



UDH
UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
<http://www.udh.edu.pe>

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
Escuela de Post Grado

MAESTRÍA EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

TESIS

**PROBLEMAS DE IMPUTACION Y PRUEBA EN
EL DELITO DE COLUSION.**

**Para optar el Grado Académico de
Magister en Derecho Penal**

Autor

Jose Luis Mandujano Rubin

Asesor

Mg. Fernando e. Corcino barrueta.

Huánuco – Perú

2017

Dedico la presente investigación a mi
señor padre Pedro Mandujano Ochoa.

Expreso mi agradecimiento a las autoridades académicas de la Universidad de Huanuco y amigos que me motivaron y exigieron que culmine la presente investigación.

RESUMEN

La presente tesis aborda el delito de colusión previsto en el artículo 384° del ordenamiento jurídico penal peruano, con el objetivo de mostrar sus deficiencias estructurales con respecto a la norma jurídico penal que lo contiene, y sus implicancias al operador de derecho, siendo ello la principal causa de las deficiencias funcionales y ende generador del mayor índice de impunidad con respecto a este delito, por ello se pretende contribuir identificando las principales causas y posibles solución que permitan sancionar por la comisión de este delito, y asimismo, contribuir con la política pública de protección al correcto uso de bienes y erario de las entidades públicas peruana que a la fecha viene siendo menguada en el ámbito de la contratación pública.

ABSTRACT

This thesis deals with the study of the crime of collusion regulated in Article 384 of the Peruvian Criminal Code, with the aim of showing its structural deficiencies with respect to the criminal law that contains it, and its implications to the legal operator, being this the Main cause of the functional deficiencies and generates the highest index of impunity with respect to this crime, so it is intended to contribute by identifying the main causes and possible solution that allow to sanction for the commission of this crime, as well as contribute to public policy Of protection to the correct use of the goods and resources of the Peruvian Public Administration that to the date has been diminished in the scope of the public procurement.

INTRODUCCIÓN.

La tesis intitulada imputación y prueba del ilícito de colusión constituye un trabajo de investigación que se inicio en el 2012, justamente motivado por las apreciaciones y clases que se impartían en la maestría de Derecho Penal profesores de formación alemana mostraban un profundo analisis de la norma juridico penal y manejo de las corriente dogmaticas que inspiraron realizar una indagación sobre un tema polémico y no acabado.

El ilícito penal de colusión, es un ilícito penal especial propio de infracción de deber, que exige para su comprensión adentrarse en la ciencia jurídico penal, teoría del delito, delitos contra las entidades de la administración pública , y también recurrir al derecho adminsitrativo especificamente a la acciones de las entidades públicas, y contratación estatales, constituyendo por ende un tema interdisciplinario. No le falta razón, al precisar que la única forma de poder realizar una imputación concreta real y objetiva de los ilícitos de la administración pública, solo se podrá realizar si se conoce o tiene un marco teórico sobre las actuaciones administrativas, las entidades públicas y finalmente finanzas públicas, por ello su estudio genera un trabajo complejo y simpre inacabado, aspirando sólo a tocar punta de iceberg pero no el tema en global. Por dicho motivo se dividió la investigación en capítulos con una lógica deductiva como es: a) el delito, b) calses de tipo de delitos, c) delitos de la administración pública o contra las entidades de la administración pública , d) el delito de colusión - estudios doctrinarios peruanos y extranjeros-, e) la jurisprudencia nacional más importante sobre colusión, y f) el analisis y aporte

sobre el delito de colusión teniendo en cuenta la jurisprudencia y las líneas de pensamiento doctrinal.

Culminamos la investigación validando la hipótesis, y demostrando la impunidad cuando se persigue determinar responsabilidad punitiva por la comisión del ilícito de colusión, la misma que no se sujeta sólo al factor humano – operador de derecho- sino a deficiencias estructurales y funcionales de política criminal, tipo penal, y reglas de tratamiento probatorio, factores que son más preponderantes que el factor humano y garantizan como regla general la impunidad por la comisión de colusión, por ello recomendamos la reestructuración de la ley penal y volver a su fórmula tradicional, unificar la concepción del bien jurídico, dejar de lado la teoría de unicidad del título de imputación, para determinar responsabilidad del partícipe necesario, y la extensión del tipo para los particulares que intervienen en el acto defraudatorio.

Finalmente se sugiere criterios probatorios técnicos producto de nuestra experiencia como especialista nacional acreditado en contratación pública, que consideramos contribuyen a una exitosa imputación del ilícito penal de colusión que evitará la impunidad, y resguardar el erario público.

Agradezco a mi maestro y guía académico al Mag. Fernando Eduardo Corcino Barrueta, cuya luz permite presentar mi trabajo y tratar de obtener mi grado

académico de Magister en Ciencias Jurídicas Penales por la prestigiosa Universidad de Huánuco, a la cual me enorgullece ser parte.

El tesista.

INDICE

	Pág.
Dedicatoria	03
Agradecimiento	04
Resumen	05
Abstract	06
Introducción	07
Índice	10

CAPITULO I: Problema de Investigación

1. Descripción del problema.	17
2. Formulación del problema.	22
a. Problema general.	22
b. Problemas específicos	22
3. Objetivo general, y objetivos específicos.	23
4. Hipótesis.	23
5. Justificación.	24
6. Viabilidad.	27
7. Limitaciones	28
 2.- Materiales y Métodos.	 29
1. Materiales	29
2. Antecedentes.	29
3. Definiciones conceptuales.	30

4. Métodos	31
5. Tipo de investigación.	31
6. Definición operativa de Instrumentos de recolección de datos.	32
7. Técnicas de recojo, y presentación datos.	33
 CAPITULO II: El Delito	
2.1. Concepto formal.	34
2.2. Concepto material.	35
a. Lesión a un bien jurídico	37
b. Desautorización de la norma	37
c. Objeto de control social	39
d. Expresión de un riesgo.	39
 CAPITULO III: Tipos de Delitos	41
3.1. Percepción histórica	41
3.2. Percepción doctrinal.	43
3.3. Percepción legal o normativo	47
 CAPITULO IV: Delitos contra las entidades de la administración pública	48
4.1. Teoría del delito.	49
4.2. Regulación.	52
4.3. Perspectiva de estructura general de configuración.	55

4.3.1.	Desde una tónica del pensamiento tradicional	55
a.	La tipicidad.	60
b.	La antijuricidad.	63
c.	La culpabilidad.	66
d.	La punibilidad.	66
4.3.2.	Desde una tónica del pensamiento sistemático.	68
CAPITULO V: El Delito de Colusión		76
5.1.	El nomen iuris.	76
5.2.	Antecedentes.	79
5.3.	Regulación vigente.	79
5.4.	Evolución regulatoria.	80
5.5.	Norma jurídica penal.	83
5.6.	Naturaleza jurídica del tipo penal.	84
5.7.	El bien jurídico tutelado.	87
	5.7.1.Principios de actuación administrativa.	87
	5.7.2.Deber de lealtad	88
	5.7.3.La integridad, y rectitud del funcionario.	88
	5.7.4.La libre competencia.	89
	5.7.5.Patrimonio del Estado.	90
	5.7.6. Patrimonio en lo que respecta no solo al gasto público sino también a sus ingresos estatales.	91
	5.7.7.El patrimonio en la contratación pública.	91

	5.7.8.Posiciones eclécticas.	92
5.8.	La Tipicidad.	93
	5.8.1 Acción típica	93
	5.8.2 El tipo	94
	5.8.3 El sujeto activo	95
5.9.	El autor	97
	5.9.1. El deber específico aplicable.	98
	5.9.2. Límites del deber específico del funcionario que interviene contratación pública.	101
	5.9.3. El coautor y los otros partícipes.	103
5.10.	Sujeto pasivo.	104
5.11.	Comportamiento típico	105
	5.11.1. Concierto o acuerdo colusorio.	105
	5.11.2. Supuestos de exclusión de concertación.	110
	5.11.3. Momentos de concertación.	111
	5.11.4. Defraudare patrimonialmente o para defraudar al Estado	112
	5.11.5. El perjuicio como condición objetivo de punibilidad.	118
5.12.	La tipicidad subjetiva.	119
5.13.	La tentativa.	119
5.14.	La consumación	123
5.15.	La penalidad.	123

CAPITULO VI: Marco Jurisprudencial	125
6.1. Resolución N° 1109-2014-Callao.	125
6.2. Resolución N° 75-2003- Madre de Dios.	125
6.3. Resolución N° 03-2008-A-10 Lima	125
6.4. Exp. N° 740-2003- Huánuco, de fecha 04-06-2004.	126
6.5. Resolución N° 1482-2011- Arequipa.	127
6.6. Resolución N° 1960-2013- Amazonas.	127
6.7. Resolución N° 702-2009- Lima.	128
6.8. Resolución N° 345-2015-Lima.	128
6.9. Resolución N° 1565-2012- Ica.	129
6.10. Resolución N° 5315-2008-Puno.	129
6.11. Resolución N° 2617-2012-Callao.	129
6.12. Resolución N° 2767-2008-Loreto.	130
6.13. Resolución N° 4661-2007-Ucayali	130
6.14. Resolución N° 1696-2012-La Libertad.	130
6.15. Resolución N° 4741-2006-Cusco.	131
6.16. Resolución N° 1389-2010-Cañete.	131
6.17. Resolución N° 2587-2011- Cusco.	132
6.18. Resolución N° 164-2011-Ayacucho.	132
6.19. Exp. N° 3611-2002-Huánuco.	132
6.20. Resolución N° 978-2011-Lima.	133
6.21. Resolución N° 5315-2008-Puno.	134
6.22. Resolución N° 1719-2007-Puno.	134

6.23.	Resolución N° 556-2007-Ancash.	134
6.24.	Resolución N° 4745-2006-Cusco.	135
6.25.	Resolución N° 3477-2010-Ica.	135
6.26.	Resolución N° 3328-2011-Lima.	135
6.27.	Resolución N° 1475-2013-Lima.	136
6.28.	Resolución N° 1396-2011-Arequipa.	136
6.29.	Resolución N° 486-2007-Ucayali.	137
6.30.	Resolución N° 285-2014-Junin.	137
6.31.	Exp. N° 88-2008-Caso Alex Kouri.	137

CAPITULO VII: Propuesta de justificación y regulación del

tipo penal de colusión.

7.1.	Nomen iuris.	138
7.2.	El tipo penal del delito de colusión y sus bifurcaciones.	143
7.2.1.	Contexto de emisión del artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal .	144
7.2.1.1.	Sobre la colusión simple.	144
7.2.1.2.	Sobre la colusión agravada.	147
7.3.	El tipo penal de colusión como norma jurídica penal en blanco o como tipo abierto.	149
7.4.	Implicancias de las normas administrativas al tipo penal de colusión que lo convierten en un tipo penal abierto.	152

7.5.	Desnaturalización jurídica del delito de colusión.	155
7.6.	Falta de identidad del bien jurídico.	158
7.7.	Sobre la autoría y participación.	160
7.8.	Identificación del deber especial y específico.	166
7.9.	Existe o no tentativa.	171
7.10.	El perjuicio patrimonial como elemento objetivo del tipo penal de colusión.	174
Conclusiones		182
Recomendaciones		186
Bibliografía.		188

CAPITULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.

Con fecha 30-Dic-2014, la Organización Internacional Transparencia pública nuevamente el ranking global de corrupción sujeto las organizaciones públicas del Mundo, el cual dio como resultado el siguiente cuadro:

EXACTLY EMBARGOED UNTIL DECEMBER 3RD 2014

Regional Rank	Country / Territory	CPI 2014 Score	Surveys Used	Standard Error	90% Confidence		Scores range	
					Lower	Upper	MIN	MAX
1	Canada	81	7	2.45	77	85	72	89
2	Barbados	74	3	8.09	61	87	60	88
2	United States	74	8	3.74	68	80	60	89
4	Chile	73	8	1.74	70	76	65	79
4	Uruguay	73	6	1.41	71	75	69	79
6	Bahamas	71	3	0.99	69	73	69	73
7	Saint Vincent and the Grenadines	67	3	4.64	59	75	58	73
8	Puerto Rico	63	3	4.37	56	70	56	71
9	Dominica	58	3	2.34	54	62	54	63
10	Costa Rica	54	5	4.07	47	61	41	66
11	Cuba	46	4	4.46	39	53	36	54
12	Brazil	43	7	4.01	36	50	32	62
13	El Salvador	39	6	1.98	36	42	31	45
14	Jamaica	38	6	1.80	35	41	31	43
14	Peru	38	7	2.63	34	42	28	49
14	Trinidad and Tobago	38	4	4.82	30	46	31	52
17	Colombia	37	7	1.68	34	40	32	45
17	Panama	37	6	3.49	31	43	28	52
19	Suriname	36	3	3.25	31	41	31	42
20	Bolivia	35	7	2.98	30	40	24	47
20	Mexico	35	8	1.66	32	38	29	42
22	Argentina	34	7	2.42	30	38	24	42
23	Ecuador	33	5	3.56	27	39	21	41
24	Dominican Republic	32	6	3.30	27	37	22	42
24	Guatemala	32	6	2.96	27	37	21	42
26	Guyana	30	4	3.03	25	35	21	35
27	Honduras	29	6	3.49	23	35	21	41
28	Nicaragua	28	7	2.03	25	31	21	35
29	Paraguay	24	5	2.95	19	29	21	36
30	Haiti	19	5	2.86	14	24	11	23
30	Venezuela	19	7	1.69	16	22	12	25

W

.transparency.org/cpi2014/results)

En este marco, el Perú ocupa el puesto 14 de un total de treinta países con un puntaje de 34/100¹, en el ranking de prácticas de corrupción, siendo el país con más índice de corrupción Venezuela con un puntaje de 19/100, y el menos corrupto Canadá con un puntaje de 81/100, considerándose que el puntaje menor a 40/100, por ende, es un enfermedad sistemática impregnada en los Estados.

México y Brasil, han descendido en el ranking, pese a ser económicamente más importantes ello debido a sus escándalos con la petrolera estatal –Petrobras-, en los países sudamericana, y la desaparición de 43 estudiantes en Guerrero, y estimados seguro del ranking que se publicará en diciembre del 2015, disminuirá aún más en estos países por los caso como lava jato², y compras de avión presidencial en México con exorbitante precios³.

La incidencia de estos casos tiene como común denominador que las prácticas de acto administrativos de corrupción se situaron en las compras públicas, concertación de precios, monopolio del mercado, compras a precios elevados o irreales, ello, ya que el Estado, específicamente la autoridad estatal es el mayor

¹ Es necesario precisar que de la estadística Perú mantiene su score de 34/100 desde el año 2012, 2013, y 2014, no logrando obtener tendencia a la superación, sino por el contrario a disminuir su posición.

² <http://noticias.r7.com/brasil/operacao-lava-jato>

³ <http://www.eldiariiony.com/2015/03/21/viaje-al-interior-del-lujoso-avion-presidencial-de-pena-nieto/>

comprador y por lo tanto una oportunidad del privado de realizar negocios con productivas ganancias, más si puede generarse un mercado cautivo.

Las compras públicas peruana, no es ajeno a estos vicios y prácticas ilícitas de compras públicas, tanto más, si contamos con un Presupuesto Institucional Anual Nacional sólo en 2015, ascendiente a la suma de S/.88'561'235,279.69 Nuevos soles⁴, que equivale a \$26'836'737,963.54 dólares; fondos cuyo destino es la inversión pública, y el artículo 76° la norma suprema del Estado, exige que dicho dinero público de inversión pública se use para los órganos públicos.

En ese sentido, estos sistemas administrativos usan el canal para las erogaciones de erario público son considerados como los *“...conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de las entidades públicas”*, además de ello, son un foco atractivo para lograr de manera indebida, o ilícita beneficios propios en favor de los funcionarios, o de terceros participantes en la contratación, en consecuencia, el Derecho Penal, no es ajeno a dicha problemática, más aun si conocemos que los organismos internacionales nos consideran como un país corrupto, ya que ocupamos el puesto catorce de un total de treinta países, en el

⁴ <http://apps5.mineco.gob.pe/transparencia/Navegador/default.aspx>

ranking de la corrupción, por dicho motivo, el legislador incorpora medios de prevención y sancionadores de los vicios de los procesos de compras públicas no sólo con medidas administrativas sino penales como es la incorporación de tipos penales como colusión y negociación incompatible prescritos en el art. 384° y el art. 399° del ordenamiento penal sustantiva.

Por ello, inferimos que contamos con los mecanismo necesarios para proteger la marcha correcta de las entidades estatales en el desempeño sus actuaciones en los contratos públicos, ya que, se tiene un ordenamientos sancionadores a nivel administrativo y penales, empero, la realidad nos muestra información inversamente proporcional, conclusión que arribamos advirtiendo el Informe Anual 2014 de la Carga Procesal de la Fiscalía Superior y Provincial Especializada en Corrupción de Funcionarios de Huánuco, contenido en el cuadro comparativos que demuestra que los condenamos por Colusión y Negociación Incompatible en Huánuco, son inversamente proporcional a los denunciados por estos delitos:

				RANKING	DELITOS	CANTIDAD	PORCENTAJE
I				1	PECULADO (APROP.O.UTILIZAC.DE.CAUDALES)	100	28%
				2	COLUSION ILEGAL	57	16%
				3	PECULADO (MALVERSACION.DE.BIENE.PUBLICO	39	11%
				4	C.F. (NEGOCIACION INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO)	28	8%
				5	CONCUSION	24	7%
				6	PECULADO (DE USO)	22	6%
				7	C.F. (COHECHO PASIVO PROPIO)	17	5%
			8	CONCUSION (EXACCION)	12	3%	
			9	C.F. (TRAFICO DE INFLUENCIAS)	11	3%	
			10	PECULADO	9	3%	
			11	C.F. (COHECHO PASIVO IMPROPIO)	6	2%	
			12	PECULADO (RETENCION INDEBIDA DE PAGOS)	6	2%	
			13	PECULADO (APROP.DE BIEN.X.FUNC.PUBLICO)	5	1%	
			14	C.F. (COHECHO ACTIVO GENERICO)	4	1%	
			15	C.F. (ENRIQUECIMIENTO ILICITO)	3	1%	
			16	CONCUSION (PATROC.ILICIT.DE.INTER.PART.)	3	1%	
			17	C.P.P. (ASOCIACION ILICITA)	2	1%	
			18	C.F. (CORRUPCION IMPROPIA)	2	1%	
			19	C.F. (COHECHO ACTIVO ESPECIFICO)	1	0%	
			20	C.F. (COHECHO PASIVO ESPECIFICO)	1	0%	
			21	C.F. (EXTENS.AUXILIARES DE JUSTICIA)	1	0%	
			22	PECULADO (MALVERS.BIEN.PUB.C/DANOS)	1	0%	
			23	C.F.P. (FALSEDAD IDEOLOGICA)	1	0%	
				TOTAL		355	100%

RANKING	DELITOS	CANTIDAD	PORCENTAJE
1	PECULADO (APROP.O.UTILIZAC.DE.CAUDALES)	7	37%
2	PECULADO (DE USO)	5	26%
3	PECULADO (MALVERSACION.DE.BIENE.PUBLICO)	3	16%
4	COLUSION	2	11%
5	C.F. (COHECHO PASIVO ESPECIFICO)	1	5%
6	PECULADO (EXTENS.A.ADMINISTRAD.DE.BENEF)	1	5%
TOTAL		19	100%

Es decir, del citado cuadro se determina que el 2014 se ha recibido 57 denuncias por Colusión y 28 por negociación incompatible, y solamente se logró determina responsabilidad penal o codena penal a dos personas por colusión y ninguna personas por negociación incompatible.

En este marco, demuestra un serio problema que motiva el presente informe de investigación, para dicho fin delimitamos como objeto de investigación el estudio de la problemática de imputación, y prueba del ilícito de colusión peruano, por cuanto la colusión es la figura legal especifica de protección del correcto

uso y aplicación de los sistemas de compras públicas, superior al tipo penal de negociación incompatible, por ende formulamos la pregunta general y específica de la investigación.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

En este orden de ideas decidimos estudiar el fenómeno formulando las siguientes interrogantes:

a) PROBLEMA GENERAL:

¿Cuál es el impacto de la imputación y prueba del delito de colusión con respecto a la impunidad?

b) PROBLEMAS ESPECIFICOS:

- ✓ ¿Cuál es la relación entre la imputación necesaria y el delito de colusión?
- ✓ ¿Cuál es la actividad probatoria idónea para demostrar la comisión del delito de colusión?
- ✓ ¿Cuál es el tipo de perjuicio que genera la comisión del delito de colusión a las entidades públicas.

1.3. Objetivos generales y objetivos específicos.

A. General.-

Identificar y conocer el impacto de la imputación y prueba del delito de colusión y su relación con respecto a la impunidad.

B. Específicos.-

- a) Conocer cuál es la relación entre la imputación necesaria y el delito de colusión y sus efectos con respecto a la impunidad.
- b) Identificar y conocer la actividad probatoria idónea para demostrar la comisión del delito de colusión.
- c) Identificar y conocer el tipo de perjuicio que genera la comisión del delito de colusión a las entidades públicas.

1.4. HIPÓTESIS

A. General

Las deficiencias estructurales y funcionales del tipo penal generan un impacto desfavorable en al imputación y prueba del delito de colusión.

B. Específicos.-

H_{E1}: El tipo penal de colusión no contribuye a permite alcanzar los criterios necesarios exigidos por el principio de imputación concreta o necesaria.

H_{E2}: El tipo penal de colusión no conlleva el desarrollo de la actividad probatoria idónea para demostrar la comisión del delito de colusión.

H_{E2}: El tipo penal no especifica si el perjuicio es un elemento objetivo o subjetivo de tipicidad.

1.5. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.-

Consideramos el tema abordado muy importante para el estudio y conocimiento profundizado de los vicios de las compras públicas y sus implicancias. Asimismo, la presente es importante en razón por cuanto se aspira aportar medios y medidas para poder afrontar mejor los actos de defraudación realizados en la Administración Pública peruana, específicamente en las compras públicas, en esa línea de pensamiento el tipo de colusión es un medio clave e importante para el control de lucha contra los servidores, autoridades y terceros que intervienen a efectos de viciar el procedimiento de contratación, por lo que se requiere en consecuencia, que el conocimiento, manejo y aplicación de una

teoría del tipo de colusión, la Imputación Necesaria, y teoría de la prueba, por parte de operadores jurídico y ello se realice en la forma más eficiente, eficaz y correcta.

En ese sentido la presente pretender abordar de manera seria el proceso de conocimiento del tipo de colusión y conseguir aportes en pro de una eficiente administración de justicia.

a. Justificación Teórica.

El desarrollo de la presente implicará definitivamente aborda el estudio sistemático de instituciones jurídicas penales como procesales penales, asimismo, político criminales, hecho ello por la relevancia del tipo de colusión, el mismo que es parte de los delitos especiales; en este marco, se desarrollara dos(2) estudios complejos como es: condiciones para un eficiente y eficaz imputación concreta o necesaria del tipo penal de colusión, y el eficaz uso de las prueba para determinar responsabilidad jurídico penal por colusión, y sus implicancias a la impunidad perceptible en Huánuco.

Por estos fundamento y si tendrá relevancia teoría en su desarrollo.

b. Justificación Metodológica.

Los datos que se recolectaron del tipo penal de colusión, y, su interpretación teleológica y funcional, determinaron los mecanismos legales más idóneos de protección del bienes jurídicos tutelados, por el tipo penal, y por ende los intereses del estado, siendo su desarrollo también una propuesta de muestra de interpretación, y aplicación legítima del art. 384º del ordenamiento penal.

c. Justificación Pragmática.

La indagación empírica contribuirá a conocer la magnitud del fenómeno proyectándose a la solución del mismo como un mecanismo de sostenibilidad y orden social; asimismo como información y medio para prevenir la impunidad por la comisión de actos defraudatorios en procedimientos de licitación y contrataciones con los particulares, no sólo de la provincia de Huánuco sino nacionalmente, considerando la tipificación del ilícito tiene un ámbito de aplicación territorial en toda la nación peruana.

Su importancia radica en que los resultados constituirán una propuesta para futuros estudios y la reforma del delito colusión,

con el objetivo de generar protección más adecuados para los fines y objetivos del Estado.

1.6 VIABILIDAD.

La es factible por cuanto se prestan las siguientes condiciones:

a. Operativa:

El entorno ayuda a obtener información concreta y determinada sobre investigaciones, y procesos penales seguidos por colusión los mismos que obran en los Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento de Huánuco, y las carpetas que obran en la Fiscalía Anticorrupción del distrito Fiscal de Huánuco, durante los dos últimos años en la vigencia del Decreto Leg. N° 957, siendo los mismos el insumo necesario para poder conocer la realidad.

b. Técnica:

Contamos los servicios necesarios para recolectar la información con respecto el ilícito de colusión, asimismo el investigador cuenta con estudios a fines a los procedimientos de contratación que constituye las fuentes primarias para determinar de los límites de

licitud e ilícito de acciones administrativas en la contratación estatal.

c. Económica:

Se cuenta con los mecanismo económicos y financieros necesarios para desarrollar del procesos de investigación asimismo, contamos con el plazo para llevarlo a cabo, finalmente también se realizara adquisiciones de nuevos libros, materiales y recursos necesarios que exija la investigación.

1.7 LIMITACIONES.-

Durante la investigación consideramos que las principales limitaciones son la escasa bibliografía especializada en nuestro medio, más si la bibliografía internacional tiene diferente tipo de regulación con respecto a la colusión peruana considerándolo como un ilícito de peligro pluri ofensivo. Asimismo otra limitación es el involucramiento de una actividad indagadora integral e interdisciplinaria ya que el móvil del acto defraudatorio no solo tiene implicancias jurídicas sino transdisciplinaria.

2 MATERIALES Y METODO

2.1 Materiales⁵

La bibliografía nacional e investigaciones sobre el ilícito penal de colusión se restringe a analizar desde un aspecto descriptivo del delito, en cuanto a su tipicidad objetiva/subjetiva, más no en cuenta a su legitimidad, por ello los materiales que se usaron en la presente investigación son los fenomenológico, etnográfico, y teoría fundada sobre la esencia del tipo de colusión y la aplicación al derecho comparado.

Asimismo, para la comprobación se usaron material bibliográfico que permita abordar la indagación con relación a las diversas clases de pruebas, y la identificación del tipo de prueba más adecuada para imputar el delito de colusión de manera concreta o necesaria.

2.2 Antecedentes.

Siendo la única fuente de investigación que determino la legalidad del delito de colusión el pronunciamiento realizado por el Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 00017-2011-PI/TC, se tiene en cuenta la participación se debe basar sobre derechos fundamentales, como por ejemplo la libertad personal, es decir en

⁵ RAMOS SUYO, J.A. Estructure el Marco Teórico en su Tesis de Posgrado en Derecho. Editorial Grijley. Perú- 2012., pág. 755.

este tipo de delito se debe indagar o mejor dicho la persecución penal debe versar sobre actos que quebranten los principios constitucionales⁶.

Finalmente con respecto a la estructura del ilícito aplicable al colusión, se cuenta con información extranjera como es el artículo científico titulado “Estructura y legitimación de los delitos de peligro en el Derecho penal”, el mismo que elaborado por Urs Kindhäuser⁷, que se tomará como pautas importantes como los límites de los ilícitos de peligro de colusión. Investigaciones previas que se tomará en la investigación como antecedentes necesarios durante su desarrollo.

2.3 Definiciones conceptuales.

- **Delito de Peligro:** Son los ilícitos en los que el sujeto no requiere perjudicar o lesionar el bien jurídico.
- **Principios Políticos Criminales:** Son los pilares y límites que sirven de control a la potestad punitiva del Estado, el mismo que se sub dividen en tres grupos como son: a) Principio seguridad en la vida social, b) Principio legalidad, y c) Principio respeto a la dignidad.

⁶ Tribunal Constitucional (2014) referencia tomada:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.html>

⁷ INDRET,(2014) Referencia tomada <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>

- **La punición:** Es la facultad que tiene el estado de ejercer el poder de la coercitividad Jurídico-Penal; es más que la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del sujeto activo del ilícito, materializada por el juez para reafirmar la prevención general y el reproche penal.

2.4 Método.-

En la ejecución de la investigación se orientará con el **método dogmático**⁸⁹¹⁰.

2.5 Tipo de investigación.

Básica pura¹¹.

El estudio será del tipo básico ya que se sustentará sobre conocimientos pre constituidos de dogmática penal y contratación administrativa, referidos a las variables materia de investigación, orientados en resolver problemas de carácter eminentemente operativos.

⁸ SOLIS ESPINOZA, Alejandro. Metodología de la Investigación Jurídico Social. Segunda Edición. Editorial FECAT. Lima-Perú 2001., Pág. 51

⁹ CUEVA ZAVALA, Jorge Luis. La Investigación Jurídica. Pautas metodológicas para elaborar el trabajo de investigación en el ámbito del Derecho. Editorial ABC. SAC. 2008., pág. 61

¹⁰ RAMOS SUYO, J.A., Elabore su tesis en Derecho Pre y Postgrado. 2. Edición. Editorial San Marcos. Perú-2008., pág. 487

¹¹ ZEVALLOS ACOSTA, Uladislao. Metodología de la Investigación Jurídica. Universidad de Huánuco. Huánuco-Perú 2009.65

2.6 Definición del Instrumentos de recolección de información.

Para relación de datos y su organización.

Se aplicaran las técnicas más comunes:

- 1.** Técnica del fichaje jurídico, considerando aspectos metodológicos para recolectar información y utilizarlos en la redacción de la tesis.
- 2.** Técnica de Recopilación y análisis documental de los dispositivos recaídos en las carpetas fiscales Anticorrupción de Huánuco en el 2014.
- 3.** Técnicas de trabajo de gabinete:
 - Crítica de depuración de datos.
 - Codificación de datos.
 - Análisis de redacción.
- 4.** Técnicas de observación de campo, de observación documental.

Interpretación y resultados.

Nuestra muestra será probabilística, es decir vamos a elegir los casos a estudiar de forma aleatoria, pero bajo ciertos criterios mínimos.

Para presentar los datos utilizaremos las técnicas gráficas y estadísticas ya mencionadas.

Análisis y datos, prueba de hipótesis

Hemos decidido seguir el método del muestreo simple considerando los datos finitos.

2.7 Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos

Usaremos fuentes primarias y secundarias como los procesos judiciales, bibliografía crítica nacional y extranjera y ejecutorias sobre el fenómeno sub materia.

a. Técnicas de recolección de información.

1. Registro Documental.

En la revisión, análisis y estudio las carpetas y expedientes Judiciales.

b. Instrumentos de recolección de información.-

Se aplicarán de manera rigurosa los siguientes instrumentos:

- El Fichaje.

CAPITULO II

EL DELITO

Con una visión lingüística el delito es un concepto jurídico indeterminado, que apertura los supuestos que describen la conducta o persona¹² que son fuente de ilícito o desaprobación general o rechazo social. Es por esa razón que conceptualizarlo, por si solo es una tarea complicada y ardua, que se adopta para reflejar un esquema o programa de las ciencias jurídico-penales, que es un reflejo de la concepción cultural que tiene una nación y su forma de punición¹³; por dicho fin se clasificó la distinción conceptual de los ilícitos en su significado y significación en concepto material y formal del delito, empero solo para efectos didácticos, precisándose que son complementarios y no divergentes; distinción adoptada en forma mayoritaria y se tendrá en cuenta en este capítulo.

2.1 Concepción formal. -

El concepto formal de delito es el dado o desprendido por la ley, en términos del profesor Barja de Quiroga, precisa que es el concepto dado por el derecho positivo¹⁴; en nuestro caso, nuestra norma jurídico penal peruano, acoge el

¹² Es necesario hacer esta precisión en razón que si bien en el caso peruano se adoptó un concepto de derecho penal de acto, en el cual se imputa como delito la realización de un acción, por ende la inimputabilidad del pensamiento, existe otros sistemas jurídicos en el cual se imputa responsabilidad por el autor, como sucedido en el Derecho Penal de Kiel del estado social-nacional nazi.

¹³ Al respecto el profesor Miguel Polaino Navarrete, en su *Lectio Doctoalis: Quince Minutos de Derecho Penal*, preciso citando Georg Jellinek afirmo que el conocimiento del Derecho penal de un público nos permite determinar el grado de cultura alcanzando por éste. Primera Edición 2007 – Huánuco Perú. Editorial Grijley y la Universidad de Huánuco, Pág. 37

¹⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte General Tomo I. Gaceta Jurídica*. Primera Edición 2004., pág. 15

concepto formal en el artículo 11º del C.P.¹⁵, al respecto, en *prima facie* se podría suponer que el ilícito se agota con la imputación a título de autor de un comportamiento prevista en la Ley; afirmación que sujetaría además a legalidad, de acuerdo con el contemplada en el artículo II del Título Preliminar del citado código¹⁶. Al respecto dicha afirmación conllevaría a un grave error ya que que el ilícito penal no se agota en la sola legalidad, además es necesaria que dicha transgresión tenga **sentido penal**; en otros términos, necesariamente la conducta genere un peligro o lesiones bienes jurídicos, supuesto que se colige del principio de lesividad previsto artículo IV del citado título preliminar¹⁷, es precisamente de ello que trata el concepto material de delito, de buscar la *ratio decidendi* que justifique la imposición de sanción penal por considerar delito, en términos del profesor Lopez Barja de Quiroga, “...nos proporciona cuál es la esencia del delito, nos dice en razón de qué criterio determinadas conductas deben castigarse como delitos”¹⁸, criterios claro que son tomados como reflejo de la concepción social del momento.

2.2 Concepción material del delito. -

El sentido material de ilícito penal es un reflejo de la cultural y concepción social de un momento determinado, se infiere que dicha concepción por ende es cíclica, ya que la primera clasificación de la concepción material se realizó

¹⁵ “...las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley.”

¹⁶ “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.”

¹⁷ “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

¹⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho Penal. Parte General Tomo I. Gaceta Jurídica. Primera Edición 2004., pág. 15

comprendiendo que el sentido material de lo ilícito como la vulneración de un derecho¹⁹, lesión de bien jurídico²⁰, infracción de deber²¹.

En la actualidad muchas de esas de concepciones han sido descartas y otras trasmutadas y contextualizadas, por lo tanto se comprende a la fecha como delito en un concepto material a la lesión de bien jurídico, la desautorización de la norma, objeto de control social, y como expresión de riesgo, posturas que son aplicables de acuerdo a la demanda de punición que busca el nación de conformidad a su política criminal, en ciertos delitos de resultados es común que el sentido material del ilícito es evitar o sancionar la vulneración de bien jurídico, y en caso de ilícitos penales de mera actividad se recurra a una concepción de riesgo, o en general adoptar la concepción del ilícito de control social o desautorización de la norma, por lo tanto, de necesidad conocer y definir cada uno de las concepciones, de tal forma de poder identificar mejor el sentido penal.

¹⁹ Adopta desde del pensamiento de la ilustración y Feuerbach, comprende que el delito es sobre todo una acción contraria al derecho de otro, conminada en una ley penal, o la violación de un derecho subjetivo de otra persona.

²⁰ Durante el segundo tercio del siglo XIX, el profesor Birnbaum, propone que el delito es la lesión de bien en sentido natural garantizado por el poder estatal, ya que propiamente dicho los derechos no pueden ser protegidos, al ser cosas no tangibles, contario sensu los bienes son reales y materializables. pero fueron Binding y von Liszt, quienes afinaron mejor esta postura, y precisaron que existe bienes no naturales que pueden ser susceptible de protección, pero por ende si acepta que un derecho subjetivo no es un bien, siendo por ende bien jurídico, los objetos naturales o no naturales en el cual el colectivo social le asigna protección estatal, es decir, el bien jurídico, es el interés jurídicamente protegido.

