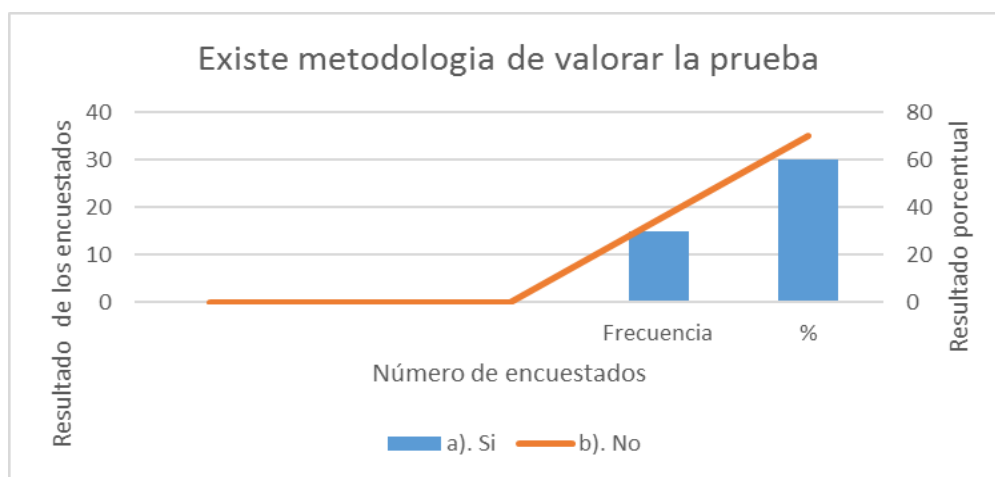
3. ¿Conoce si existe una metodología en el sistema de valoración de la prueba?

a). Si

b). No

**Tabla 4**

*Resultado de la encuesta, Existe metodología de valorar la prueba*



El resultado de los encuestados establece el 70% no cuentan con una metodología de la valoración de la prueba, de lo prescrito en el trabajo de investigación; establece la adquisición de

bienes, servicios y obras que no se ha llevado proceso de selección viene a constituir el delito de colusión.

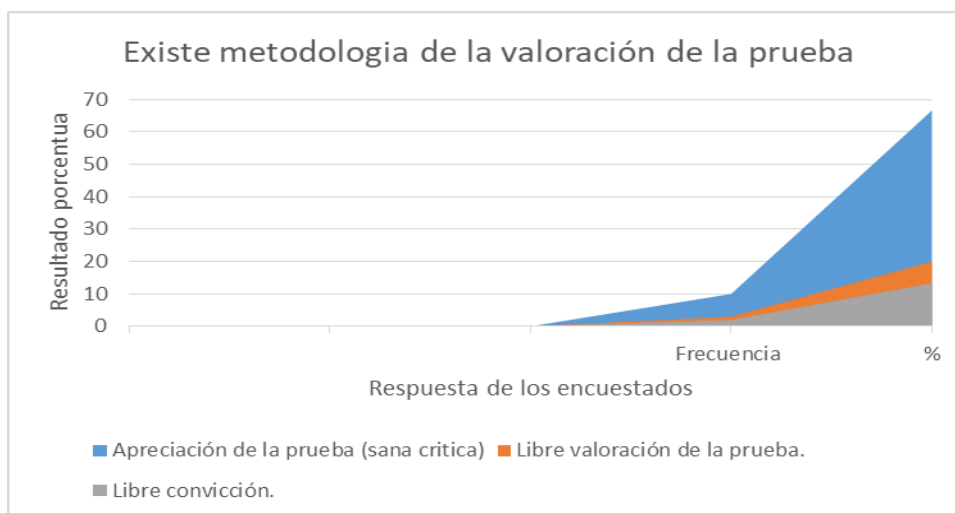
Esta interpretación de la inferencia es equivocada, por lo se estaría refutando a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuando se otorga la buena pro sin llevar los procesos de selección es nulo y se estaría transgrediendo el deber de un funcionario público por lo no se subsumiría en el delito de colusión por estar dentro de los verbos rectores de Concertar y Defraudar. Al no poder demostrar el acuerdo fraudulento.

4. ¿Si la respuesta es sí? Especifique.