²¹ Se imputa a la escuela de Kiel, la asignación de esta concepción material del delito, como una infracción de deber, siendo propiamente dicho un derecho penal social nacionalista, que considerar que el principio de legalidad no tiene razón de existir, en palabras de Dahm, considera al delito es ante todo una traición, una infracción de deber de fidelidad a la comunidad.

a.- El delito como lesión de bien jurídico.-

Esta concepción sostiene y sigue sosteniendo que el delito es puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico; no defiende o precisa cuales deben ser las características de bien para ser elevada a la condición de bien jurídico, empero, es un aporte importante para limitar al legislador de legalizar antojadizamente cualquier acto como ilícito, y permite al ciudadano comprender que se sanciona como delitos las actuaciones que atenten contra interés vitales jurídicamente tutelado.

El significado material de delito es muy importante a tal punto, que es una forma de legitimación del derecho penal, y también identificar y saber las pretensiones punitivas o prevenir la vulneración de bien jurídico específico; es por dicho razón cuando se realizamos un análisis de tipificación, es común identificar que los delitos, cuentan con un conjunto de bienes tutelados, verbigracia los delitos contra administración pública cuyo bien jurídico fundamental es la administración pública, protección de sus bienes o recursos, y su correcto funcionamiento o ²².

b.- El delito como desautorización de norma.

Es considerada como modernas concepciones del delito, y compleja pero más coherente y racionales, que pretender una visión de estabilizadora de la

²² Existe críticas ciertas a esta teoría, siendo la más importante la realizada por el profesor alemán Welzel, para “(...) quien la misión primaria del derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad, etc. Pues, cuando entra efectivamente en acción, por lo general ya es demasiado tarde” LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho Penal. Parte General Tomo I. Gaceta Jurídica. Primera Edición 2004., pág. 22.

sociedad, basa en sistema. Para dicho fin adoptando la teoría social funcional estructural del profesor Niklas Luhmann realiza redefiniciones de sociedad, norma y persona, bases fundamentales de la concepción funcionalista del derecho penal, representado por el profesor Gunther Jakobs. En resumen precisa que los delitos son “decepciones de expectativas normativas estables”, esta decepción es una clara desautorización de la norma, indicando que la norma no rige o no está vigente para el infractor, por ello es una amenaza al sistema jurídico funcional y por ende a la sociedad, generando un “...conflicto social en la medida que pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación”²³ el ilícito, es denuncia de esta infracción que requiere una sanción, que es forma de remediar esta desautorización y reestablecer la vigencia de norma y por ende de todo el sistema. Otro gran aporte de esta concepción es el sentido material se fija en base al tipo de desautorización de norma y el rol que tiene el sujeto activo, es así que identifica a los ilícitos penales en dos grandes grupos: a) los de infracción de deber y b) los de dominio. Siendo el primer cuando la desautorización de la norma se materializa cuando el sujeto vulnera la norma de una organización que es parte de su competencia, es decir responsabilidad por organización; segundo es cuando el sujeto quebranta la vigencia de la norma de una institución elemental de la sociedad, o responsabilidad institucional. El aporte al sentido penal delito es que no se hace distinciones que cada delito tiene como objeto de protección un bien jurídico específico, por lo tanto existen delitos como bienes jurídicos; en ese orden de ideas, la conceptualización material de la desautorización de la norma, propone que el ilícito penal es el quebramiento de una norma jurídica, y

²³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho Penal. Parte General Tomo I. Gaceta Jurídica. Primera Edición 2004., pág. 23.

su principal distinción es por el tipo de norma desautorizada, generando dos grupos de delitos: a) los de domino dados en competencias organizacionales y b) los de infracción de deber o dados en competencias institucionales; siendo los ilícitos penales contra entidades públicas de naturaleza de infracción de deber, por ser parte de competencia institucional²⁴.

c.- El delito como objeto de control social.-

Considerándolo como objeto de control social, es una propuesta formulada por Bustos/Hormazábal, quienes precisan que el “...control social son medios o instrumentos utilizados en la sociedad para asegurarse un orden social determinado”²⁵, los delitos son las conductas desviadas, y, la pena la reacción social formal, el ilícito penal es el medio de control social más drástico, y considera a los ilícitos no como problema individual sino como un problema comunicatorio. El aporte de esta teoría es que valora la conducta ilícita como un impacto comunitario y no desde la individualidad, en otros términos, podríamos identificarlo como elemento de punibilidad.

d.- El delito como expresión de un riesgo. –

La sociedad contemporánea es un complejo de riesgos, donde las personas constantemente estamos expuestos un sinfín de peligros y perjuicios, el proceso de industrialización ha generado recurramos a nuevos medios más

²⁴ Con respecto a las críticas que se realiza a esta concepción material es que se aparta de la realidad y no toma en cuenta el objeto fenomenológico sino solo un fenómeno normativo.

²⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho Penal. Parte General Tomo I. Gaceta Jurídica. Primera Edición 2004., pág. 24.

eficaces transformables que satisfacen nuestras necesidades y procuran un mayor bienestar, empero, esta una organización industrializada, y vanguardista de la tecnología ha generado que se crean nuevas situaciones de peligro potenciales, pero aceptables, propiamente dicho, mayor riesgos, por dicho motivo, la punibilidad no debe determinarse por la vulneración de bien jurídico, o la desautorización de la norma, ya que, ello si ocurrirá en una sociedad de riesgo, y es más se aceptara en determinados casos, lo que se sancionara es la generación de riesgos no permitidos, por lo tanto se colige que considera al delito como una expresión de riesgo que supera los límites de lo que soporta la sociedad²⁶, la fundamentación de esta concepción del delito deviene una apreciación de la conducta, y determinar que el mismo supere un riesgo permitido, que se cumple también con adelantar las barreras punitivas a momentos antes de comisión del riesgo no permitido, por cuanto, a diferencia de los delitos suscitados en el época medieval donde el afectado era personas en forma individual, los peligros y perjuicio en una sociedad de riesgos son incalculables por dicho motivo, la punibilización se fundamenta en imputación la generación de una conducta riesgosa no permitida, propiamente dicho una desautorización peligrosa.

²⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho Penal. Parte General Tomo I. Gaceta Jurídica. Primera Edición 2004., pág. 25.

CAPITULO III

TIPOS DE DELITOS

Conforme se advirtió en los capítulos anteriores conceptualizar y teorizar sobre delitos, es ya una tarea compleja y aun no acabada y polémica, pero para contribuir con la tesis jurídica del delito de colusión en el sistema jurídico peruano es necesario, tener claro la concepción material, y comprender los elementos legales y dogmáticos de los delitos vigentes y aplicables, que también se realizaron anteriormente. Ahora es necesario, extender por última vez el panorama a fin de aterrizar en los ilícitos penales contra las Entidades Públicas, y para dicho fin es necesario conocer los tipos de delitos, los vigentes y los necesarios que de nuestro sistema jurídico se desprende.

Clasificar los delitos tampoco es una labor acabada, podemos sintetizar en: i) históricos, ii) doctrinales, y iii) legal o normativo.

3.1.- Desde un criterio histórico:

Para esta clasificación tendremos en cuenta la propuesta el profesor Jiménez de Asúa²⁷, quien considera que la primera distinción de los tipos penales los encontramos en el derecho romano, ordenamiento que distinguió a los ilícitos penales en *natura turpia sunt* y de *civiliter et quasi more civitatis*, es decir, naturales y creación política; desde este punto de visto los naturales son los que por sentido común o por sentimiento común, siempre se consideraba como

²⁷ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Editorial Losada S.A., Buenos Aires Argentina 1965., pág.127.

repudiados en términos del profesor italiano Garófalo, se trata de definir a lo que, por naturaleza, era y siempre había sido ilícito, a través del tiempo y de los pueblos²⁸, mientras que los políticos o civiles, son aquellos que la autoridad de cada sector o ciudad propuso o creó como ilícito penal.

Una segunda clasificación los encontramos en el derecho canónico, los cuales se sustentaba en una distinción por jurisdicción como son *delicta mere ecclesiastica*, *delicta mere civilia sive secularia*, y los ilícitos mixto: los primeros eran vinculaban a las autoridades de la iglesia, y los segundos a los jueces laicos, finalmente los mixtos cuya competencia era accesible a la autoridades de la iglesia como a los jueces.

Una tercera clasificación histórica de se encuentra por su gravedad, aporte que se dio a luz por los italianos, sajones y franceses, y se identificó como *levia*, *atroces*, y *atrocissima*. Conforme se advierte del ordenamiento jurídico penal francés 1791, el fundamento de la gravedad fue el criterio que se adoptó para distinguir a los ilícitos penales, el mismo que fue replicado en casi los demás ordenamientos jurídicos penales posteriores. Asimismo, dentro de la clasificación por su gravedad se hizo una nueva diferenciación o subclasificación es así que tenemos los graves tripartidos o bipartitos; en el primero caso se clasifican los delitos graves en crímenes, delitos y contravenciones, siendo los crímenes los que recibían una sanción más drástica ya que ellos atentaban a una pluralidad de bienes jurídicos, mientras que los que tenían afectación a bienes jurídicos determinados o particulares, y las

²⁸ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Editorial Losada S.A., Buenos Aires Argentina 1965., pág.45.

contravenciones a las meras desobediencias a la ley; finalmente los graves bipartidos diferencias a los delitos de acuerdo a su gravedad de delitos y faltas, postura que ha sido acogida por nuestro actual ordenamiento penal, que consideran delitos los más graves a las lesiones o amenaza de lesión de los bienes jurídicos de mayor trascendencia, y faltas a los faltamientos que se realizan a la personas o patrimonio no incide o no es tiene relevancia de un delito.

Finalmente se distinguió en delitos de ilicitud y motivación o políticos, si bien esta calificación es a la fecha objeto de cuestionamiento en razón que propiamente se consideran los delitos tiránicos los que sancionaban los anárquicos, sociales, y hoy a la fecha los terroristas, mientras que los delitos de ilicitud se consideraban a la criminalidad de ciudadana motivada por el patrimonio o afectación privada, que no tenía como objeto cuestionar al Estado o el gobierno político, esta tipo de clasificación se hizo de menos notaria y hasta olvidada como consecuencia de la segunda guerra mundial.

3.2.- Los tipos penales desde un criterio doctrinal:

Tomando como base la propuesta de clasificación del profesor Jiménez de Asúa²⁹, consideramos que las principales clasificación de tipos penales que la doctrina ha propuesto son:

²⁹ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Editorial Losada S.A., Buenos Aires Argentina 1965., pág.127.

i) por el número intervinientes en delitos monosubjetivos y plurisubjetivos, es decir, cual el responsable del *iter crimen* a cargo de un solo sujeto, y plurisubjetivo cuando el responsable del iter crimen está a cargo de más de un sujeto, específicamente de conformidad al artículo 23º del ordenamiento penal, es decir, coautoría; de esta forma se dejó de lado las denominaciones de delitos individuales, en pareja, en asociación y en muchedumbre que indico Grispigni³⁰, ii) por las cualidades del sujeto, se ha clasificado los delitos en propios y especiales, siendo los primeros los atribuibles a cualquier sujeto, mientras que los especiales son los cometidos por sujetos cualificados o que cumplen un encargo, mandato diferenciado propios de una función o por imperio de la ley, como puede ser los funcionarios públicos o sujetos garantes como los albaceas, la filiación; iii) por el bien jurídico lesionado en referencia al sujeto pasivo, es la forma de diferenciación de los delitos más común y la acogida por los códigos penales, como son: delitos contra la vida el cuerpo y la salud, contra la familia, etc.; iv) delitos por la acción del sujeto activo, de conformidad con el artículo 11º del Ordenamiento jurídico penal , se reconoce dos tipos de acción, la propiamente dicho y la omisión, lo que se consideraba anteriormente como delitos con voluntad y sin voluntad. El delito de acción es la concordancia interna y externa dentro de la fases del delito, mientras la omisión es la materialización externa del delito sin concordancia con la fase interna; v) por el resultado como condición del delito, se puede identificar delitos de mera actividad y delitos de resultados, existe un inconveniente en diferenciar delitos de mera actividad con la tentativa de los delito de resultados, es por esa razón que se ha elevado a la categoría de delitos a las conductas

³⁰ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Editorial Losada S.A., Buenos Aires Argentina 1965., pág.129.

que sin poner alcanzar una lesión efectiva del bien jurídico, se consideran punibles como es el caso de la tenencia ilegal de armas o explosivos, no se requiere demostrar el elemento subjetivo para imputarlo como tentativo de homicidio u otro delito, a diferencia de los delitos de resultados que para su consumación se requiere la materialidad del delito; **vi)** por la potencialidad del resultado, tenemos la clasificación entre delitos de lesión y delitos de peligro, siendo el primero los que exigen a la conducta típica, un amenaza real y potencial de daño, mientras que los delitos de lesión si existe ya el daño; **vii)** por la forma de comisión del delito, tenemos los delitos de fraude y los de violencia, usualmente se identifica a estos delitos por la forma de ejecución, siendo los delitos de fraude los que no requiere el uso de violencia o lesión efectiva, empero, los delitos de frauden también comprende a los delitos de infracción de deber, es decir, los que se realizan en supuesto cumplimiento de sus obligaciones o compromisos, empero, el mismos constituye un perjuicio; **viii)** por la tipicidad, pueden ser delitos básicos, agravada y complementarios, siendo los primeros los que se agotan en la propia figura típica previsto en el ordenamiento jurídico penal , mientras que los agravantes, con condiciones objetiva de tipicidad que generan mayor punición y los complementos condiciones accesoria objetiva de tipicidad, **ix)** por la culpabilidad, pueden dividirse en dolosos y culposos, esta diferenciación si bien también recogida en el ordenamiento jurídico penal mas no es definida, es decir, cuales son los supuestos de dolo y culpa, comprendiéndose los mismos como el grado de conocimiento del acto delictual; **x)** por la perfección del delito, consumados y agotados, es decir, se refieren a la realización del iter crimen, se debe advertir que los delitos agotados no son consumados en razón que la consumación es

la finalización del delito que alcanzo con el objeto ilícito, mientras que el agotamiento del delito muchas veces no alcanzar el objeto, por ello dentro de esta figura se tiene mencionar la tentativa, la frustración y el desistimiento como modalidades de anormalidad del agotamiento y consumación; **xi)** por las el tiempo de la realización de la acciones, tenemos los delitos de únicos, instantáneos, permanentes y continuados, involucra que la acción ilícita generada conlleva una correlación entre la consumación y el perjuicio o daño, siendo que el mismo se agotan en un instante o sus efectos trascienden en el tiempo, como sucede en el caso de los delitos permanentes y continuados; **xii)** delitos por su persecución los considerados delitos de oficio y persecución privada, como las querellas y delitos contra el honor, y **xiii)** Delitos por el momento de su comprobación en flagrantes y no flagrantes, en el caso peruano el delito flagrantes se encuentra definido y descrito en el artículo 259º del Código Procesal Penal; dentro de contexto, no se sujeta a estas reglas no se considera flagrancia; **xiv)** asimismo, tenemos los delitos en concurso real e ideal, sujeto al número de acciones típicas incurridos y los bienes jurídicos afectados, es así que estamos ante un concurso ideal cuando de una sola acción la misma tiene afectación a más un bien jurídico y puede tipificarse en más de un delito y en el supuesto de concurso real cuando existen varias acciones y se tipifican en más de un delito; **xv)** Los delitos también se clasifican en delitos formales y materiales, cuando la acción se agota la tipificación o mera infracción, nos encontramos ante delitos formales, y cuando se exige que su consumación se produzca como resultado externo antijurídico nos encontramos ante delitos materiales.

3.3.- Los tipos penales desde un punto de vista legal o normativo:

El profesor Jiménez de Asúa³¹, hace la distinción entre lo que se denomina delitos comunes y especiales, siendo los delitos comunes los que se encontraban en el ordenamiento jurídico penal y los delitos especiales los que se encontraban contenidos en otras leyes diferentes al ordenamiento jurídico penal o leyes especiales, propiamente dicho estamos ante el caso de normas jurídico penales incompletas, donde el supuesto de hecho o consecuencia jurídica penal se encuentra contenido en normas extrapenales y adquieren sentido cuando se complementa por labor del operador de derecho. A la fecha existe un gran conflicto de uso sobre esta clasificación de delitos, en razón que conforme se podrá advertir pese a que la clasificación fue identificada por el profesor Jiménez de Asua, en la mitad del siglo XX, a la fecha en nuestro sistema jurídico peruano se sigue identificado a los delitos como especiales a los complejos o los que exigen mayores conocimientos especiales a los operadores de derecho, tal es el caso de las fiscalías denominadas **especializadas en delitos** de terrorismo, corrupción de funcionarios, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, ambiente, siendo propiamente dicho no una distinción por la especialidad del delito sino por competencias o materias, ello lo ratificamos si tenemos en cuenta que dichos delitos forman parte del ordenamiento jurídico penal vigente, y no se encuentran en normas especiales o separadas.

³¹ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Editorial Losada S.A., Buenos Aires Argentina 1965., pág.129.

CAPITULO IV

DELITOS CONTRA LAS ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Estudiar en un marco general el título XVIII del Libro Segundo del ordenamiento jurídico penal, definitivamente es una tarea también compleja, tanto más si tenemos en cuenta que la relevancia de los delitos contra las entidades de la administración pública ha cobrado mayor interés, no solo por lo reprochable que constituyen sino además porque su incidencia tiene una directa correlación con el desarrollo e incremento de la inversión peruana en el sector público, es por ello que como un vía paralela a la implementación del vigente Código Procesal Penal regulado en el Decreto Legislativo N° 957, se obligó a implementarse los operadores de derecho con respecto a estos delitos cuya materia exige conocimiento y técnicas de prueba especializados; es esta necesidad la que se ve traducida como Fiscalizas Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios Públicos a nivel nacional, ergo también ha generado que los Jueces de Investigación Preparatoria y de Juzgamiento de primera, segunda y Superiores, desarrollen su interés en el conocimiento y desarrollo de estos tipos de delitos, los mismo que no son ajenos a la dogmática penal, que ha concluido que teniendo en cuenta las peculiaridades que involucran estos delitos, se ha tenido que reescribir cierta parte de la teoría del delito como es el tipo de delito que constituyen delitos propios o especiales, delitos de infracción de deber, el conocimiento del dolo (*iure tantum* o *iure et iure*), sobre el bien jurídico tutelado (individual o plural), y el tratamiento de la prueba. Tópicos que a la fecha podría decirse que demanda la construcción de una teoría del delito específico para los delitos contra las

entidades de la administración pública , y que sirva de fundamento y uniformización de este catálogo de delitos previsto desde el artículo 361º al 401º del Ordenamiento jurídico penal , en términos del profesor José Antonio Caro Jhon, “...puede hablarse de una dogmática penal de la administración pública, en la que se desarrollan los criterios dogmáticos aplicados a este peculiar sector funcional y administrativo.”³²; labor que es necesario realizar a fin de abordar los límites y entornos del ilícito penal de colusión a través de un análisis deductivo.

4.1- Una Teoría del delito con respecto a los delitos contra las entidades de la administración pública .-

En primera instancia se debemos advertir que la denominación o mejor su sentido semántico, lo consideramos como el primer escoyo en el estudio de los delitos contra las entidades de la administración pública , es que justamente se circunscribe a imputar como fundamento del delito a la afectación del bien jurídico administración pública; este primera premisa conlleva a considerar que un gran numero incalculables de actuaciones realizadas en actividad de la administración pública pueden ser considerados como acciones típicas de relevancia penal, es más, abre el candado para imputar la comisión de delito a actuaciones culposas que incidan aunque en menor relevancia o ponga en peligro la administración pública o su funcionamiento como hechos típicos suficientes para iniciar una investigación preparatoria, ello se debe que si afirmamos que el bien jurídico tutelado es la administración pública o su

³² CARO JOHN, José Antonio. Manual Teórico- Práctico de Teoría del delito. Editorial Ara Editores E.I.R.L., Lima- Perú. Junio 2014., pág. 39

correcto funcionamiento, nos abre un inmenso catálogo de actuaciones que se pueden imputar como delitos contra las entidades de la administración pública ; una prueba de ello es que durante la investigaciones nos obliga a retroceder en el análisis de imputación jurídica penal o relevancia jurídico penal de la hecho investigado, o en su defecto analizar si de acuerdo a las características del derecho penal, el hecho investigado corresponde ser analizados teniendo advirtiendo la subsidiaridad, la última ratio, o fragmentariedad del uso del *ius puniendi*; análisis que se viene a constituirse en una suerte de etapa previa al análisis de los elementos para imputar la comisión de un delito contra las entidades de la administración pública , labor obligada a realizar el operador del derecho teniendo en cuenta la ambigüedad y amplitud del concepto administración pública, es más, corresponde asignarse hasta la categoría de un concepto jurídico indeterminado.

Efectivamente para comprender el aludido bien jurídico, nos tenemos que remitir al ámbito extrapenal y hasta extra jurídico, ya que, el único concepto normativo de administración pública son los desprendidos en forma funcional y objetivo, dejando un amplio espectro al arbitrio de los operadores de derecho y de la dogmática su conceptualización, de forma que se tenga que recurrir a la doctrina del Derecho Administrativo, donde tampoco existe un concepto uniforme de administración pública; la implicancia de este inconveniente, es que la mera fundamentación que cualquier conducta afecte a la administración pública es considerado como el elemento material de la imputación jurídico penal (acción típica); asimismo, otro inconveniente que incide es que teniendo en cuenta que los únicos responsable del desenvolvimiento de la

administración pública son solo los servidores públicos, es decir el elemento humano de la administración pública, por ende se colige por excelencia que la autoría o participación en este tipo de delitos recaerá siempre en un funcionario, servidor público u otro análogo responsable de la función del sector público, y no un particular ajeno a los órganos del estado, prueba de ello el sujeto activo en este tipo de delitos propios son servidor o el funcionario público por excelencia; esto conlleva a pasar grandes inconvenientes al Derecho Penal, por cuanto si bien funciona esta conceptualización de responsabilidades en el ámbito del derecho administrativo, pero ello no corresponde así, en el derecho penal, obligando a recurrir a teorías como la unidad de título de imputación y participación *extraneus*, para imputar responsabilidad penal a los particulares cuando participan o colaboran en este tipo de delitos, solución que ya anticipamos discrepamos y hasta consideramos antitécnica. Por dicho motivo proponemos que para salir de estos impases se considere a dichos ilícitos como **los delitos de corrupción en la función pública**, en esa misma línea dogmática el profesor José Nolasco Valenzuela considera a este conjunto de ilícitos penales como un “...fenómeno que en el Derecho comparado se denomina criminalidad gubernativa”³³, en cuyo bien jurídico tutelado son los fondos públicos, el patrimonio público, y el correcto uso del poder político y las potestad administrativas, de esta forma se deja de lado todo el sesgo de conductas que son mera infracciones o contravenciones de relevancia administrativa revisables en el ámbito penal, es más, se consolida la idea que las contravenciones de las normas administrativas que afecten a la

³³ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., pág. 25.

administración pública, se agotan en el Derecho Administrativo Sancionador y no recurren al Derecho Penal.

Con respecto a la imputación jurídico de autoría y participación si se adoptara la denominación de delitos de corrupción de funcionarios, es posible imputar responsabilidad penal a los particulares intervinientes en razón que el interés jurídicamente tutelado no es la administración pública, sino los fondos públicos, patrimonio público, y el correcto uso del poder político y las potestad administrativas, de esta forma todo interviniente que lesione o ponga en peligro el aludido bien jurídico respondería a la título de autor dejándose de lado la calidad de delito de infracción de deber convirtiéndose en un delito de dominio, por ende se aplicaría la autoría mediata, conforme se aplica en los delitos de comunes, por ende no se consideraría al delito de cohecho pasivo propio y al tráfico de influencias como delitos ajenos a los delitos contra las entidades de la administración pública pero si aplicables a los delitos de corrupción en la función pública.

4.2.- Regulación de los delitos contra las entidades de la administración pública .-

El código penal peruano se encuentra dividido en tres partes, el Título preliminar, el libro primero denominado parte general, el libro segundo, denominado parte especial y el libro tercero denominado faltas.

El título preliminar contiene el catálogo de principios y límites que regularan la facultad punitiva del Estado, la parte general regula formalmente los delitos y penas; y la parte especial contiene el catálogo de actuaciones consideradas delitos, y fija el tipo de pena y sus límites que pueden ser susceptible de imposición. Al respecto dicho catálogo de delitos dividido en XIX Títulos siendo el título XVIII los denominados delitos contra las entidades de la administración pública , el mismo que se encuentra dividido en cuatro capítulos como son: delitos cometidos por los particulares, delitos cometidos por funcionarios públicos, y las disposiciones comunes³⁴.

³⁴ Teniendo en cuenta esta contextualización, se colige que los delitos contra las entidades de la administración pública constituye un título específico y diferenciado de la parte especial del ordenamiento jurídico penal , que regula al conjunto de actuaciones ilícitas que afecta al bien jurídico administración pública, los mismo que aluden a los siguientes ilícitos específicos: delitos contra las entidades de la administración pública , imputados a particulares: a) delitos cometidos por particulares: i) usurpación de función pública previsto en el artículo 361° del Ordenamiento jurídico penal , ii) ostentación de distintivos de función o cargo que no ejerce, previsto en el artículo 362° del Ordenamiento jurídico penal , iii) ejercicio ilegal de la profesión previsto en el artículo 363° del Ordenamiento jurídico penal , iv) participación en el ejercicio ilegal de la profesión previsto en el artículo 364° del Ordenamiento jurídico penal , v) violencia contra la autoridad para obligarle a algo previsto en el artículo 365° del Ordenamiento jurídico penal , vi) violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, previsto en el artículo 366° del Ordenamiento jurídico penal , vii) resistencia o desobediencia a la autoridad, previsto en el artículo 368° del Ordenamiento jurídico penal , viii) ingreso indebido de materiales de comunican o medios, aparatos de comunicación a centro de reclusión, previsto en el artículo 368-A,B,C del Ordenamiento jurídico penal , ix) Violencia contra la autoridad elegida, previsto en el artículo 369° del Ordenamiento jurídico penal , x) atentado contra la conservación e identidad de objeto, previsto en el artículo 370° del Ordenamiento jurídico penal , xi) negativa a colaborar con la administración de justicia, previsto en el artículo 371° del Ordenamiento jurídico penal , xi) atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso, previsto en el artículo 372° del Ordenamiento jurídico penal , xii) sustracción de objetos requisados por autoridad previsto en el artículo 373° del Ordenamiento jurídico penal , xiii) perturbación del orden en el lugar donde la autoridad ejerce su función, previsto en el artículo 375° del Ordenamiento jurídico penal . Delitos contra las entidades de la administración pública , imputados a funcionarios públicos: i) Abuso de autoridad, previsto en el artículo 376° del Ordenamiento jurídico penal , ii) omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, previsto en el artículo 377° del Ordenamiento jurídico penal , iii) denegación o deficiente apoyo policial, previsto en el artículo 378° del Ordenamiento jurídico penal , iv) requerimiento indebido de la fuerza pública, previsto en el artículo 379° del Ordenamiento jurídico penal , v) abandono de cargo, previsto en el artículo 380° del Ordenamiento jurídico penal , vi) nombramiento o aceptación ilegal, previsto en el artículo 381° del Ordenamiento jurídico penal , vii) Concusión, previsto en el artículo 382° del Ordenamiento jurídico penal , viii) Cobro Indebido, previsto en el artículo 383° del Ordenamiento jurídico penal , ix) Colusión simple y agravada, previsto en el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal , x) patrocinio ilegal, previsto en el artículo 385° del Ordenamiento jurídico penal , xi) peculado, previsto en el artículo 387° del Ordenamiento jurídico penal , xii) peculado, previsto en el artículo 388° del Ordenamiento jurídico penal , xiii) Malversación, previsto en el artículo 389° del Ordenamiento jurídico penal , xiv) Retardo injustificado de pago, previsto en el artículo 390° del Ordenamiento jurídico penal , xv) Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia, previsto en el artículo 390° del Ordenamiento jurídico penal . Delitos contra las entidades de la administración pública , cometidos por funcionarios públicos, en la modalidad de corrupción, consistente en: i) cohecho pasivo

De la clasificación antes acotada, se desprende que el ordenamiento peruano “...sigue el esquema de Ordenamiento jurídico penal italiano de 1930, que reproduce el de 1889, hace uso de una sistema general de clasificación de los delitos contra las entidades de la administración pública atendiendo a si quien comete es un particular o un funcionario público”³⁵. En conjunto en *lato sensu* constituyen el catálogo de delitos contra las entidades de la administración pública , si bien dicha clasificación de delitos es la vigente sin embargo también es cuestionada, por cuanto, si bien se adopta la diferenciación por el bien jurídico tutelado, se ha incorporados delitos que son propios de particulares que bien afectan a otros bienes jurídicos, como es el caso de los delitos de tráfico de influencias y cohecho activo.

Bajo estas premisas se colige que existen dos fundamentales razones que motivan que se desarrolle una teoría de los delitos de corrupción en la función pública, las mismas que fueron correctamente identificadas por el profesor José Antonio Caro John, quien las denomino las *ratione materiae*, y *ratione personae*, es decir por su contenido material y por el tipo de sujeto

propio, previsto en el artículo 393° del Ordenamiento jurídico penal , ii) soborno internacional pasivo, previsto en el artículo 393-A del Ordenamiento jurídico penal , iii) cohecho pasivo impropio, previsto en el artículo 394° del Ordenamiento jurídico penal , iv) Cohecho pasivo específico, previsto del artículo 395° del Ordenamiento jurídico penal , v) corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, previsto en el artículo 396° del Ordenamiento jurídico penal , vi) Cohecho activo genérico, previsto en el artículo 397° del Ordenamiento jurídico penal , vii) Cohecho pasivo internacional, previsto en el artículo 397-A del Ordenamiento jurídico penal , viii) Cohecho pasivo específico, previsto en el artículo 398° del Ordenamiento jurídico penal , ix) Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto en el artículo 399° del Ordenamiento jurídico penal , x) Trafico de Influencias, previsto en el artículo 400° del Ordenamiento jurídico penal , xi) Enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo 401° del Ordenamiento jurídico penal .

³⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. Manual Operativo de los Delitos contra las entidades de la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Editorial Nomos&thesis. Primera reimpresión marzo 2016. Lima – Perú., pág.111

interviniente, y en su conjunto constituyen en términos del citado profesor de la Universidad de Huánuco, un derecho-penal de la administración-pública³⁶.

Bajo este contexto queda más que demostrado la necesidad de abordar una propuesta de estudio general de los delitos contra las entidades de la administración pública , tomando en cuenta la *ratione materiae*, y *ratione personae*, para ello debemos adoptar la estructura de configuración de los delitos tomando en cuenta sus elementos usuales o la moderna concepción de la imputación objetiva.

4.3. Perspectivas de estructura general de configuración de los delitos contra las entidades de la administración pública .-

4.3.1.-Desde una tónica del pensamiento tradicional.-

La acción considerada como el elemento sustantivo del delito o el primer elemento del delito³⁷, que alude al comportamiento o conducta reprochable, que se imputa se la misma se circunscribe al tipo penal; usualmente y usualmente se distingue a dicho comportamiento como como comisiva u omisiva, de conformidad con lo prescrito en el artículo 11° del Ordenamiento jurídico penal; siendo la conducta comisiva un hacer, y la omisiva un dejar de hacer o un no hacer.

³⁶ CARO JOHN, José Antonio. Manual Teórico- Práctico de Teoría del delito. Editorial Ara Editores E.I.R.L., Lima- Perú. Junio 2014.,pág. 39

³⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho Penal – Parte General. Ara Editores. Primera Edición- Perú -2015., pág. 351

Siendo ello la premisa mayor, para seleccionar que conductas son consideradas como una acción ilícita y de relevancia penal imputables en delitos contra las entidades de la administración pública, se colige que lo mismo constituye un espectro inmenso de conductas pero realizadas directa o indirectamente como parte de las actuaciones administrativas, en ese sentido se desprende que las actuaciones administrativas se desarrollan en diversas formas y tipos, siendo la clasificación más usual la realizada por su competencia es decir actuaciones administrativas prácticas por órganos u organismos que corresponde al gobierno nacional, seguido por el gobierno regional y finalmente por los gobiernos locales, asimismo, advirtiendo que las actuaciones administrativas por su especialidad son actuaciones prácticas por entidades legislativas, ejecutivas y judiciales, y otros.

En ese contexto se advierte que es criterio del operador de derecho considerar que actuación realizada en la actividad administrativa tiene relevancia penal o puede ser considerada posiblemente ilícita e imputar la misma como el primer insumo sustancial de un delito; empero, para ello, adoptaremos un criterio o tipo de acción a fin de dar coherencia a nuestra tesis de imputación penal, si es así, de un concepto causal clásico de acción, se imputaría como acción relevante penalmente a todos los funcionarios o intervinientes que generaron una actuación administrativa viciada o reprochable, sin importar que el mismo sea por comisión u omisión, jerarquía o competencias, sino su mera intervención en la causación del resultado lesivo a la actividad administrativa sería suficiente para imputar el comportamiento o conjunto de comportamientos como una acción con relevancia penal, basta con acreditar que existe o se

presume existió una manifestación de voluntad ilícita, modificación del contexto exterior, y la relación de causalidad entre la voluntad y la modificación dada³⁸. De acuerdo a esta percepción los delitos de contra las entidades de la administración pública necesariamente deben ser interpretados y considerados como delitos de resultados, en razón que el concepto causal clásico de acción se circunscribe mejor a este tipo de delitos, el cual obliga a que exista un comportamiento doloso o culposo ilícito realizado o practicado, siendo así los delitos de mera desobediencia, peligro o infracción no podrían ser considerados como relevantes penalmente sino tendrían que ser circunscritos a actuaciones administrativas ilícitas no penales³⁹. La ventaja de esta conceptualización de acciones que no tendríamos inconvenientes para considerar a los *extraneus* como autores de delitos contra las entidades de la administración pública, suficiente con acreditar que su actuación forme parte o lo vincule con la actuación administrativa ilícita, para poder imputar como una acción de relevancia penal. El concepto neoclásico sufre las mismas deficiencias que el clásico aplicables en ilícitos contra las entidades de la administración pública, con la salvedad que no todos los participantes en la marcha administrativa viciada responderían sino los cuales su aporte fue la *conditio sine qua non* del resultado ilícito.

³⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Acción, omisión y sujeto en la Teoría del Delito. Grijley Editores y Universidad de Huánuco. Primera Edición- Perú -2009, pág. 24-25

³⁹ Como sería el caso de los delitos de negativa a colaborar con la administración de justicia, previsto en el artículo 371° del Ordenamiento jurídico penal, atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso, previsto en el artículo 372° del Ordenamiento jurídico penal, omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, previsto en el artículo 377° del Ordenamiento jurídico penal, abandono de cargo, previsto en el artículo 380° del Ordenamiento jurídico penal, Retardo injustificado de pago, previsto en el artículo 390° del Ordenamiento jurídico penal, y el delito de Tráfico de Influencias, previsto en el artículo 400° del Ordenamiento jurídico penal, por ende este sector de conductas conllevaría a un sector de impunidad.

Adoptado el concepto final de acción, entendida desde el pensamiento del profesor alemán Welzel, es decir la “acción es ejercicio de actividad final o finalista de manera que, a su juicio, todo acontecer voluntario es necesariamente final, y no meramente causal. (...) la finalidad es vidente, en tanto que la causalidad es ciega, situándose la piedra de toque de la dogmática finalista en la finalidad del autor (finalidad exteriorizada del autor) y no en la constatación física de un nexo causalidad entre una acción y un resultado”⁴⁰, desde esta óptica es ventajosa en razón que se dejaría de lado la consideración que los delitos contra las entidades de la administración pública serían solo de resultado, por lo que se incluye los delitos de mero actividad, peligro o infracción, asimismo, es fácil imputar responsabilidad a los *extraneus* en razón que el particular que interviene con el fin de perjudicar o su parte perjudique a la actuación administrativa o la vicia sería más que suficiente para imputar como un comportamiento típico, siendo sus desventajas que es difícil acreditar la voluntad final ilícita del sujeto activo, ya que es condición de acción, es más, la diferenciación entre delitos culposos o imprudentes de los dolosos no acreditados devienen un análisis netamente subjetivo del operador de derecho, condición de desventaja que se aprovecharía más aun delitos contra las entidades de la administración pública donde el sujeto activo es un profesional o técnico especializados, por ello se les conoce como delitos de cuello blanco, el cual se imputa *iure et iure* que su actuación no son culposas, por lo que este concepto de acción deviene en incompleto.

⁴⁰POLAINO NAVARRETE, Miguel. Acción, omisión y sujeto en la Teoría del Delito. Grijley Editores y Universidad de Huánuco. Primera Edición- Perú -2009, pág. 27

Finalmente el concepto funcional de acción propuesto por el profesor Gunther Jakobs, debe ser entendido desde el elemento de evitabilidad, es decir la acción es un comportamiento exterior evitable, es decir "...el comportamiento, en cuenta suceso psicofísico, debe ser objetivamente imputable, evitable y culpable"⁴¹. Esta concepción de acción como parte del inicio del pensamiento contemporáneo de acción deviene en un aporte importante, que permite comprender que una acción penal, tiene dos fases la primera como suceso psicofísico, y la segunda como proceso cognitivo, siendo la primera fase como la condición objetiva de análisis a la premisa se debe evitar, y la atribución de los conocimientos especiales sobre la evitabilidad la segunda fase o análisis cognitivo, en consecuencia, advirtiendo que el sujeto activo es una persona en derecho, responsable del desempeño de un rol con competencias generales y especiales, sujeto garante y más aún si es funcionario público, por lo que le corresponde atribuir la acción psicofísica en delito contra las entidades de la administración pública como un accionar evitable, y al suceder no se puede justificar que el mismo no sea culpable, salvo que dicha actuación es parte de su función, rol o encargo, empero, el análisis de los elementos de posteriores determina si dicha acción culpable es típica, o propiamente dicho es acción típica, antijurídica no sujeto a causal de exculpación y por ende un delito. Este concepto de acción funcional de acción constituye el primer filtro para considerar una actuación como delito, el mismo que toma como base que la acción psicofísica del sujeto comunica un quebrantamiento de la norma vigente o asume un diferente rol o deja de cumplir su rol, pues constituye una acción culpable que amerita desarrollar los demás análisis, filtro que permite integrar

⁴¹⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Acción, omisión y sujeto en la Teoría del Delito. Grijley Editores y Universidad de Huánuco. Primera Edición- Perú -2009, pág. 34

de esta manera a los comportamiento realizados por los *extraneus* y aquellos que dejar de lado la atribución de responsabilidad a los sujetos concausantes pero que actuación dentro de sus competencias o roles, y finalmente superar el análisis de imputación final de acción en razón que no necesita determinar la finalidad exteriorizada del autor, en razón que el accionar doloso o culposo se determina en la tipicidad de manera objetiva en base a lo comunicado por el comportamiento, es decir como aquello que debió realizar, facilitando la labor de imputación más aun en delitos contra las entidades de la administración pública .

Desde esta mirada la acción con relevancia penal en delitos contra las entidades de la administración pública es primero el comportamiento psicofísico que despliega el autor o intervinientes que supone se debió evitar, siendo la imputación de la no evitación y ello conlleva a la infracción de un deber propio del sujeto activo o los intervinientes.

a.- La tipicidad en delitos contra las entidades de la administración pública .

Considerará desde la visión tradicional como el primer elemento formal del delito, o constitutivo, implica la labor del operador jurídico de adecuar el comportamiento considerado repudiable a la figura legal penal o tipo descrito por la ley, en términos del profesor Francisco Muñoz Conde, "La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace

en la ley penal ⁴², para comprender mejor este concepto, se debe tener en cuenta que es condición normativa previa a la labor de tipicidad que se cuente con un tipo penal, que viene a hacer la descripción legal de un comportamiento psicofísico realizado por el legislador de una conducta considerada repudiable y sancionable penalmente. De esta manera no se puede afirmar que la tipicidad es la adecuación de los hechos al tipo penal, que da como resultado una acción típica y por ende constitutiva de un delito, y en supuesto que el hecho no se adecua al tipo, la labor de tipicidad deviene en frustrada dando como resultado una acción atípica. Lo importante y más relevante de la tipicidad es el tipo y sobretodo los elementos del tipo penal como son el sujeto, la conducta y el objeto⁴³. En el caso del tipo penal de delitos contra las entidades de la administración pública , justamente su la *ratione materiae*, constituye la conducta y el objeto y *ratione personae* el sujeto, en ese sentido los sujetos imputables de este tipo de delitos con justamente los funcionarios o servidores públicos que de conformidad con el artículo 425º del Ordenamiento jurídico penal , modificado por la Ley N° 30124.

Con respecto al comportamiento típico, el tipo penal describe o contiene dos características condición objetiva del tipo y la condición subjetiva del tipo, la primera alude a la descripción normativa del comportamiento ilícito, como sería el que se apropia, colude, interfiere, abusa etc., y el segundo alude a las características del fuero interno del sujeto activo, son tomados en cuenta para describir tipo como son el que se interesa en contrataciones, el que invoca

⁴² MUÑOZ C., Francisco y GARCIA A., Mercedes, Derecho Penal. Parte General, Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2004, pág. 251.

⁴³ REYES ECHANDÍA, Alfonso. Tipicidad. Primera reimpresión de la sexta edición. Editorial Temis. Colombia - 1989, pág.25

tener influencias, alude a comportamiento dolosos que exige la condición subjetiva del tipo; en el caso de los delitos contra la administración pública la labor de tipicidad se circunscribe por cada tipo penal previsto en el Título XVIII del Ordenamiento jurídico penal , sin embargo es necesario también realizar un análisis sistemático del tipo penal con respecto al Título que lo contiene, a fin de poder identificar que función se la asigne específicamente a cada tipo y de esta manera delimitar su objeto; de manera general podemos identificar que los tipos penales contenidos en el citado título del ordenamiento jurídico penal están orientados a proteger o sancionar la vulneración de la administración en las siguientes situaciones: a) el funcionamiento de la administración pública, b) el ejercicio de sus potestades o atribuciones, c) el patrimonio de la administración pública, d) la propia estructura objetiva de la administración pública, y e) su correcta identidad, de esta manera se obviara suponer o inferir supuestos casos de concurso ideal de delitos o saber si estamos ante un concurso medial de delitos.

El objeto del tipo penal alude al bien jurídico tutelado en este caso conforme lo mencionamos proteger o sancionar la vulneración de la administración en las siguientes situaciones: a) el funcionamiento de la administración pública, b) el ejercicio de sus potestades o atribuciones, c) el patrimonio de la administración pública, d) la propia estructura objetiva de la administración pública, y e) su correcta identidad.

b.- La antijuricidad en delitos contra las entidades de la administración pública.

Considerado el segundo elemento formal del delito, alude a la “constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito. (...) expresa la contradicción entre la acción realizada y exigencias del ordenamiento jurídico penal”⁴⁴. De lo indicado se podría aducir que el análisis-estructural de antijurídica se encuentra ya subsumida en la tipicidad, en razón que un comportamiento típico es antijurídica por antonomasia, empero, la principal función de antijurídica es que obliga al operado jurídico a realizar “... *la constatación negativa de la misma, es decir, a la determinación de si concurre o no alguna causa de justificación*”⁴⁵. Con respecto a la antijuricidad se debe advertir además que la misma engloba un doble sentido, como la antijurídica formal y material, es decir la “*A la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le llama antijuricidad formal. La antijuricidad no se agota, empero, en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa (lesión o puesta en peligro) al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se menciona en este caso de antijuricidad material*”⁴⁶. Conforme se indicó la antijuricidad engloba un doble sentido la formal y material las mismas que no son incompatibles por el contrario son aspectos de un mismo fenómeno⁴⁷.

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis. Tercera Edición. Colombia - 2012, pág. 81

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis. Tercera Edición. Colombia - 2012, pág. 81

⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis. Tercera Edición. Colombia - 2012, pág. 82

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis. Tercera Edición. Colombia - 2012, pág. 82

Sin duda un importante tópicos más conflictos en los delitos contra las entidades de la administración pública es justamente la antijuricidad en razón que es común suponer que una comportamiento psicofísico típico y sujeto a antijuricidad formal, se puede imputar como delito, estando solo pendiente la culpabilidad; ello no enervar de hacer tan ligera ya que la actividad administrativa están compleja y basta, que los profesores de derecho administrativo han admito que es imposible codificar el derecho administrativo en su integridad, y segundo que existe una producción motorizada de las normas administrativas, por lo tanto, al considerarse como principio general que el ilícito penal en los delitos contra las entidades de la administración pública son normas jurídico penales en blanco, se colige que necesariamente para imputar un comportamiento como injusto, verifiquemos previamente que el injusto si se considere antijurídico formalmente, es decir, se cercioré que la contrariedad a las normas administrativas sea verificable real y que no existe causa de justificación legal, o complementaria como sería el caso de la contrariedad solo sea en normas internas administrativas y existe acto administrativos reglamentos que si la justifique o leyes ordinarias que considere que el accionar si es jurídico, o más aún que la antijuricidad formal se justifique en normas constitucionales ya que el análisis de la constitucionalidad de la norma administrativa quebrantada si es competencia del operado de derecho vía imputación de responsabilidad penal, es decir, seria completamente irracional considerar como contrario a derecho, el accionar de un funcionario público que quebranto normas administrativas inconstitucionales.

La segunda parte del problema se realiza más en los supuestos de antijuricidad material, es decir, se requiere que el accionar ilícito sea antijurídico en plenitud es decir en su doble sentido, por lo tanto no todo comportamiento psicofísico que sea típico y contrario a las normas administrativas – antijuricidad formal- determina que estemos ante un injusto, es necesario, también determinar que la acción sea antijurídica materialmente, sobre este tema ha quedado zanjado recientemente con la Casación N° 841-2015, Ayacucho: Defectos administrativos subsanables carecen por sí solos de relevancia penal, esta sentencia de reciente data 24-05-2016, es un aporte importante para llevar acabo el análisis de la antijuricidad material del injusto penal, más aun si estamos antes la imputación de tipos penales de delitos contra las entidades de la administración pública , que necesariamente requieren la puesta en peligro o lesión a la administración pública, es decir, no estemos punibilizando comportamientos antijurídicos formales pero justificables sustancialmente, como es el caso citado materia de casación, por ello proponemos como criterio rector para determina la antijuricidad del accionar del funcionario público no se limite solo al análisis formal, sino que se verifique que dicho accionar si implico a la algunas de sus dimensiones es decir: con respecto: a) el funcionamiento de la administración pública, b) el ejercicio de sus potestades o atribuciones, c) el patrimonio de la administración pública, d) la propia estructura objetiva de la administración pública, y e) su correcta identidad.

c.- La culpabilidad en delitos contra las entidades de la administración pública .

Sobre este elemento del delito, se advierte que su traslación a los delitos contra las entidades de la administración pública deviene en una labor más sencilla que la antijuricidad, en razón que para desempeñarse como servidor o funcionario público se sujeta a las reglas y condiciones de la Ley de Servicio Civil, o normas especiales como en el caso de autoridades políticas, que exige como condición básica, ser un sujeto capaz y con pleno goce y ejercicio de sus derecho, y más aún es sujeto a evaluación –ingreso por concurso público – evaluación sobre el conocimiento y competencias profesionales, por lo que, es imputable como un sujeto con plenos conocimientos especiales de la Administración pública, la regla es que no se ingresa a la administración pública para aprender, sino para ejercer competencias y conocimiento especiales que ya se debe conocer antemano, por lo que la atribución de responsabilidad en ese sentido en caso de servidores o funcionarios público no está sujeta a cuestionamientos por esta razón, por ello, argumentos como desconocía que era parte de mi función, sólo constituye un agravante más y/o la imputación de otro delito.

d.- La Punibilidad en delitos contra las entidades de la administración pública .

La punibilidad alude que el acción típica, antijurídica, culpable signifique es “...susceptible, necesidad y merecimiento de pena a que –desde el punto de

vista jurídico-penal y político criminal- es acreedora del injusto”⁴⁸. De lo expuesto se puede advertir que considerar a la punibilidad como el último elemento formal del delito, ya es un tema polémico y acalorado de la doctrina pero que no se puede negar su existencia, en razón que es el legislador quien los ha previsto como una excusa absolutoria, o condición objetiva de punibilidad, al respecto mejor detallado lo menciona el profesor Cesar Eugenio San Martin Casto⁴⁹, en su artículo “Las Condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú”, quien precisa “...siguiendo a Jimenez de Asua (1970, VII: 97) y Roy Freire (1983, III 163) estimamos que ese requisito es una condición objetiva de punibilidad, pues se trata de una circunstancia anexa exigida por la ley para hacer funcionar la penalidad. No se debe considerar como un obstáculo a la iniciación del accionar penal sino de una exigencia para penar una conducta típica.”⁵⁰, es decir, estamos en supuestos de condiciones necesarias de aplicación de la pena, en consecuencias, si las condiciones objetivas de punibilidad son propias – al margen del injusto o impropias – dentro del injusto, las mismas implican que la coerción penal será determinada previa satisfacción de dicha condición punible.

Este tema es de mucha relevancia en materia jurídico penal, tanto más en delitos contra las entidades de la administración pública en razón que es usual que manifesté conflictos entre los ilícitos administrativos y los ilícitos penales administrativos, siendo una delgada línea que diferencia cuando estamos ante un delito o una infracción administrativa, en ese sentido, la punibilidad

⁴⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho Penal – Parte General. Ara Editores. Primera Edición- Perú -2015., pág.289

⁴⁹ http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140108_01.pdf (16-10-2016)

⁵⁰ http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140108_01.pdf (16-10-2016)

constituye un elemento formal que permite analizar si la comportamiento psicofísico tiene condiciones necesarias para la aplicación de la pena, en otros términos y mejor referencia advertirse la Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia recaída en el Recurso de Nulidad N° 3763-2011⁵¹

Desde esta percepción, se advierte que si se considera a la conducta psicofísica acción típica, antijurídica y culpable como delito de peculado, empero, la corte suprema es clara al indicar que si no revisten suma gravedad y que no son posibles de revertir con medios de control social menos severos por lo tanto, no es necesario usar el derecho penal o sobretodo punibilidad el acto. Situación que sucede constantemente en actuaciones administrativas donde es muy denso distinguir si estamos ante una conducta delictual o una infracción administrativa, y ello genera que se haga uso de la punibilidad como elemento diferenciador por excelencia.

4.3.2.- Desde una tónica del pensamiento sistemático.-

Se considerar pensamiento jurídico penal sistemático al contrario del pensamiento intuitivo, el cual es el basado en el sentido común o el intimo sentimiento subjetivo que tiene el observador, el mismo que coteja la verdad de los hechos, de acuerdo sus parámetros internos o su libre criterio, elevado también por su propia subjetividad, en plano de incorrecto o correcto. Por el contrario el pensamiento sistemático o mejor el pensamiento sistémico, es el

⁵¹ <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/caso-unh.pdf>

resultado de una alta labor de abstracción basado en parámetros de evaluación objetivos, concretos e integral del objeto, alejado de subjetividades o sentido común, es la forma de conceptualizar, es por ello que se considera como el pensamiento más completo y totalizador, que lo diferencia del fragmentario pensamiento científico y más aún del pensamiento intuitivo subjetivo.

El pensamiento intuitivo no ha sido ajeno al derecho penal, por el contrario es el más arraigado, hecho que podemos percibir cuando los operadores del derecho, realizar sus intervención con una alta carga subjetiva, cuando realizar una evaluación de la relevancia penal o no de un determinado acto humano, basado en su sano criterio de justicia; ello conlleva que la decisión del Juez se torne un verdadero misterio e incertidumbre, ya que, bastara sólo su criterio y la forma de percepción del hecho imputado en la determinación de responsabilidad jurídica penal. Al respecto el profesor José Antonio Caro Jhon, nos precisa "...la intuición no conoce regla metodológica que brinden la garantía de una comprobación ordena y segura de las condiciones o categorías del delito. El pensamiento intuitivo se desenvuelve además en un campo diametralmente opuesto al principio de culpabilidad, respecto del cual el Tribunal Constitucional reconoce que constituye "un límite de la potestad sancionadora del Estado [...]. Desde esta percepción, la sanción penal o disciplinaria solo pueden sustentarse en la acreditación de responsabilidad subjetiva del sujeto activo infractor de un bien jurídico. En esa línea de pensamiento, es inaceptable constitucionalmente que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea

imputable”⁵²; en consecuencia administrar justicia sustentado en la apreciación del sano criterio de justicia del operador de derecho, constituye una actividad hasta atentatoria al principio de culpabilidad, de conformidad con lo expuesto en el Tribunal Constitucional en la interpretación constitucional contenida en el Exp. N° 2868-2004-AA.

Frente a ello, y afectos de proscribir la aplicación de las formas de responsabilidad objetiva, de conformidad con el principio de Responsabilidad Penal previsto en el artículo VII del Título Preliminar del ordenamiento jurídico penal, se alza el pensamiento sistemático, que constituye percepción real en forma objetiva y totalitaria, para su análisis, comprensión y accionar; esta actitud permite que el hombre pueda realizar discernimientos medibles con parámetros objetivos y dejar de lado o disminuir sustancialmente su percepción subjetiva, lo que obtiene un resultados con menos error y más plausibles; la aplicación del pensamiento sistemático en el derecho penal, conlleva a que los operadores del derecho “...sujeten la valorización judicial a un sistema de reglas o a un orden metodológico de comprobación de las condiciones o elementos que configuran el concepto de delito.”⁵³, y ello, permitiría alcanzar en términos del profesor Jesús- María Silva Sánchez “...una imputación de responsabilidad penal conforme a Derecho, segura e igualitaria”⁵⁴; como alcanzar dicha igualdad, al respecto el pensamiento sistemático, obliga al operador de derecho, parta de la premisa de su sano criterio de justicia, y

⁵² CARO JOHN, José Antonio. Manual teórico – práctico de la Teoría del Delito. Edición Jan- Michael Simon, Horst Shonbohm y otros. Junio 2014.,pág.23

⁵³ CARO JOHN, José Antonio. Manual teórico – práctico de la Teoría del Delito. Edición Jan- Michael Simon, Horst Shonbohm y otros. Junio 2014., pág.24.

⁵⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús maría. Aproximaciones al Derecho Penal contemporáneo, 2da. Edición, ampliada y actualizada, BdeF. Montevideo – Buenos Aires 2010., pág.285.

comprenda que el delito como es una hecho fenomenológico que genere per se una sanción penal, propio y característicos de las de las leyes naturales, es más, obliga a entender que el delito es ante todo una acción típica, antijurídica y culpable, donde el accionar ilícito es el insumo sustancial, pero, catalogar como delito es necesario recurrir a un procedimiento mental de adscripción de sentido, de un sentido de relevancia en una dinámica operativa de comprobación ordenada, nivel tras nivel, categoría tras categoría, o de filtros del concepto de delito y la comprobación de la concurrencia de sus elementos. En conclusión, el pensamiento sistemático ayuda al operador del derecho, en materia penal alejarse de la libre criterio y apreciación subjetiva cuando administra justicia, y realizar una "...estructuración del concepto de delito en un sistema categorial de niveles obliga a seguir un orden lógico preestablecido, y, cuando esto es puesto en práctica, es posible alcanzar una solución sistemática, segura, previsible, ajena a la arbitrariedad."⁵⁵

Dentro de este marco se generar entonces la siguiente incertidumbre, cual es la manifestación de este pensamiento sistemático jurídico penal, pues conforme se indicó el profesor Miguel Polaino Navarrete una de las manifestaciones de modernización del derecho penal, es sin duda, abordar el estudio del derecho penal teniendo en cuenta la imputación objetiva constituye una labor objetiva y un apartamiento al pensamiento intuitivo del operador jurídicos por ello que consideramos importante incorporar su desarrollo como parte del tipo general de la teoría de los delitos contra las entidades de la

⁵⁵ CARO JOHN, José Antonio. Manual teórico – práctico de la Teoría del Delito. Edición Jan- Michael Simon, Horst Shonbohm y otros. Junio 2014., pág.25.

administración pública , a fin de determina responsabilidad penal con semántica social justificada, previsible, y ajena a la arbitrariedad.

El estudio de la imputación objetiva tuvo sus orígenes en el tipoís, que se ha consolidado y es considerada como una teoría del injusto, siendo su desarrollo más exhaustivo y completo el abordado por el profesor Gunther Jakobs, y también acogida por la corte suprema pronunciamiento jurisdiccionales como el contenido en el Exp. N° 1219-04 de la Tercera Sala Especializada en lo penal para Procesos con Reos Libres⁵⁶, de fecha 01-09-2006,⁵⁷ Filtros que permiten al operado del derecho, analizar el comportamiento psicofísico con un pensamiento sistemático y determinar si el mismo cuenta con condiciones reales y objetivas para determinarse como delito y por ende determinar responsabilidad penal.

⁵⁶ “...imputación de la conducta manifestamos que ésta teoría [teoría de la imputación objetiva] contempla conceptos que funcionan como filtros para determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típica o no: 1.- el riesgo no permitido; 2.- el principio de confianza; 3.- la prohibición de regreso, y 4- competencia de la víctima.”

⁵⁷ REVISTA *JUS JURISPRUDENCIA*, Volumen 2, Editorial Grijley. Lima- Perú 2004, pág. 127-136.

En ese orden de ideas, a fin de identificar la aplicación de los filtros de la imputación objetiva se debe tener en cuenta lo siguientes elementos del delito:

FUNCIONALISMO – NORMATIVISMO⁵⁸		
ACCIÓN: “Causación del resultado individualmente evitable” (causación imputable – antijuricidad y culpabilidad)		
TIPO DE INJUSTO	JUSTIFICACIÓN	CULPABILIDAD
Conjunto de elementos que definen un comportamiento (tipo)	Comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado socialmente soportable solo consideración a su contexto.	Es infidelidad al derecho (de acuerdo a la prevención general).
Imputación objetiva (riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso, supuestos de concurrencia de riesgos).	Fundamento de las causas de justificación: principio de responsabilidad, principio de definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención y el principio de solidaridad.	Tipo total de culpabilidad: un tipo positivo de culpabilidad (inimputabilidad, conciencia de lo ilícito y especiales elementos de la culpabilidad) y un tipo negativo de culpabilidad (inexigibilidad).
Tipo subjetivo (dolo cognitivo)	Elementos subjetivos y normativos de la justificación	

La imputación objetiva constituye ahora una moderna institución jurídico penal más importante del pensamiento jurídico penal contemporáneo que no hace más que complementar y perfeccionar el correcto análisis de los elementos sustanciales y formales del delito, de tal manera que se constituya en un conjunto de filtros de evaluación racional, no subjetivo, y categorial de lo comunicado por el comportamiento humano imputado como delito y se determine que el mismo si constituye delito sancionable penalmente o no. Por

⁵⁸ ALMANZA ALTAMIRANO, Frank, y PEÑA GONZALES, Oscar. Teoría del Delito. 2da Edición. APECC-Editores. Perú 2014., pág. 304.

lo tanto, en los delitos contra las entidades de la administración pública, cuando se imputa la comisión de un injusto, en lo que respecta el análisis de la tipificación se tendrá en cuenta los siguientes filtros: **a) el riesgo permitido**, que alude “...los contornos del riesgo permitido vienen a ser lo mismo que los límites normativos del rol de la persona en la sociedad. El funcionario público superará el límite del riesgo permitido cuando exceda los límites del rol que desempeña dentro de la estructura funcional. Como hemos visto, esos límites están contenidos en normas especiales de naturaleza extrapenal, haciendo posible que la imputación jurídico-penal se circunscriba al ámbito de competencias transgredido concretamente en el ejercicio de la función.”⁵⁹, **b) principio de confianza**, es el principio que “...contribuye a una mejor demarcación de las fronteras del riesgo permitido en virtud de lo cual se le considera como criterio general delimitador de la responsabilidad penal. Quien actúa conforme a las obligaciones inherentes a su rol puede confiar razonablemente en que los demás intervinientes harán lo mismo: comportarse como persona en Derecho.”, por lo tanto libera de responsabilidad a quien actuó conforme a derecho con respecto a los terceros que no lo realizaron pero intervinieron en la acusación del ilícito; **c) prohibición de regreso**, constituye el filtro de exclusión de intervención delictiva “...de quien obra conforme a un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de persona en un hecho susceptible de imputación. En los supuestos donde existe una pluralidad de intervinientes, si uno (o más de ellos) cruza la frontera de la tipicidad, se crea una comunidad delictiva que sólo vincula a quien la integre, y no así a quien (o a quienes) haya obrado sin exceder los límites de su propio

⁵⁹ CARO JOHN, José Antonio. Manual teórico – práctico de la Teoría del Delito. Edición Jan- Michael Simon, Horst Shonbohm y otros. Junio 2014., pág.58.

rol.”⁶⁰ y finalmente, **d) imputación a la víctima**, constituye el filtro de exclusión de intervención delictiva “... *del autor en las situaciones donde la propia víctima participa en la interacción generadora del riesgo que se concreta en su autolesión*”⁶¹, siempre que concurran los siguientes elementos: a) actuación conjunta, b) actuación de la víctima, c) ausencia de un deber de protección específico del autor sobre la víctima.

⁶⁰ CARO JOHN, José Antonio. Manual teórico – práctico de la Teoría del Delito. Edición Jan- Michael Simon, Horst Shonbohm y otros. Junio 2014., pág.71.

⁶¹ CARO JOHN, José Antonio. Manual teórico – práctico de la Teoría del Delito. Edición Jan- Michael Simon, Horst Shonbohm y otros. Junio 2014., pág.86.

CAPITULO V

EL DELITO DE COLUSIÓN

5.1.- El *nomes iuris*.

La denominación usual del delito materia de tesis, es la de colusión ilegal o colusión desleal, “...*defraudación en la contratación pública, fraude al estado, concertación defraudatoria, fraude a la administración pública, celebración indebida de contratos, negociación incompatible*”⁶², o simplemente colusión; esta última denominación adoptó nuestro ordenamiento jurídico penal con la emisión de la ley N° 29703, y fue mantenida con la Ley N° 30584, distinguiéndose por su grado de comisión en colusión agravada y simple. En otros términos, el profesor Fidel Rojas Vargas la denomina “la colusión defraudatoria

Comenzamos la redacción del presente capítulo justamente analizando el *nomes iuris*, y de esta manera identificar la denominación más adecuada en el marco de un pensamiento sistemático de nuestro sistema jurídico penal; tanto más, que demostraremos que la denominación tendrá una directa incidencia con respecto a lo que consideramos como bien jurídicamente tutelado, los elementos constitutivos del ilícito, y por ende también con respecto a la autoría y participación; por ello, el estudio de la denominación correcta o más adecuada, resulta ser la piedra angular, ya que permitirá adecuar una teoría del caso o de los hechos, sostenible y sustentada cuando abordamos el estudio de

⁶² ROJAS VARGAS, Fidel. Manual Operativo de los Delitos contra las entidades de la administración pública cometidos por funcionarios Públicos. Editorial Nomos&thesis. Edición 2016, pág. 187.

este ilícito; por el contrario, la falta de uniformidad con respecto a la denominación y conceptualización sobre este ilícito, y sus implicancias produce que pronunciamiento incongruentes atentan con la seguridad jurídica, siendo una muestra de ello los pronunciamiento de la jurisprudencia, y por ende carecen de sentido interpretativo uniforme.

En ese sentido, la primera interrogante que debemos hacernos es ¿Qué es colusión?, y que ¿que involucra colusión o coludirse? De acuerdo al Real Academia Española la palabra colusión proviene del latín *collusio*, que define “al pacto ilícito en daño de un tercero”⁶³, en este marco, coludirse involucra realizar acuerdo ilícito realizado por dos o más sujetos, perjudicando a un tercero. Del significado dado por la real académica española se advierte que el mismo involucra un gran abanico de posibilidades para identificar un hecho como colusión, en ese sentido, la colusión como el pacto ilícito que perjudica a tercero, pueden ser imputados en acuerdos realizados tanto a particulares como agentes de la administración pública, es decir, funcionarios, servidores públicos, privados o particulares. Sentido que no ha sido adoptado en nuestro Ordenamiento jurídico penal , ya que, no se consideraría sujetos imputables del delito de colusión al acuerdo ilícito dado entre dos particulares con fines de perjudicar a un tercero también privado, supuesto no contempla en el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal ; es más, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico la colusión entre particulares no es relevante penalmente; en consecuencia, el sentido de la palabra colusión *per se* no es adoptado en nuestro ordenamiento jurídico, empero, normativamente el

⁶³ <http://dle.rae.es/?id=9s5urAc>

Ordenamiento jurídico penal lo ha tomado, por lo tanto, se colige que la semántica legal del delito de colusión no es congruente con la semántica de la palabra colusión.

Ahora con respecto a la denominación tradicional de colusión ilegal adoptada por estudios del derecho penal⁶⁴, consideramos que el mismo no se ajusta a la realidad, en razón que en el mercado y comercio, no es admisible las prácticas colusorias, sobretudo en relaciones económicas o de consumo con el privado, por ello, no es necesario hacer una distinción entre colusión y colusión ilegal, ya que ello deviene en un operación tautológica, por ende, se puede afirmar que toda practica colusoria es ilegal *per se*; por lo tanto, la denominación de colusión que recoge el ordenamiento jurídico penal peruano, es definitivamente a la colusión ilegal.

Empero es relevante penalmente la colusión ilegal o antijurídica, definitivamente no. Es necesario recordar que las prácticas colusorias si bien son consideradas cuestionables, empero, deben tener en cuenta que para que se considere merecedora de una sanción penal, requiere que se configure cada uno de los requisitos y supuestos típicos, previsto en la ley penal. En ese sentido el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal , señala y tipifica como ilícito penal de colusión el acuerdo o concertación para defraudar 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

⁶⁴ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág. 64

decir, generar una competencia desleal. Es por estas consideraciones que a nuestra opinión la denominación, de acuerdo a lo contenido en nuestro ordenamiento jurídico penal , conlleva a que se denomine al delito de colusión como ***colusión desleal en contratación pública***.

5.2.- Antecedente del delito de colusión.-

De acuerdo al profesor Fidel Rojas Vargas, el delito de colusión previsto en el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal , tiene su antecedente directo en el artículo 344° del Ordenamiento jurídico penal de 1924, y en fuentes extranjeras "...de influencia para la redacción de dicho dispositivo fueron los artículos 400 del Ordenamiento jurídico penal español"⁶⁵, fuentes que el legislador tomo en cuenta para elaborar el tipo de colusión peruano.

5.3.- Regulación vigente del delito de colusión.-

De acuerdo a nuestro vigente ordenamiento jurídico penal, el delito de colusión se encuentra previsto en el artículo 384° del ordenamiento penal⁶⁶.

⁶⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra las entidades de la administración pública . Editorial Grijley. 4ta. Edición enero del 2007. Pág. 405-406

⁶⁶ "Artículo 384. Colusión simple y agravada

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

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

5.4.- Evolución regulatoria del delito de colusión.-

En lo que respecta a la regulación del ilícito penal de colusión, se desprende que no tiene un tratamiento uniforme, supuesto que se desprende de la regulación dada al tipo penal en el derecho comparado, es así, que las denominaciones más comunes o figuras más próximas corresponde al Derecho penal Español, de esta manera el ilícito de colusión tiene su principal antecedente en el Derecho penal español, y que sancionaba a las conductas incurridas por funcionarios públicos no solo por perjudicar el patrimonio del estado, sino que este perjuicio se realizaba en ciertas operaciones desempeñadas por el cargo.

En ese marco el Estado peruano, regulo el delito de colusión desleal o ilegal⁶⁷, en el Ordenamiento jurídico penal del año 1924 en su artículo 344°⁶⁸, norma que fue modificada por el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 121⁶⁹, de fecha doce de junio del año mil novecientos ochenta y uno⁷⁰. Delito que fue también previsto en el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal del año 1991⁷¹.

(67) ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra las entidades de la administración pública ; Lima; Grijley; 4 ed.; 2007; p. 405 y 406.

(68) “El funcionario o empleado público que en los contratos en que interviniera, por razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión no mayor de seis años, e inhabilitación especial conforme a los incisos 1°, 2° y 3° del artículo 27° por tiempo no menor de cinco años.”

(69) ESPINO PEREZ, Julio. CODIGO PENAL-CONCORDADO. Sexta Edición. Editorial Importadora Sevillano. Lima – Perú. Abril 1948. Pág. 408.

(70) “Artículo 344° - El funcionario o servidor público que en los contratos, suministros, licitaciones, subastas o en cualquier otra operación semejante, en que interviniera por razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado o a empresas del Estado o a sociedades de economía mixta o de organismos sostenidos por el Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión no mayor de seis años, e inhabilitación especial conforme a los incisos 1°, 2°, y 3° del artículo 27°, por tiempo no menor de cinco años.”

(71) “El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos

Norma que fue modificada a través del artículo 2° de la Ley N° 26713, publicada el 27-12-96, Ley que modifica el Ordenamiento jurídico penal referidos a la sanción del funcionario o servidor defraudador de la nación⁷².

A través de la citada modificatoria se excluye como sujetos agraviados específicamente a las empresas del Estado, sociedades de economía mixta u órgano sostenidos por el Estado, en razón que, los mismos producían sus propios recursos y no solo recursos de los contribuyentes, por lo que, se suponía que su tráfico económico debe sujetarse las normas del derecho comercial y, por ende, no punibles penalmente por no ser dinero de los contribuyentes. Durante más de catorce años el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal modificado por el artículo 2° de la Ley N° 26713, se encontró vigente, aún durante la época dura de la situación económica del Perú y, el inicio de la bonanza económica hasta que en la última legislatura del Congreso de la Republica del período 2007 y 2011, en sus últimos días con fecha 10/06/2011 publicaron la Ley N° 29703 – Ley que Modifica el Ordenamiento jurídico penal respecto de los Delitos contra las entidades de la administración pública y en su artículo 1° se modificó el artículo 384° modificado por el artículo 2° de la Ley N° 26713⁷³. En esta modificatoria se incorporó la premisa defraudare patrimonialmente al Estado como un elemento

por el Estado, concentrándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.”

⁷² “El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.”

⁷³ “El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.”

del delito y, convirtió al delito de colusión en un delito de resultado, característica novísima que no se había dado desde el Ordenamiento jurídico penal de 1924°, ante este acontecimientos y disconformidad manifestadas con fecha 21/07/2011, se publicó la Ley N° 29758 – Ley que modifica el Ordenamiento jurídico penal respecto de los Delitos contra las entidades de la administración pública y, en su artículo Único nuevamente modificó el artículo 384°, desdobló al delito de colusión en dos supuesto. Finalmente, mediante la Ley N° 30111 de fecha 26 de noviembre del 2013, se realizó la última modificatoria al artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal , que agrega la pena de multa, de esta forma el tipo penal vigente. Al respecto, podríamos suponer que el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal modificado con la Ley N° 29703, que convierte al delito de colusión en un delito de resultado tuvo una vigencia de un mes y once días, de conformidad con lo teoría de los hechos cumplidos que recoge la Constitución Política del Estado en su artículo 103^{o(74)}, empero, no fue así, en razón que, en mérito a la demanda de inconstitucionalidad que formuló la Fiscalía de la Nación contra la Ley N° 29703 en lo que respecta a la modificatoria del delito de colusión, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00017-2011-PI/TC declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a través de la Ley N° 29703 y, nulo la expresión “patrimonialmente” y, por lo tanto, los jueces de la justicia ordinaria, de conformidad con lo prescrito en su fundamento 37) de la sentencia

⁽⁷⁴⁾ Artículo 103°. Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. **La ley se deroga sólo por otra ley.** También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

cuando invoque el referido delito no podrán considerar el término “patrimonialmente”⁽⁷⁵⁾.

En la actualidad el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal es vigente con la modificatoria de la Ley N° 29758, que regula la colusión simple y agravada, norma que adopta en su primer párrafo la regulación del delito de colusión de acuerdo al artículo 384° modificado por el artículo 2° de la Ley N° 26713 y, que tiene una enorme similitud del artículo 436° del Ordenamiento jurídico penal Español⁷⁶, y en su segundo párrafo la modificatoria del citado artículo, empero de conformidad con lo prescrito en la Ley N° 29703⁷⁷.