- a). Prueba tasada, legal y mixto.
- b). Calificación de la prueba de la sana critica.
- c). Libre valoración de la prueba.
- d). Duda razonable.
- e). Libre convicción.
- f). Intuitiva, perspectiva positiva y negativa

**Tabla 5**

*Resultado de la encuesta, existe metodología de la valoración de la prueba*



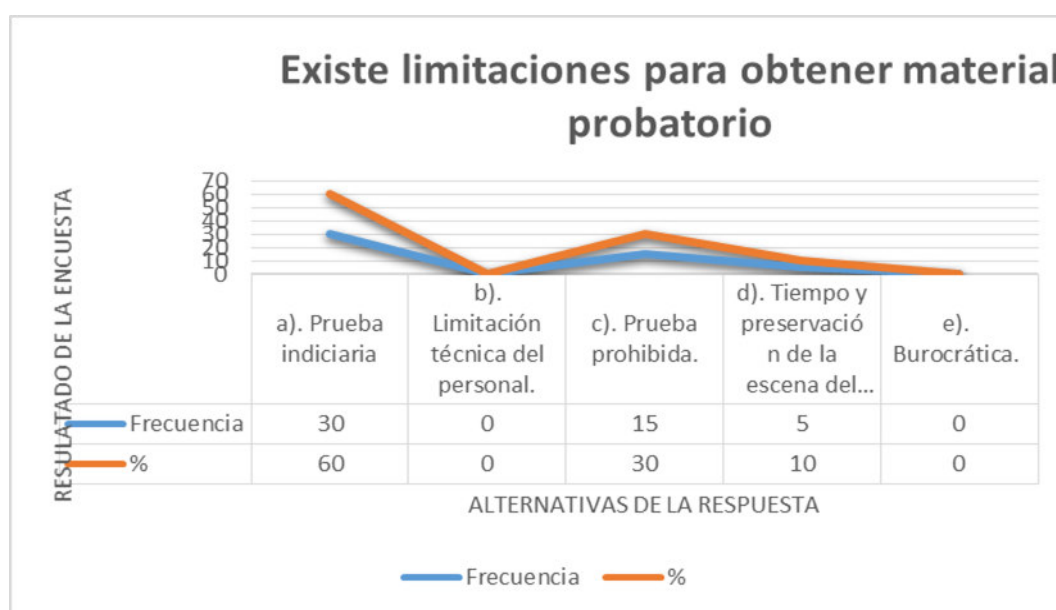
El 70% de los encuestados establece que la sana crítica viene hacer una metodología de la evaluación de la prueba, del resultado del razonamiento jurídico y no un método de valoración.

5. ¿Existe limitaciones para la obtención del material probatorio?

- a). Prueba indiciaria.
- b). Limitación técnica del personal.
- c). Prueba prohibida.
- d). Tiempo y preservación de la escena del delito.
- e). Burocrática.

**Tabla 6**

*Existe limitaciones para obtener material probatorio*



- El resultado del trabajo de investigación existe limitaciones para obtener la materia probatoria. Como se desprende del resultado de los encuestados que el 60% indica que la prueba indiciaria tiene limitaciones para considerar prueba de un hecho delictivo o la veracidad de las afirmaciones fácticas que puede proporcionar información útil y no poder considerar como un elemento de prueba para la demostrar la convicción delictiva, de lo que se aprecia que las acusaciones realizada por la fiscalía han sido archivados.

- La prueba indiciaria es un medio de prueba indirecta a la conducta delictiva, es hecho intermedio que permite llegar a las afirmaciones fácticas mediante el razonamiento jurídico entre la inconducta funcional del funcionario público y los indicadores probados del hecho delictivo; por lo tanto, los indicios deben ser probados por diversos medios de prueba.

- La prueba circunstancial en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra definido solo señala elementos estructurales como lo establece el código procesal penal; que el indicio este probado, con la inferencia lógica, la ciencia y la experiencia; para su valoración de indicios contingentes, plurales, concordantes y convergentes, además no deben existir contradicciones.

- La inconducta funcional de los funcionarios públicos, que es una fuente de conocimiento de un hecho delictivo se debe valorar con la inferencia lógica orientado a la razón que justifica dicha inferencia.

- De la jurisprudencia de la Corte Suprema, recaída en la R.N 1192-2012-Lima establece:  
[...]