5.5.- Norma jurídica penal que regula el delito de colusión.-

El antecedente del delito de colusión encuentra su explicación en la legislación española, que alude a la sanción por el perjuicio que realiza el funcionario en ejercicio de su función en operaciones de carácter patrimonial, supuesto que se colige del artículo 400° del Ordenamiento jurídico penal Español derogado. En ese mismo sentido la legislación peruana adopta el criterio de considerar

⁽⁷⁵⁾ www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf

⁷⁶ “Artículo 436.

La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años.”

⁽⁷⁷⁾ Afirmación que conlleva a nuevamente tener en cuenta que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional con respecto la Ley N° 29703, fue en considerar el término patrimonialmente como espurio para nuestro ordenamiento jurídico, pero el mismo término sigue vigente con la modificatoria de la Ley N° 29758, empero ahora deja en la pregunta si también tiene la misma calidad que el adoptado en la Ley N° 29703.

como ilícito de colusión las actuaciones defraudatorias realizadas por los agentes del estado, en los procesos de contratación. En ese sentido, se afirma que el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal , adopta el lineamiento fijado por la legislación española en su legislación derogada, y la vigente, conforme se desprende del artículo 436° del Ordenamiento jurídico penal Español, vigente, empero, adopta ciertos matices que los diferencia, en cuanto los elementos de tipificación objetiva y subjetiva, y más, aun requieren de normas extrapenales para poder dar sentido al tipo penal, constituyendo de esta forma en una norma jurídico penal en blanco.

En otros términos sólo es posible abordar la descripción del ley penal que regula el delito de colusión en el marco de leyes especiales que regulan el proceso de contratación estatal, similar a lo que sucede en el tipo penal español de fraude previsto en el citado artículo 436°, por ello, una labor importante para imputar la comisión del delito de colusión es determinar las normas extrapenales que fundamentan si el hecho supero el riesgo permitido, siendo ello así, cobra vital importancia identificar las leyes extrapenales necesarias dependiendo de cada caso.

5.6.- Naturaleza jurídica del tipo penal del delito de colusión.-

Es un delito de comisión por excelencia, y teniendo en cuenta que el delito de colusión conlleva como condición necesaria de tipicidad que el sujeto activo del delito sea necesariamente un funcionario, es por ello, que se identifica a este como un delito de **infracción de deber**, que contiene su estructura en similar a

los delitos de infracción de deber negativo de no lesionar a nadie, concretado en la actividad del funcionario público, en términos del profesor Percy Garcia Caveró⁷⁸. La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre las cualidades del tipo penal de colusión identificándolo como un **delito especial propio** o como un **delito especial propio de resultado**; en el primer supuesto se atribuye que este delito solo es imputable a funcionarios que cumplen un especial encargo e infringe su "...deber específico derivado de su cargo en lo que concierne a la adecuada gestión de los interés y bienes públicos"⁷⁹. Con respecto a la segunda postura que lo considera como delito especial propio de resultado, es la acogida en la ejecutoria suprema R. N. N° 79-2003-Madre de Dios del quince de febrero del dos mil cinco⁸⁰. Asimismo, se le considera como un tipo penal de encuentro, es decir, el tipo penal del artículo 384° constituye un caso de los denominados **delitos de encuentro**, que Abanto Vasquez define como "...aquellos en los cuales la conducta típica es realizada por varias personas con una finalidad común, pero intervienen desde direcciones diferentes y complementaria."⁸¹. Al respecto Hans- Hinrich Jescheck y Thomas Weigend afirman que en los delitos de encuentro las actividades de los intervinientes se dirigen al mismo objetivo, pero desde lados distintos; de modo que las acciones en cierto modo, acaban por encontrarse⁸², asimismo se

⁷⁸ CAVERO GARCIA; Percy, y CASTILLO ALVA, José Luis. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág 21

⁷⁹ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.90

⁸⁰ "Que, la colusión desleal previsto en el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal , es un tipo penal especial propio, de resultado, que busca proteger el patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración

⁸¹ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011, pág. 294

⁸² JESCHECK, Hans- Heinrich/ WEIGNED, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 5da. Edición. Comares, granada. 2002., pág.751.

considera como un **delito de “...convergencia, plurisubsistente...”**⁸³. Por otro lado, el profesor Jose Luis Castillo Alva, a título de opinión personal que el delito de colusión es un “...delito de resultado, y en concreto de lesión, en la medida que genera un perjuicio material, real y tangible al patrimonio de la entidad pública concreta o del Estado. Se trata, además, de un delito de resultado instantáneo. No estamos ante un delito de resultado permanente ni tampoco continuado.”⁸⁴ Postura que es compartida por el profesor Fidel Rojas Vargas quien precisa que el delito de colusión es un delito de resultado “...que se produzca defraudación a los intereses del Estado u organismos sostenidos por él, esto es, que se dé el perjuicio económico, (...)No se requiere necesariamente que el sujeto activo del delito obtenga un beneficio o ventaja para sí mismo”⁸⁵, y asimismo niega que sea un delito de peligro o simple actividad o mera actividad, por la exigencias que tiene la norma peruana que lo diferencia del caso español; en esa misma línea de pensamiento el profesor Roberto Cáceres Julca precisa que el delito de colusión es un delito de infracción con resultado o “dicho de otro modo, en el delito de colusión, concurren dos criterios: a) cualitativo (infracción de deberes funcionariales a través del acto de concertación) y; b) cuantitativa (afectación del patrimonio del Estado)”⁸⁶. De lo expuesto se colige que la doctrina y la jurisprudencia no es unánime al identificar la naturaleza del delito de colusión.

⁸³ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.104

⁸⁴ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.180

⁸⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra las entidades de la administración pública . Editorial Grijley. 4ta. Edición enero del 2007. Pág. 422

⁸⁶ CACERES JULCA. Roberto. El delito de Colusión. Aspectos sustantivos y probatorios. Delitos contra las entidades de la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Editorial Gaceta Jurídica. Mayo del 2016. Pág. 206

5.7.- El Bien jurídico.-

Con respecto al bien jurídico tutelado en el delito de colusión existe diversidad de posturas y a fin de poder tener una visión del panorama completo de las mismas desarrollaremos cada una de dichas posturas y determinar en ese sentido sus implicancias, de acuerdo al profesor Percy Garcia Cavero, la determinación del bien jurídicamente protegido implica el contenido de cada elemento del tipo penal⁸⁷. En este contexto, determinar e identificar el objeto jurídicamente protegido por el delito de colusión previsto en el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal , resulta imprescindible para determinar el contenido de los elementos del tipo penal. Ahora conforme indica el citado autor la doctrina nacional no es unánime proponer al bien jurídico protegido, con respecto a este ilícito, hecho que genera un haz de expectativas y por ende de inseguridad jurídica.

5.7.1.- El bien jurídico como principios de actuación administrativa. -

Esta postura ha sido reafirmada por el Tribunal Constitucional Peruano, al emitirse la sentencia contenida en el Exp. N° 020-2003-AI/TC, que precisa que lo que se busca proteger con el delito de colusión es los principios de la contratación pública, ello se desprende del numeral 12 de la aludida sentencia⁸⁸, es por ello el profesor Fidel Rojas Vargas, precisa que el bien jurídico protegido en sentido general "...busca cautelar la regularidad y

⁸⁷ CAVERO GARCIA; Percy, y CASTILLO ALVA, José Luis. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.19

⁸⁸ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00020-2003-AI.html>

corrección en el ejercicio de la función de negociación, así como proteger el patrimonio del Estado”⁸⁹

5.7.2.- bien jurídico es el deber de lealtad. –

Al respecto el profesor el profesor español Etxebarria Zarrabeitia, describe en delitos de fraude estatales, la vulneración del bien jurídico es la “...infracción de deberes de lealtad del funcionario al desempeñarse la concreta función estatal. La jurisprudencia comparada se refiere a un pacto defraudatorio que infringe los deberes de lealtad y probidad de los funcionarios públicos”⁹⁰; al respecto se advierte que la Corte Suprema en las ejecutorias Supremas contenidas en la Resolución N° 79-2003 del 15 de febrero del 2005, Resolución N° 278-2005 del 10 de mayo del 2005, y la Resolución N° 3017-2004 del 17 de marzo del 2005, acepta esta postura de considerar como bien jurídico del delito de colusión el deber de lealtad⁹¹.

5.7.3.- El bien jurídico como la integridad y rectitud del funcionario. –

El profesor Catalán Sender, precisa que el bien jurídico tutelado es la administración pública “...más moral que patrimonial debido a que el legislador le interesa preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver en aras

⁸⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. Manual Operativo de los Delitos contra las entidades de la administración pública cometidos por funcionarios Públicos. Editorial Nomos&thesis. Edición 2016, pág. 192.

⁹⁰ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.66

⁹¹ “es deber del funcionario de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica al patrimonio estatal”.

de la transparencia y rectitud en las administraciones públicas, respecto a los administrados en relación con las personas y cosas administradas como exigencias del Estado de Derecho”⁹²

5.7.4.- El bien jurídico es la libre competencia de los proveedores. -

El profesor peruano Abanto Vásquez considera que “...el bien jurídico protegido del delito de colusión ilegal es a la libre competencia de proveedores que se vería mermado y profundamente venido a menos cuando el contrato estatal es obtenido por un interesado que se concierta ilegalmente con un funcionario y le otorga la buena pro o lo favorece con condiciones más ventajosas.”⁹³ Agrega que “El mercado en lo que atañe a la contratación estatal se vería profundamente distorsionado ya que el ganador de los concursos públicos o las licitaciones no se inclinaría a quién ofrece un mejor bien, una mejor calidad del producto o un mejor precio, sino el interesado que conoce a los funcionarios, los corrompe y en base a cualquier medio logra concertarse con ellos de manera ilegal defraudando las expectativas sociales y estatales en el ámbito patrimonial”⁹⁴

Una crítica a este planteamiento es la realizada por el profesor José Luis Castillo Alva, quien indica que: “Este planteamiento pese a lo sugestivo que aparece presenta objeciones. En primer lugar, se resalta que lo que se prohíbe

⁹² CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.67

⁹³ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.70

⁹⁴ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.70

y se castiga son conductas de funcionarios públicos y no actos de particulares, por lo que mal se haría al plantear que el objetivo de protección es la libre competencia de los proveedores. Al Estado lo que le interesa es poder comprar bienes de buena calidad a un precio adecuado, al margen si dicha operación se realiza a una empresa monopólica o con competencia. El Estado como cualquier agente económico le importa adquirir bienes y contratar servicios a un buen precio y una buena calidad, independientemente de si existe libre competencia o no.”⁹⁵

5.7.5.- El bien jurídico es el patrimonio del Estado. –

El bien jurídico debe interpretarse “...necesariamente en clave económica debido a que el tipo penal plantea la existencia de fraude. [...] En efecto, en la medida que en el delito de colusión lo que se busca es proteger al patrimonio estatal de los actos de concertación que se ejecutan en los contratos estatales, solo pueden tener relevancia en el ámbito del injusto penal las concertaciones que inciden sobre contratos administrativos de carácter patrimonial”⁹⁶, similarmente el profesor Roberto Cáceres Julca considera que “mediante este tipo penal se busca proteger el patrimonio del Estado, como exige la agravante “defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado. Del mismo, el mandato de protección abarca lo que en doctrina se denomina

⁹⁵ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.71

⁹⁶ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.71

incorrecto desempeño del funcionario dentro de la Administración Pública, presente en el tipo base como en su forma agravada”⁹⁷.

5.7.6.- El bien jurídico es el patrimonio en lo que respecta no solo al gasto público sino también a sus ingresos estatales. –

El bien jurídico en el delito de colusión no solo debe comprenderse como el patrimonio invertido o gastado del estado en la contratación sino el patrimonio que percibiría o ingreso, en términos del profesor José Luis Castillo Alva, “Ya no solo se trata de cautelar los gastos que el Estado, o sus diversas entidades, desarrollan en las adquisiciones de bienes y servicios, sino también de proteger sus ingresos económicos que aumentan, nivelan o compensan de alguna manera el gasto público”⁹⁸.

5.7.7.- El bien jurídico como el patrimonial en la contratación pública. -

El profesor José Luis Castillo Alva, indica que el bien jurídico tutelado en el delito de colusión “...no se protege el patrimonio estatal de todo daño y de cualquier afectación. Lo único que se proscribe aquí son los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados. [...] En efecto, no es que la concertación puede producir en cualquier área, sector o actividad del complejo de relaciones en las que el Estado interviene y le preocupa. En realidad, el

⁹⁷ CACERES JULCA, Roberto. El delito de Colusión. Aspectos sustantivos y probatorios. Delitos contra las entidades de la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Editorial Gaceta Jurídica. Mayo del 2016. Pág. 206

⁹⁸ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.74

ámbito típico de la infracción se limita a prohibir y castigar la concertación estatal y las negociaciones que le son previas de manera inherente, peor aun cuando estas son cada día más extensas y complejas. Con razón, se afirma que la situación típica descrita de gestión de los recursos públicos posee un área delimitada: el desarrollo del proceso de contratación pública o de liquidación y ajustes de convenios o suministros.[...].”⁹⁹

5.7.8.- El bien jurídico posiciones eclécticas.

De acuerdo al profesor Jose Nolasco Valenzuela, el bien jurídico estaría constituido por “El correcto funcionamiento de la administración pública mediante la protección del patrimonio del Estado a través del cumplimiento de los deberes de imparcialidad y lealtad en la realización de los negocios jurídicos administrativos”¹⁰⁰; y para el profesor Percy Garcia Cavero, identifica al bien jurídico en el delito de colusión desleal, como dos supuestos u objetos: a) un interno con respecto a la administración pública y b) externo con respecto a la administración pública. En forma interna vendría a ser el patrimonio administrado, observancia de los principios que rigen la contratación pública; y en forma externa, la protección penal de libre competencia del mercado transaccional de la contratación pública, ya que con este delito se afectaría el factor de calidad y precio como criterio de selección de los proveedores del Estado. Concluyendo que bien jurídico por el delito de colusión desleal estaría

⁹⁹ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.79

¹⁰⁰ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 281

constituido por la libre competencia o por el patrimonio del Estado¹⁰¹. Para el profesor Fidel Rojas Vargas, el bien jurídico protegido por el delito de colusión es múltiple ya que se pretende proteger: a) preservar el patrimonio público del estado, b) garantizar la intangibilidad de los roles especiales, inherentes a la función pública y c) asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional¹⁰², postura que a la fecha ha variado en el marco del pronunciamiento del Tribunal Constitucional contenido en el Exp. N° 020-2003-AI/TC, conforme se indicó anteriormente. Para el profesor Ramiro Salinas Siccha considera que el bien jurídico se desdobra en dos fases en su sentido genérico y específico, “...el bien jurídico genérico es el normal y recto funcionamiento de la las entidades públicas que resulta manifestación objetiva del Estado. En tanto que el bien jurídico protegido específico o particular es la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, expresados en la idoneidad y el celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos”¹⁰³.

5.8.- LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE COLUSIÓN

5.8.1.- Acción típica. –

El delito de colusión es “...la figura delictiva que sanciona todo acto de concertación entre funcionario público y particular que busque afectar o afecte

¹⁰¹ CAVERO GARCIA; Percy, y CASTILLO ALVA, José Luis. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.20

¹⁰² ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra las entidades de la administración pública . Editorial Grijley. 4ta. Edición enero del 2007. Pág. 407

¹⁰³ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra las entidades de la administración pública . Editorial Iustitia y Grijley. 4ta edición. Setiembre-2016. pág. 327.

el patrimonio público”¹⁰⁴ en ese sentido la “...concertación, esto es, la celebración del acuerdo colusorio entre el autor y el interesado (proveedor) en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subasta, o en cualquier otra operación semejante, defraudando al Estado, es decir, produciéndole perjuicio económico”¹⁰⁵. “la acción típica de colusión desleal en el concierto, la celebración de un acuerdo colusorio entre el autor y el interesado (proveedor), en los procesos administrativos de selección de proveedor de bienes y servicios, o en la celebración y ejecución de los contratos administrativos que prevé el tipo penal abierto del artículo 384, produciendo la defraudación al Estado, esto es, perjuicio económico.”¹⁰⁶ El delito de colusión como un delito plural, se desarrolla en tres actos: “1. Concierto o acuerdo colusorio entre el autor o interesado-proveedor. 2. El proceso o contrato administrativo. 3. La defraudación al Estado.”¹⁰⁷

5.8.2.-El tipo en el delito de colusión.

El delito de colusión es un tipo de comisión y no por comisión con respecto al autor, es decir, no puede realizarse una colusión comisiva, empero, la colusión por omisión si es posible se realice en marco de la complicidad, es decir los demás intervinientes en el proceso de contratación que advierten o toman conocimiento del actuación colusoria del sujeto activo no impiden la realización

¹⁰⁴ CACERES JULCA, Roberto. El delito de Colusión. Aspectos sustantivos y probatorios. Delitos contra las entidades de la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Editorial Gaceta Jurídica. Mayo del 2016. Pág. 205

¹⁰⁵ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 282

¹⁰⁶ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 283

¹⁰⁷ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 283

o no comunican de ello a las autoridades competentes, de tal suerte que genera un facilitamiento a la ejecución del delito, hecho que seda en vulneración del deber de vigilancia o control que tiene el inmediato superior u otros sujetos intervinientes, la referencia para esta postura se da en la Ejecutoria Suprema recaída en la Resolución N° 278-2008 del 10 de mayo del 2005¹⁰⁸¹⁰⁹. Al respecto también se debe tener en cuenta que “La colusión desleal es lo que se denomina un delito de pluralidad de actos, es decir, la acción típica no se produce con un solo acto, como el homicidio, sino mediante dos o más actos.”¹¹⁰

5.8.3- Sujeto activo en el delito de colusión.-

Se considera al delito de colusión como un delito de corrupción de funcionarios, en razón que el sujeto activo es un funcionario público u operador de la Administración Pública, condición que lo convierte en un sujeto de imputación jurídico - penal especial, en razón que desempeña roles organizacionales dentro del Estado, y por ende tiene un deber de garante que lo diferencia de los demás sujetos activos imputados en delito comunes, hecho que podemos constatar de la Ley N° 30057 - Ley del Servicio Civil, Ley Marco del Empleado Público, y la Código de Ética del Empleado Público, que podemos identificarlo como deberes positivos especiales que vinculan a los sujetos involucrados en

¹⁰⁸ “Su condición de administrador general de la entidad agraviada se encontraba en la obligación de supervisar las acciones correspondientes al sistema de abastecimiento, evidenciándose con su inacción no sólo su voluntad de infringir sus deberes inherentes al cargo que desempeña, sino además el concierto de voluntades, al permitir la suscripción del contrato con anterioridad al proceso de adjudicación directa

¹⁰⁹ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág. 123

¹¹⁰ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 283

el proceso de contratación, que lo obligan a buscar el objetivo y la finalidad de la contratación pública previsto en el artículo 1° de la Ley N° 30225.

Empero no todo funcionario u operador de la Administración Pública es sujeto activo del delito de colusión, es necesario además de ser funcionario o servidor público que el mismo tenga una función, encargo, o cargo, en el proceso de contratación pública, por dicho motivo el artículo 384° del ordenamiento jurídico penal , detalla que es sujeto activo el funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado; ello consideramos es un aporte necesario al momento de imputar el delito de colusión sobretodo compras sujetas en la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225, ya que dicha norma determina quienes son los sujetos que participan en el proceso de contratación: a) el titular, b) el órgano encargo de las contrataciones, y c) el área usuaria; y en caso de otras clases de compras pública se adoptara la misma lógica, el titular, los operadores encargos de la selección del proveedor o concesionario y el requirente de la compra. Todos ellos sujetos que roles, deberes y obligaciones específicas y de mayor relevancia con respecto a otros funcionarios y más aun con respecto a los ciudadanos no funcionariales. “De allí que no pueda ser considerado como autor de colusión ilegal quien pese a ser funcionario no tiene marco colusión ilegal quien pese a ser funcionario no tiene marco funcional, competencia [razón del cargo] o autorización especial para participar en los contratos o convenios de la administración. Lo que determina la incriminación típica y

constituye el fundamento de la infracción es no tanto el cargo de funcionario, sino el estar habilitado normativamente [Ley, reglamento, manual de organización de funciones, estatuto, etc.] o contar con una autorización especial- si es que no se cumple con este requisito- para intervenir en el acto o los negocios jurídicos”¹¹¹, en caso de careciera de dicha condición el sujeto activo sería considerado de acuerdo al profesor José Luis Castillo Alva, en un autor inidóneo o un supuesto de falta de tipicidad objetiva relativa, línea de pensamiento que ya fue previamente fijada por la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema contenida en el Exp. N° 1382-2002, de fecha 05 de mayo del 2003¹¹²¹¹³, y asimismo en la Ejecutoria Suprema, Exp. N° 1522-97, de fecha 20 de marzo de 1997, que preciso: “Si el procesado no tuvo poder de decisión y por lo tanto ninguna injerencia en la celebración de los contratos cuestionados, sus actos no son reprimibles penalmente”¹¹⁴

5.9.- El autor.-

El delito de colusión requiere necesariamente de dos sujetos activos que son el funcionario del estado que por razón de su cargo participa en el proceso de contratación o contrato administrativo y el interesado, con quien se ha realizado el acuerdo colusorio o concierto defraudatorio. En ese sentido el tipo penal

¹¹¹ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.93

¹¹² “El delito de colusión ilegal exige para su configuración que el funcionario o servidor público concierte con los interesados para defraudar al Estado en las distintas contrataciones que celebre por razón de su cargo o comisión especial; empero, fluye de actuados que el procesado no tuvo poder de decisión y por lo tanto ninguna inferencia en la adquisición”

¹¹³ CACERES JULCA. Roberto. El delito de Colusión. Aspectos sustantivos y probatorios. Delitos contra las entidades de la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Editorial Gaceta Jurídica. Mayo del 2016. Pág. 208

¹¹⁴ CACERES JULCA. Roberto. El delito de Colusión. Aspectos sustantivos y probatorios. Delitos contra las entidades de la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Editorial Gaceta Jurídica. Mayo del 2016. Pág. 208.

exige dos agentes partícipes que son: el “Autor es el funcionario o servidor público que actúa en razón de su cargo o comisión especial en contratos, suministros, licitaciones, concurso públicos, subastas y cualquier otra operación semejante.”¹¹⁵ “El delito de colusión desleal corresponde a un tipo penal cualificado por el agente; no cualquier persona puede ser autor, sino exclusivamente los funcionarios públicos que, por razón de su cargo, representan al Estado en alguno de los negocios jurídicos administrativos señalados en el artículo 384 del Código de 1991. Para ser autor de colusión desleal no basta la condición de funcionario público; además debe verificarse el nexo funcional entre aquél con el proceso o contrato administrativo en el que interviene por razón del cargo”¹¹⁶ “Es claro que si no hay interesado con quien el autor se encuentre en el pacto colusorio, no podría establecerse colusión desleal”¹¹⁷, en esos mismos términos el profesor Jose Castillo Alva citando la Ejecutoria Suprema contenida en la Resolución N° 510-2004 del 21 de enero del 2005, precisa que: “Sin la intervención dolosa de los interesados no es posible entender el delito de colusión”¹¹⁸

5.9.1- 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

¹¹⁵ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 281

¹¹⁶ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 282

¹¹⁷ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 294

¹¹⁸ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.151

manera diferente al tipo penal; deber especial contenido en norma extrapenal habilitante (ley, reglamento, norma administrativa, estatuto, etc.,) que delimita su encargo en la contratación administrativa patrimonial, y que constituye la antijuricidad formal del tipo penal de colusión, es por ello en términos del profesor Percy Garcia Caverro, 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 lo tanto, se considera que el funcionario cuenta con un deber de garante con un “obligación jurídico-normativa reforzada de custodiar y proteger los intereses patrimoniales del Estado cuando intervienen en determinados negocios jurídicos [contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante] que suponen la contratación de bienes y servicios”¹¹⁹. 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

¹¹⁹ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.87

que “...tiene un deber de actuación más óptimo y adecuado en cuanto al control, vigilancia y preservación del patrimonio estatal”¹²⁰, 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”¹²¹, 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”¹²²

Contrario a lo expuesto anteriormente el profesor Roberto Caceres 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 de la 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 ocasiona un riesgo prohibido que tenga

¹²⁰ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.87

¹²¹ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra las entidades de la administración pública . Editorial Grijley. 4ta. Edición enero del 2007. Pág. 408

¹²² ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra las entidades de la administración pública . Editorial Grijley. 4ta. Edición enero del 2007. Pág. 429

idoneidad para defraudar al patrimonio público,...”¹²³, 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”¹²⁴

5.9.2.- Límites del deber específico del funcionario que interviene contratación pública. -

Es necesario tener en cuenta que el deber específico normativo que lo obligación a custodiar y proteger los intereses patrimoniales del Estado, no debe entenderse como una obligación de gestión por resultados, de tal manera que en caso se incurra en una actuación deficiente del funcionario encargado del contratación administrativa se impute como autor del delito de colusión, en otros términos, “No todo incumplimiento de los deberes de eficiencia, cuidado o de la obtención de la mayor ventaja en favor del Estado va a representar la génesis de una responsabilidad penal, (...) El ordenamiento jurídico-penal no pretende castigar a quien no maximiza los deberes de vigilancia del patrimonio estatal, tampoco le interesa sancionar cualquier negligencia, cuidado o desatención en el cumplimiento de una adecuada negociación o la desidia en la

¹²³ CACERES JULCA, Roberto. El delito de Colusión. Aspectos sustantivos y probatorios. Delitos contra las entidades de la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Editorial Gaceta Jurídica. Mayo del 2016. Pág. 209

¹²⁴ CACERES JULCA, Roberto. El delito de Colusión. Aspectos sustantivos y probatorios. Delitos contra las entidades de la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Editorial Gaceta Jurídica. Mayo del 2016. Pág. 210

ejecución del encargo recibido”¹²⁵, siendo ello condición objetiva de tipicidad de otro delito

Asimismo, de acuerdo a la ley penal descrita en el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal , se considera como sujeto activo del delito de colusión a los particulares interesados en la compra pública defraudadora, y que necesariamente intervinieron en la concertación. Al respecto si tomamos en cuenta que el delito de colusión es un delito de corrupción pública en razón que el sujeto activo es por excelencia los servidores o funcionarios encargos del proceso de contratación, ello se condice a primera vista, al integrar a particulares como intervinientes activos del delito, es más, se les denominan *extraneus*, ya que, para lograr la concertación y defraudación se necesario que desempeñe un rol de trabajo y realice un aporte delictual.

Consideramos que la premisa contenida en el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal , apertura la puerta para considerar a sujetos diferentes a los servidores o funcionarios públicos responsables del proceso de contratación como sujetos activos del delito de colusión o mejor dicho como participantes del delito de colusión, por lo tanto, esta técnica legal adoptada por nuestro legislador constituye a nuestro parecer un graso error, ya que que integrar a particulares dentro de un tipo penal específico y especializado como es el delito de colusión, desnaturaliza jurídicamente el tipo penal, de tal forma que se puede afirmar que en este caso, para ser considerado participe del delito de colusión no se requiere ser funcionario o servidor público; al respecto debemos

¹²⁵ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.88

agregar que la postura contenida en la ley penal vigente, lesiona el principio de legalidad, desde una análisis jurídico-dogmático, por cuanto el delito de colusión es imputable por excelencia a funcionarios públicos intervinientes en las compras públicas, en razón que los particulares proveedores del estado, no tienen un rol de garante organizacional como si lo tiene los funcionarios, hecho que genera que sus actuaciones se limite al ámbito de lo permitido y no permitido en las compras públicas.

En ese sentido, no es posible considerar al particular que interviene en la compra pública defraudadora como un *extraneus*, y por ende sujeto activo del delito de colusión, es más, atribuirle la calidad de cómplice o hasta instigador, devienen en extenso, y menos aún aplicable ni por analogía. Con respecto a los otros funcionarios o servidores intervinientes que la actuación colusoria pero que no cuenta con el deber específico del funcionario que interviene contratación, se colige que los mismos solo pueden ser atribuidos en el calidad de cómplices o partícipes, aun cuando el mismo sea el propio titular del pliego u otros colaboradores, aceptar lo contrario significaría desconocer que el delito de colusión es un delito de infracción de deber, y considerarlo como de mera actividad y por ende no considerado un delito contra las entidades de la administración pública , postura que sería más coherente.

5.9.3.-El coautor y los otros partícipes. -

Las mismas condiciones del autor, “todos los funcionarios a los que se atribuye esta condición tiene que cumplir los requisitos de funcionarios público y nexos

funcional”¹²⁶. De acuerdo al artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal un sujeto interviniente en el delito de colusión diferente al funcionario público es el interesado o el que se interesa en la contratación pública, cuya participación es necesaria para que se configure del delito, es términos de la Ejecutoria Suprema contenida en la Resolución N°043-2001 de fecha 5 de diciembre del 2005, se precisa que los particulares que intervienen necesariamente en la concertación y genera la comisión del delito de colusión tiene la condición de partícipes necesarios, y su no intervención generará la atipicidad de la conducta o en su defecto la comisión de otro delito como cohecho o peculado. Pero quienes son estos interesados, que doctrinariamente se les ha dado el calificativo de *extraneus*; pues aluda 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. Al respecto se puede identificar dos tipos de extraneus los absolutos o propios y los relativos o impropios, es decir, cuando el “...el contratista extraneus absoluto (extraños a la administración pública) o relativos, en este último caso cuando los contratistas son empresas estatales o mixtas.”¹²⁷

5.10.- Sujeto pasivo en el delito de colusión. -

El sujeto pasivo por excelencia “es el estado”¹²⁸, aun cuando se adopte cualquier concepción de bien jurídico.

¹²⁶ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 282

¹²⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra las entidades de la administración pública . Editorial Grijley. 4ta. Edición enero del 2007. Pág. 415

¹²⁸ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 281

5.11.- Comportamiento típico.-

El comportamiento típico del delito de colusión está constituido por “un acto de organización fraudulento del funcionario público dirigido a afectar el interés protegido (estatal o económico)”¹²⁹, en ese sentido del artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal, se advierte dos verbos rectores que lo componen como son: a) el concierto o acuerdo colusorio, b) la defraudación o para defraudar al Estado.

5.11.1.- Concierto o acuerdo colusorio.-

“Concertar es el primer verbo rector que exige el tipo penal de colusión el mismo que alude a un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio de intereses estatales. Requiere ponerse de acuerdo, concordar pareceres conjugar dos o más voluntades, confluencias de intereses realizar un pacto subrepticamente y de manera previa con los interesados”¹³⁰.

“En tal virtud la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada apta para provocar un perjuicio patrimonial en el delito bajo estudio; de tal manera que si el perjuicio de intereses del Estado deriva de otras causas y no precisamente por la concertación podemos estar frente a la comisión de otro delito v.gr. Peculado o frente a una infracción administrativa grave, pero no ante el delito de colusión ilegal. Por ello, es

¹²⁹ CAVERO GARCIA; Percy, y CASTILLO ALVA, José Luis. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.20

¹³⁰ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.105

correcta la afirmación que no hay delito de colusión sin concertación previa de los interesados”¹³¹

Sobre el concierto el profesor Nolasco Valenzuela, precisa que el mismo debe reunir dos características como son: i) la violación de los deberes de función por el autor en el proceso o contrato administrativo en el cual interviene en razón de su cargo en representación del estado, y ii) la cláusulas colusorias, esto es, términos del convenio en perjuicio del Estado, por razones como por ejemplo: la indebida selección del postor; de bienes o servicios defectuosos; la aceptación de sobre-precios; o de condiciones desfavorables para el Estado, en el plazo, forma de pago, garantía, etc.¹³².

El poder judicial ha realizado precisiones con respecto a la estructura del delito de colusión, en ese sentido en la Ejecutoria Suprema del 14 de enero del 2000, en el Exp. N° 5201-99 – Loreto, Ejecutoria Suprema del 17 de octubre del 2006, en el Exp. N° 46-2003, y la Ejecutoria Suprema del 21 de diciembre del 2006, en el Exp. N° 31-2003, preciso que como un elemento del tipo objetivo es el “acuerdo o concertación clandestino (oculta o disfrazada) entre dos o más personas para lograr un fin ilícito”¹³³.

Específicamente la descripción concreta y real de que se puede entender como concertación o acuerdo colusorio, al respecto la Segunda Sala penal Especial

¹³¹ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.103

¹³² NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 284

¹³³ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 284

en la sentencia 11 de agosto del 2006, expedida en el proceso penal seguido contra el Ex Comandante General del Ejército Nicolás de Bari Hermoza Ríos por el delito de colusión desleal, desarrolló ampliamente la estructura típica del delito de fraude al Estado, reconociendo igualmente como elemento de la parte objetiva del tipo al acuerdo colusorio, al señalar: “34.5. La Concertación del sujeto activo con los interesados implica un amplio margen de pactos ilícitos, componentes o arreglos en perjuicio de los intereses estatales en juego. Se puede concertar ilícitamente para presentar precios simulados, para admitir calidades inferiores a las requeridas, o para directamente derivar de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines y mediante diversas modalidades confabulatorias. El término interesados abarca a todos los particulares, sean personas naturales o jurídicas, que negocian con el Estado”¹³⁴

El artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal, es explícito a indicar como condición objetiva de tipicidad que la acción a realizarse es que el funcionario público concerté con un particular para defraudar en contrataciones o negociaciones contractuales los intereses del Estado. Esta doble implicancia o doble uso de verbos rectores y complementarios genera el estudio y a la vez la determinación de la imputación del delito de colusión, constituya un debate por cada caso, por lo que es necesario analizar las implicancias y sus escenarios. Con respecto al primer verbo, que es la concertación realizada por el funcionario con el particular en contrataciones o negociaciones estatales, es necesario tener en cuenta que la sola concertación o negociación no es una

¹³⁴ Segunda Sala Penal Especial. Expediente N° 038-2004 seguido a Nicolás de Bari Hermoza Ríos y Renzo Edgardo Jesús Rejas Olivares por el delito de Colusión desleal. Sentencia del 11 de agosto del 2006, pág. 15.

conducta penalmente reprochable, aun cuanto se indique que se encuentra prevista como primer elemento objetivo de tipicidad del artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal , afirmar ello conllevaría a considerar que toda actuaciones pre y post contractuales realizadas por el funcionario encargado del proceso de selección y el particular son constitutivos de dicho delito. Es necesario que aceptar ello constituiría una grave vulneración del principio garantía de la aplicación por analogía de la ley penal, y es más operativamente involucra que el operado de derecho tenga la impulsar el *ius puniendi* por cada concertación o acuerdo que realice entidad y particular en contrataciones estatales. La falacia de dicha concepción radica en que afirmar ello contravendría la propia naturaleza de los contratos per se, que no es en estricto sensu, acuerdo entre las partes o en términos de uso penal concertación entre las partes, definitivamente toda concertación no es legal, pero tampoco todas son ilegales; en nuestro ordenamiento jurídico permite como parte de la fase de actuaciones preparatorias y métodos de selección que el funcionario llegue a ciertos acuerdos con el particular o acuerdos previos, ello en el marco de la propia norma extrapenal o de fundamento de evaluación de propia validez de juricidad de la conducta¹³⁵, por lo que el acuerdo deviene en ilícito cuando la negociación o concertación no es en pro de los intereses del estado, sino del particular, en su defecto, una mala negociación o negociación defectuosa que beneficie la particular tampoco deviene en concertación ilegal, siendo el mismo propio de la negligencia o impericia del operador de la contratación pública y por ende sancionado por otros delitos o sanciones administrativas, sin perjuicio

¹³⁵ Sobre el particular se debe tener en cuenta que Percy García Caverro, indico también: “... en el contexto de la colusión desleal, la exclusión de toda negociación entre las partes (el estado y los particulares), de manera tal que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado” pág. 38

de la responsabilidad civil. Al respecto debemos tener en cuenta que la defectuosa negociación o negligente que genere un beneficio al particular (imprudencia u omisión) hoy en el marco de las nuevas reglas de contratación extrapenal si constituirán fundamento del delito de colusión. Ello en razón que se imputa a todo operador de la contratación pública peruana ser un **especialista**, es decir, no solo tiene un deber de garante, sino que él tiene “el deber de garante” con presunción iure et iure de pleno conocimiento, por lo que sus errores o negligencia son atribuidas a título de dolosas¹³⁶; sobre ello seguro se indicar que me estoy refiriendo a personas no humanas que no son capaces de errar y semi dioses que nunca se equivocan, al respecto debemos tener en cuenta que dicha acreditación de especialista es una certificación obligatoria que demuestra que demuestra que el funcionario si tiene pleno conocimiento de lo que hace, y por lo tanto su accionar siempre es pleno conocimiento, es decir, no hay lugar a la improvisación o negligencia, tanto más si estamos administrando fondos públicos. “Por tanto, la concertación representa el punto normativo y de interpretación central que determina o no la configuración del delito que de faltar convierte al comportamiento en atípico o lo puede reconducir a otra clase de delitos”¹³⁷

No constituye concertación la mera propuesta o simple solicitud que invita a una concertación realizada por el particular o el funcionario al particular, el ofrecimiento no constituye concertación, y menos aún tentativa de concertación en razón que el delito de infracción de deber, es más, la aceptación de una

¹³⁶ Mantengo esta postura en el marco del Decreto Legislativo N° 1017, donde se indica la exigencia de conocimientos especiales de los operadores de contratación pública que a la fecha es *conditio sine qua non*, para ser considerados parte del órgano encargado de las contrataciones – OEC.

¹³⁷ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.80

propuesta concertadora deviene en atípica en razón que al ser un delito de actividad es necesario e indispensable que se lleve a cabo el acuerdo concertador y no la mera intención o acuerdo. Tampoco constituye concertación y menos aún será “...punible por el delito de colusión ilegal la defraudación unilateral o el perjuicio creado exclusivamente por una de las partes, sin que haya intervenido la otra de manera consiente y sabiendo la conducta lesiva de su *parterner*.”¹³⁸

5.11.2.- Supuestos de exclusión de concertación.-

No constituye concertación la predisposición unilateral del funcionario público o del proveedor que pretenda defraudar al estado a través de un proceso de contratación estatal, es decir, la actuación concertadora se realiza en necesariamente con el acuerdo de ambos sujetos funcionario-proveedor, la sola actuación de uno de ellos o la predisposición concertadora única no constituye el delito de colusión, en el caso que alguna de las partes obtenga una venta ilícita pero no producto de la concertación deviene en atípica la actuación, es por ello que la recepción de productos defectuosos o la ejecución de obras deficientes, no se sujetan como supuestos típicos de colusión sino de estafa verbigracia “...si los interesados, o las empresas participantes, en un determinado negocio o contrato con el Estado – sin que haya concertación negocio o contrato con el Estado – sin que haya concertación con los funcionarios – defraudan a éste, por ejemplo, vendiéndole productos para su comercialización ya ha caducado pero cuyas etiquetas se cambian, o entregan

¹³⁸ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.107

bienes de inferior calidad a los pactados; cometerán el delito de estafa, pero no el delito de colusión ilegal.”¹³⁹

5.11.3.- Momento de la concertación. -

Con respecto al momento de “la concertación del agente público implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicios de los intereses estatales. Requiere ponerse de acuerdo, concordar pareceres, conjugar dos o más voluntades, confluencia intereses realizar un pacto subrepticamente y de manera previa con los interesados, lo cual se produce antes de que se firme el acuerdo, convenio o contrato final con el organismo o la empresa pública correspondiente. No es necesario que el acuerdo cumpla o tenga determinadas formalidades”¹⁴⁰. “La maniobra fraudulenta y el acuerdo colusorio deben producirse antes de la culminación del contrato estatal, esto es, en la fase de tramitación, celebración y ejecución; de tal manera que si se produce la “concertación”, una vez concluido éste, ya sea por la entrega de la obra o porque ya ha terminado la correspondiente liquidación o ajuste, el delito no se habrá cometido”¹⁴¹

El momento de la concertación, es “...distorsión de la conducta del funcionario o servidor público para favorecer al particular como producto de un acuerdo previo, puede presentarse en cualquiera de las tres fases establecidas en la ley

¹³⁹ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.108

¹⁴⁰ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.105

¹⁴¹ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.109

de contrataciones: programación y actos preparatorios, selección y ejecución contractual y sus respectivas subfases”¹⁴² “El agente con la finalidad de defraudar al Estado, en el desempeño de su cargo en el que actúa, acuerda o pacta con los interesados obtener algún beneficio en perjuicio del Estado en su participación en cualquier etapa de las adquisiciones o contrataciones públicas de bienes, obras o servicios, concesionados o cualquier operación a cargo del Estado. Comprende desde la generación de la necesidad, el requerimiento, la presentación de propuesta, la evaluación, la adjudicación, la firma del contrato, la ejecución y liquidación del mismo”¹⁴³

En conclusión sobre este supuesto se infiere que la primera condición de imputación es la concertación ilícita en contratación pública realizada por funcionario con el particular beneficiados a costas del interés público, por lo tanto, el accionar corresponde al tipo de delitos de infracción de deber, hasta esta parte. Por lo que, el mismo deviene como parte de los actos de ejecución del delito, mas no se encuentra consumado, hasta acreditar la defraudación.

5.11.4.- Defraudare patrimonialmente o para defraudar al Estado.

Sobre la defraudación patrimonial como defraudación efectiva, potencial al respeto “El legislador de 1991 ha considerado que no basta el acuerdo colusorio para la afectación del bien jurídico – objeto de tutela penal mediante

¹⁴² CACERES JULCA, Roberto. El delito de Colusión. Aspectos sustantivos y probatorios. Delitos contra las entidades de la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Editorial Gaceta Jurídica. Mayo del 2016. Pág. 210

¹⁴³ Exposición de motivos del proyecto de Ley N° 4187/2010-Poder Judicial, presentado al Congreso el 3 de agosto del 2010.Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra las entidades de la administración pública . Editorial Iustitia y Grijley. 4ta edición. Setiembre-2016. pág. 323.

el artículo 384, exige que el acuerdo colusorio entre el autor y el proveedor produzca la defraudación del Estado en el proceso administrativo de selección de un proveedor de bienes o servicios, en la celebración o ejecución de un contrato administrativo.”¹⁴⁴

Con respecto a este punto el profesor Fidel Rojas Vargas, y Luis Reyna Alfaro, asienta en considerar a la defraudación patrimonial efectiva como elemento objetivo de tipicidad del delito de colusión, por ello precisan que “...el desvalor del resultado en el delito de colusión adquiere su plenitud con la lesión del patrimonio estatal. Es que sin este perjuicio patrimonial no existe delito de colusión, pues no existe fraude”¹⁴⁵.

La jurisprudencia es uniforme al exigir como elemento del tipo objeto del delito de colusión la defraudación patrimonial efectiva, cierta, clara y directa, para mejor referencia se debe tener en cuenta la Ejecutoria del 17 de octubre del 2006, dictada en el proceso penal N° 46-2003, y en la ejecutoria de 21 de diciembre del 2006, dictada en el proceso penal N° 31-2003, se precisó: “perjudicar a un tercero, en este caso al Estado, como consecuencia de estos tratos irregulares”¹⁴⁶; asimismo, la Segunda Sala Penal Especial en la sentencia 11 de agosto del 2006, en el proceso penal N° 38-2004, en el considerando 34 determino: “34.3 Además cabe resaltar que un segundo elemento de naturaleza material es el referido al perjuicio que se ocasiona a los

¹⁴⁴ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 285

¹⁴⁵ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Estructura atípica del delito de colusión, en Actualidad Jurídica, tomo 130. Editorial Gaceta Jurídica. Lima -2004, pág.69.

¹⁴⁶ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 287

intereses estatales (patrimonialmente, de expectativas de mejoras, de ventajas, etc.). 34.4 tal perjuicio es un elemento intrínseco a la defraudación, es un componente material, el que lo objetiviza y diferencia del simple engaño. Éste tiene que ser producto del concierto o confabulación con los interesados, y además deberá ser determinado o verificado de manera clara y directa mediante informes y dictámenes técnicos, teniendo importancia capital”¹⁴⁷, para mejor referencia la Ejecutoria Suprema N° 1402-2002 del 4 de julio del 2002¹⁴⁸¹⁴⁹, la Ejecutoria Suprema del 22 de julio del 2004 recaída en la Resolución 1480-2003¹⁵⁰, la Ejecutoria Suprema emitida en la Resolución N° 1296-2007 – Segunda Sala Penal Transitoria del 12 de diciembre del 2007¹⁵¹, y la Ejecutoria Suprema 5305-2006, de fecha 26 de marzo del 2008¹⁵²

Como una primera conclusión en esta línea y conforme lo precisa el profesor Nolasco Valenzuela en caso de imputación del delito de colusión, “...exige la

¹⁴⁷ Segunda Sala Especia. Expediente N° 038-2004, seguido a Nicolás de Bari Hermoza Ríos y Renzo Edgardo Jesús Rejas Olivares por el delito de Colusión desleal. Sentencia del 11 de agosto del 2006, pág. 15.

¹⁴⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra las entidades de la administración pública . Editorial Grijley. 4ta. Edición enero del 2007. pág. 416.

¹⁴⁹ “[...]Cabe precisar que el delito de colusión ilegal, previsto en el artículo 384 del Ordenamiento jurídico penal , contempla como núcleo rector típico el defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros [...] siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales, que en la mayoría de los casos se concretará en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a la expectativas de mejoras, de ventaja entre otras”

¹⁵⁰ establece que: “[...] propiamente, la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en un perjuicio patrimonial-potencial o real-para la administración”

¹⁵¹ : “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 del 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 concertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos”.

¹⁵² ha establecido en su Quinto Considerando lo siguiente: “[...] para este tipo de delitos (contra las entidades de la administración pública) constituye ya una orientación o lineamiento jurisprudencial definido, el hecho de considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación de la pericia valorativa porque permite determinar: I) la existencia de los bienes, II) posibilita apreciar el destino de los mismos y III) permite establecer diferencias entre lo que ha ingresado con las salidas; y pues si la pericia técnica no arroja el perjuicio económico para los intereses patrimoniales no estará acreditada el delito.”

acreditación de este presupuesto material del perjuicio patrimonial al Estado, elemento exigible como correlato de la exigencia típica de la defraudación.”¹⁵³

Al respecto agrega el profesor Fidel Rojas Vargas, que el “...perjuicio es elemento intrínseco a la defraudación, es su componente material que lo objetiviza y diferencia del simple engaño”¹⁵⁴. Al respecto existe discrepancias al respecto ya que se precisa que no debemos confundir la defraudación patrimonial con el perjuicio que sufre la entidad con injustos penales más aún si el vicio es la contratación administrativa, en términos del profesor José Castillo Alva, “El perjuicio que puede sufrir una entidad del Estado por el no cumplimiento total o incumplimiento parcial de un contrato no solo deriva de la existencia de acuerdos colusorios, sino de múltiples factores como una inadecuada negociación, negligencia en buscar una mejor optimización y cuidado en el manejo de los recursos del Estado ubicando un mejor postor, un precio más idóneo o una mejor calidad que asegure, por ejemplo, una duración mayor del producto.”¹⁵⁵

Al respecto con respecto a la diferencia de las sanciones que se imponen en los comportamientos indebido e ilegales de las compras públicas con respecto a los conductas defraudadoras o concertadoras dadas en las compras privadas, la misma que radica de acuerdo a la ley penal principalmente en el hecho que durante la compra pública se hace uso de fondos del Estado, y que el operador de la compra es un funcionario público. Premisa que ratifica en

¹⁵³ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 289

¹⁵⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra las entidades de la administración pública . Editorial Grijley. 4ta. Edición enero del 2007. Pág. 412

¹⁵⁵ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.103

razón que las defraudaciones o concertaciones en las compras privadas, se sancionan administrativa o civil, y es más es considerada como lícitas en muchos casos, y está exento de responsabilidad el adquirente de bienes, servicios u obras; es más, si el cliente es beneficiado en una compra se denomina ofertas, ganas o cierra puertas.

Consideramos que el criterio patrimonialista que diferencia la gravedad de la sanción penal, es una postura errada y contraria al fundamento de protección de la norma jurídica penal de las compras públicas, en razón que, el principal criterio no debe ser la idea de comprar con fondos públicos sino que el operador de la compra pública es un funcionario u operador del Estado, sujeto a un rol de garante organizacional en la Administración Pública, pero como la idea del sentido común, se considera que lo principal es el dinero en este caso los fondos públicos que se usan en las contrataciones públicas, criterio patrimonialista que se adoptó en nuestro ordenamiento jurídico como fundamento de protección del delito de colusión, hecho que se encuentra demostrado cuando damos una lectura del segundo párrafo del artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal, donde se establece una pena más gravosa si se logró defraudar patrimonialmente al Estado; hecho que demuestra la poca fidelidad a la norma que se exige a un funcionario encargo de las contratación pública. Desde esta percepción consideramos desnaturalizado el delito de colusión, convirtiendo en un delito económico incurrido por un operador de la Administración Pública.

En conclusión, consideramos que el artículo 384° primer párrafo, contiene en forma coherente y estructurada, los fundamentos jurídicos del delito de colusión, y el segundo párrafo desnaturaliza el delito de colusión, comunicando al operador de la Administración Pública que concertar y defraudar no son hechos tan gravosos, siempre y cuando si se afecte patrimonialmente al Estado, bueno ahora sí, se sancionara penalmente.

Con respecto al segundo supuesto que viene hacer la defraudación o posibilidad de defraudar los intereses del estado en contrataciones o negociaciones públicas. Al respecto se debe tener en cuenta que la defraudación en la negociación estatal planteada por el funcionario público tiene que ser objetiva, y no subjetiva. Consideramos que calificar la defraudación como un acción idónea conforme lo hace el profesor Percy Garcia Cavero, abre un conjunto de vértices y deja libre la percepción subjetiva del operador de derecho, por el contrario consideramos que la defraudación debe ser objetiva en el sentido que el mismo debe ser real, posible y comprobable, y ello se advertirá cuando se contrasta que la contratación ha sido desventajosa o perjudicial a la Entidad pública, teniendo en cuenta que ello es un consecuencia de la concertación por un tercero; desde esta percepción, la mera negligencia o mala de negociación del operador del contratación que genere una defraudación objetiva y comprobable, si es imputable como colusión, tanto más si el cumple un deber de garante conforme se expuesto anteriormente.

5.11.5.- El Perjuicio como condición objetiva de punibilidad en el delito de colusión.

Abanto Vasquez (Fidel Rojas Vargas), ha señalado que el delito de colusión desleal es un delito de mera actividad (Roxin), por lo tanto, la comprobación de la consumación de este ilícito se realizara con la concurrencia de la propia acción del autor. Es más, "...el perjuicio que puede sufrir una entidad del Estado por el no cumplimiento total o incumplimiento parcial de un contrato no solo deriva de la existencia de acuerdo colusorios, sino de múltiples factores como una inadecuada negociación, negligencia en buscar una mejor optimización y cuidado en el manejo de los recursos del Estado ubicando un mejor postor, un precio más idóneo o una mejor calidad que asegure, por ejemplo, una duración mayor del producto."¹⁵⁶

Esta discusión sobre la necesidad del perjuicio como condición objetiva de la defraudación patrimonial en el delito de colusión a la fecha ha generado que el legislador conlleve a la regular el delito de colusión en dos formas distintas, es decir: "ahora, de este delito se desprenden dos modalidades prohibidas: la primera reflejada el tipo penal base (artículo 384 primer párrafo), que exige una concertación o acuerdo colusorio entre servidores y funcionario público, sin necesidad de que se produzca un perjuicio al patrimonio del Estado. En un segundo lugar, el tipo de colusión agravada, donde se exige además de la concertación o acuerdo colusorio de defraudación del patrimonio público. Con

¹⁵⁶ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.103

ello el legislador busca abarcar todos los supuestos posibles que se pueden dar.”¹⁵⁷

5.12.- Tipificación subjetiva.-

Es un tipo doloso, “conocimiento y voluntad de defraudar al Estado mediante la concertación con el interesado en el negocio jurídico administrativo en el que se interviene por razón de la función o comisión especial”¹⁵⁸; condición que se desprende de los verbos rectores como son concertar y defraudar actuaciones que no admiten comisión por omisión. Siendo dolosa el profesor José Castillo Alva considera que estamos ante un caso de dolo directo, postura que compartida por el profesor Fidel Rojas Vargas, que considera que “...se necesita de dolo directo en el comportamiento activo, dadas las características del tipo penal”¹⁵⁹; se imputara dolo eventual en el caso de la actuación del agente se materialice por comisión por omisión.

5.13.- Tentativa en el delito de colusión.-

Una vez rebasada la fase de los actos preparatorios del delito da lugar a la existencia de la tentativa⁽¹⁶⁰⁾, se considera a la actuación ilícita tentativa en su ámbito objetivo cuando se inicia la ejecución del ilícito y este no alcanza a ser

¹⁵⁷ CACERES JULCA, Roberto. El delito de Colusión. Aspectos sustantivos y probatorios. Delitos contra las entidades de la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Editorial Gaceta Jurídica. Mayo del 2016. Pág. 208

¹⁵⁸ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 282

¹⁵⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra las entidades de la administración pública . Editorial Grijley. 4ta. Edición enero del 2007. Pág. 422

⁽¹⁶⁰⁾ CERESO MIR, José. Obras Completa Tomo I – Derecho Penal Parte General. Ara Editores 2006. Pag. 1049

consumado y, en su ámbito subjetivo se actuó con el mismo dolo en el caso se hubiera realizado. En este contexto, se colige que, no puede identificarse la actuación tentativa en el delito de colusión simple, previsto en el primer párrafo del artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal, habida cuenta, que la actuación subjetiva que inspiran a los operadores del proceso de contratación es dolosa, habida cuenta que, se exige para desempeñar este tipo de cargos, tener conocimiento del proceso de contratación⁽¹⁶¹⁾, por ende, si se cumple con el ámbito subjetivo de la tentativa, sin embargo la mera infracción del deber funcional consuma el ilícito no necesitando que realice actos de ejecución previos para dicho fin, por lo tanto, el ámbito objetivo no concurren en este sujeto, en consecuencia, es inadmisibles considerar la tentativa en el delito de colusión simple.

En el caso, de la colusión agravada que recoge la concepción del delito de resultado previsto en la Ley N° 29703 a través de la Ley N° 29758, sucede todo lo contrario, pero, previamente se debe considerar que la no defraudación patrimonial efectiva no puede ser considerado como un hecho atípico y, por ende, impune, sino que, el mismo si bien no se llegó a concretarse como el perjuicio al estado, empero, la actuación si se realizó con todo el conocimiento

⁽¹⁶¹⁾ Artículo 5° del Decreto Supremo N° 184-2008-EF – Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, precisa que: (...) Los funcionarios y servidores del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad que, en razón de sus funciones intervienen directamente en alguna de las fases de contratación, deberán ser profesionales y/o técnicos debidamente certificados, debiendo reunir como mínimo los siguientes requisitos:

1. Capacitación técnica en contrataciones públicas o gestión logística en general, no menor a ochenta (80) horas lectivas;
2. Experiencia laboral en general, no menor a tres (3) años;
3. Experiencia laboral en materia de contrataciones públicas o en logística privada, no menor de un (1) año.

El procedimiento de certificación será establecido según directivas emitidas por el OSCE. El OSCE administrará una base de datos de los profesionales y técnicos que cuenten con la respectiva certificación. Esta información será pública y de libre acceso en su portal institucional.

para dicho fin, es decir, si se cumple con el ámbito sujeto del dolo exigido para la colusión agravada, pero, la estructura del delito debe ser evaluada desde el ámbito de un delito de peligro concreto; es decir, se debe evaluar que la actuación de los intervinientes en el proceso de contratación si ponen en riesgo inminente el erario público, por lo tanto, deben asumir su responsabilidad penal en grado de tentativa. Al respecto, es necesario considerar que el límite de una accionar riesgo no permitido en el caso de imputación del delito de colusión agravada en nivel de tentativa, es pues la propia norma (escrita o no escrita), es decir, la inobservancia estricta de la ley de contrataciones del estado durante las fases del proceso de contratación constituye ya elementos de imputación de responsabilidad penal⁽¹⁶²⁾ y, advirtiendo que, el mismo puede generar un potencial perjuicio o riesgo, configurará la imputación de colusión agravada en grado de tentativa.

Es posible que algunos consideren que esta descripción de la aplicabilidad de la tentativa en el delito de colusión agravada es también perfectamente subsumible en el caso de colusión simple; al respecto debo indicarle que ello no es posible, en razón que, la naturaleza del ilícito de colusión simple es de *infracción de deber* adoptando un criterio técnico, contrario a lo exigido en el segundo párrafo que es resultado, empero, lo que se pretende es demostrar, que ello también, si bien es una desnaturalización del delito de colusión pero no puede conllevar a declarar la impunidad de los ilícitos por falta de defraudación patrimonial efectiva al Estado.

⁽¹⁶²⁾ Otra vez se debe tener en cuenta que el delito imprudente no es aplicable en el presente caso por la exigencia de ciertos conocimientos especiales para el ejercicio del cargo o ejercer funciones en el proceso de contratación.

El delito de colusión desde su creación en el ordenamiento jurídico penal de 1924 fue un delito de mera actividad; con el ordenamiento jurídico penal de 1991 y hasta antes de la emisión de la Ley N° 29703 de fecha 10 de junio del 2011, es considerado como un delito de infracción de deber, en razón que, fueron las ideas del profesor Claus Roxin ya vigentes y mejor aplicables por criterios técnicos, empero, desde la emisión de la Ley N° 29758 es ahora un delito complejo, en el cual tiene una calidad de infracción de deber para el primer párrafo y un delito de resultado para el segundo párrafo o colusión agravada, que recoge dentro de su estructura típica el término defraude “patrimonialmente” al Estado, pese a que el Tribunal Constitucional eliminó el citado término patrimonial de su antecesora Ley N° 29703, por considerarlo inválida constitucionalmente de conformidad con el pronunciamiento contenido en el Exp N° 00017-2011-PI/TC.

Sin embargo existe también pronunciamiento de la propia corte suprema donde reconocen que el delito de colusión si es un delito de peligro y no de infracción de deber y por ende si es admisible la tentativa para mejor referencia la Resolución N° 3250-2005 del 3 de febrero del 2006¹⁶³.

En ese mismo sentido, si consideramos que el delito de colusión es de resultado, y en concreto de lesión, en la medida que genera un perjuicio

¹⁶³ “Que no puede haber fraude si este perjuicio no formara parte de la concertación por más que ésta sea indebida; que, empero, esto no quiere decir que se necesite la producción efectiva del perjuicio para que el delito se consume, dado que el tipo penal mismo dice que ese fraude debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública que el tipo legal en cuestión es un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la concertación no habría aparentemente nada; que este delito se consuma con la simple colusión o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, solamente se necesitaría la idoneidad del acto de colusión”

material, real y tangible al patrimonio de la entidad pública concreta o del Estado. Se trata además, de un delito de resultado instantáneo¹⁶⁴, pues es posible que se pueda operar la tentativa acabada o inacabada y las otras formas imperfectas de ejecución del delito. Para el profesor Ramiro Salinas, el delito de colusión en su forma simple y agravada no admite tentativa¹⁶⁵

5.14.- Consumación.-

“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”¹⁶⁶. “ Para efectos de la consumación no es necesario que la defraudación efectiva al patrimonio estatal se verifique, solo basta que se verifique el acuerdo o pacto colusorio. Por ello, es coherente sostener que la colusión simple es un delito de peligro concreto. Al verificarse el concierto de voluntades para perjudicar al patrimonio público, en forma inminente y concreta se le pone en peligro”¹⁶⁷.

5.15.- Penalidad. -

De acuerdo a nuestro vigente ordenamiento jurídico penal, la pena a imponerse por la comisión del delito de colusión es de pena privativa de libertad, sanción

¹⁶⁴ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.180

¹⁶⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra las entidades de la administración pública . Editorial Iustitia y Grijley. 4ta edición. Setiembre-2016. pág. 343.

¹⁶⁶ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.90

¹⁶⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra las entidades de la administración pública . Editorial Iustitia y Grijley. 4ta edición. Setiembre-2016. pág. 340.

que no se encuentra sujeto a ejecución suspenda aun cuando la pena sea menor o inferior a cuatro años, y accesoriamamente la medida de días-multa.

CAPITULO VI

MARCO JURISPRUDENCIAL

6.1.- Configuración del Delito de colusión. Resolución N° 1109-2014-Callao [Caso Convial] del 09-06-2015¹⁶⁸. Sala Penal Nacional Permanente¹⁶⁹

6.2.- El bien jurídico en el Delito de colusión. Resolución N° 75-2003-Madre de Dios, de 15-02-2005¹⁷⁰. Segunda Sala Penal Transitoria¹⁷¹.

6.3- Análisis normativo de la estructura típica del delito de colusión. Resolución N°03-2008-“A”-10-Lima, del 06-10-2010¹⁷², Sala Penal Transitoria¹⁷³

¹⁶⁸ Resolución N° 1109-2014-Callao [Caso Convial] del 09-06-2015, Sala Penal Permanente.

¹⁶⁹ “Sétimo. El delito de colusión preceptuada en el artículo 384 del Ordenamiento jurídico penal, importa que el funcionario público se concierte con los particulares en la celebración o ejecución de un contrato derivado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los intereses del Estado. Defraudar al Estado o entidades, es el quebrantamiento del rol especial asumido y la violación del principio de confianza depositado o, con el consiguiente engaño al interés público al comportarse el funcionario o servidor asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas o intereses patrimoniales del Estado [...]; la defraudación mediante concertación –que es lo que aquí se castiga– supone un aspecto de reproche juridizado por el engaño, así como presencia del segundo elemento de naturaleza material dado por el perjuicio ocasionado a los intereses estatales. [...] Noveno. Asimismo, si bien el tipo penal imputado exige para su configuración la existencia de un perjuicio patrimonial en agravio de los intereses estatales; no obstante, se tiene que en el presente caso el informe pericial [...] concluye que “El registro de ventas detallado y los estados financieros, presentado al Juzgado por los liquidadores de la empresa Convial Callao S.A. en liquidación, muestra que el íntegro del recaudo por concepto de peaje y otros tuvo origen particular, es decir, privados, no visualizándose aporte al Estado Peruano”; por ende, se tiene que no se configura este segundo presupuesto exigido por el delito imputado, más aún si se tiene que el encausado FGT actuó en atención a sus funciones. En consecuencia, al no existir videncia que acredite una posible concertación entre éste y los encausados MAG y RLG, representantes de la empresa Convial Callao, y al no haberse acreditado el supuesto perjuicio patrimonial que se habría ocasionado al Estado, se tiene que no se cumplen con los presupuestos exigidos por el delito de colusión; en consecuencia, se advierte que no existen indicios suficientes que permitan vincular a los citados encausados con el ilícito”.

¹⁷⁰ Resolución N° 75-2003-Madre de Dios, de 15-02-2005. Segunda Sala Penal Transitoria.

¹⁷¹ “El bien jurídico protegido no está conformado simplemente por el patrimonio del Estado, sino fundamentalmente por el deber positivo atribuido a los funcionarios públicos de velar por los intereses patrimoniales del Estado en las contrataciones públicas. [La] colusión desleal previsto en el artículo 384 del Ordenamiento jurídico penal es un tipo penal especial propio de resultado, que busca proteger el patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración [...]”.

6.4.- La concertación. Exp. N. °740-2003-Huánuco¹⁷⁴, de 04-06-2004¹⁷⁵

¹⁷² Resolución N°03-2008-“A”-10-Lima, del 06-10-2010, Sala Penal Transitoria

¹⁷³ “Tercero. [...] [Este] Tribunal Supremo considera pertinente, desarrollar algunos fundamentos esenciales para interpretar los elementos consumativos de este tipo penal: i) Fundamento de imputación jurídico-penal: no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de “neminem laedere” o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, generado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional [JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. segunda edición, Madrid, 1997, p. 1006 y siguientes.] ii) La expectativa normativa protegida: el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública, específicamente en la lealtad de la actuación del funcionario público, por la confianza que se le ha encomendado en la correcta disposición del patrimonio público en beneficio del Estado y en el ámbito de la contratación pública –en un negocio jurídico de contenido económico o, más ampliamente, en los procesos de gestión de recursos públicos-. iii) La conexión directa del status funcional con el ámbito de sus deberes especiales: esta exigencia formal de “funcionario o servidor público, debe de haber intervenido en la operación –las que pueden concretizarse en: i) acuerdos específicos en las etapas de una negociación, ii) adecuaciones o precisiones económicas en contratos o convenios, iii) acuerdos una vez que los contratos llegan a su fin – cálculos para determinar lo que corresponde pagar, vender o para finiquitar las cuentas del negocio-, y iv) provisiones o abastecimientos de diversos bienes- defraudatoria en razón de su cargo o de su comisión especial, -que puede provenir de la ley, un decreto, ordenanza, resolución, reglamento o acto administrativo- presentándose una incompatibilidad total o parcial entre las atribuciones legales del cargo o comisión que se le han asignado y los convenios que lleva acabo”. iv) Naturaleza jurídica: de “lesión”, pues no basta el simple acuerdo colusorio, -razón fundamental por la cual no puede considerarse como un delito de mera actividad-, sino que además, exige como uno de los elementos constitutivos, que el funcionario que intervino por razón de su cargo o comisión especial, “defraude al Estado”. v) Defraudar al Estado: El legislador penal al momento de establecer los elementos típicos del delito de colusión ilegal, si bien dejó delimitado las diversas modalidades confabulatorias en la que interviene un funcionario o servidor público por razón de su cargo, empero, tal técnica legislativa utilizada ofrece poca claridad a la hora de interpretar el elemento típico de “defraudar al Estado”; razón que ha conllevado, que tanto en la Jurisprudencia y en la dogmática penal peruana, exista una divergencia respecto a la interpretación de este elemento normativo del tipo de naturaleza objetiva, por lo que, este Tribunal Supremo considera que, para el presente caso, cualquier sustento normativo que se intente utilizar para darle un contenido interpretativo a este elemento típico, ha de estar siempre ligada tanto al Principio de Legalidad, a la naturaleza del tipo penal y al contexto social donde la “acción penal se concretice o se defraude el deber positivo”, bajo esta argumentación, solo así se mantendrá una seguridad jurídica atenta al principio de legalidad. Que, el delito de colusión ilegal no es un tipo penal que se encuentre orientado por sí solo a garantizar la protección del patrimonio del Estado o cautelar los intereses de la Administración Pública. Sentada esta premisa, “defraudar al Estado” presenta la producción de un potencial perjuicio económico –atento al principio de lesividad: artículo IV del Título Preliminar del Ordenamiento jurídico penal -; empero, para poder afirmar la defraudación de este tipo penal, no sólo basta la constatación entre la concertación y el potencial perjuicio, sino que además, criterios de imputación objetiva nos aconsejarían mantener una relación objetiva entre todos sus elementos; en este sentido la consumación de este tipo penal, se configura con la concretización del riesgo generado por la infracción del deber positivo o del funcionario público coludido, resultando irrelevante que el sujeto activo del delito obtenga un beneficio o ventaja para sí mismo”

¹⁷⁴ “[La] concertación consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente en lo que la ley no permita, buscando beneficios propios y deben causarse perjuicio a la administración. En el presente no se demostró fehacientemente que haya existido concertación entre los funcionarios con los favorecidos con las adjudicaciones.”

¹⁷⁵ CARO JHON, José Antonio. SUMMA PENAL. Editorial Nomos&thesis. Perú 2016. pág. 622.

6.5.- El cómplices extraneus debe intervenir directamente en el acuerdo colusorio. Resolución N.º 1482-2011-Arequipa, del 19-04-2012¹⁷⁶, Sala Penal Transitoria¹⁷⁷.

6.6.- El tipo penal presupone la existencia de contratos contra los intereses del Estado. Resolución N.º 1960-2013-Amazonas, de 02-06-2014¹⁷⁸. Sala Penal Permanente¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Resolución N.º 1482-2011-Arequipa, del 19-04-2012, Sala Penal Transitoria.

¹⁷⁷ “Quinto. [...] [Lo] que se reprime [en el delito de colusión] son “los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados” [CASTILLO ALVA, José Luis, Colusión ilegal en; GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de colusión, Grijley, Lima, 2008, p.78]; por lo que en el caso sub judice corresponde analizar si convergen los dos elementos típicos esenciales del delito de colusión desleal, estos son: i) la concertación y ii) el potencial perjuicio económico. [cabe señalar que en el subsistema anticorrupción, los procesados por el delito de Colusión desleal en su modalidad de “concierto” (modificado por el art. 2º de la ley 26713) se encuentran solicitando “adecuaciones de pena” en sus respectivos procesos, ya que en el tipo penal vigente a la fecha –colusión simple- sanciona esa misma conducta con menor gravedad.] [...] Sexto. Que, en el caso de autos, no se advierte la existencia de pruebas indiciarias concomitantes a la etapa de negociación que permitan inferir que nos encontramos ante una concertación fraudulenta en tanto que entre los procesados [...] y los extraneus –propietarios del vehículo- no existió trato alguno para adquirir la camioneta [...]; con lo que se acredita que en el caso sub examine no existió un comportamiento defraudatorio que haya surgido entre los funcionarios públicos y los terceros interesados, esto es, que los extraneus no tuvieron trato alguno con los procesados [...]. Sétimo. Que, siendo esto así, reduce la atipicidad de la conducta de los procesados MMRC y JPFS en la imputación recaída en su contra como partícipes necesarios, toda vez que no basta su condición de meros propietarios del vehículo vendido a la Municipalidad agravada para reputárseles el título de complicidad en el delito de colusión, sino que es necesario comprobar su efectiva intervención en el acuerdo colusorio, es decir que hayan realizado un despliegue activo de sus conductas mediante tratos, componendas, o arreglos con los funcionarios públicos competentes para llevar adelante la negociación, de tal manera que actuando de ese modo pudieran haber superado el riesgo permitido para concretarse luego en el resultado; empero, esta situación no sucedió, puesto que ellos como propietarios delegaron a terceras personas el encargo de la venta del vehículo, siendo estas últimas quienes, al final de cuentas tuvieron los tratos con los funcionarios públicos, resultándoles a los procesados MMRC y JPFS dichos tratos completamente ajenos, saliendo a relucir la neutralidad de su conducta lo que indica que la conducta los particulares “se ha practicado dentro de los márgenes de la adecuación social reconocida por el Derecho, o dentro del riesgo permitido de tal manera que la posibilidad de una imputación por intervención delictiva queda excluida de plano” [CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso”, en: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y CARO JOHN, José Antonio (editores), El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 78].”

¹⁷⁸ Resolución N.º 1960-2013-Amazonas, de 02-06-2014. Sala Penal Permanente.

¹⁷⁹ “[El] tipo penal presupone además de la existencia de contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas u operaciones similares, la existencia de la concertación dolosa que realiza el funcionario con los interesados en las distintas contrataciones estatales, atentando de esta manera contra los intereses del Estado, por lo que concurre además la defraudación, que conlleva al detrimento del patrimonio estatal”

6.7.- El extraneus es aquel particular que no tiene la condición especial de funcionario público. Resolución N° 702-2009-Lima, del 12-05-2010¹⁸⁰. Sala Penal Permanente¹⁸¹.

6.8.- Diferencia entre la colusión simple y la colusión agravada. Resolución N° 345-2015-Lima, del 04-11-2015¹⁸². Sala penal permanente¹⁸³.

¹⁸⁰ Resolución N° 702-2009-Lima, del 12-05-2010. Sala Penal Permanente.