“Los indicios ha establecido no sólo ante la ausencia de las pruebas directas cabe de recurrir a la prueba indiciaria y que está debe ser examinada y no solamente enunciada, sino debe realizarse un análisis global de los diferentes indicios que pueden presentar en la causa. La Corte Suprema deba analizar cada uno de los indicios que en su valoración puede enervar válidamente la presunción de inocencia”.

## V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El delito de colusión establece una problemática en demostrar de acuerdo a los verbos rectores de concertar y defraudar, estos delitos cometidos por los funcionarios públicos trasciende a nivel Regional, Nacional e Internacional de las irregularidades cometidas en los procesos de selección de las contrataciones del Estado en bienes, servicios obras y contratación de personal generadas en las entidades públicas del país y siendo los más perjudicados los beneficiarios o la sociedad en su conjunto. En la mayoría de las investigaciones realizadas por la fiscalía no se pudieron demostrar la reuniones ilícitas con el extraneus para poder confirmar la consumación del delito, en los procesos de investigación fiscal se utiliza los indicios o indicadores para incorporar en la carga de la prueba en este tipo de delito, así mismo la función que desempeña los funcionarios público obstaculizan con la finalidad que no existe una prueba directa de acuerdo a lo establecido en el artículo 384 del código penal.

1. Para demostrar los actos de investigación realizada por el Ministerio Público, se ha planteado la siguiente interrogante: ¿Los fiscales y los miembros de la Policía Nacional utilizan los indicios para acreditar la responsabilidad penal, en la investigación preliminar?

El resultado de los encuestados es del 80% se utiliza los indicios para iniciar la investigación del hecho delictivo y 20% de los encuestados se refiere a otros medios de prueba (testimonial, documental y de los colaboradores eficaces).

Existen enfoques afines sobre los actos de investigación realizada por la Policía Nacional y el Director de la Investigación que realiza el Ministerio Público en la investigación preliminar se concurre a los indicios que han sido confirmado en el hecho delictivo tales como las actuaciones del extraneus al concertar o ponerse de acuerdo los procesos de selección de las diferentes contrataciones del Estado en las adquisiciones de bienes, servicios, obras y de personal, las transgresiones del deber del funcionario público genera efectos perjudiciales a la

sociedad como son el incumplimiento de los objetivos institucionales, que se encuentran relacionados con otorgar el bien común a la sociedad.

Al utilizar los indicios como prueba indiciaria se construye pruebas artificiales de poco valor probatorio, que posteriormente se procesa de un razonamiento jurídico de acuerdo a la experiencia del investigador y al criterio de conciencia que muchas veces es criticada que no guarda relación con el derecho de defensa, vulnerando los derechos constitucionales del procesado. Según San Martín Castro (2006), que es un complejo constituido por diversos elementos. Desde la perspectiva material se tiene: un indicio como hecho base indirecto, un hecho directo o consecuencia y un razonamiento deductivo (presunción judicial) por el cual se afirma un hecho directo a partir del mediato. La estructura de la prueba indiciaria consiste, en la primera valoración de un indicio de hecho o afirmación base y en segundo lugar la presunción.

2. De la sistematización de los resultados de las encuestas aplicadas a los operadores del derecho se formula la segunda interrogante, ¿En qué momento se genera la prueba en el proceso penal? Teniendo como resultado de la encuesta aplicada a los abogados litigantes, trabajadores del Poder Judicial, que 40% de los encuestados establecen que la carga de la prueba se forma en tomar conocimiento del hecho delictivo, y en un 30% cuando los sujetos procesales presentan en el proceso de la investigación preparatoria en cuanto a la terminación de la investigación fiscal, formula la acusación sobre las pruebas obtenidas del hecho delictivo, considerando de la evaluación de la prueba indiciaria mediante la inferencia lógica, muchas veces a la valoración de la sana crítica y la máxima experiencia del Fiscal. Como resultado se tiene acusación fiscal con escasa motivación muchas veces vulnera el principio de legalidad establecida en la Constitución Política en el artículo 2.

3. Con relación a la valoración de la prueba indiciaria se formuló la pregunta siguiente ¿Conoce si existe una metodología en el sistema de valoración de la prueba?, se tiene como resultado de los encuestados establece el 70% no cuentan con una metodología de la valoración

de la prueba, de acuerdo al verbo rector con relación a la reuniones fraudulentas que realiza el extraneus con el funcionario público que tiene el poder de decisión o de otorgar la buena pro de los procesos de contratación que realiza las entidades públicas.

Esta interpretación de la inferencia lógica con relación a las adquisiciones realizadas sin llevar el proceso de selección establecida en la Ley de Contrataciones del Estado, siendo equivocada, por lo se estaría refutando al marco normativo mencionado; pues establece que las adquisiciones que no han sido consideradas en el Plan Anual de Adquisiciones o no han sido convocados en los procesos de selección recae en nulidad.

La transgresión del deber por el funcionario público no se subsumiría en el delito de colusión por no estar dentro de los verbos rectores de Concertar y Defraudar. Al no poder demostrar el acuerdo fraudulento.

El resultado de las encuestas practicadas de los operadores del derecho, quienes respondieron que existe una metodología de la valoración de la prueba, cuyo resultado es del 70% de los encuestados establece que la sana critica viene, lo considera como una metodología de la valoración de la prueba, que significa un raciocinio adecuado de los indicios plenamente probados, los cuales deben ser expresados en la acusación fiscal.

4. Consecuentemente existe limitaciones en la obtención de la prueba, se tiene el resultado de la siguiente pregunta: ¿Existe limitaciones para la obtención del material probatorio?

Prueba indiciaria. El resultado del trabajo de investigación existe limitaciones para obtener la materia probatoria. Como se desprende del resultado de los encuestados que el 60% indica que la prueba indiciaria tiene limitaciones para considerar prueba de un hecho delictivo o la veracidad de las afirmaciones fácticas que puede proporcionar información útil y no poder considerar como un elemento de prueba para la demostrar la convicción delictiva, de lo que se aprecia que las acusaciones realizada por la fiscalía han sido archivados.

Análisis. La prueba indiciaria no es directamente al hecho constitutivo del delito, es para los actos delictivos intermedio que permite llegar a las afirmaciones fácticas mediante el razonamiento de la relación de los hechos delictivos entre los indicadores probados y los indicios deben ser probados por diversos medios de prueba.

La prueba indiciaria infiere de un razonamiento jurídico que parte de las premisas, valoradas a la conducta de omisión de funciones por parte del funcionario público considera como un hecho base del delito de colusión basada en las reglas de la lógica y la experiencia.

La prueba indiciaria es la suma de posibilidades que genera certeza para el juzgador, otorgándoles facultades a una valoración subjetiva o a criterio del juez, siendo contradictoria al derecho de defensa.

De la jurisprudencia de la Corte Suprema, recaída en la R.N 1192-2012-Lima establece:  
[...]

“Los indicios ha establecido no sólo ante la ausencia de las pruebas directas cabe de recurrir a la prueba indiciaria y que está debe ser examinada y no solamente enunciada, sino debe realizarse un análisis global de los diferentes indicios que pueden presentar en la causa. La Corte Suprema deba analizar cada uno de los indicios que en su valoración puede enervar válidamente la presunción de inocencia”.

## VI. CONCLUSIONES

- 6.1. Respecto al objetivo general se concluye: La prueba indiciaria no es directamente al hecho constitutivo del delito, es para los actos delictivos intermedio que permite llegar a las afirmaciones fácticas mediante el razonamiento de la relación de los hechos delictivos entre los indicadores probados y los indicios deben ser probados por diversos medios de prueba. Apartándose del verbo rector del delito de colusión que es el concertar y defraudar el patrimonio del Estado. La prueba indiciaria infiere de un razonamiento jurídico que parte de las premisas, valoradas a la conducta de omisión de funciones por parte del funcionario público considera como un hecho base del delito de colusión basada en las reglas de la lógica y la experiencia. La prueba indiciaria es la suma de posibilidades que genera certeza para el juzgador, otorgándoles facultades a una valoración subjetiva o a criterio del juez, siendo contradictoria al derecho de defensa.
- 6.2. Sobre el objetivo específico 1, se llega a la siguiente conclusión: La terminación de la investigación fiscal, formula la acusación sobre las pruebas obtenidas del hecho delictivo, considerando de la evaluación de la prueba indiciaria mediante la inferencia lógica, muchas veces a la valoración de la sana crítica y la máxima experiencia del Fiscal. Como resultado se tiene acusación fiscal con escasa motivación muchas veces vulnera el principio de legalidad y del principio in dubio pro reo cuando se tienen dudas sobre la culpabilidad de un acusado tras valorar las pruebas disponibles.
- 6.3. En cuanto al objetivo específico 2, se llega a la siguiente conclusión: La interpretación de la inferencia lógica con relación a las adquisiciones realizadas sin llevar el proceso de selección establecida en la Ley de Contrataciones del Estado, siendo equivocada, por lo se estaría refutando al marco normativo mencionado; pues establece que las adquisiciones que no han sido consideradas en el Plan Anual de Adquisiciones o no han sido convocados en los