¹⁸¹ “Sexto. [El] Ministerio Público efectuó un inadecuado juicio de subsunción al calificar la conducta del mencionado encausado bajo el tipo penal de colusión desleal en calidad de cómplice; que, en este sentido, si bien se observa que participo en la elaboración de una serie de documentos de significativa importancia en el proceso de selección submateria, también lo es que no formo parte del Comité ni ostentó alguna posición de autoridad, de suerte si es el tipo penal exige i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, ii) el perjuicio a un tercero, en este caso al Estado, y finalmente, iii) que el delito debe cometerse mediante alguna forma contractual, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; tales elementos no se dan en la conducta [del procesado]; [...] la figura del extraneus se refiere aquel particular que no tiene esa condición especial –de funcionario público con capacidad de contratar a nombre del Estado-, empero, interviene en las citadas tratativas lo que tampoco se da respecto al mencionado acusado, el que, aun cuando participó en los trámites administrativos del concurso sublitis, no se le imputa haberlo hecho en las tratativas, por ende, su absolución se encuentra arreglada a ley y, como tal, no cabe rescindir la sentencia en cuanto a este extremo se refiere.

¹⁸² Resolución N° 345-2015-Lima, del 04-11-2015. Sala penal permanente.

¹⁸³ “4.3. [La] diferencia entre colusión simple y colusión agravada, estriba según Salinas Siccha, en que: “si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada”. Esto es, que la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente la conducta colusoria tenga como finalidad defraudar al patrimonio del Estado. Mientras que para que configurarse la colusión agravada, es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, cuando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal. 4.4. Bajo esta perspectiva, según el art. 384 Ordenamiento jurídico penal el delito de colusión simple exige la concurrencia de dos elementos típicos: a) la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y b) el peligro potencial para el patrimonio estatal generado por tal concertación ilegal. En ese sentido, la modalidad simple del delito de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta, según se deduce de la expresión típica “para defraudar”. Por eso es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o de idoneidad de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta. 4.5. Así, en la medida en que el art. 384 Ordenamiento jurídico penal hace expresa referencia a una conducta orientada a defraudar, este precepto protege entonces el patrimonio de Estado. Así también se advierte en la ejecutoria suprema de 03 de agosto de 2005, recaída en el Exp. 25- 2003-AV, cuando señala en su fundamento jurídico 38 que: “(...)es de precisar el obvio carácter patrimonial del artificio delictivo que exige el tipo de colusión, pues este se plasma en ámbitos de neto carácter económico en la gestión pública. La conducta defraudatoria está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal; incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal “. 4.6. De lo anterior se deduce que el delito de colusión simple del art. 384 Ordenamiento jurídico penal exige una situación de peligro potencial para el patrimonio estatal que debe constatar en el caso concreto según un juicio ex ante.”

6.9.- El delito de colusión es un delito de participación necesaria. Resolución N° 1565-2012- Ica, de 19-11-2013¹⁸⁴, Sala Penal Permanente¹⁸⁵.

6.10.- El delito de colusión como un delito de mera actividad. Resolución N° 5315- 2008-Puno, del 03-05-2010¹⁸⁶, Sala Penal Transitoria¹⁸⁷.

6.11.- El delito de colusión como un delito de peligro concreto y no abstracto. Resolución N° 2617-2012-Callao¹⁸⁸, de 22-01-2014, Sala Penal Permanente¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Resolución N° 1565-2012- Ica, de 19-11-2013, Sala Penal Permanente.

¹⁸⁵ “Quinto.[...] 5.1 [...] El delito de colusión es un delito de participación necesaria –concretamente de encuentro-, que requiere de la intervención de un particular o extraneus, esto es, exige que el agente público –intraneus- se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto –los interesados- que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración Pública –ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica-. El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la “privatización” de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la administración Pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares [...]”

¹⁸⁶ Resolución N° 5315- 2008-Puno, del 03-05-2010, Sala Penal Transitoria.

¹⁸⁷ “Cuarto. Que, el delito de colusión desleal debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio (ABANTO VAZQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en el Ordenamiento jurídico penal Peruano. Lima, Palestra, 2003, p.270) siendo el caso que la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción (o posibilidad) de un perjuicio, no constituyendo por tanto –el perjuicio- un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitiría advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio (defraudatorio).”

¹⁸⁸ Resolución N° 2617-2012-Callao, de 22-01-2014, Sala Penal Permanente.

¹⁸⁹ “3.4. [...] [los] elementos consumativos de este tipo penal [son]: i) Fundamento de Imputación jurídico – penal: no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de “neminem laedere” o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que, cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional [...]. No obstante ello, esta exigencia formal de “funcionario o servidor público, debe de haber intervenido en la operación defraudatoria –las mismas que pueden concretizarse en: a) acuerdos específicos en las etapas de una negociación) adecuaciones o precisiones económicas en contratos o convenios, c) acuerdos una vez que los contratos lleguen a su fin –cálculos para determinar lo que corresponde pagar, vender o para finiquitar las cuentas del negocio-, y d) provisiones o abastecimientos de diversos bienes- en razón de su cargo o de su comisión especial”, que puede provenir de la ley, un decreto, ordenanza, resolución, reglamento o acto administrativo[...], presentándose una incompatibilidad total o parcial entre las atribuciones legales del cargo o comisión que se le han asignado y los convenios que lleva a cabo ,ii)Naturaleza jurídica :de “lesión”, pues no basta el simple acuerdo colusorio –base fundamental por la cual no puede ser considerado como delito de mera actividad – puesto que, exige como uno de los elementos constitutivos que el funcionario que intervino por razón de su cargo o comisión especial “ defraude al Estado”;iii) la expectativa normativa que protege-o bien jurídico protegido-: el correcto funcionamiento de la esfera de

6.12.- En el delito de colusión, no se necesita acreditar el lucro o el provecho obtenido por el sujeto activo, si deberá acreditar el dolo directo del agente.

Resolución N.º 2767-2008-Loreto, del 19-08-2009¹⁹⁰, Sala Penal Permanente¹⁹¹.

6.13.- En el delito de colusión, el funcionario asume roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado. Resolución N.º 4661-2007-Ucayali, del 30-03-2009¹⁹², Sala Penal Permanente¹⁹³.

6.14.- El delito de colusión debe entenderse como un delito de mera actividad. Resolución N.º 1969-2012 - La Libertad, del 16-01-2014¹⁹⁴, Sala Penal Permanente¹⁹⁵.

la administración Pública, específicamente en la regularidad de la actuación del funcionario público en la disposición del patrimonio público en beneficio del Estado y en los procesos de gestión de los recursos públicos-. Ahora bien, el delito de colusión no es un tipo penal orientado directamente a garantizar la protección penal del patrimonio del Estado, sino a garantizar y cautelar los intereses de la Administración Pública; bajo esta premisa: “Defraudar al Estado” no debe entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado. Siendo suficiente, a estos efectos, la producción de un peligro potencial, o peligro de perjuicio, entendiéndolo –atento al principio de lesividad: artículo IV del Título Preliminar Ordenamiento jurídico penal - como peligro concreto, que se genera cuando un funcionario al coludirse con los particulares en un proceso de selección a-adquisición de bienes o servicios – acuerda establecer facilidades o condiciones desfavorables al Estado, consumándose de esta forma, la realización del riesgo creado por la infracción del deber del funcionario público coludido [...]; siendo irrelevante que de este perjuicio efectivo o potencial el agente obtenga provecho o ventaja económica para si mismo [...]”

¹⁹⁰ Resolución N.º 2767-2008-Loreto, del 19-08-2009, Sala Penal Permanente.

¹⁹¹ “Noveno. [...] [En el delito de colusión, el] sujeto activo al concertarse puede actuar con evidente codicia o con intencionalidad extraeconómica que busca perjudicar al Estado. Si bien no se necesita acreditar el lucro o el provecho obtenido por el sujeto activo, si deberá acreditarse el dolo directo del agente, tanto del negociador publico oficial como el interesado, para poder imputarle responsabilidad penal a título de cómplice a este segundo interviene [Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Grijley, Lima, 2007, .422].”

¹⁹² Resolución N.º 4661-2007-Ucayali, del 30-03-2009, Sala Penal Permanente.

¹⁹³ “Tercero. [...] [EL] Núcleo rector del delito de colusión desleal[...] es que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y viola el principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e interés patrimoniales del Estado [...]”

¹⁹⁴ Resolución N.º 1969-2012-La Libertad, del 16-01-2014, Sala Penal Permanente.

¹⁹⁵ “Cuarto. [EL] delito de colusión debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio (Abanto Vásquez, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Ordenamiento jurídico penal peruano. Lima, Palestra, 2003, P. 270), siendo el caso que la

6.15.- Monto dinerario sobrevaluado no puede ser considerado como delito independiente de peculado pues este se subsume en el delito de colusión desleal. Resolución N° 4741-2006-Cusco, del 30-01-2008¹⁹⁶, Segunda Sala Penal Transitoria¹⁹⁷.

6.16.- Los regidores que permiten contratos defraudatorios son cómplices del delito de colusión. Resolución N° 1389-2010-Cañete, del 16-01-2013¹⁹⁸, Sala Penal Transitoria¹⁹⁹.

defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrativo en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción –o posibilidad– de un perjuicio, no constituyendo por tanto –el perjuicio. Un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitiría advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio –defraudatorio-. Quinto.[LA] norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de Contratación Administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. Así, la singularidad de este ilícito es que solo el funcionario público es quien puede vulnerar los deberes inherentes al cargo, al constituir un garante de los intereses estatales que se ven involucrados en los contratos administrativos; empero, también lo es que, los interesados, esto es, los proveedores, concursantes o licitantes, si bien no pueden ser pasibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto conducta no lesionan los deberes funcionales; sin embargo, su intervención puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplice primario, en tanto sin su participación resulta imposible defraudar al ESTADO.”

¹⁹⁶ Resolución N° 4741-2006-Cusco, del 30-01-2008, Segunda Sala Penal Transitoria.

¹⁹⁷ “Sexto.[Cabe] precisar que el monto dinerario sobrevaluado en la adquisición de los dos vehículos para la entidad agraviada, de los que también se apropiaron el encausado MHH y el sentenciado MOF, no puede ser considerada como delito independiente de peculado pues dada la naturaleza esta se subsume en el delito de colusión desleal previsto en el artículo 394 del Código Penal, debido a que constituye elemento constituido de la defraudación que se ocasiono al Estado producto del acuerdo a que llegaron con el extraneus DGC, por lo que corresponde declarar la nulidad y sin lugar a emitir pronunciamiento en el extremo de la condena por el delito de peculado [...]”

¹⁹⁸ Resolución N° 1389-2010-Cañete, del 16-01-2013, Sala Penal Transitoria.

¹⁹⁹ “Quinto. Que, en cuanto a la absolución de los procesados [...], se infiere que el Tribunal Superior no valoro que por su condición de Regidores de la Municipalidad agraviada con facultades fiscalizadoras, no exigieron la información adecuada para la suscripción del referido contrato, ni tampoco verificaron las labores que debía realizar, la forma y contenido del mismo, inobservando el cumplimiento de las exigencias establecidas en la ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado. A pesar de lo aprobaron en vía de regularización, en sesión extraordinaria [...], la suscripción del contrato tanta veces mencionado, con lo que permitieron que la empresa L&C Asesores y Consultores SAC obtenga un beneficio económico por un presunto servicio que ya había sido realizado. La intervención que tuvieron en los hechos constituiría una participación necesaria dado que la expectativa normativa exigida a los Regidores se circunscribió al cumplimiento de su rol de custodiar y velar por el buen funcionamiento de la administración municipal. No se puede soslayar que sin su aprobación en sesión de consejo no podía haber sido posible la contratación de la citada empresa. Consecuentemente, en este extremo se incurrió en la causal de nulidad establecida en el inciso 1 del art. 298 del Código de Procedimientos Penales.”

6.17.- No puede cometerse delito de colusión por omisión. Resolución N° 2587 – 2011 – Cusco , de 23 – 01 – 2013²⁰⁰. Sala Penal Permanente²⁰¹.

6.18.- Se debe eliminar condena a funcionario publico si se absuelve a particular²⁰². Resolución N° 164 – 2011 – Ayacucho, del 25 – 09 – 2013²⁰³.

6.19.- No se acredita la responsabilidad penal por colusión del procesado pues este no tuvo participación en un acuerdo previo para defraudar al estado; su participación ha sido con posterioridad al proceso de selección. Ausencia de acuerdo colusorio es causa de atipicidad²⁰⁴. Concertación ilegal. Exp. N° 3611 – 2002 – Huánuco, de 16 – 05 – 2003²⁰⁵.

²⁰⁰ Resolución N° 2587 – 2011 – Cusco , de 23 – 01 – 2013 Sala Penal Permanente.

²⁰¹ “4.3 La norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es que, la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudadora mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros, de modo tal que, si es que el funcionario no ejecuto los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de colusión ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa”

²⁰² “Decimo. Que, ahora bien, si el delito de colusión desleal previsto en el artículo 384 del ordenamiento jurídico penal, se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo : i) El acuerdo clandestino entre 2 o más personas para lograr un fin ilícito, II) perjudicar a un tercero, en este caso al estado y III) realizar ello mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concierne con el particular interesado defraudando al estado; que, al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes – el estado y los particulares – este referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado. Décimo primero. Que, en el presente caso, la actividad probatoria constitutiva del presente proceso determino la absolución del particular supuestamente interesado en la celebración de un contrato con la municipalidad provincial de huamanga, por tanto no se configuro el ilícito penal materia de acusación; es decir, se desvirtuó la mencionada colusión o encuentro clandestino entre los funcionarios o servidores públicos con el particular para defraudar al estado, esto es, no se demostró la existencia de uno de los elementos objetivos del tipo penal que describe el artículo 384 del ordenamiento jurídico penal; que, en tal virtud, la nueva prueba aportada por los recurrentes – no conocidas al momento de la condena – que se traduce en la sentencia absolutoria del particular interesado incide en esencia en tanto la nueva prueba que aportaron tiene entidad suficiente como para enervar el juicio condenatorio emitido en su contra.”

²⁰³ Resolución N° 164 – 2011 – Ayacucho, del 25 – 09 – 2013.

²⁰⁴ “Para la configuración del delito de concusión en la modalidad de concertación ilegal con los interesados, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos : a) el acuerdo clandestino entre 2 o más personas para lograr un fin ilícito, b) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado, c) mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que en la presente

6.20.- Fundamento del injusto en los delitos de colusión desleal²⁰⁶. Resolución N° - 978 – 2011 – LIMA²⁰⁷.

causa de la revisión de los autos se advierte que no ha existido ningún acuerdo ilícito para poder aprovecharse económicamente , advirtiéndose más bien una responsabilidad de carácter administrativo , en consecuencia la conducta del procesado es atípica , lo que es corroborado con los informes de evaluación contable de la documentación sustitutoria y técnica de la inversión en la ejecución del citado proyecto , que han servido de base para que la comisión de fiscalización del congreso de la republica denuncie los hechos ante el ministerio público , no precisando si el procesado tuvo participación en las irregularidades que en ella se señalan.”

²⁰⁵ Exp. N° 3611 – 2002 – Huánuco, de 16 – 05 – 2003.

²⁰⁶ Resolución N° - 978 – 2011 – LIMA.

²⁰⁷ “La jurisprudencia nacional se inclina por una posición mixta. Así se ha dejado establecido que el delito de colusión ilegal – que es un delito de infracción del deber, cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del estado. El delito de colusión exige que el funcionario público de fraude al estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales de ahí que se trata de un delito de resultado, cuyo desvalor de acción supone la realización de un concierto fraudulento (EXP. N° A.V.27 – 2003). La autoría y participación y otros elementos. Cuarto , que , es de precisar que la conducta imputada se adecua a la hipótesis jurídica que describe la citada disposición penal del artículo 384 del ordenamiento jurídico penal , que señala que se colude ilegalmente : “ El funcionario o servidor público que , en contratos , suministros , licitaciones , concurso de precios , subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al estado o entidad u organismo del estado , según ley , concertándose con los interesados en los convenios , ajustes , liquidaciones o suministros “ . Que, en este sentido, “el funcionario o servidor público que por razón de su cargo tiene que ver con el patrimonio del estado, tiene la obligación especial de cautelararlo y protegerlo y solo usarlo en beneficio del propio estado. Caso contrario, si aprovecha de tal posición para obtener beneficio personal o de tercero en perjuicio del patrimonio estatal, infringe su deber funcional “ , en definitiva , se tutela el regular desempeño funcional del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio publico . De ahí que, en este tipo penal , se reprimen “ los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen o través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados “. Si bien los autores realizan el tipo penal descrito , la conducta efectuada por los partícipes – entendido de los cómplices - no se subsume en la acción tipificada en el artículo 384 del ordenamiento jurídico penal por la razón de que el partícipe , en sentido estricto , no realiza el hecho prohibido , pero su accionar contribuye a la comisión del hecho ajeno delito o conducta prohibida , pues los cómplices prestan auxilio para la realización del evento criminal véase el artículo 25 del acotado código – distinguiéndose la colaboración del cómplice primario como necesaria para la perpetración del ilícito. En síntesis , cabe precisar que en esta figura penal el funcionario público o servidor público defrauda al estado concertándose fuera de la ley con los interesados , que en modo alguno puede ser equiparable al contrato privado , en tanto que la administración pública y el particular no se encuentran en un plano de igualdad , estando la primera en una posición de superioridad , derivada del hecho que persigue fines e intereses superiores a los particulares del sujeto privado , así , el contrato administrativo “ es el acuerdo de voluntades , generador de obligaciones , celebrado entre un orhano del estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen , con otro órgano administrativo o con un particular o administrado , para satisfacer finalidades públicas “ : por , lo que para la formación de su voluntad , similar a la de un sujeto privado , pero distinto en su materialización , requiere de un mecanismo o procedimiento regulado por ley , para evitar abusos y actos de corrupción por parte de la administración en la elección de las partes contratantes , en donde su objeto es dar el máximo de certeza de que la elección de la administración sea la mejor posible en las circunstancias en las que ocurre , y de que el procedimiento mediante el cual llega a la de ideas , propiamente la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño que se traducen en un perjuicio patrimonial - potencial o real para la administración pública , siendo que para la consumación del delito pueden concurrir el nivel de grado de participación , esto es , la intervención de cómplices primarios , como en el presente caso , y secundarios, quienes es aunque no tienen el dominio del hecho contribuyen en el hecho ajeno poniendo en peligro el bien jurídico que será lesionado por los autores”

6.21.- El funcionario público como autor de un delito de infracción de deber²⁰⁸.

Resolución N° 5315 – 2008 – Puno²⁰⁹.

6.22.- Colusión desleal: alcalde y funcionarios han actuado en forma irregular, obviando formalidades y favoreciendo a proveedor ilícitamente²¹⁰. Resolución N° 1719 – 2007 – PUNO²¹¹.

6.23.- Regidores responden como coparticipes primarios por acuerdo que posibilitó que alcalde suscribiera contrato desventajoso a los intereses de la municipalidad²¹². Resolución N° 556 – 2007 – Ancash²¹³

²⁰⁸ Resolución N° 5315 – 2008 – Puno.

²⁰⁹ “Quinto, que la delimitación de la autoría y participación no obedece al criterio del dominio del hecho , por cuanto , se corresponde con los denominados “ delitos de dominio o de organización “ , en tanto los delitos contra las entidades de la administración pública - como en el caso de autos (delito de colusión) – se fundamentan en los “ delitos contra las entidades de la administración pública “ - como en el caso de autos (delito de colusión) – se fundamentan en los delitos de infracción del deber , en deberes positivos , por lo que no interesa si tenía el dominio o no de una situación , sino , el haber cumplido u omitido el deber positivo dado por ser funcionario público , y específicamente en el contrato que tiene el estado con los particulares para la adquisición de bienes o servicios , deber positivo que es el referente para la imputación objetiva a la conducta y resultado ; que , esta competencia institucional les corresponde a los encausados que fueron condenados como autores (en tanto los extraneos responden como cómplices primarios) , puesto que , de acuerdo a la directiva N° 19 – 2001 – PE/COOPOP,, de la convocatoria , concurso , selección , ejecución , monitoreo y evaluación del proyecto piloto “ de apoyo a las iniciativas sociales de generación de ingresos de las mujeres en situación de pobreza “ - el jefe de la unidad operativa correspondiente , especialistas de desarrollo y equidad y de situación de pobreza “ - el jefe de la unidad operativa correspondiente , especialistas de desarrollo y equidad y de situación de pobreza “ – el jefe de la unidad operativa correspondiente , especialistas de desarrollo y equidad y de comunicación y concertación y especialista administrativo serán los encargados de ejecutar las actividades del proyecto aprobado , cumpliendo con las directivas internas que norman los sistemas administrativos COOPOP a fin de ejercer control adecuado de las transacciones financieras y administrativas ; así como asegurar el cumplimiento de obligaciones contractuales con terceros , que aseguren la correcta utilización de los recursos y el cabal cumplimiento de las metas inconstitucionales ; en ese sentido , son pasibles de imputación del delito de colusión pues todo eran los encargados de dirigir el proyecto;”

²¹⁰ Resolución N° 1719 – 2007 – PUNO.

²¹¹ “Sexto. Respecto al delito de colusión desleal , debe señalarse que se encuentra probada su comisión , toda vez que los procesados (alcalde y funcionarios municipales) han actuado en forma irregular pues las operaciones las han realizado sin el menor cuidado , evidenciándose , por el contrario , el interés de que esta se concrete , obviando formalidades y otorgándole al proveedor ventajas económicas que desprotegerían totalmente los intereses de la municipalidad agraviada , generando con ello perjuicio económico”

²¹² Resolución N° 556 – 2007 – Ancash

²¹³ “Tercero.- que, las pruebas de cargo del aporte objetivo que prestaron los citados encausados en el delito (en su calidad de regidores de la municipalidad agraviada) se sustentan fundamentalmente en las actas de sesión extraordinaria , cuarto , el acuerdo tomado en la primera sesión extraordinaria (referido a

6.24.- Inobservancia del procedimiento de contratación y adjudicación directa es de exclusiva responsabilidad de los funcionarios municipales y no acredita colusión²¹⁴. Resolución N° 4745 – 2006 – Cusco²¹⁵

6.25.- Dictamen pericial contable y pericia contable, como medio de prueba del delito de colusión²¹⁶. Resolución N° 3477-2010-Ica, del 23-03-2011, Sala Penal Transitoria²¹⁷.

6.26.- Acreditación de la responsabilidad penal en el delito de colusión. Resolución N° 3328-2011-Lima, de 04-07-2012²¹⁸, Sala Penal Transitoria²¹⁹.

una delegación de facultades en el ámbito de fiscalización y asesoramiento tributario , posibilitó que el alcalde suscribiera los aludidos contratos de locación de servicios con dos empresas , los que resultaron claramente desventajosos a los intereses de la municipalidad agraviada , en razón de los montos que se pagaron a las citadas empresas proveedores (contratos que además se efectuaron en contravención al procedimiento legal de contrataciones estatales). (Por estos fundamentos: confirmaron la condena a los regidores encausados como coparticipes primarios del delito de colusión desleal”

²¹⁴ Resolución N° 4745 – 2006 – Cusco

²¹⁵ “Cuarto. No se evidencia que haya existido un provecho económico de parte del acusado , ni tampoco que exista un perjuicio económico para el municipio , puntualizándose que la pericia contable , se limitó a cuestionar irregularidades en cuanto a la inobservancia del procedimiento de contratación y adjudicación directa – de exclusiva responsabilidad de los funcionarios que integraron el comité encargado del proceso de selección y adjudicación del municipio y no del acusado , quinto , en el delito de colusión el objeto de la tutela penal cautela la regularidad , el prestigio y los intereses de la administración pública idoneidad moral , celo profesional , etc. ; En este delito el sujeto activo es el funcionario público con función específica , y el particular sería un partícipe necesario siempre que se demuestre que instigó en la idea criminal del funcionario para concertar y cometer el delito siempre que se demuestre que instigó en la idea criminal del funcionario para concertar y cometer el delito”.

²¹⁶ Resolución N° 3477-2010-Ica, del 23-03-2011, Sala Penal Transitoria.

²¹⁷ “Cuarto. [...] [Si] bien el dictamen pericial contable [...] y la pericia contable concluyen que los procesos de adjudicación cuentan con la documentación sustentatoria, y que no existe perjuicio para el Estado, es claro advertir que las apreciaciones técnicas de estos exámenes en cuanto a la materialidad de delito colusión ilegal [cuyo bien jurídico protegido, es el patrimonio administrado por la Administración Pública, y la legalidad del ejercicio funcional] no son de necesidad relevante, pues en el presente caso, en esencia es de interés jurídico-penal establecer la defraudación por vía de concertación fraudulenta en las adjudicaciones directas para contratar los servicios que requería la citada entidad edil agraviada, esto es, llevar adelante expedientes de proyectos de inversión, en cuyas acciones se benefició intereses privados propios o de terceros, lo que originó un perjuicio económico al Estado, y no respecto a que si documentalmente estuvo sustentado ese procedimiento fraudulento [...]. [...] Sexto. [...] [Si] bien se trató de justificar documentalmente [las contrataciones], la calificación cuantitativa de esas ofertas y la contienda de tres o más participantes que le dio una apariencia de legalidad no fue real, contraviniendo la formalidad y legitimidad de esos actos regulados por el Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, todo lo cual a efectos de justificar egresos para hacerse del dinero de la agraviada, lo que sin duda denota la existencia de maniobras de engaño para que la Administración Pública contrate un postor previamente establecido, adulterando la realidad y aparentando que participaron válidamente otras empresas cuando esas no existían, conforme se concluyó técnicamente en las pruebas indicadas en el cuarto fundamento jurídico de esta resolución; que de esa forma defraudaron la correcta contratación de los mejores servicios para el Estado, lo que le originó perjuicio económico.”

6.27.- Para la configuración de dicho ilícito no necesariamente debe existir una defraudación patrimonial. Resolución N° 1475-2013-Lima, de 20-09-2013²²⁰, Sala Penal Transitoria²²¹.

6.28.- Insuficiencia probatoria en el delito de colusión. Resolución N° 1396-2011-Arequipa, del 21-10-2011²²², Sala Penal Transitoria²²³.

²¹⁸ Resolución N° 3328-2011-Lima, de 04-07-2012, Sala Penal Transitoria.

²¹⁹ “Cuarto. Que, tanto el delito -colusión desleal- cuanto la responsabilidad penal de los encausados CFVB [autor] y DSC [cómplice primario], se encuentran debidamente acreditados con la declaración del procesado VN [...]; quien señaló que en calidad de Segundo Comandante del Servicio de Material de Guerra de la Fuerza Aérea del Perú, sus funciones eran recibir, cumplir y hacer cumplir las órdenes del Comando, así como velar por el buen funcionamiento de la unidad; dependía directamente del Comandante de la unidad CFVB; que conformó el Comité Especial Permanente de Adquisición de Bienes y Servicios de SEMG, en calidad de presidente; el contrato celebrado entre dicha institución pública y GDS Contratistas se realizó de acuerdo a lo estipulado en las normas contenidas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado; empero, su coacusado CFYB, hizo por su cuenta algunas variaciones al que originalmente le fue propuesto, pues, en el contrato que finalmente se firmó, indica otras cantidades respecto a la forma de pago, ya que se estableció un adelanto del 75% de la obra, cuando la norma solo indica el 60% (20% en efectivo al contratista y 40% para materiales e insumos) y con relación al pago del 75%, lo realizó el Departamento de Finanzas por orden del coronel CFVB, quien también habría dispensado de la obligación de presentación del cheque de gerencia a la empresa que representa el acusado DSC; versión que la sostuvo al ser confrontado con el encausado CFVB donde textualmente le refirió ; “lo que usted está diciendo es falso, yo no hice ninguna modificación al contrato, porque está bien establecido en el manual de la Fuerza Aérea que la confección, firma y la supervisión del contrato es enteramente del Comandante [...], nuestra labor terminó cuando se dio la buena pro, después, nosotros y particularmente yo no hice ningún cambio yo me entero que se hizo un cambio a los porcentajes en el proceso administrativo que apertura la Fuerza Aérea uno o dos años después”, lo que fue corroborada con la declaración plenaria del acusado LC, quien sostuvo que el Coronel CFVB le ordenó en forma escrita cancelar la totalidad del contrato celebrado, contraviniendo el procedimiento que debían seguir estrictamente en la licitación [...]”

²²⁰ Resolución N° 1475-2013-Lima, de 20-09-2013, Sala Penal Transitoria.

²²¹ “Quinto. [C]orresponde, en primer lugar, establecer si el delito en mención importa o no una defraudación patrimonial; al respecto, se advierte que el artículo 384, en su versión original, y el que estuvo vigente al momento de la comisión de los hechos [modificado por Ley 26713, del 27 de diciembre de 1996], no establecía que para que se configure este delito, debe existir una defraudación patrimonial, pues solo basta la defraudación al Estado a través de la no observancia de las normas de contratación, la infracción a la debida administración, o la fidelidad que el funcionario o servidor público tiene con el Estado; el problema surgió con la modificación posterior del tipo cuestionado, con la dación de las leyes 29713, y del 10 de junio de 2011, 29758, del 21 de julio de 2011, que configuró los actos de corrupción en dos párrafos; en el primero no incluye el término “patrimonialmente”, pero el segundo sí lo incluye. Esta situación nos llevaría a interpretar que la norma protege supuestos en los que existe un perjuicio en el patrimonio del Estado y no en los principios constitucionales que rigen la contratación pública; empero, el Tribunal Constitucional, el 7 de junio de 2012, declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad, en el extremo referido a la modificación del artículo 384, a través de la Ley 29703 y, en consecuencia, nula y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente” [véase sentencia recaída en el Expediente N.º 00017- 2011-PI/TC]. Tal situación aclara el problema planteado; con ello podemos afirmar que no necesariamente debe existir una defraudación patrimonial para que se configure el delito de colusión, pues basta que no se respeten las normas constitucionales de contrataciones del Estado para la consumación del ilícito, comportamiento que, a la larga, puede resultar en un perjuicio patrimonial; por ende, esta conducta implica una potencial defraudación patrimonial, mas no debe existir, necesariamente, tal defraudación. Esta afirmación se corrobora con lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según la cual establece: “[...] que no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado” véase artículo 3).”

6.29.- La reparación civil en el delito de colusión. Resolución N° 486-2007-Ucayali, del 24-09-2008²²⁴, Sala Penal Permanente²²⁵.

6.30.- Colusión y la diferencia con el delito de estafa. Resolución N° 285—2014—Junín, del 18-06-2014²²⁶, Sala Penal Transitoria²²⁷.

2.31.- Delito de colusión desleal. Exp. N.° 88-2008 [Caso *Alex Kouri*], Sentencia del 30-06-2016²²⁸, Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de justicia de Lima²²⁹.

²²² Resolución N° 1396-2011-Arequipa, del 21-10-2011, Sala Penal Transitoria.

²²³ “Cuarto. [...] [En] el presente caso, el único fundamento que respalda la imputación del Ministerio Público contra el procesado LAMS [chofer de la municipalidad], radica en que éste cobró un cheque [...] que debería hacerlo efectivo el procesado VIV [contratista] [...]; empero, esta circunstancia por sí misma no resulta suficiente para acreditar su responsabilidad penal en el presente caso, no apreciándose del estudio de autos medios probatorios que permitan determinar que dicha acción tuvo como origen su participación en un acuerdo colusorio con sus coprocesados, a efectos de defraudar a la referida entidad edilicia, apreciándose únicamente una actuación en cumplimiento del encargo que le hizo su coprocesado [...], luego de lo cual entregó el dinero cobrado [...], presentándose este hecho como ajeno al núcleo de imputación del delito de colusión desleal [...]”

²²⁴ Resolución N° 486-2007-Ucayali, del 24-09-2008, Sala Penal Permanente.

²²⁵ “Tercero. [La] reparación civil tiene como presupuesto el daño ilícito producido a consecuencia del delito al titular del bien jurídico tutelado (principio del daño causado); que, en el presente caso, la reparación civil fijada tomó en cuenta, en forma razonable, los efectos negativos de carácter patrimonial derivados de las concretas conductas colatorias verificadas, y de la consecuente lesión de los derechos de naturaleza económica ocasionada a los agraviados, sin que consten, adicionalmente, pagos excesivos por bienes o servicios, su falta de prestación o que sean de menor calidad al estipulado.”

²²⁶ R. N. N.° 285—2014—Junín, del 18-06-2014, Sala Penal Transitoria.

²²⁷ “Noveno. [El] encausado JAL [...] era jefe del departamento de mecánica de la institución [pública] agraviada y miembro del [...] comité especial [de adjudicación]. Como tal, otorgó la buena pro a su coencausado HNG [único postor] y, además, informó a [los otros miembros del comité] que se efectuó un peritaje técnico del motor y caja de cambios adquiridos, que concluyó que ambos bienes eran nuevos [...]. La realidad, empero, era que el motor y caja de cambios no eran nuevos [...]. Además, [se acreditó] que el certificado de garantía ofrecido [...] es falso. Décimo. [...] Todo ello revela un concierto punible entre el funcionario responsable JAL y el proveedor HNG, lo que tipifica el delito de colusión. [...] [Aun cuando la posición procesal de la Fiscal Suprema es por la absolución del JAL y la condena de HNG pero por el delito de estafa, que no fue materia de instrucción, acusación y juicio, no es posible aceptar tal requerimiento].”

²²⁸ Exp. N.° 88-2008 [Caso *Alex Kouri*], Sentencia del 30-06-2016, Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de justicia de Lima.

²²⁹ “[...] El tipo penal de colusión desleal, que se encuentra contenido en el artículo 384 del Ordenamiento jurídico penal, requiere que el funcionario público defraude al Estado, ese es su principal requerimiento, para ese fin debe concertarse, fuera de la ley, esto es de manera ilícita con terceros interesados, en cualquier forma de contratación en el que interviene por razón de su función. Exige este tipo penal que el servidor público realice actividades propias de su función, pero tendientes a engañar, defraudar y perjudicar al Estado, con un efectivo o potencial daño patrimonial. Esta exigencia del daño patrimonial, en la norma vigente después de las sucesivas modificaciones que se ha producido, ha derivado en un debate nada pacífico que aún no concluye y que está por definirse, puesto que bajo el

CAPITULO VII

PROPUESTA DE JUSTIFICACIÓN Y REGULACIÓN DEL DELITO DE COLUSIÓN

7.1.- Nomen iuris

Conforme se advierte de la regulación actual del delito de colusión previsto en el artículo 384º del Ordenamiento jurídico penal , la denominación vigente es más coherente y sintáctica desde la dación de la Ley N° Ley N° 29703, a través del cual se denominó solo delito de colusión y se dejó de lado la denominación de colusión desleal o ilegal que eran por si una tautología, modificación que se encuentra vigente hasta la fecha, en razón que toda colusión *per se* tiene una naturaleza ilícita, en se sentido se la denominación actual de colusión es aceptable y aceptada por lo ello no sufre cuestionamientos en este extremo.

criterio de preservar una buena administración pública y que los funcionarios públicos en el ejercicio de su función, cumplan con sus obligaciones legales de manera fiel y velando siempre por los intereses y bienestar del Estado, aun cuando no haya perjuicio patrimonial, se denominaría colusión simple y cuando está presente el daño patrimonial real o potencial estaríamos ante una colusión agravada. Sin perjuicio del debate subsistente, queda claro en este caso que estamos ante el segundo supuesto, vale decir colusión con perjuicio patrimonial, estamos frente a un delito de infracción del deber, en el que el sujeto activo quebranta un esencial deber de función, velar por los intereses estatales, mediante actos de concertación o acuerdo perjudicial para el Estado, pudiendo ser dicho perjuicio patrimonial o moral. Si consideramos que el bien jurídicamente protegido es la buena marcha y funcionamiento de la administración pública, transgredir ese deber, constituye un elemento esencial en el tipo/penal, dicha transgresión se presenta a través del ejercicio de la función que permite o faculta al servidor público, contratar en cualquiera de sus modalidades con particulares, en representación del Estado, actividad que debe realizar como si se tratara de su interés propio, sin embargo cuando no se privilegia ese interés y se beneficia otros intereses mediante actos de concertación, la defraudación se hace efectiva, incurriéndose de esta manera en el delito de colusión. Se afirma que es un delito de encuentro, lo que significa que se debe identificar con quien o quienes ha concertado el servidor público, condición adicional que es preciso determinar, sin cuya identificación o precisión, no se configura el tipo penal. La responsabilidad penal del autor acarrea la responsabilidad penal del extraneus, pero igualmente la no responsabilidad penal del extraneus, determina la ausencia de responsabilidad en el autor, condiciones que por diversas razones no solo jurídicas, sino esencialmente fácticas y procesales, pueden no coincidir en su determinación en el tiempo y conforme se ha establecido vía jurisprudencia (como veremos más adelante), es factible identificar al autor y posteriormente procesar a los cómplices extraneus. Resulta fundamental en el tipo penal, esa voluntad y conciencia de defraudar al Estado a través del ejercicio de la función pública, defraudando la correcta e idónea marcha de la administración pública, beneficiando al tercero particular interesado, condición que concuerda con esa condición del tipo penal, ser un delito de encuentro.”