procesos de selección recae en nulidad. La prueba indiciaria o indirecta recae a una premisa o hecho base para las afirmaciones fácticas mediante el razonamiento de la inferencia lógica de varios indicios y poder probar un hecho delictuoso que deben ser probados por diversos medios de prueba. Teniendo en cuenta la evaluación de la conducta funcional de los funcionarios públicos con relación a la prueba indiciaria del delito de colusión, relacionado con el verbo rector de defraudar y concertar.

## VII. RECOMENDACIONES

- 7.1. Las investigaciones realizadas por el Ministerio Público deben estar orientada a la demostración del hecho delictivo del delito de colusión debe estar orientada al verbo rector de concertar o reuniones ilegales con la finalidad de afectar el patrimonio del Estado o la defraudación. La prueba indiciaria no es directamente al hecho constitutivo del delito, es para los actos delictivos intermedio que permite llegar a las aseveraciones reales mediante el razonamiento de la relación de los hechos delictivos entre los indicadores probados o los indicios deben ser probados por diversos medios de prueba. Consecuentemente apartándose del verbo rector del delito de colusión que es el concertar y defraudar el patrimonio del Estado. La prueba indiciaria infiere de un razonamiento jurídico que parte de las premisas, valoradas a la conducta de omisión de funciones por parte del funcionario público considera como un hecho base del delito de colusión basada en las reglas de la lógica y la experiencia. La prueba indiciaria es la suma de posibilidades que genera certeza para el juzgador, otorgándoles facultades a una valoración subjetiva o a criterio del juez, siendo contradictoria al derecho de defensa.
- 7.2. El razonamiento jurídico o la inferencia lógica no sólo debe ser a la omisión de funciones que realiza el funcionario público, de lo que debe subsumirse al verbo rector del delito de colusión. “Teniendo en cuenta las adquisiciones realizadas sin llevar el proceso de selección establecida en la Ley de Contrataciones del Estado, existe un razonamiento equivocado, por lo se estaría refutando al marco normativo mencionado; por tanto, establece que las adquisiciones que no han sido consideradas en el Plan Anual de Adquisiciones o no han sido convocados en los procesos de selección recae en nulidad”. Se tiene como resultado se tiene acusación fiscal con escasa motivación muchas veces vulnera el principio de legalidad y

del principio in dubio pro reo cuando se tienen dudas sobre la culpabilidad de un acusado tras valorar las pruebas disponibles.

- 7.3. Para la utilización de la prueba indiciaria debe ser aprobado el delito base, consecuentemente su objetivo de la prueba indiciaria o indirecta y la interpretación de la inferencia lógica con relación a las adquisiciones realizadas sin llevar el proceso de selección establecida en la Ley de Contrataciones del Estado, siendo equivocada, por lo se estaría refutando al marco normativo mencionado; pues establece que las adquisiciones que no han sido consideradas en el Plan Anual de Adquisiciones o no han sido convocados en los procesos de selección recae en nulidad. Teniendo en cuenta la evaluación de la conducta funcional de los funcionarios públicos con relación a los indicadores del delito de colusión.

## VIII. REFERENCIA

- Abanto M. A. (2001) *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. (1ra Ed.) Palestra Editores.
- Alvarez Ramos, A. B., y Llacza Zavala Eliana, F. D. J. (2023). *Sistema de contrato por invitación directa para bienes y servicios en la Municipalidad Provincial de Concepción-2018*. <https://repositorio.upla.edu.pe/handle/20.500.12848/7933>
- Bravo, Rojas, L. M., Valenzuela Muñoz, A., Ramos Vera, P. M., y Tejada Arana, A. A. (2019). Perspectiva teórica del diagnóstico organizacional. *Revista venezolana de gerencia*, 24(88), 1316-1328.
- Cortina, A., y Conill, J. (1998). Pragmática trascendental. *Filosofía del lenguaje*, 2, 137.
- Climent Durand, C. (2005) *La prueba penal*. Timo I. (2da Ed.), Editorial Tirant to Blanch.
- Ferrer J. (2007) *La valoración racional de la prueba*. (3ra Ed.) Marcial Pons. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/100812454.pdf>
- Friedrich S., (1999): *El conocimiento privado del juez*. (2da Ed.), Temis.
- Gascón Abellán M. (2017) valoración de la prueba y causalidad jurídica. *Ciencia Forense*, 14, 77–96. <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/36/85/05gasconabellan.pdf>
- García C.P (2017) *Derecho Penal Económico*. (2da Ed.) Parte General, Editorial Grijley;
- Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el Derecho: bases argumentales sobre la prueba*. (2da Ed.) Editorial Marcial Pons.
- Garofoli, D. (2015). A radical embodied approach to lower palaeolithic spear-making. *The Journal of Mind and Behavior*, 1-25.
- Gómez Oré, E. A. (2021). *El delito de colusión. Un análisis descriptivo de la prueba indiciaria*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional de San Cristóbal De Huamanga].

<https://repositorio.unsch.edu.pe/server/api/core/bitstreams/914888df-8a64-4281-a07e-b2ace84b2067/content>

Gómez, J. (2016) *La ética y el servicio Público en los funcionarios del ministerio público sede Tumbes, 2021*. [Tesis de maestría, Universidad Cesar Vallejo]. [Yovera\\_GJD-SD.pdf \(ucv.edu.pe\)](#)

Lasteros, L. (2017). Utea. Obtenido de <http://52.67.78.165/handle/utea/75>

Mandujano Rubin, J. L. (2017). *Problemas de imputación y prueba en el delito de colusión*. [Tesis de maestría, Universidad de Huánuco]. <https://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/292/JOSE%20LUIS%20MANDUJANO%20RUBIN.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Miranda, M. (2010). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. (2da Ed.) UBIJUS.

<https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/2019/000296489/000296489.pdf>

Mir Puig, C. (2016) *Comentarios a los delitos contra la administración pública*. Instituto Pacífico.

Mixán Mass. F. (1987) *Categoría y actividad probatoria en el procedimiento penal*.

Pezo C. (2014) *El bien jurídico específico en el delito de Enriquecimiento Ilícito*. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. [https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5824/PEZO\\_RONCAL\\_CECILIA\\_BIEN\\_JURIDICO.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5824/PEZO_RONCAL_CECILIA_BIEN_JURIDICO.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Rojas V.F. (2018) *Delitos contra la Administración pública*. (4ta Ed.) Grijley.

Rojas Vargas F. (2017) *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometido por funcionarios públicos*. (2do ed.) Nomos y Thesis.

San Martín Castro, C. (2003) *Derecho Procesal Penal*. (2da Ed.) Grijley.

Silva R. (2017) Técnicas de interpretación que intervienen Respecto a incompatibilidad de normas Constitucionales y legales, referentes al Delito contra la vida, el cuerpo y la salud, “parricidio” provenientes de la sentencia Casatoria nº413-2014-lambayeque emitida por la corte suprema, en el expediente nº 0182-2011-jp del distrito judicial de lambayequelim.2017. [Tesis de maestría, Universidad Católica Los Ángeles Chimbote].

[https://repositorio.uladech.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13032/2484/DELITO\\_IN\\_TERPRETACION\\_SILVA\\_DE\\_LLUNEN\\_ROSA\\_TEOLITA%20.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://repositorio.uladech.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13032/2484/DELITO_IN_TERPRETACION_SILVA_DE_LLUNEN_ROSA_TEOLITA%20.pdf?sequence=4&isAllowed=y)

Talavera E.P. (2017). *La prueba penal*. (1ra Ed.) Editora Pacifico S.A.

Taruffo Michele (1984)). *La Prueba de los Hechos*. (2da Ed.), Editorial Trolta S.A.

Valderrama, L. (2015) *La Gestión de la Capacitación en la Ley del Servicio Civil*. En: Soluciones Laborales. Nº 87, Gaceta Jurídica.

Vargas, R. (2010) *La prueba penal: Estándares, Razonabilidad y Valoración*. (1ra Ed.). Editora Pacifico SAC.

Varela, C. (2004) *Valoración de la prueba*. (2da Ed.) Editorial Astres

## IX. ANEXOS

### Anexo A. Cuestionario

La presente encuesta se realiza para tener como referencia los indicadores, con la finalidad de evaluar la hipótesis del presente trabajo de investigación.

Se le pide al encuestado resolver las preguntas con la finalidad de poder contrastar la teoría y la realidad en los procesos judiciales en los delitos cometidos por funcionarios públicos.

1. ¿En qué momento se genera la prueba en el proceso penal?
  - a). Cuando se ofrece en la investigación preparatoria.
  - b). Cuando es admitida la prueba presentada por los sujetos procesales
  - c). Cuando se actúa.
  - d). Cuando se tiene conocimiento el hecho delictivo.
2. ¿Conoce si existe sistema de valoración de la prueba?
  - a). Si
  - b). No
3. ¿Si la respuesta es sí? Especifique.
  - a). Prueba tasada, legal y mixto.
  - b). Apreciación de la prueba (sana critica)
  - c). Libre valoración de la prueba.
  - d). Más allá de la duda razonable.
  - e). Libre convicción.
  - f). Intuitiva, perspectiva positiva y negativa
4. ¿Conoce los criterios de valoración de la prueba?
  - a). Sí.
  - b). No.

5. ¿Sí la respuesta es sí? Especifique.

- a). La Lógica ciencia, sana crítica y máxima de la experiencia.
- b). Libre convicción.
- c). Prueba Tasada.
- d). Conjunta.
- e). Reglada.
- f). Discrecional

6. ¿Conoce acerca de las limitaciones para la obtención del material probatorio?

- a). Sí
- b). No

7. ¿Sí respondió sí?

- a). Plazo.
- b). Limitación técnica del personal.
- c). Prueba prohibida.
- d). Tiempo y preservación de la escena del delito.
- e). Burocrática.

8. ¿Considera que el Nuevo Código Procesal Penal, tiene una regulación adecuada de la prueba y valoración de la misma?

- a). Sí.
- b). No.
- c). Parcial.

9. Sí respondió parcial ¿Por qué?

- a). Pruebas de oficio taxativas. Artículo 385, permite al juez realizar la actividad probatoria.
- b). El criterio discrecional puede generar arbitrariedad.

10. ¿Dónde se materializa la prueba?
- a). Audiencia de juicio oral.
  - b). Sentencia.
  - c). Motivación de la sentencia.
11. Sobre el delito de colusión ¿Considera que existe una adecuada descripción del tipo penal en Código Penal Peruano?
- a). Sí.
  - b). No.
12. ¿Cómo considera la dificultad para la obtención del material probatorio en el delito de colusión?
- a). Muy difícil.
  - b). Difícil.
  - c). Poco Difícil.
  - d). Nada Difícil.
13. Considera que debe generar el perjuicio para poder referirnos al delito de colusión?
- a). Sí.
  - b). No
14. ¿Existe una metodología de evaluación de la prueba indiciaria en el proceso condenatorio?
- a). Sí.
  - b). No.

15. Si la respuesta si ¿Explique la metodología?

.....  
.....

## Anexo B. Matriz de Consistencia

| ANEXO 02.                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                          |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| MATRIZ DE CONSISTENCIA                                                                                                                                                                                                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                          |
| EL PROBLEMA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA, PARA COMPROBAR LA INCONDUCTA FUNCIONAL EN EL DELITO DE COLUSIÓN                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                          |
| PROBLEMA PRINCIPAL                                                                                                                                                                                                                                                                                               | OBJETIVO GENERAL                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | HIPÓTESIS PRINCIPAL                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | VARIABLES            | INDICADORES                                                                                                                                                                                                                                                                       | METODOLOGÍA                                                                                                                                                                                              |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | VARIABLES. 1         |                                                                                                                                                                                                                                                                                   | TIPO DE INVESTIGACIÓN                                                                                                                                                                                    |
| ¿De qué manera el Ministerio Público valora la prueba indiciaria en los delitos de colusión cometidos por los funcionarios públicos, sin tener en cuenta el verbo rector de defraudar y concertar, apartándose de los planteamientos teóricos del delito de colusión concordante a los indicios administrativos? | Determinar la valoración de la prueba indiciaria, teniendo en cuenta, que no vulnera los derechos constitucionales en la acusación fiscal; en la tipificación del delito de colusión, consecuentemente los operadores del derecho emplearon inadecuadamente los planteamientos teóricos del delito de colusión con relación a la prueba indiciaria. | Con la adecuada valoración de la prueba indiciaria se determina la inconducta funcional de los trabajadores públicos en el cumplimiento de las funciones asignadas para desarrollar los procesos de selección en las adquisiciones de bienes, servicios y obras, quienes deben debe ser evaluada con los indicios comprobados con relación al verbo rector de concertar y defraudar al patrimonio del Estado. Garantizando la no vulnerar de los principios constitucionales de la no auto incriminación de los funcionarios públicos establecido en los derechos constitucionales de la persona humana consagrado en la constitución política del Estado. | Prueba indiciaria    | Valorar los indicios a través de la lógica y la experiencia para comprobar el acto delictivo                                                                                                                                                                                      | No experimental                                                                                                                                                                                          |
| PROBLEMAS SECUNDARIOS                                                                                                                                                                                                                                                                                            | OBJETIVO ESPECIFICO 1.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | HIPÓTESIS ESPECÍFICOS                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | VARIABLES. 2         | INDICADORES                                                                                                                                                                                                                                                                       | NIVEL DE INVESTIGACIÓN                                                                                                                                                                                   |
| ¿De qué manera el Estado garantiza los derechos fundamentales en los procesos de la inconducta funcional de los funcionarios públicos, con valoración de la prueba indiciaria?                                                                                                                                   | Determinar la valoración de la prueba indiciaria, teniendo en cuenta el verbo rector del delito de colusión, garantizando sus derechos constitucionales de no auto inculparse                                                                                                                                                                       | Con la adecuada valoración de la prueba indiciaria se determina la inconducta funcional de los trabajadores públicos en el cumplimiento de las funciones asignadas para desarrollar los procesos de selección en las adquisiciones de bienes, servicios y obras, quienes deben debe ser evaluada con los indicios comprobados con relación al verbo rector de concertar y defraudar al patrimonio del Estado. Garantizando                                                                                                                                                                                                                                 | Inconducta funcional | La prueba indiciaria relacionadas con las presunciones en el delito de colusión y relacionado a las inferencias lógicas o razonamiento jurídico en la aplicación de la ciencia y máxima experiencia o la aplicación de alguna metodología en la demostración del hecho delictivo. | Explicativo                                                                                                                                                                                              |
| PROBLEMAS SECUNDARIOS                                                                                                                                                                                                                                                                                            | OBJETIVO ESPECIFICO 2.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | HIPÓTESIS ESPECÍFICOS                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | VARIABLES. 2         | INDICADORES                                                                                                                                                                                                                                                                       | MÉTODO DE INVESTIGACIÓN                                                                                                                                                                                  |
| ¿De qué manera el Ministerio Público debe valorar la prueba indiciaria en el delito colusión con relación al verbo rector de concertar y defraudar?                                                                                                                                                              | Determinar la evaluación de la inconducta funcional de los funcionarios públicos con relación a la prueba indiciaria del delito de colusión, relacionado con el verbo rector de defraudar y concertar.                                                                                                                                              | El Ministerio Público, debe valorar los indicios de los actos de colusión, utilizando la lógica inferencial para demostrar la carga de la prueba, que debe estar en marcado con el verbo rector de concertar y defraudar al patrimonio del Estado.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Delito de colusión   | Concierta en forma ilegal para defraudar el patrimonio del Estado                                                                                                                                                                                                                 | Se aplicó el método deductivo                                                                                                                                                                            |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                   | POBLACIÓN                                                                                                                                                                                                |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                   | La población de aplicación del trabajo de investigación esta dirigido a los operadores del derecho penal, que integra los abogados litigantes, trabajadores Del Poder Judicial y del Ministerio Público. |