Empero, al compararse el *nomen iuris* con respecto al tipo penal existe un claro conflicto en razón que la descripción típica del delito de colusión peruano no es similar a sus fuentes argentina y española por dicho razón se propone que el delito de colusión del caso peruano es una modalidad de cohecho, o en su defecto un fraude a la administración pública. Para mejor referencia lo regulado en el artículo 265º del Ordenamiento jurídico penal argentino, titulado como como negociación incompatible con el ejercicio de funciones públicas, es similar al delito de colusión peruano²³⁰, y asimismo, el tipo penal peruano es similar al delito de fraude y exacciones ilegales previsto en el artículo 436º del Ordenamiento jurídico penal de España, más no así en su denominación²³¹; esta inconsistencia que no es propia del caso peruano genera una falta de uniformidad con respecto a los lineamientos internacionales fijados en el numeral 1) del artículo IV de la Convención Interamericana contra la Corrupción de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos-OEA²³², norma internacional que Perú suscribió y forma parte desde el año 1996,²³³; descripciones de conductas identificadas como corrupción que se

²³⁰ “ARTICULO 265. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

²³¹ La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años.

²³² http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp

²³³ 1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o

sugiere que se adopte a las normas internas conforme se advierte del Artículo VII²³⁴ del citado convenio²³⁵.

En este contexto, se colige que el ordenamiento jurídico penal peruano vigente del año 1991, es decir anterior a la suscripción del convenio no ha realizado una incorporación uniforme de las conductas descritas como corruptas en el citado convenio, ello suponemos por cuanto los comportamientos descritos ya se sujetaban a tipos el código vigente como son cohecho, concusión, colusión, etc., empero, dicha omisión expresa de uniformización genera los tipos penales de corrupción se renombre o regulen en forma distintas como sucede en el presente caso. En mejores términos se advierte que el delito de colusión previsto en el artículo 384º del Ordenamiento jurídico penal peruano, se sujeta al literal c) del numeral 1) del artículo IV de la Convención Interamericana contra la Corrupción de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos- OEA²³⁶, propiamente sería una modalidad de cohecho agravado, y por el contrario no se advierte una tipificación de colusión o similar en el citado convenio.

indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.”

²³⁴ http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp

²³⁵ “Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo VI.1. y para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención.”

²³⁶ “La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;”

Otro inconveniente del uso del término colusión como *nomen iuris* es la delimitación que conlleva al tipo penal o la idea en prima facie que transmite, en razón que la colusión, conceptualizada es el pacto ilícito de dos o más, para perjudicar a un tercero, ello implica en primera instancia a los sujetos intervinientes de dicho pacto como son dos o más sujetos que realizar una negociación o contratación subrepticia que perjudica a alguien en este caso, como son contratos con el estado se alude que los sujetos imputables por colusión son el funcionario o funcionarios con potestad de contratar, y el particular que contratar con dichos funcionarios en términos o cláusulas ilícitas en perjuicio del Estado. De esta manera se introduce el problema del interviniente necesario no autor reconocido por la doctrina y la jurisprudencia en forma unánime, pero si adoptaríamos otra denominación que simplifique la imputación solo con respecto a la intervención del funcionarios por infracción de su deber, se agotaría la autoría en ese extremo y se tendría que tipificar en otro tipo como sería por extensión la conducta de todo otro sujeto que no sea funcionario pero que intervenga o facilite o colabore en la contratación fraudulenta en calidad de autor de acuerdo a este nuevo tipo penal, pero ello no se puede realizar cuando ya denominamos que estamos ante un supuesto de colusión como delito.

Asimismo, con respecto al bien jurídico tutelado, cuando sentenciamos la desaprobación de la colusión, en sentido lógico lo que se busca es sancionar la contratación lesiva a un tercero no contratante, es decir, proteger al tercero afectado por la contratación o negociación coludida, de tal manera que lo que se propone es una contratación sujeta a los estándares de libertad de

competencia, protección de la industria y del consumidor, bienes que de ninguna manera calan en el catálogo de bienes protegidos por capítulo de delitos contra las entidades de la administración pública , en razón que la administración pública en su sentido más genérico no cuenta con la capacidad de autocontratarse y por ello requiere de la intervención de un tercero, ello por marco normativo constitucional de conformidad con el artículo 76° de la Constitución Política del Estado, en ese sentido el bien jurídico involucrado en la contratación pública no pertenece solamente a la administración pública y tampoco pertenece solamente al proveedor o contratado privado, ya que es bidireccional es decir implica a la administración contratante y al particular contratado y además a la ciudadanía o usuario beneficiario de la contratación, por ello no es posible implicar dicha denominación de colusión como un tipo penal de delito solamente contra las entidades de la administración pública .

En conclusión se advierte que el *nomen iuris* dado por nuestro legislador se sujetó más a estándares de la real academia española y la política criminal de elevar patrones de castigado a los actos de corrupción específicos materializados en la contratación pública, conforme se explica en el capítulo anterior de la presente tesis, sin tener en cuenta que los mismos también pueden formar parte de otros tipos penales específicos como la negociación incompatible²³⁷ y el delito de cohecho pasivo propio²³⁸, supuesto que es fácil

²³⁷ "Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Ordenamiento jurídico penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa."

²³⁸ "Artículo 393. Cohecho pasivo propio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a

de contrastar en razón que es usual que los operadores de derecho al momento de formular su disposición de formalización de investigación preparatoria o requerimiento de acusación imputen de manera alternativa el delito de colusión con negociación incompatible o colusión con cohecho pasivo propio, de conformidad con lo permitido en el artículo 349° inciso 3) del Código Procesal Penal²³⁹, claro que ello solo es una muestra de la debilidad del requerimiento de acusación con respecto al principio de una imputación necesaria. Finalmente, el mismo no se sujetan a los lineamientos internacionales como la Convención Interamericana contra la Corrupción de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos- OEA de forma típica, y en el supuesto que se podría asignar una *nomen iuris* al artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal , proponemos el delito fraude en la contratación pública sujeto en el capítulo de delitos contra las entidades de la administración pública , y si se mantiene el delito de colusión en la contratación pública se ubicaría propiamente como un delito contra el sistema de mercado o económico.

7.2.- El tipo penal del delito de colusión y sus bifurcaciones.

El artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal vigente, con todas sus modificatorias regula el delito de colusión, siendo un tipo penal que “...se agota

consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Ordenamiento jurídico penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Ordenamiento jurídico penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

²³⁹ LA ACUSACIÓN.- Artículo 349 Contenido.-

(...)

3. En la acusación el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado.

en la descripción de la imagen exterior de una acción cualquiera²⁴⁰, que realiza el legislador a fin de descripción una conducta desaprobatoria exigiéndose que el mismo cumpla con los estándares del principio de legalidad como son *lex certa*²⁴¹, *lex scripta*²⁴², *lex stricta*²⁴³, y *lex praevia*²⁴⁴. Cualidades el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal no supera tal como está redactada a la fecha por las siguientes razones:

7.2.1. Contexto de emisión del artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal vigente.

El delito de colusión tal como se encuentra a la fecha es el resultado de un duro debate y cuestionamiento con fundamentación no jurídica sino propia de la intervención del cuestionamiento público claramente no justificada por dicho motivo se adoptó una postura ecléctica es por ello que con la dación de la Ley N° 29758 – Ley que modifica el Ordenamiento jurídico penal respecto a los delitos contra las entidades de la administración pública específicamente el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal, divide por primera vez la regulación del delito de colusión en dos supuestos: a) la colusión simple y b) la colusión agravada.

7.2.1.1. Sobre la colusión simple.-

Conforme se precisó la colusión simple es incorporada por primera vez con dicho título por primera vez a través de la Ley N° 29758, con fecha 21-07-2011,

²⁴⁰ JESCHECK, Hans- Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal Parte General, Volumen I. Editorial Instituto Pacifico. Perú- 2014. Pág. 361

²⁴¹ Ley precisa, clara y certera.

²⁴² Ley escrita.

²⁴³ Ley prohíbe las analogías.

²⁴⁴ Ley no retroactiva.

sin embargo dicho tipo penal fue incorporado al ordenamiento jurídico penal con anterior a la emisión de la Ley N° 29703, de fecha 10-06-2011, con lo cual se modificó la naturaleza tradicional del delito de colusión de ser un delito especial propio de peligro concreto, a un delito de resultado efectivo, ello se materializo al cambiar el término “...defrauda al estado”, por el término “defraudare patrimonialmente al Estado”.

En ese sentido, no se tuvo en cuenta que el tipo penal de delito de colusión simple es el tipo penal que estuvo vigente desde la dación del Ordenamiento jurídico penal , de esa manera el delito de colusión es un delito especial propio de peligro concreto y no de resultado, es más, hasta considerado como un delito de mera desobediencia, pero al emitirse la Ley N° 29703, de fecha 10-06-2011, por primera vez se convierte en un delito de resultado cambiando de manera drástica su naturaleza, propuesta legislativa que se realizó teniendo en cuenta los pronunciamiento jurisprudenciales que determinaban que la comisión del delito de colusión es previamente con la acreditación del perjuicio al Estado, por lo tanto, al no haber perjuicio la imputación deviene en atípica con respecto al delito de colusión. Argumentación que resulta ser cuestionable en razón que no tiene en cuenta que es posible aplicar la tentativa previsto en el artículo 16° del Ordenamiento jurídico penal .

Esta interpretación constante de los órganos jurisdiccionales hizo que se cuestionará inmediatamente la modificación del artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal con la Ley N° 29703, es por dicho motivo que el Fiscal de la Nación formula demanda de inconstitucionalidad, petición que alerto a los

representantes del órgano legislativo por dicho motivo antes que resuelva en forma definitiva por el Tribunal Constitucional, emitieron la Ley N° 29758, de fecha 21-07-2011, a través del cual a fin de aplacar los cuestionamientos mediáticos modificaron nuevamente el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal, y de esta manera volvieron a la fórmula del tipo anterior o clásica, es decir, consideran al delito de colusión como un delito especial propio de peligro concreto que se consuma con la puesta en peligro del patrimonio del estado y la titula ahora colusión simple, y asimismo, a fin de mantener la fórmula legislativa propuesta con la Ley N° 29703, y la titula como el delito de colusión agravada, y de esta manera ahora también el delito de colusión es un tipo penal de resultado. Sobre este contexto se emitió la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0017-2011-PI/TC, que al ser emitida con posterioridad a la vigencia de la Ley N° 29758, solo atino a declarar fundada la demanda de inconstitucionalidad y por ende nulo y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente” de la Ley N° 29703, por ende es una sentencia que pasó desapercibida y más aún olvida pronunciarse sobre la posibilidad de la tentativa en el caso de mantenerse la figura de la colusión agravada contenida en la Ley N° 29703, constituyendo un mandato simbólico más que material. Al respecto se advierte que el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal modificado por la Ley N° 29758, se mantiene vigente en esencia hasta la fecha por cuanto la Ley N° 30111 solo atina a variar el extremo de la medida accesoria a la sanción penal para ambos supuestos del delito de colusión.

En conclusión la generación del desdoblamiento de la regulación del delito de colusión simple y agravada conforme a los alcances de la Ley N° 29758, se

sujetó más a criterios de fiscalización de criterios político criminales o dogmáticos jurídicos penales, constituyendo a la fecha el delito de colusión un delito mixto, y por ende desnaturalizado con su tradicional regulación que si se sujetó a criterios políticos criminales de su momento y determino que el delito de colusión es un delito especial propio de peligro concreto. En ese sentido el delito de colusión vigente, contiene el tipo penal de colusión simple que es el mismo que estuvo vigente desde la emisión del código hasta la dación de la Ley N° 29703, y el delito de colusión agravada es el descrito en la Ley N° 29703.

7.2.1.2. Sobre la colusión agravada.-

Los delitos agravados, son aquellos que toda como fuente el tipo básico pero por circunstancias de aumento de peligrosidad, perjuicio, violencia etc., se aumenta la penalidad; por ende una agravantes solo conlleva a aumenta la penalidad del tipo básico en pase a circunstancias de la comisión del tipo básico, como sucede en el caso del artículo 106° con respecto al delito de homicidio calificado previsto en el artículo 108° del ordenamiento jurídico penal , similarmente con el delito de hurto previsto en el artículo 185°, con respecto al artículo 186°, y finalmente con respecto al delito de robo previsto en el artículo 188° con respecto al artículo 189°, regulación que se sujeta al principio de legalidad y coherencia sistemática legislativa, situación que no concurren al momento de comparar con respecto a la regulación del delito de colusión simple y colusión agravada, donde se advierte que la colusión agravada no toma en cuenta el tipo base que sería en este caso el delito de colusión simple,

y menos el tipo agravado señala una circunstancia específica, sino que el mismo modifica un verbo rector que crea un tipo penal diferente al tipo básico, por lo que el mismo no responde a la lógica de un tipo agravado sino un nuevo tipo penal, que por el contrario subsume al tipo de colusión simple de tal manera que si tomamos en cuenta el artículo 16º del Ordenamiento jurídico penal , -tentativa-, se colige que el delito de colusión simple constituiría la descripción en tentativa del delito de colusión agravada, en razón que si producto de la concertación se causare una defraudación efectiva, se consumaría el tipo agravado, pero si solo se pretendió defraudar o se encamino a la defraudación pero no se logró el perjuicio efectivo al estado, estamos ante una dicotomía de colusión simple o tentativa de colusión agravada, característica no propia de un tipo agravado con respecto al tipo base. Por esta razón concluimos en este extremo que la colusión agravada constituye un tipo diferente al tipo base de colusión simple, en razón que subsumen al tipo base como parte de la 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 de delito simple y agravado.

Conclusión mencionada que también es compartida al sostener que actualmente el artículo 384º del Ordenamiento jurídico penal , contiene dos tipos penales diferentes, al punto que podemos sugerir que la técnica legislativa no debió ser la contenida en la actualidad sino de regular el delito de colusión en dos artículos diferentes es decir el artículo 384-A – Fraude ilegal, el artículo 384-B Colusión desleal, en razón que el primer párrafo del actual artículo 384º del Ordenamiento jurídico penal , identificado como colusión

simple, alude un tipo penal de infracción de deber, y de mera desobediencia donde la defraudación patrimonial solo constituye un elemento subjetivo del tipo, posición idéntica al regulado en el artículo 436²⁴⁵ del Ordenamiento jurídico penal²⁴⁶. Mientras que el segundo párrafo del artículo 384^o del Ordenamiento jurídico penal alude a lo que se identifica como colusión agravada que describe a un tipo penal de infracción de deber y de resultado, donde la defraudación patrimonial constituye un elemento objetivo del tipo penal, y por ende “ tiene como razón de su relevancia penal el perjuicio patrimonial”²⁴⁷

7.3. El tipo penal de colusión como norma jurídica penal en blanco o como tipo abierto.

El delito de colusión describe una pluralidad de circunstancias extrapenales como parte del tipo penal como son “etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras, o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado”, que bien hace suponer que nos encontramos ante una ley penal en blanco o un tipo penal abierto. Al respecto el profesor Garcia- Pablos de Molina, precisa que se entiende como leyes penales en blanco, “...cuando el complemento de la ley penal en blanco se halla contenido en la misma ley y cuando se halla contenido en otra ley, pero que emana de

²⁴⁵ Español que prescribe: “La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años.

²⁴⁶ Ordenamiento jurídico penal Español y legislación complementaria, actualizada al 11 de abril de 2016. Boletín Oficial del Estado.

²⁴⁷ NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011., Pág. 286

identidad instancia legislativa. (...) leyes penales en blanco son, en definitiva leyes, necesitadas de complemento”²⁴⁸. Mientras que los tipos penales abiertos son los que describen la conducta de manera genérica, vaga, que no están descritas específicamente, y lindan contra el principio de taxatividad, y son propios de los delitos especiales en razón que el supuesto de hecho se encuentra también circunscrito por normas jurídicas extrapenales de necesaria observancia para imputar la comisión del delito. Es por esta razón que nos concentramos a realizar el cuestionamiento si el artículo 384º del Ordenamiento jurídico penal es un caso de ley penal en blanco o un tipo penal abierto.

Lo que definitivamente no hay duda es que la prescripción de etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras, o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado, constituye una descripción de circunstancias, hechos y situaciones extrapenales que tratan de incorporar como supuesto de hechos a toda esa gama de actividades que realizan los funcionarios o servidores públicos que participan en las negociaciones o contrataciones por delegación de la administración pública. Labor que consideramos casi titánica en razón que la propia normas extrapenales en este caso las normas que regulan la contratación y negociaciones de la administración pública se encuentran en un constante cambio, no sistematizadas, dispersas como supuestos de procedimientos administrativos especiales como son: la Ley de contrataciones del Estado, que usualmente tiene una vigencia o modificatoria cada cuatro

²⁴⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos. Editorial Universitaria Ramón Areces y Jurista Editores. Lima- 2009, pág.361- 362.

años o de acuerdo a las nuevas circunstancias económicas, la ley de Asociación públicas privadas, leyes y normativa especial de contrataciones por sectores como son Petroperu, Essalud, Ministerio del Interior, Ley de Concesiones, Ley de bienes del Estado, Código Civil, normas que en su conjunto constituye la gama de actividades que realizan los funcionarios o servidores públicos que participan en las negociaciones o contrataciones por delegación de la administración pública.

En ese sentido, se advierte para imputar la comisión del delito de colusión simple o agravada necesariamente se tiene que recurrir a estas normas administrativas a fin de determinar si la actuación del funcionario o servidor público inmerso en la negociación o contratación actuó sujeto a regularidad o irregularidad, es decir quebranto su rol de negociador o encargado de las contrataciones o en su defecto se sujetó a derecho – cumplió con rol. En ese sentido el cumplimiento de su rol o sus obligaciones, específicamente la normas administrativas de contratación determina que su obrar se sujetó a las leyes o normas por ende no existe quiebre de la vigencia de la norma por lo que no se cuenta con el fundamento necesario para imputar la comisión del delito de colusión simple o agravada, en razón que una contratación o negociación regular no puede ser pasible de imputación de la comisión de delito de colusión, empero, este fundamento no convierte al tipo penal en una ley penal en blanco en razón que la remisión a las normas extrapenales para la imputación de la configuración del tipo no obedece a una remisión explícita o implícita de la norma penal, sino por cuanto de sus propios términos, o elementos objetivo del tipo se colige que los mismos aluden a procesos de

contratación o negociación de manera genérica, vaga, que no están descritas específicamente, y lindan contra el principio de taxatividad, por lo que lo convierte en un tipo penal abierto; esto tiene un efecto negativo en razón que es posible que el operador jurídico considere la configuración del tipo penal de colusión sin la necesaria vulneración de las normas administrativas de contratación o negociación, interpretación propia de las normas abiertas o discrecionalidad de interpretación de las normas jurídico penal, por lo que conllevaría una decisión arbitraria, ya que si la actuación es lícita en el ámbito de regulación, por lo tanto es inimputable en el derecho penal, supuesto que no sucedería el tipo penal se configuraría como una ley penal en blanco.

En síntesis, es condición objetiva de tipicidad cuando se imputa la comisión del delito de colusión determinar el quebramiento de normas específicas o generales administrativas propias de la negociación o contratación, siendo ello la fuente del quebramiento del rol y por ende la imputación objetiva de la comisión del tipo penal de colusión, condición si bien no es exigible por el propio tipo por ser una ley penal abierta, es incondicional para realizar una imputación concreta.

7.4. Implicancias de las normas administrativas al tipo penal de colusión que lo convierten en un tipo penal abierto.

Con mayor énfasis se colige que la imputación del delito de colusión se desarrolla en el ámbito de las negociaciones o contrataciones sujeto a la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, por ser esta la norma que regula

el gran grueso de la contratación pública, verbigracia en el año 2015, “el Estado peruano ha realizado contrataciones por S/. 41, 373.3 millones mediante 97, 424 procesos de selección, 90, 002 órdenes de compra y 1,973 exoneraciones. Según valor de objeto contractual, el 29. 3 % corresponde a bienes, 37.9% a servicios (incluye consultoría de obras) y el 32.8% a obras. Las contrataciones realizadas bajo el ámbito del Decreto Legislativo N° 1017 y el Decreto Supremo N° 138 -2012 – EF tales como Procedimiento Clásico, Subasta Inversa, Convenio Marco y Exoneraciones representaron el 86. 3% del valor adjudicado total, mientras que las contrataciones realizadas bajo la normativa de Petroperú y por otros regímenes representaron el 13.7%”²⁴⁹, y durante el año 2016 entró en vigencia la nueva Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225, y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 350 2015 EF). Dicha Normativa establece nuevos procedimientos de selección, a su vez establece que las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a las 8 UIT están excluidas del ámbito de aplicación de la Ley, pero sujetos a supervisión por parte del OSCE. Así Tenemos, el Estado Peruano ha programado contrataciones por el valor de S/. 52, 853.1 millones.

De lo expuesto se advierte que los montos usados en la contratación son altos, y los vicios de la contratación pública desencadenan la imputación del delito de colusión, por ello el operador jurídico al momento de imputación la comisión del delito de colusión se topa con un importante inconveniente que debe sortear y de ello depende el éxito de su acusación o juzgamiento, como determinar la vigencia y aplicación de la normas administrativas que regula la contratación o

249

http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Reporte_2015_Resultados%20al%2003%20de%20agosto%20FINAL.pdf

negociación de los hecho materia de imputación, problemática que se materializa en razón que las normas de contrataciones que constantemente se encuentra en ámbitos de modificación o derogación o abrogación, como sucedió con el Decreto Legislativo N°1017 – Ley de contrataciones del Estado, que se modificó por la Ley N° 29873, y este a la vez se derogo por la Ley N° 30225- Ley de Contrataciones del Estado, y asimismo, recientemente fue modificada mediante Decreto Legislativo N° 1341 de fecha 07-01-2017, es decir, estamos en términos del profesor Carl Schmitt “legislación motorizada”²⁵⁰, y más aún la Ley de Contrataciones no se sujeta a los criterios y alcances clásicos de la ley común que es “ definidora de un orden abstracto de justicia, con vocación de permanencia), por el contrario es una ley medida o *Massnahmegesetz*, que más que definir un orden abstracto pretende, por el contrario, resolver un problema concreto y singular, instrumentar una política pública lo que en definitiva, supone adoptar, aunque con una técnica normativa una medida o serie de medidas para afrontar un problema determinado y conseguir un determinado objetivo.”²⁵¹

Frente a esta realidad y peculiaridad de las normas de contratación conlleva una implicancia directa con respecto a la imputación del delito de colusión en razón que por el momento y fecha de comisión del delito la ley de contrataciones aplicable vincule positiva o negativamente al momento de desvalorar la conducta del funcionario o servidor público encargado de la contratación, es más, problemático aun si la norma administrativa que estuvo

²⁵⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás – Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Palestra – Temis. Lima – Bogotá 2006. Pág. 85

²⁵¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás – Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Palestra – Temis. Lima – Bogotá 2006. Pág. 86

vigente al momento de los hechos y es materia de cuestionamiento por su quebrantamiento posteriormente se deroga y el legislador cambia drásticamente de criterio, sucediendo así una suerte de norma posterior más favorable a la norma derogada, por lo que quedaría a criterio del juzgador invocar su aplicación en forma más favorable o no, es decir una suerte de control de constitucionalidad y legalidad de las normas administrativas en vía penal.

En conclusión, el delito de colusión si bien es un tipo abierto pero está sujeto al marco de las normas administrativas que fundamenta la antijuricidad de la conducta por lo que es de observancia obligatoria para una imputación concreta verificar la legalidad de la contratación pública sub examine de imputación en el marco de las normas de contratación administrativas vigentes, y en el supuesto que se desprendan nuevas normas administrativas más favorables, es criterio del operador jurídico, realizar el control de legalidad más pro al reo, similar a las normas jurídicas penales, o sujetarse al principio de vinculación positiva a ley administrativa.

7.5. Desnaturalización jurídica del delito de colusión.

Conforme se ha expuesto los autores consideran al delito de colusión como: a) un delito de infracción de deber, b) delito especial propio o como un delito especial propio de resultado, c) delitos de encuentro, d) delito de convergencia, plurisubsistente o de un precepto incriminador de carácter pluripersonal, e) delito de infracción de resultado material, f) delito de peligro abstracto, g) delito

de resultado, y en concreto de lesión, h) delito de resultado instantáneo, i) delito de resultado permanente, o un j) delito de resultado efectivo o material.

Al respecto consideramos que las teorías propuestas con respecto a la naturaleza del delito de colusión devienen en incompleta en razón que los mismos no han tenido en cuenta la modificatoria legislativa contenida en la Ley N° 29873, en razón que el delito de colusión a la fecha ya no corresponde a un solo tipo de delito es sino que el mismo deviene en todos tipos similares pero no iguales conforme se indicó al distinguirse el delito de colusión simple del delito de colusión agravada, y determinar que el ultimo no se sujeta a las condiciones del tipo base de colusión simple.

En ese sentido consideramos que al tener en cuenta la naturaleza del delito de colusión se debe tener en tener en cuenta en primera instancia si lo consideramos como un delito contra las entidades de la administración pública o un delito económico. En ese sentido si consideramos como un delito contra las entidades de la administración pública , es decir, como un delito de fraude en la contratación pública, adoptando la teoría general de los delitos contra las entidades de la administración pública , consideraremos que es un delito especial propio por excelencia, en cuanto a la autoría del mismo, subsumiendo la condición de imputación de infracción de deber en la calidad de sujeto propio que exige el tipo penal para ser autor del delito de fraude contra las entidades de la administración pública , es decir, solo es necesario identificar al funcionario o servidor público con la capacidad o dominio del hecho que tuvo para defraudar la contratación pública o negociación, y en cuanto a la

afectación al bien jurídico devendría en un delito de peligro concreto, en razón que el bien jurídico administración pública deviene en un múltiple gamas de protección conforme se expuesto anteriormente (el patrimonio de la administración, sus recursos de la administración, los bienes de la administración, el funcionamiento de la administración, la imagen de la administración), por lo que siendo la administración pública un bien de sumo interés público no resulta necesario realizar un perjuicio real y objetivo sino basta su sola puesta en peligro para imputar la comisión del delito, por lo tanto, consideramos que en esa línea de pensamiento que el delito de colusión en su sentido de delito contra las entidades de la administración pública con características de fraude es un delito especial propio de peligro concreto.

Ahora si lo consideramos con un delito económico, donde encajaría mejor la denominación de delito de colusión deviene un delito especial impropio de resultado, donde el autor deviene cualquier persona que cuente con capacidad de coludirse pero el solo acuerdo colusorio deviene en un fase del delito que lo convierte en atípica sino se concreta es decir no se defraudare patrimonial al Estado o terceros afectados.

Pero teniendo en cuenta la vigente norma jurídico penal se colige que el delito de colusión previsto en el artículo 384º del Ordenamiento jurídico penal tiene dos tipos de naturaleza: a) el delito de colusión simple como un delito especial propio de peligro concreto, y b) el delito de colusión agravada como un delito especial propio de resultado material o efectivo, por lo que consideramos que

son dos tipos penales diferentes y por ende constituye una desnaturalización del delito de colusión con respecto a su regulación tradicional.

7.6. Falta de identidad del bien jurídico.

Con respecto al bien jurídico del delito de colusión y de acuerdo a lo expuesto se puede sintetizar las siguientes teorías: a) principios de actuación administrativa, b) deber de lealtad, c) integridad y rectitud del funcionario, libre competencia de los proveedores, d) patrimonio del Estado, e) patrimonio en lo que respecta no solo al gasto público sino también a sus ingresos estatales, f) el patrimonio en la contratación pública, g) correcto funcionamiento de la administración pública mediante la protección del patrimonio del Estado a través del cumplimiento de los deberes de imparcialidad y lealtad en la realización de los negocios jurídicos administrativos, h) patrimonio del Estado o por la libre competencia, proteger: i) preservar el patrimonio público del estado, ii) garantizar la intangibilidad de los roles especiales, inherentes a la función pública y iii) asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, i) normal y recto funcionamiento de la administración pública que resulta manifestación material del Estado.

Estas postura demuestra la falta de identidad y uniformidad con respecto al bien jurídico tutelado en el delito de colusión; al respecto se debe tener en cuenta que el bien jurídico, propiamente dicho, es un concepto jurídico indeterminado con se ha precisado que en general el bien jurídico, es el interés social relevante de protección por el Estado.

Bajo este contexto se colige que el bien jurídico no se construye en base al tipo penal sino es bien jurídico que construye el tipo penal; en esa línea de pensamiento la colusión involucra conforme se mencionó anteriormente el desvalor del comportamiento humano realizado por dos o más sujetos que concertar subrepticamente o realizar pacto ilícito a fin de perjudicar a un tercero, por lo que se colige que el bien jurídico tutelado en este tipo de delito plural en razón que se busca primero proteger al tercero afectado por las negociaciones indebidas o subrepticias, ello se identifica como derecho del consumidor o usuario, o derechos a una competencia leal de negociación en contrataciones estatales, por partes de otros proveedores o competidores, y asimismo, se busca proteger la negociación o contratación pública correcta o regular. En síntesis consideramos que el delito de colusión en puridad tiene como bien jurídico objeto de protección la libre competencia del mercado de las contrataciones estatales, y la correcta contratación. Empero, si consideramos el delito de colusión como un delito de fraude en la contratación pública, conforme se advierte de su regulación tradicional se desprende que el bien jurídico tutelado es la correcta contratación pública, y sancionar los acuerdos o pactos subrepticios que afecten el interés público del contrato por ello se constituye por excelencia un delito de peligro o mera desobediencia.

De acuerdo a la regulación vigente del delito de colusión se colige que existe una gran dicotomía con respecto a la regulación del bien jurídico en razón que de acuerdo al delito de colusión simple, el bien jurídico tutelado sería, los principios de la actuación administrativas y el deber de lealtad que debe

sujetarse los obligados en la contratación pública no importando si dicho quebramiento genere o no un perjuicio patrimonial efectivo. Condición que no se sujeta en el caso del delito de colusión agravada en el cual el bien jurídico es el patrimonio del estado contenido en la contratación pública.

Por lo expuesto se advierte que no existe una uniformidad en lo que respecta a la identificación del bien jurídico en el delito de colusión, 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.

7.7. Sobre la autoría y participación.-

De conformidad con lo prescrito en el artículo 23° del Ordenamiento jurídico penal , se reconoce como supuestos de autoría la intervención individual o conjunta del sujeto activo, al primer supuesto se imputa la autoría a título de autor, y en el segundo caso a título de coautoría, asimismo, se reconoce supuestos de autoría la intervención directa del sujeto activo o la intervención indirecta, al respecto en el primer caso estamos ante un caso de autoría inmediata y con respeto al último a un caso de autoría indirecta o mediata. Finalmente, del artículo 24° y 25° del Ordenamiento jurídico penal , se incluye como partícipes del delito, a los instigadores, que no es más que el

dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible, y los cómplices, que son los que dolosamente prestan auxilio o de otro modo hubiesen prestado asistencia, al sujeto activo del delito.

Estas reglas configuran en el marco normativo general de la autoría y participación en nuestro ordenamiento jurídico penal, dentro de este orden de ideas, la autoría en el delito de colusión solo admite casos de coautoría mediata o inmediata, e instigación y complicidad, pero circunscritos a funcionarios o servidores públicos, es decir, no cabe en el presente caso un supuesto de autor, teniendo en cuenta los funcionarios y servidores intervinientes en el proceso de contratación estatal, se infiere que en este tipo de casos la regla sin admitir excepciones es que la autoría es un supuesto de coautoría mediata e inmediata, ya que la planificación de las compras, recae obligatoriamente en manos del titular de la entidad, quien asume responsabilidad de dicha actuación administrativa, y es donde se comienza con los actos preparatorios del delito de colusión – primer co-autor mediato -, empero, su actuación deviene, en atípica hasta esta etapa por cuanto no asume rol alguno con respecto al procedimiento de selección y ende es necesario contar con el aporte obligatorio de los encargos del órgano encargado de la contrataciones, y del área usuaria, aportes que deviene en necesarios para alcanzar los fines ilícitos del titular, por lo tanto, se configura una suerte de supuesto de coautoría, ya que, el responsable de pedir la prestación de un servicio, bien o ejecución de obra dirigida a un determinado proveedor, es competencia del área usuaria, - acto preparatorio del delito de colusión, y por ende co-autor; además se debe tener en cuenta que el titular del

proceso de contratación no puede integrar el comité encargado de la selección del postor, es decir, no puede integrar al órgano encargado de las contrataciones, por lo tanto, la selección de determinado postor por disposición indebida del titular deviene en una necesaria concertación de actos ilícitos imputables a título de coautoría, finalmente los responsable de selección, son como regla general un colegiado que se denominan común mente comité o comisión especial de adjudicación simplificada, comité de licitación pública o concurso público, por lo tanto, su actuación si se consideran ilícitas deviene en actos conjuntos imputables a título de coautoría, aun si su decisión de concertar se realice sin intervención del titular y del área usuaria.

La imputación de participación con respecto a los intervinientes por el delito de colusión a título de complicidad definitivamente es aceptable, siendo lo más complejo la imputación de complicidad primaria o secundaria omisiva. El proceso de contratación con el Estado, requiere de la intervención de un conjunto de sujetos entre ellos que lo podemos clasificar en tres grupos: a) la entidad, b) el proveedor, y c) los otros intervinientes. Los que sujetos que integran a la entidad son pues los mencionados anteriormente: i) el titular, ii) el órgano encargado del proceso de contratación, o el que haga sus veces, y iii) el área usuaria. Con respecto al grupo de proveedores son todos los privados que interesados en contratación con el Estado, y ejercicio de su derecho de libertad de contratación participan en las convocatorias de compras que realiza la entidad, y finalmente en el grupo otros intervinientes se encuentran todos los demás actores que la ley contrataciones y normas de Derecho Público, les asigna un rol de fiscalización, control y supervisión del proceso de contratación

como son el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, el Ministerio de Economía y Finanzas, la Contraloría General de la República, el Consejo Regional, el Concejo Municipal, el Congreso de la República, y finalmente los destinatarios o beneficiarios de la contratación, además de la sociedad civil debidamente organizada.

En este contexto, se infiere que existe un conjunto de sujetos intervinientes en el proceso de contratación pública, empero, cuando la imputación por la comisión del delito de colusión se refiera al colaborador de la comisión del delito, es decir, cómplice, definitivamente el mismo se limita a los sujetos comprendidos como miembros de la Entidad, más a postores y otros intervinientes, propuesta que realizamos por las siguientes razones: a) la complicidad solo puede ser materializada por un sujeto que tiene relación directa con la administración pública, es decir, funcionario o servidor público, b) que el funcionario o servidor que colabora con el autor disfrute de la capacidad de decisión, injerencia o ejercicio de una competencia o delegación dentro de la Administración Pública, y c) que si bien no es funcionario o servidor involucrado en el proceso de contratación tenga un deber de garante o supervisión como sí lo son los órganos control interno.

El instigador es aquel sujeto que dolosamente determina al autor inmediato a cometer el delito, a diferencia del autor mediato o cómplice, este no participa directa o indirectamente en el ilícito o presta colaboración en el delito, en este marco, se circunscriben en el marco de instigador aquel servidor público o funcionario, que careciendo de competencia en el proceso de contratación

pretende injerencias o propone cometer una concertación para defraudar a la administración pública en una contratación estatal. Al respecto, propiamente dicho ponemos imputar responsabilidad penal por instigación al titular de una entidad pública que dispuso, sugirió, o propuso al Comité de Selección u Órgano encargado de las contrataciones tenga como resultado cierto postor sea el ganador de la licitación o concurso público, argumentando que fue el que colaboro o apporto en la campaña política municipal, regional o presidencial, conclusión que arribamos en razón que el colegiado responsable de una selección es un órgano que goza de autonomía y de sus propias responsabilidades, y por ende no sujeto a injerencia y en supuesto que acceda ello no constituye un caso de inimputabilidad por obediencia debida, ya que, en el marco de sus roles previsto en el ley de contrataciones son sujetos plenamente garantes del correcto proceso de selección, y ello no puede ser descargado por instigación.

Finalmente, también se considera instigador a cualquier otro funcionario o servidor público, con solo sugerir dolosamente al colegiado evaluador, proponga un resultado o beneficiario, fuera de las normas regulares de selección, en este orden de ideas, si la comunicación expresada es que emitas tu decisión de buena pro a favor de la empresa de mi pariente, siento el proponente un servidor público, ya constituye un supuesto de instigación del delito colusión. Ahora, si el instigador es un particular o privado, ajeno al proceso de contratación, o la entidad, en este caso, consideramos que nos encontramos frente al supuesto de tentativa del delito de cohecho, ya que, en

este caso el delito de colusión, conforme se indicó anteriormente no puede ser extensible a particulares.

De una interpretación literal del artículo 384º del Ordenamiento jurídico penal , y de acuerdo a los pronunciamiento de la corte suprema se admite y considera como cómplice primario a los interesados intervinientes en la contratación pública, conclusión que se arribó adoptado la teoría de la unicidad o unidad del título de imputación, que propuso el Roxin, de tal manera que los proveedores o particulares que participan en la defraudación contratación responde como intervienen necesariamente en la concertación y genera la comisión del delito de colusión tiene la condición de partícipes necesarios, y su no intervención generará la atipicidad de la conducta o en su defecto la comisión de otro delito como cohecho o peculado. Pero quienes son estos interesados, que doctrinariamente se les ha dado el calificativo de *extraneus*; pues aluda 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 errada en el sentido que el extraneus no tiene la condición de funcionario o servidor público por lo que no puede asumir responsabilidad por la comisión de delitos especial propio como es el 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 a derecho por lo que concertar en negociaciones o contrataciones estatales deviene en ilícitas sin embargo no es posible

imputárseles la comisión del cómplice primario delito de colusión, en razón que solo 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 coautores sino que constituye en sí autores del fraude contractual por ende el criterio del uso de la teoría de la unidad de título de imputación deviene en ilógica en caso de 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 un tipo penal de extensión de responsabilidad conforme se realizó en el caso del artículo 392º del Ordenamiento jurídico penal ²⁵².

7.8.- Identificación del deber especial y específico en el delito de colusión

Claus Roxin que identificó a ciertos los (este “los” es necesario) delitos por la calidad de agente especial que tiene el sujeto activo, es decir, delitos comunes, que son imputables a todos y, delitos especiales, que son los imputables a ciertos sujetos que el Estado encomendó deberes especiales y, la transgresión o inobservancia obligatoria de dichos deberes hacen que incurran en delitos de infracción de deber o delitos de infracción de un deber; postura que fue desarrollada por el profesor Günther Jakobs, de los cuales se advierte que, los deberes especiales no son los determinados en la norma penal, sino, en preceptos extrapenales (en el caso del delito de colusión, la Ley de Contrataciones con el Estado **(con el Estado o “contrataciones del Estado”)**)

²⁵² Artículo 392.- Extensión del tipo

Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

y su Reglamento, la Ley de Presupuesto del Sector Público, El Código de Ética, la Ley Marco del Empleado Público, su propia norma orgánica) que responde el autor por accionar defraudatorio de la expectativa sin la necesidad de crear un riesgo no permitido concreto o abstracto, sino, con el incumplimiento de un deber que surge de un estatus determinado que lo obliga, no sólo debe abstenerse de dañar el bien jurídico que se encuentra en su ámbito de protección, sino, que debe velar por su integridad frente a cualquier amenaza de peligro o de lesión²⁵³, en consecuencia, **«el obligado es siempre autor, y ciertamente independiente de que él ostente el dominio del hecho o no»** contra esta postura existe críticas, algunas fundadas como la expuesta por el profesor Luis Gracia Martín y Bernd Shunemann, empero, no se puede negar adoptar la teoría de la infracción de deber como base de imputación de autoría en el delito de colusión facilita la imputación ya que coadyuva a cumplir con los estándares de la imputación necesaria, hecho no sucede así, con respecto, a la concepción del delito de colusión como si fuera de *peligro o resultado*, el mismo que conllevan a la autoría de dominio, es más, dentro de este contexto, el propio dominio del hecho se encuentra limitada por las normas extrapenales como sucede con el artículo 25° del Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado²⁵⁴, en el actual ordenamiento de contrataciones se ha recogido dicha mandato de la siguiente manera en el artículo 9° de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, por ende, la imputación de responsabilidad deviene solamente imputable a los miembros del comité,

(253) GARCÍA CAVERO, Percy. La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación, Barcelona, J.M. Bosch, 1999, p. 43 y Doctor CARO JOHN, José Antonio. “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en Anuario de Derecho penal, Asociación Peruana de Derecho penal, 2003, p.60.

²⁵⁴ que precisa que “Los miembros del Comité Especial son solidariamente responsables de que el proceso de selección realizado se encuentre conforme a ley y responden administrativa y/o judicialmente, en su caso, respecto de cualquier irregularidad cometida en el mismo que les sea imputable por dolo, negligencia y/o culpa inexcusable.”,

dejando de lado a la autoridad que suscribió el contrato o titular del pliego pese a que también tiene un deber especial no sólo en fase de selección, sino, en todo el proceso de contratación⁽²⁵⁵⁾.

En conclusión, en este punto, podemos afirmar que, el delito de colusión simple se circunscribe en el marco de los delitos de infracción de deber y, asumen responsabilidad penal todo los sujetos activos que en razón de su cargo, o por ser miembros de la comisión no cumplieron con sus deberes funcionales de velar por un proceso de contratación eficiente eficaz y resguardando el bien de dominio público, como es el erario del estado, asumiendo responsabilidad todos los sujetos intervinientes en el proceso de contratación sin importar si existió o no perjuicio patrimonial, para mejor referencia ver el siguiente cuadro:

⁽²⁵⁵⁾ El deber de velar por una correcta gestión eficiente, eficaz y sujeto al principio de económica y evitar el perjuicio del bien público, tanto más, si es el responsable de la designación de los miembros del comité.

Delito de colusión simple: primer párrafo del artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal

Responsables/Etapas	PROCESO DE CONTRATACIÓN ESTATAL		
	Actos preparatorios	Proceso de selección	Ejecución contractual
Interviniente Directo	Área Usuaria y Comité	Comité Especial o Permanente	Titular
Interviniente Indirecto	Titular	Titular	Titular

En este orden de ideas, si el acuerdo defraudatorio se realizó, se identificó en la fase de actos preparatorios asumirá responsabilidad **directa** en calidad de interviniente el Área Usuaria y los miembros del Comité que están elaborado las bases y, en forma **indirecta** el responsable que aprobó las bases y, el titular que contrató y/o designó a éstos profesionales, porque infringieron con su deber funcional exigido en la Ley de Contrataciones con el Estado⁽²⁵⁶⁾.

Si el acuerdo colusorio para defraudar se llevó a cabo en la fase de selección, específicamente cuando se advierte que el proceso fue dirigido o favorecido a un determinado postor, asumirá también responsabilidad en forma **directa** en calidad de interviniente los miembros del Comité que elaboraron las bases y llevaron a cabo el proceso, el *extraenus* y sus antecesores y, en forma **indirecta** el titular que contrató y/o designó a éstos profesionales, ya que, sin su aporte no se hubiera llevado a cabo el ilícito y, finalmente en el caso de que el acuerdo colusorio para defraudar se llevó a cabo en última fase del proceso de contratación, como es la ejecución contractual, asumirá responsabilidad en forma directa el Titular y sus antecesores, es decir, el área usuaria, y los

⁽²⁵⁶⁾ Hay que recordar que la Ley de contrataciones del estado es una norma que ya indica cuales son las obligaciones, deberes y competencias de todos los sujetos involucrados en el proceso de contratación, por lo que, identificación de roles y aportes es más objetivo y claro en el marco de la concepción de los delitos como infracción de un deber.

miembros del Comité y el *extraneus* ahora contratista, habida cuenta que sin sus aportes no se materializaría el ilícito. En todos estos casos, se colige que, no se exige que necesariamente **se ponga en peligro concreto el patrimonio del Estado y, menos aún se exige el perjuicio patrimonial como elemento del delito**, haciendo funcional el ilícito en el marco de la concepción de infracción de deberes.

Situación distinta si nos encontramos ante el caso de la autoría en delito de colusión agravada, conforme se advierte del caso 2:

Delito de colusión agravada: segundo párrafo del artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal

Responsables/Etapas	Actos preparatorios	Proceso de selección	Ejecución contractual		Defraudación patrimonial
Dominio del hecho	Área Usuaria y Comité	Comité Especial o Permanente	Titular		Defraudación patrimonial imputable (concreta y precisa)
Actos Ejecutivos	Tentativa / atipicidad	Tentativa/ atipicidad	Tentativa/ atipicidad	Tentativa/ atipicidad	CONSUMO

La nuestro ordenamiento jurídico penal considera al delito de colusión agravada de conformidad con la modificatoria contenida en la Ley N° 29758, que recoge la concepción de la Ley N° 29703, como un delito de resultado, ya que, incorpora como elemento del 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 generó perjuicio obligando a determinar quién ejerció dominio del hecho, actividad de por sí, es casi imposible, habida cuenta que, las normas extrapenales

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 puede (o no se puede) imputar responsabilidad penal directa a los participantes en los actos preparatorios, proceso de selección y hasta 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 que 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 cuente con un Informe Especial de Control Posterior emitido por la Contraloría General de la República, que acredita un perjuicio patrimonial, más no la autoría. Por estos fundamentos, consideramos no funcional en el marco del sistema jurídico penal y, teniendo en cuenta, el principio de lesividad²⁵⁷ que inspira nuestra política criminal, la aplicabilidad del segundo párrafo del artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal, además, de generar la impunidad en hechos graves como es defraudar al Estado.

7.9. Existe o no tentativa en el delito de colusión.

Una vez rebasada la fase de los actos preparatorios del delito da lugar a la existencia de la tentativa²⁵⁸, se considera un a la actuación ilícita tentativa en su ámbito objetivo cuando se inicia la ejecución del ilícito y este no alcanza a ser consumado y, en su ámbito subjetivo se actuó con el mismo dolo en el caso

(257) Artículo IV.- PRINCIPIO DE LESIVIDAD.- La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

(258) CEREZO MIR, José. Obras Completa Tomo I – Derecho Penal Parte General. Ara Editores 2006. Pag. 1049

se hubiera realizado, al respecto el ordenamiento jurídico penal prevé la tentativa en su artículo 16^o²⁵⁹. En este contexto, se colige que, no puede identificarse la actuación tentativa en el delito de colusión simple, previsto en el primer párrafo del artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal, habida cuenta, que la actuación subjetiva que inspiran a los operadores del proceso de contratación es dolosa, habida cuenta que, se exige para desempeñar este tipo de cargos, tener conocimiento del proceso de contratación, es más, la mera infracción del deber funcional consuma el ilícito no necesitando que realice actos de ejecución previos para dicho fin, por lo tanto, es inadmisibles considerar la tentativa en el delito de colusión simple. Situación que sucede lo contrario en el caso de la colusión agravada que recoge la concepción del delito de resultado previsto en la Ley N° 29703 a través de la Ley N° 29758, sucede todo lo contrario, pero, previamente se debe considerar que la no defraudación patrimonial efectiva no puede ser considerado como un hecho atípico y, por ende, impune, sino que, el mismo si bien no se llegó a concretarse como el perjuicio al estado, empero, la actuación si se realizó con todo el conocimiento para dicho fin, es decir, si se cumple con el ámbito sujeto del dolo exigido para la colusión agravada, pero, la estructura del delito debe ser evaluada desde el ámbito de un delito de peligro concreto; es decir, se debe evaluar que la actuación de los intervinientes en el proceso de contratación si ponen en riesgo inminente el erario público, por lo tanto, deben asumir su responsabilidad penal en grado de tentativa. Al respecto, es necesario considerar que el límite de una accionar riesgo no permitido en el caso de imputación del delito de colusión agravada en grado de tentativa, es

²⁵⁹ “En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.”

pues la propia norma (escrita o no escrita), es decir, la inobservancia estricta de la ley de contrataciones del estado durante las fases del proceso de contratación constituye ya elementos de imputación de responsabilidad penal y, advirtiendo que, el mismo puede generar un potencial perjuicio o riesgo, configurará la imputación de colusión agravada en grado de tentativa. Es necesario volver a precisar que la aplicabilidad de la tentativa en el delito de colusión agravada es también perfectamente subsumible en el caso de colusión simple; al respecto debo indicarle que ello no es posible, en razón que, la naturaleza del ilícito de colusión simple es de *infracción de deber* adoptando un criterio técnico, contrario a lo exigido en el segundo párrafo que es resultado, empero, lo que se pretende es demostrar, que ello también, si bien es una desnaturalización del delito de colusión pero no puede conllevar a declarar la impunidad de los ilícitos por falta de defraudación patrimonial efectiva al Estado. Por ello si consideramos que el delito de colusión es de resultado, y en concreto de lesión, en la medida que genera un perjuicio material, real y tangible al patrimonio de la entidad pública concreta o del Estado. Se trata además, de un delito de resultado instantáneo²⁶⁰, pues es posible que se pueda operar la tentativa acabada o inacabada y las otras formas imperfectas de ejecución del delito, por ello debemos expresar nuestra discrepancia con el profesor y magistrado doctor Ramiro Salinas, quien si considera que en el delito de colusión en su forma simple y agravada no admite tentativa²⁶¹.

²⁶⁰ CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.180

²⁶¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra las entidades de la administración pública . Editorial Iustitia y Grijley. 4ta edición. Setiembre-2016. pág. 343.

7.10. El perjuicio patrimonial como elemento objetivo de tipo penal de colusión.

Con respecto a la comisión del delito de colusión se colige que el mismo “se comete tanto en el momento de la contratación como en el momento de la ejecución o ampliación de los contratos u operaciones estatales”²⁶², y para efectos de determinar la “consumación no es necesario que la defraudación efectiva al patrimonio estatal se verifique, solo basta que se verifique el acuerdo o pacto colusorio. Por ello, es coherente sostener que la colusión simple es un delito de peligro concreto. Al verificarse el concierto de voluntades para perjudicar al patrimonio público, en forma inminente y concreta se le pone en peligro”²⁶³, ello claro en el supuesto del delito de colusión simple, sin embargo en el caso de la colusión agravada, la acreencia o la prueba de la colusión agravada es pues el perjuicio patrimonial constituyendo un elemento objetivo del ilícito penal.

En ese sentido, se plantea el dilema de como probar la colusión y asimismo, el perjuicio generado por el pacto colusorio, tanto más si debemos observar que la imputación de comisión de un delito debe cumplir con los estándares de una imputación necesaria prevista en el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116, de fecha 13-11-2009. En este contexto y teniendo en cuenta la dificultades de probar el fraude, la concertación ilícita o subrepticia y además demostrar el perjuicio patrimonial; estas condiciones hacen casi imposible probar el delito de

²⁶² CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág.90

²⁶³ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra las entidades de la administración pública . Editorial Iustitia y Grijley. 4ta edición. Setiembre-2016. pág. 340.

colusión por ende generan impunidad, aunado a ello que los delitos especiales como el de colusión son también conocidos como delitos de cuello blanco, cuya característica destaca que el autor no es ciudadano común sino un profesional o técnico especializado en una determinada arte o materia, en este caso un especialista conocedor la administración pública, cuyos conocimientos especiales lo hacen superior aun a los peritos o auditores, en ese sentido los vicios administrativos con casi imperceptibles lo que significa que no dejan huellas o evidencias de su comisión, en respuesta a ello, la Corte Suprema ha determinado que solamente a través de prueba indiciaria es posible acreditar la comisión de este tipo de delitos con respecto a la concertación y con respecto al perjuicio con el respectivo informe o dictamen pericial que determina y cuantifica el daño que se generó al estado, condición que ha sido previsto ahora en el ordenamiento procesal penal en el artículo 158º del Código Procesal Penal²⁶⁴

El tratamiento de la prueba en el delito de colusión constituye la actuación principal para imputar la comisión del delito, y debido a su dificultad de conforme se indicó se suele usar la prueba indiciara como regla para probar dichos delitos, siendo el común denominador de acuerdo de la actividad probatoria: a) los indicios en las actuaciones administrativas y b) el peritaje financiero, de obra y contable para probar el daño o perjuicio que sufrió la administración; hechos que conforme también se advierte de los

²⁶⁴ “1. 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 obtenidos y los criterios adoptados. 2. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria. 3. La prueba por indicios requiere: a) Que el indicio esté probado; b) Que la inferencia esté basada en la reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.”

pronunciamientos jurisprudenciales devienen en insuficientes generando el archivamiento de la imputación por insuficiencia probatoria. Por dicho motivo proponemos que la actividad indagatoria con respecto a los delitos de colusión efectivamente se debe sujetar como regla a la prueba indiciaria empero teniendo en cuenta los siguientes criterios: a) identificación de los indicios, b) determinación del momento de desprendimientos de los hechos a probar, y c) peritajes obligatorios y secundarios.

- a. **Identificación de los indicios vulgares o técnicos**, al respecto el profesor Carlos de Miranda Vasquez, precisa que la identificación de indicios se debe realizar teniendo en cuenta si estamos ante indicios vulgares o técnicos, siendo los primeros las actuaciones realizadas por cualquier persona con un nivel cultural medio, y los indicios técnicos que son las actuaciones que no están alcance de cualquier persona, siendo la primera tarea identificar los indicios vulgares²⁶⁵: En caso del delito de colusión, se advierte que al ser estas actuaciones administrativas se rigen por el principio de vinculación positiva a la ley, y la regla del ordenamiento escrito del expediente administrativo, por lo que, es regla general considerar que existe un indicio razonable de la comisión de delitos la ausencia o falta de expediente administrativo o sustracción del mismo, en ese orden de ideas, los indicios vulgares son los que podemos identificar del expediente de contratación sin la necesidad de tener conocimientos especiales, como es que el contrato se suscribió un día inhábil por autoridad impedida, o se realizaron modificaciones a las cláusulas contractuales sin las opiniones de los

²⁶⁵ DE MIRANDA VASQUEZ, Carlos. Probática Penal. La prueba de los delitos contra la administración de Justicia. Editorial La Ley. España-2012. Pág. 73

órganos técnicos, sin opinión o aprobación de la contraloría, o sin dar cuenta del mismo a los órganos de control o supervisores de la contratación; vicios que no requieren de conocimientos especiales para ser identificación que son el primer filtro para proseguir al segundo paso como es la identificación de los indicios técnicos; en caso de indicios técnicos son los que se desprende de los indicios vulgares o hasta de las supuestas actuaciones regulares, pero son percibidas por órganos técnicos o especializados es decir peritos; ahora es necesario seleccionar de acuerdo a los indicios vulgares o técnicos, la que son objeto de la **determinación del momento de desprendimientos de los hechos a probar**, es decir, identificar si los vicios se realizaron en: i) etapa pre contractual, ii) etapa contractual o iii) etapa post contractual; se identifica como etapa precontractual a todos aquellos que se realizan desde la programación de la contratación, sus actuaciones preparatorias y selección de la oferta, mientras que la etapa contractual es propiamente la de elaboración del contrato, su suscripción ejecución del contrato, y finalmente la etapa post contractual, es decir, los hechos posteriores al contrato, vicios identificados después de culminado la ejecución contractual; empero, se debe tener en cuenta que la intervención pericial debe sujetarse a la regla de la percepción sistémica de la contratación y no solo a la opinión parcial como comúnmente se viene realizando, en ese sentido para advertir o no la regularidad de una compra se debe actuar las siguientes actuaciones **periciales que denominamos peritajes obligatorios y secundarios**, consistentes en: a) perito especializado en inversión pública, b) perito especializado en determinación de valor referencial o estimado, c) perito especializado en selección de ofertas o propuestas, d) perito

especializado en contratación o técnica contractual, e) peritaje de ejecución de la prestación o de obra y f) peritaje financiero.

Estas actuaciones probatorias deben realizarse teniendo en cuenta que la negociación o contratación pública es parte una de las fases de la inversión pública, y esta la vez es parte de las políticas públicas, por lo que tratar de investigar solamente la contratación o negociación o la etapa precontractual o selectiva, siempre deviene en insuficiente y genera impunidad, por dicha razón se debe realizar un peritaje especializado en inversión pública, a fin de determinar si el objeto de la contratación se sujetó a un programación de acuerdo a las necesidad de interés público y de acuerdo a los planes estratégicos sectoriales, y descartar que la programación de la contratación se realizó con el interés subrepticio de orientar la demanda del mercado a un postor determinación, es decir, se programa la realización un puente de alto tránsito para un centro poblado, la construcción de una institución educativa para un caserío donde no existe la demanda de alumnos que justifique la inversión, esta prueba permitirá aportar el indicio técnico que la contratación es el resultado de una concertación anticipada entre la autoridad o el programador con el contratista o proveedor de manera previa aun a la selección, es decir, se programó el objeto de la contratación para otorgar la buena pro a un proveedor determinado que no sirve para satisfacer una necesidad pública y menos para un servicio público. El peritaje especializado en determinación de

valor referencial o estimado, nos permitirá identificar de manera cierta si la determinación del valor económico asignado al objeto de la contratación es el real al momento de la convocatoria o era irreal, es decir, sobrevalorado, la prueba pericial con respecto a la liquidación de obras con respecto a la estructura costos deviene en insuficientes en razón que es usual justificar la liquidación final de la obra indicando que los precios en ese entonces de la compra durante la ejecución son otros los fijados en la expediente técnico, y por dicho fin se debe nivelar o reajustar, y como el perito ingeniero civil no cuenta con dicha información de cotización de precios históricos este indicio técnico no es percibido, por dicho motivo proponemos que debe practicarse un peritaje especializado en determinación de valor referencial o estimado, que nos permitirá saber si estamos ante una situación de sobrevaloración de precios que efectivamente solo generará beneficios al proveedor o contratista, indicios que se correlacionará cuando tengamos en frente como segundo paso el otorgamiento de la buena pro a un solo postor, es decir, no hubo pluralidad de propuestas y ofertas, ello nos acreditará que la actuación precontractual si estaba dirigida a favor de determinador particular. El peritaje especializado en selección de ofertas o propuestas, revisar exhaustivamente si la labor del comité con respecto a la evaluación de las ofertas fue objetiva, imparcial y razonable, en razón que el acto material de favorecimiento o materialización de la concertación es justamente

la evaluación de las ofertas, este peritaje nos informará si existió un favorecimiento a una oferta a costa de las otras, de tal manera de saber que se ha vulnerado el principio de libre competencia, donde podamos identificar como se realizó el acto de dirigir la contratación. El peritaje especializado en contratación o técnica contractual, la redacción del contrato, el cumplimiento de los plazos o las modificatorias post contractuales nos permiten tener indicios razonables sobre el favorecimiento o defraudación que se está realizando durante la contratación a favor del contratista o proveedor, es decir, es posible que se autorice y suscriba el contrato con determinado particular que no cumplió con los requisitos para dicha suscripción o se consignó cláusulas que ponen en riesgo o perjuicio a la entidad a costa de favorecer al contratista, este peritaje nos permitirá identificar estos indicios contractuales para imputar la defraudación efectiva. El peritaje de ejecución de la prestación o de obra, esta labor técnica es propiamente dicho la auditoria de la prestación del servicio, la adquisición del bien o la ejecución de la obra, donde se advertirá que si durante la ejecución contractual se ha mantenido el equilibrio de la ejecución o en su defecto se ha permitido o dado favorecimiento indebidos al contratista, como sería la aprobación de ampliaciones de plazo injustificados, el pago de mayores gastos generales no merecidos o la devolución de la carta fianza cuando aún no ha culminado la ejecución contractual, estos indicios técnicos nos permitirá identificar el perjuicio efectivo que

sufrió el Estado. Finalmente el peritaje financiero o contable, es el que realizar el cotejo de la información económica y compara si lo que efectivamente se programó como gasto se alcanzó o en su defecto durante la ejecución contractual se aumentó justificada o injustificamente el costo de la ejecución contractual, es decir, es posible que el postor ofreció dar el servicio, la entrega del bien o la ejecución de la obra a un costo menor que le permitió ganar la buena pro de la contratación, sin embargo dicha oferta se incumplió ya que durante la ejecución se generaron adicionales o mayores gastos generales que hacen que la oferta económica sea distinta a la ofrecida, asimismo, nos permitirá conocer si la inversión se encuentra justificada contablemente y si efectivamente se procuró una utilidad programa al particular o este se logró una utilidad superior a costa del objeto de la contratación. De esta manera queda demostrado que la sola actuación de un peritaje contable y de obra practico por un contador y un ingeniero civil o especialista en compras deviene en insuficientes, ya que no alcanzan la percepción sistémica de la contratación.

Consideramos que con estos criterios la imputación y prueba del delito de colusión si se sujeta al principio de imputación concreta y no coadyuvara una probar la comisión del delito de colusión y posterior sanción evitando la impunidad.

CONCLUSIONES

- 1) Se demostró que existe deficiencias estructurales en el artículo 384° del C.P., desde su denominación del tipo penal de 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 defraudar 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) Otra deficiencia estructura del tipo penal es que no uniformizar 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 397º y que al ser similar deberían excluirse”²⁶⁶, y asimismo 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 de la 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 de delito simple y agravado.

- 4) Otra deficiencia estructural del tipo penal es que los interesados o particulares beneficiados por la contratación colusoria, que doctrinariamente se les ha dado el calificativo de *extraneus*; aluda 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 errada en el sentido que el *extraneus* no tiene la condición de funcionario o servidor público por lo que no puede asumir responsabilidad por la comisión de delitos especial propio como es el 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 a derecho por lo que concertar en

²⁶⁶ CASTILLO ALVA, José Luis. Pág. 63. Cfr. Abanto Vásquez. Los delitos contra las entidades de la administración pública en el Ordenamiento jurídico penal peruano. Cit.p. 261

negociaciones o contrataciones estas deviene en ilícitas sin embargo no es posible imputárseles la comisión del cómplice primario delito de colusión, en razón que solo 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 coautores sino que constituye en sí autores del fraude contractual por ende el criterio del uso de la teoría de la unidad de título de imputación deviene en ilógica en caso de 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 un tipo penal de extensión de responsabilidad conforme se realizó en el caso del artículo 392º del Ordenamiento jurídico penal .

- 5) Nuestro ordenamiento jurídico penal considera al delito de colusión agravada de conformidad con la modificatoria contenida en la Ley N° 29758, que recoge la concepción de la Ley N° 29703, como un delito de resultado, ya que, incorpora como elemento del 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 generó perjuicio obligando a determinar quién ejerció dominio del hecho, actividad de por sí, es casi imposible, habida cuenta que, las normas extrapenales 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 puede (o no se puede) imputar responsabilidad penal directa a los participantes en los actos

preparatorios, proceso de selección y hasta 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 que 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 cuente con un Informe Especial de Control Posterior emitido por la Contraloría General de la República, que acredita un perjuicio patrimonial, más no la autoría.

RECOMENDACIONES

- 1) Consideramos que la denominación del *nomen iuris* debe ser variada, de acuerdo a lo contenido en nuestro ordenamiento jurídico penal , por cuanto el artículo 384°- Delito de Colusión (Simple y agravada), alude aun del delito de fraude en la contratación pública o colusión en contratación pública, por ello sugerimos el cambio de *nomen iuris* e incluso la creación de otra sección en la que se recojan conductas fraudulentas penalmente relevantes de los funcionarios y servidores públicos contra las entidades de la administración pública , tanto más si la colusión simple y agravada son tipos penales independientes por cuanto el tipo agravado no se sujeta al tipo base.
- 2) Se elabore un tipo penal específico de extensión de responsabilidad penal por fraude en la contratación pública que permita imputar responsabilidad en calidad de autor a los particulares intervinientes que ejerzan dominio del hecho en la comisión del delito de colusión.
- 3) La regla del uso de la prueba indiciaria en el delito de colusión debe complementarse con los siguientes criterios: a) identificación de los indicios, b) determinación del momento de desprendimientos de los hechos a probar, y c) peritajes obligatorios y secundarios.
- 4) La intervención pericial debe sujetarse a la regla de la **percepción sistémica de la contratación** y no solo a la opinión parcial como comúnmente se viene realizado, en ese sentido para advertir o no la

regularidad de una compra se debe actuar las siguientes actuaciones periciales en la investigación del delito de colusión: a) perito especializado en inversión pública, b) perito especializado en determinación de valor referencial o estimado, c) perito especializado en selección de ofertas o propuestas, d) perito especializado en contratación o técnica contractual, e) peritaje de ejecución de la prestación o de obra y f) peritaje financiero; con ello se aspira realizar una labor de imputación concreta para evitar la impunidad.

- 5)** Finalmente consideramos que el delito de colusión regulado en su forma tradicional y básica es decir sujeto a la Ley 26713 engloba las condiciones necesarias para imputar responsabilidad por actuaciones fraudulentas de los funcionarios o servidores públicos que intervienen en la contratación o negociación pública, por lo que es necesario retornar al anterior tipo penal y dejar sin efecto el tipo de colusión agravada.

BIBLIOGRAFIA

FUENTES BIBLIOGRAFICAS.-

ALMANZA ALTAMIRANO, Frank, y PEÑA GONZALES, Oscar. Teoría del Delito. 2da Edición. APECC-Editores. Perú 2014.

CACERES JULCA. Roberto. El delito de Colusión. Aspectos sustantivos y probatorios. Delitos contra las entidades de la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Editorial Gaceta Jurídica. Mayo del 2016.

CARO JOHN, José Antonio. Manual teórico – práctico de la Teoría del Delito. Edición Jan- Michael Simon, Horst Shonbohm y otros. Junio 2014.

CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú.

CEREZO MIR, José. Obras Completa Tomo I – Derecho Penal Parte General. Ara Editores 2006.

CUEVA ZAVALETA, Jorge Luis. La Investigación Jurídica. Pautas metodológicas para elaborar el trabajo de investigación en el ámbito del Derecho. Editorial ABC. SAC. 2008.

DE MIRANDA VASQUEZ, Carlos. Probática Penal. La prueba de los delitos contra la administración de Justicia. Editorial La Ley. España-2012.

ESPINO PEREZ, Julio. CODIGO PENAL-CONCORDADO. Sexta Edición. Editorial Importadora Sevillano. Lima – Perú. Abril 1948.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás – Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Palestra – Temis. Lima – Bogotá 2006.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos. Editorial Universitaria Ramón Areces y Jurista Editores. Lima- 2009.

JESCHECK, Hans- Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal Parte General, Volumen I. Editorial Instituto Pacifico. Perú- 2014.

JESCHECK, Hans- Heinrich/ WEIGNED, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 5da. Edición. Comares, granada. 2002., pág.751.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Editorial Losada S.A., Buenos Aires Argentina 1965.

MUÑOZ C., Francisco y GARCIA A., Mercedes, Derecho Penal. Parte General, Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis. Tercera Edición. Colombia -2012.

NOLASCO VALENZUELA, José y otros. Manual de litigación en Delitos Gubernamentales – Volumen 2. Editora ARA Editores. Perú-2011.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Acción, omisión y sujeto en la Teoría del Delito. Grijley Editores y Universidad de Huánuco. Primera Edición- Perú - 2009.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho Penal – Parte General. Ara Editores. Primera Edición- Perú -2015.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lectio Doctoalis: Quince Minutos de Derecho Penal*. Primera Edición 2007 – Huánuco Perú. Editorial Grijley y la Universidad de Huánuco.

RAMOS SUYO, J.A. *Estructure el Marco Teórico en su Tesis de Posgrado en Derecho*. Editorial Grijley. Perú- 2012.

RAMOS SUYO, J.A., *Elabore su tesis en Derecho Pre y Postgrado*. 2. Edición. Editorial San Marcos. Perú-2008.

REATEGUI SANCHEZ, James. *Delitos contra las entidades de la administración pública en el Ordenamiento jurídico penal* . Editorial Jurista Editores. 2015.

REVISTA *JUS JURISPRUDENCIA*, Volumen 2, Editorial Grijley. Lima- Perú 2004.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Tipicidad*. Primera reimpresión de la sexta edición. Editorial Temis. Colombia – 1989.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra las entidades de la administración pública* . Editorial Iustitia, y Grijley. 4ta edición. Setiembre-2016.

SILVA SANCHEZ, Jesús maría. *Aproximaciones al Derecho Penal contemporáneo*, 2da. Edición, ampliada y actualizada, BdeF. Montevideo – Buenos Aires 2010.

SOLIS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Segunda Edición. Editorial FECAT. Lima-Perú 2001.

ZEVALLOS ACOSTA, Uladislao. *Metodología de la Investigación Jurídica*. Universidad de Huánuco. Huánuco- Perú 2009.

FUENTES NORMATIVAS. -

Ordenamiento jurídico penal peruano

Constitución Política del Estado

Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Ley del Procedimiento Administrativo General.

Ley del Servicio Civil

Ley Marco del Empleado Público.

FUENTES JURISPRUDENCIALES.-

Resolución N° 1109-2014-Callao.

Resolución N° 75-2003- Madre de Dios.

Resolución N° 03-2008-A-10 Lima

Exp. N° 740-2003- Huánuco, de fecha 04-06-2004.

Resolución N° 1482-2011- Arequipa.

Resolución N° 1960-2013- Amazonas.

Resolución N° 702-2009- Lima.

Resolución N° 345-2015-Lima.

Resolución N° 1565-2012- Ica.

Resolución N° 5315-2008-Puno.

Resolución N° 2617-2012-Callao.

Resolución N° 2767-2008-Loreto.

Resolución N° 1696-2012-La Libertad.

Resolución N° 4741-2006-Cusco.

Resolución N° 1389-2010-Cañete.
Resolución N° 2587-2011- Cusco.
Resolución N° 164-2011-Ayacucho.
Exp. N° 3611-2002-Huánuco.
Resolución N° 978-2011-Lima.
Resolución N° 5315-2008-Puno.
Resolución N° 1719-2007-Puno.
Resolución N° 556-2007-Ancash.
Resolución N° 4745-2006-Cusco.
Resolución N° 3477-2010-Ica.
Resolución N° 3328-2011-Lima.
Resolución N° 1475-2013-Lima.
Resolución N° 1396-2011-Arequipa.
Resolución N° 486-2007-Ucayali.
Resolución N° 285-2014-Junin.
Exp. N° 88-2008-Caso Alex Kouri.

FUENTES DE INTERNET.-

<http://apps5.mineco.gob.pe/transparencia/Navegador/default.aspx>
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/nortenciogua/2012/06/29/entendiendo-a-tu-estado-sistemas-funcionales-y-administrativos/>
<http://dle.rae.es/?id=9s5urAc>
<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/caso-unh.pdf>
<http://legis.pe/wp-content/uploads/2016/07/Casaci%C3%B3n-N%C2%B0-841-2015-Ayacucho.pdf>

<http://noticias.r7.com/brasil/operacao-lava-jato>

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140108_01.pdf

(16-10-2016)

http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Reporte_2015_Resultados%20al%2003%20de%20agosto%20FINAL.pdf

http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N6_2009.pdf

<http://www.eldiariony.com/2015/03/21/viaje-al-interior-del-lujoso-avion-presidencial-de-pena-nieto/>

http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00020-2003-AI.html>

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.html>

<http://www.transparency.org/cpi2014/results>

INDRET,(2014) Referencia tomada <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>

www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf