Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad del Perú. Decana de América
Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

Delito de colusión: responsabilidad penal del tercero interesado

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política

AUTOR

Raul Ernesto MARTINEZ HUAMAN

ASESOR

. Miguel Ángel SÁNCHEZ MERCADO

Lima, Perú

2021



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Martinez, R. (2021). *Delito de colusión: responsabilidad penal del tercero interesado*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Raul Ernesto Martinez Huaman
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	41929473
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-6549-9821
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Miguel Ángel Sánchez Mercado
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	10026992
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-3321-510X
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	José Francisco Urquizo Olaechea
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08762004
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Raúl Belealdo Pariona Arana
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	20060770
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Víctor Mario Amoretti Pachas
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	88001553
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Andy Jefferson Carrión Zenteno
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	41050169
Datos de investigación	
Línea de investigación	No aplica.
Grupo de investigación	María Rostworowski
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	UNMSM - Postgrado de Derecho, Avenida General Santa Cruz 711, Jesús María, Perú Latitud: -12.072655 | Longitud: -77.043141
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2019-2021
URL de disciplinas OCDE	Ciencias Sociales - Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

En la ciudad de Lima, el primer día del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, siendo las dieciocho horas, bajo la Presidencia del Dr. José Francisco Urquizo Olaechea, con la asistencia de los Profesores: Dr. Raúl Belealdo Pariona Arana, Dr. Víctor Mario Amoretti Pachas, Dr. Miguel Ángel Sánchez Mercado, Dr. Andy Jefferson Carrión Centeno y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Raul Ernesto MARTINEZ HUAMAN**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **"DELITO DE COLUSIÓN: RESPONSABILIDAD PENAL DEL TERCERO INTERESADO".**

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con calificación de muy bueno con la nota de dieciocho (18)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al **Mg. Raul Ernesto MARTINEZ HUAMAN.**

Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo las veinte horas con dos minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación virtual.

Dr. José Francisco URQUIZO OLAECHEA
Presidente y Jurado Informante
Profesor Principal

Dr. Raúl Belealdo PARIONA ARANA
Jurado Informante
Profesor Asociado

Dr. Víctor Mario AMORETTI PACHAS
Miembro
Profesor Emérito

Dr. Miguel Ángel SÁNCHEZ MERCADO
Asesor
Profesor Invitado

Dr. Andy Jefferson CARRIÓN ZENTENO
Miembro
Profesor Contratado

A mis amados padres, Francisca y Julio,
por su amor, esfuerzo y valiosas enseñanzas.

A mi amada Cintya y Leo,
por las alegrías y travesuras.

Sabrás quienes son los interesados
cuando sus beneficios desaparezcan

Corruptio optimi péssima

ÍNDICE

RESUMEN 10
ABSTRACT 11
ABREVIATURAS Y SIGLAS 12

PRIMERA PARTE
MARCO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

I.- INTRODUCCIÓN 15
II.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN 18
III- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA 24
1.- Problema principal 24
2.- Problemas secundarios 24
IV.- HIPÓTESIS 24
1.- Hipótesis principales 24
2.- Hipótesis secundarias 24
V.- OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN 25
1.- Objetivos generales 25
2.- Objetivos específicos 25
VI.- JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN 25
1.- Justificación Teórica 25
2.- Justificación Práctica 26
3.- Justificación social 26
VII.- MARCO TEÓRICO 26
1.- Marco de Origen Histórico normativo 26
2.- Marco de tesis que investigaron el problema 27
2.1.- Tesis Nacionales 27
a) Fuentes de búsqueda 27
b) Resultado de la Búsqueda 28
2.2.- Tesis extranjeras 29
VIII.- MARCO NORMATIVO VIGENTE 29

IX.- MARCO DE LA ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL REFERIDA AL PROBLEMA 30
X.- MARCO DE LAS PRINCIPALES CORRIENTES TEÓRICAS QUE INTENTAN SOLUCIONAR EL PROBLEMA 31
XI.-ELECCIÓN JUSTIFICADA DE UNA O VARIAS CORRIENTES TEÓRICAS EXPLICATIVAS 33
XII.- METODOLOGÍA 33
XIII.- MATRIZ DE CONSISTENCIA 35

SEGUNDA PARTE

SOCIEDAD, CONTROL SOCIAL Y DERECHO PENAL

I.- INTRODUCCIÓN 37
II.- CONTROL SOCIAL Y DERECHO PENAL 37
III.- BIEN JURÍDICO Y LAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS 41
IV.- LA NORMA CONFIGURADA: ¿EXPECTATIVA NORMATIVA O COGNITIVA? 45
V.- RESUMEN 48

TERCERA PARTE

CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA CORRUPCIÓN A NIVEL EMPÍRICO EN EL PERÚ

I.- CORRUPCIÓN EN EL PERÚ 51
II.- LA CORRUPCIÓN APROXIMACIÓN AL FENÓMENO SOCIAL 52
III.- LA CORRUPCIÓN PROBLEMA PRINCIPAL EN PERÚ 56
IV.- CORRUPCIÓN Y CONTRATACIONES PÚBLICAS 69
V.- RESPUESTAS CONTRA LA CORRUPCIÓN RELACIONADA AL DELITO DE COLUSIÓN 76
VI.- CONCLUSIÓN 83

CUARTA PARTE

ESTUDIO DE LOS COMPONENTES DEL DELITO DE COLUSIÓN

I.- INTRODUCCIÓN 86
II.- TIPO OBJETIVO 87
1.- Sujeto activo en el delito de colusión 87
A.- Participación directa o indirecta del funcionario 96
B.- Arbitro como participe en la colusión 101
C.- Funcionario público en el delito de colusión 102
2.- Sujeto pasivo 103
3.- Bien jurídico-penalmente protegido 105
A.- Supuesto de deber de lealtad del funcionario 106
B.- Supuesto del principio de imparcialidad 112
C.- Bien jurídico como patrimonio estatal 115
D.- Críticas al bien jurídico patrimonio estatal 118
E.- Bien jurídico como expectativa normativa institucionalizada 119
F.- Posición del autor 121
G.- Conclusión 129
4.- Intervención por razón del cargo 130
5.- Contratación pública 136
A.- ¿Contratación de personal como delito de colusión? 147
B.- Comentarios a la casación N° 430–2015–Lima. Contratación pública ficticia: ¿delito de peculado o colusión? 148
B.1.- Introducción 148
B.2.- Hechos materia de pronunciamiento 149
B.3.- Desarrollo 151
B.4.- Conclusión 159
6.- Concertación 161
A.- Concierto 162
B.- Idoneidad 169
C.- Clandestinidad 171
D.- Engaño 172

7.- Colusión como administración desleal del patrimonio estatal 177
8.- Concertación por omisión 180
9.- Defraudación 189
III.- TIPO SUBJETIVO 192
IV.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN 200
V.- FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN 202
VI.- CONSUMACIÓN 205
VII.- COLUSIÓN AGRAVADA 206
1.- Colusión agravada: ¿pericia contable como requisito indispensable? 209
VIII.- PROBLEMAS CONCURSALES 210
1.- Colusión y estafa 211
2.- Colusión y hurto 212
3.- Colusión y apropiación ilícita 212
4.- Colusión y peculado 213
5.- Colusión y cohecho pasivo 214
6.- Colusión y negociación incompatible 214
IX.- SANCIONES 216
1.- Determinación judicial de la pena: colusión como delito de participación necesaria (pluralidad de agentes) 221
X.- BENEFICIOS PENITENCIARIOS 223
XI.- PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DE COLUSIÓN 225
XII.- ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y COLUSIÓN COMO DELITO DE MERA ACTIVIDAD 228
XIII.- COMENTARIOS A LA CASACIÓN N° 661-2016-PIURA: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE 230
1.- Hechos materia de pronunciamiento 230
2.- Análisis sobre la contratación en el marco del delito de colusión 231
A.- Aplicación de la ley penal en el delito de colusión: temporalidad 231
B.- Bien jurídico protegido: expectativa normativa o patrimonio 232
C.- Diferencia entre colusión simple y agravada 237
D.- Complicidad en el delito de colusión 240
3.- Conclusión 245

QUINTA PARTE
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

I.- DELITO ESPECIAL IMPROPIO 247
II.- FUNDAMENTO DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN 251
1.- Delitos de dominio 252
2.- Delitos de infracción de deber especial 254
III.- EL DELITO DE COLUSIÓN:
AUTORÍA DIRECTA Y COAUTORÍA 260
IV.- INFRACCIÓN DE DEBER ESPECIAL Y
ÓRGANOS COLEGIADOS 263
V.- PARTICIPACIÓN DELICTIVA 266
VI.- VARIACIÓN DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE CÓMPLICE A AUTOR A NIVEL DE JUICIO 273

SEXTA PARTE
RESPONSABILIDAD PENAL DEL TERCERO INTERESADO EN EL DELITO DE COLUSIÓN

I.- TERCERO INTERESADO EN EL DELITO DE COLUSIÓN 276
II.- DELITOS DE PARTICIPACIÓN NECESARIA 279
1.- Delito de convergencia 285
2.- Delito de encuentro 287
3.- Delito de colusión: ¿delito de encuentro o convergencia? 292
III.- RESPONSABILIDAD DEL TERCERO INTERESADO COMO CÓMPLICE PRIMARIO EN EL DELITO DE COLUSIÓN 302
IV.- PARTICULAR INTERESADO: PUEDE SER UN ADMINISTRADOR DE HECHO DE LA EMPRESA 311
V.- TERCERO INTERESADO:
¿PUEDE SER OTRO FUNCIONARIO? 312
VI.- TERCERO INTERESADO: ¿GESTOR DE INTERESES? 315
VII.- COMPLIANCE Y EL DELITO DE COLUSIÓN. 316

1.- Colusión y Ley Nº 30424:
responsabilidad penal de la persona jurídica 319

CONCLUSIONES GENERALES 328
CONCLUSIÓN ESPECÍFICA 331
RECOMENDACIÓN 333
BIBLIOGRAFÍA 335

RESUMEN

El autor analiza la corrupción en el Perú, arribando que, a pesar del endurecimiento en el trato de delitos vinculados a la corrupción (entre ellos la colusión), no se ha obtenido resultados satisfactorios. Asimismo, señala que, la colusión está configurado como un delito de competencia de fomento, dicho marco material de imputación permite la colaboración de terceros para la comisión del delito, quienes responderán como cómplices e instigadores. Igualmente, menciona que, el delito de colusión se encuentra dentro del marco del delito de encuentro, en un inicio porque el funcionario y tercero no actúan de forma paralela (como en el delito de convergencia), sino que sus conductas confluyen, formando un único sentido de afectación al bien jurídico; así, desde la lógica de la comunidad delictiva, el tercero interesado debería responder como partícipe, específicamente como cómplice primario, por lo trascedente de su acto para el establecimiento del delito de colusión, situación que es respaldada por la jurisprudencia y doctrina.

Palabras claves: colusión, participación necesaria, delito de encuentro, delito de convergencia, cómplice primario, compliance.

ABSTRACT

The author analyzes corruption in Peru, finding that, despite the tougher treatment of crimes related to corruption (including collusion), satisfactory results have not been obtained. Likewise, it points out that, the crime of collusion is configured as promotion competence, said material framework of imputation allows the collaboration of third parties to commit the crime, who will respond as accomplices and instigators. Likewise, it mentions that the crime of collusion is within the framework of the crime of meeting, initially because the official and third party do not act in parallel (as in the crime of convergence), but rather their behaviors converge, forming a single sense of affectation to the legal good; thus, from the logic of the criminal community, the interested third party should respond as a primary accomplice, due to the relevance of their contribution to the configuration of the crime of collusion, a situation that is supported by jurisprudence and doctrine.

Keywords: collusion, necessary participation, crime of encounter, crime of convergence, primary accomplice, compliance.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

art.	Artículo
cap.	Capítulo
Const.	Constitución Política del Perú
cfr.	confróntese
cit.	citado
Coord.	Coordinador
CP	Código penal peruano
CPE	Código penal español
C. de P.P.	Código de procedimientos penales
CPP	Código procesal penal de 2004
D. L.	Decreto Legislativo
Dir.	Director
Ed.	Editorial
Espec.	Especialmente
Exp.	Expediente
inc.	Inciso
INEI	Instituto Nacional de Estadística e Informática
LH	Libro Homenaje
MINJUSDH	Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
MP	Ministerio Público
n.p.	nota al pie
n.m	número marginal
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OEA	Organización de los Estados Americanos
op. cit.	obra citada
p.	página
PE	Parte especial
p.e.	por ejemplo
PG	Parte general
PJ	Poder Judicial
pp.	páginas

RN	Recurso de Nulidad
ss.	siguientes
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TI	Transparencia Internacional
trad.	Traductor
UE	Unión Europea
Vol.	volumen
Vid.	véase
VVAA.	Varios autores

PRIMERA PARTE
MARCO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

I.- INTRODUCCIÓN

Actualmente, las demandas sociales se circunscriben a exigencias sobre el Estado en relación a un control "*más eficiente y una respuesta más enérgica sobre los actos de corrupción que se desarrollan dentro de la Administración*, específicamente, en el ámbito de los procesos de contrataciones públicas al ser uno de los espacios más sensibles y donde mayor incidencia de corrupción existe" (MARTINEZ, 2020, p. 80). La justificación se enmarca en razón a que "la contratación pública es uno de los espacios donde mayor presupuesto público se introduce, lo que hace que los agentes corruptos focalicen sus actuaciones en la misma" (MARTINEZ, 2019, p.23).

La corrupción en las contrataciones públicas daña la estabilidad de las instituciones públicas, lo que repercute en la conservación de la configuración del Estado. Por lo que, la sociedad exige al sistema penal una reacción más adecuada contra la corrupción tanto del funcionario como del empresario vinculado al proceso de contratación pública.

"El funcionario o servidor público ocupa un papel primordial dentro de la estructura del Estado, al tener que realizar sus actividades acordes a las expectativas sociales que recaen sobre él, en el marco de la contratación de bienes o servicios. No obstante, existen ocasiones en que los funcionarios, abusando de las facultades concedidas, se conciertan con los interesados en las contrataciones y celebran acuerdos desventajosos y dañinos para el Estado, que son de tal magnitud que ponen en peligro la existencia misma de la institucionalidad y del rol del Estado" (MARTÍNEZ, 2020, p.24). "Así, se afecta los principios por los cuales el Estado se rige en el marco de contrataciones de bienes o servicios como son la transparencia, la promoción del desarrollo humano, la eficiencia, entre otros" (MARTÍNEZ, 2020, p.24), mayores detalles del mismo se pueden observar en la sentencia del TC, Expediente 00017-2011-PI/TC-Lima, sentencia de fecha 03 de mayo de 2012.

Como ya en su momento indicó el autor: “el legislador penal, consciente de la trascendencia actual de la administración del patrimonio del Estado, y primordialmente de las expectativas sobre la apropiada conducta de los funcionarios públicos y empresarios (terceros interesados) en las contrataciones estatales, ha tipificado como delito la conducta del 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 se concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismos del Estado. En tal sentido, la indicada conducta se encuentra regulada en la legislación peruana en el art. 384° del CP, delito de colusión” (MARTÍNEZ, 2020, pp. 24-25).

Así, un aspecto problemático -y sombrío-, poco desarrollado por la doctrina y jurisprudencia, a pesar de esta incidencia en el Perú (casos como Odebrecht, Belaunde Lossio, entre otros), es el estudio de los presupuestos constitutivos de la colusión, en especial el elemento “tercero interesado”, el cual normalmente recae sobre el sector empresarial, de allí que, establecer la importancia de su aporte a la comisión del delito, el título de imputación a aplicar y sus límites, son trascendentales para evitar vacíos de punibilidad.

De está manera, el delito de colusión tiene varios aspectos problemáticos, entre ellos resalta el término “tercero interesado”, pues éste tiene un rol trascendente para configurar el delito, pues sin su aporte no se establecería el delito. Sin el papel del empresario (tercero interesado), la colusión no puede consumarse, empero, una parcela de la jurisprudencia y doctrina, transita entre considerar que el “tercero” debe ser impune, o si debe responder como cómplice, y para otro sector, debe serlo como autor, pero exigen para ello, que previamente una norma señale aquello de forma expresa.

Otro de los problemas, relacionado al tercero interesado, es la aplicación de la Ley N° 30424 (responsabilidad administrativa de las PJ), que establece que la persona jurídica responde, entre otros, por colusión, con lo cual, es menester posicionar su ámbito de responsabilidad. Finalmente, se tiene la temática de si

este “tercero interesado” podrá ser también otro funcionario público o un administrador de hecho o gestor de intereses.

Para tal efecto, como ya en su momento observó el autor: “con carácter previo al análisis del fenómeno de la corrupción, resulta necesario establecer la metodología de investigación a utilizar, punto necesario para comprender mejor las interpretaciones que sobre los distintos elementos del delito se hagan en el presente estudio” (MARTÍNEZ, 2019, p.25) (parte inicial).

En tanto que en el siguiente capítulo se analiza sobre la dinámica del control social y el derecho penal en nuestra sociedad, a partir de ahí establecer nuestra base para el desarrollo de la tesis (segunda parte).

Además, “el presente trabajo analizará si efectivamente existe un problema social (real) en cuanto al delito de corrupción en general, para, a partir de ahí, establecer cuál es el ámbito donde la corrupción encuentra un mayor desarrollo; y si ella resultare ser el de las contrataciones públicas, establecer su dañosidad para la sociedad” (MARTÍNEZ, 2019, p.25). Igualmente, se tendrá que mencionar si existen problemas sobre la respuesta a nivel preventivo y represivo de los actos de corrupción en las contrataciones públicas, y mencionar cuáles son los mecanismos legales con los que cuenta el Estado, debido a los márgenes de la investigación, se tendrá que priorizar el espacio represivo -antes que el preventivo- y analizar los tipos penales con que cuentan el CP peruano en su combate contra los corruptos en los contratos administrativos, resaltando por ello, el delito de colusión (tercer apartado).

Posteriormente, se analizará -dogmáticamente- los aspectos centrales de la colusión, así se determinará qué expectativa se protege, quienes son los sujetos que pueden cometer el delito, etc. También, se analizará la jurisprudencia más relevante emitida por la máxima instancia en el Perú; para finalmente establecer las conclusiones sobre el delito de colusión, y si los mismos se encuentran bien diseñados para hacer frente a las necesidades político-criminales que determinaron su creación (Quinta Parte).

Seguidamente, se estudiará los ámbitos de la autoría y participación de la colusión, examinando los fundamentos del mismo relacionados a los delitos de competencia por fomento u organización, además de determinar las posibilidades de los distintos tipos de autoría (coautoría, etc.) (sexta parte).

Finalmente, se analizará el punto central de la tesis, cual es el ámbito de la responsabilidad del tercero interesado, para ello se desarrollará los alcances de los delitos de participación necesaria, determinando si la colusión se presenta como delito de encuentro o convergencia, desde dicho aspecto se podrá determinar si el tercero responde como autor, cómplice o instigador. Además, se analizará el desarrollo de tercero interesado con relación al compliance, si dentro de sus alcances se encuentra la de un administrador de hecho, si puede también ser otro funcionario y gestor de intereses (séptima parte).

II.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

Es aceptado -en mayor proporción- que la configuración del Estado emana del contrato social (HÖRNLE, 2015, p.46), así, como en su momento indicó el autor: “el cual habilita a los gobernantes para ejercer un poder sobre los demás, a fin de alcanzar el bienestar común. No obstante, el poder concedido no se encuentra al libre albedrio de quienes administran el Estado y sus instituciones -gobierno de turno-, sino que, posee una serie de controles que permiten asegurar la adecuada gestión del mismo, el objeto del mismo es limitar -y anular- espacios de abuso que puedan degenerar -entre otros fenómenos- en actos de corrupción” (MARTÍNEZ, 2019, p.31); los cuales no se reducen al funcionario, sino que también al privado, quienes normalmente prestan un apoyo para la configuración del acto de corrupción; p.e. en el caso brasileño de Petrobras, los empresarios pagaban a los funcionarios hasta el 5% del valor total del contrato público.

Indica Silva que: “No caso vertente, as grandes empreiteiras organizavam-se na forma de cartel e pagavam propina para altos executivos da Petrobras e outros agentes públicos, sobretudo de fiscalização. O valor dessa propina variava de

1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Assim, não existia competitividade, pois apenas as empreiteiras selecionadas participavam das licitações e, mesmo assim, ainda possuíam informações sigilosas, para facilitar ainda mais o procedimento licitatório" (2016, p.206).

"Sin embargo, numerosas veces los controles no son los más adecuados, debido a que se carece de los medios administrativos necesarios; básicamente, porque quienes tienen el poder de decidir sobre los medios son -precisamente- los agentes que van a ser controlados: El funcionario público (presidente, ministros, congresistas, etc.). Es por ello que, la corrupción es un asunto muy sensible, pues se exige a quienes detentan el poder que dicten políticas públicas serias -tanto preventivas como represivas- para la erradicación de la corrupción" (MARTÍNEZ, 2019, p.31). Esta exigencia ha sido puesta de relieve por el Tribunal Constitucional en el Pleno Sentencia 1035/2020, Caso de la reparación civil a favor del Estado, expediente Nº 00016-2019-PI/TC, del 03 de diciembre de 2020:

> "*17. Todo lo anterior ha sustentado que* ***la lucha anticorrupción haya sido prevista como un objetivo importante en el diseño de las políticas públicas de los últimos años. Así, se han implementado diversas medidas para efectivizar dicho mandato constitucional****. En dicha línea, se ha aprobado el Decreto Supremo 092-2017- PCM, que implementó la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, en el año 2017, y, posteriormente, se complementó dicha política con el correspondiente Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, en el año 2018.*"

Además, la problemática sobre la exigencia de autorregulación de quienes detentan el poder, limitarse ellos mismo, ya ha sido advertida por Winfried HASSEMER, quien indica:

> *"(…) se tomará muy en serio el peligro del fenómeno de la corrupción. Y ello porque nos encontramos ante procesos que, una*

> *vez establecidos, son muy difíciles de contener. Sobre todo, cuando estos fenómenos se asientan en el centro del poder estatal, atacan a aquellas instancias que, precisamente, son necesarias para la lucha contra los mismos y para las que no hay otra alternativa. Una policía corrupta o incluso una justicia o un poder legislativo corruptos envenena un orden democrático y libre desde sus propias entrañas".* (1999, pp. 210-211).

Por su parte indica KRAUT que, una de las principales consecuencias que la políticas penales sean ineficaces y en muchos casos inexistentes se debe a que: "(…) quienes tienen la responsabilidad mayor en combatirla son los que se ven beneficiados con ella" (2018:43).

Así, la corrupción pública es un fenómeno social que daña intensamente a la sociedad, al Estado y su subsistencia. La sociedad ha delegado en el funcionario y servidor público (como parte del Estado) la administración de los distintos recursos con que cuenta el Estado, derivándose del mismo determinados deberes sobre los funcionarios. "Es decir, se tiene el sinalagma: poder-deber. Esta situación se diferencia claramente de otras que pueden existir en el ámbito privado (p.e. administración desleal del patrimonio de una persona jurídica privada) (MARTÍNEZ, 2009, p.333), dada la repercusión que las decisiones que se toman en la Administración Pública tienen para la sociedad" (MARTÍNEZ, 2019, pp.32-33).

Se verifica, también, que los actos delictivos mencionados están aumentando, afectando gravemente la solides de las instituciones pública. De todos los ámbitos de la administración pública, el más trascendental es la contratación pública, que originan por lo actos de corrupción graves perjuicios al Estado, en favor de las empresas; encontrando en dicho espacio una particularidad con relación a otros delitos vinculados a la administración pública: intervención del tercero-empresario, situación que ha quedado demostrado con los últimos casos en el Perú, p.e. el caso odebrecht.

En otras términos, se vienen desarrollando de forma indebida las facultades concedidas, para hacer un uso privado del poder funcionarial. Así, el Estado puede responder ante dicha situación previniendo los actos delictivos o -ex post- sancionado los mismos (GARCÍA, 2016, pp. 78 y ss.). Por lo que, en inicio, se pueden efectuar políticas penales con miradas preventivas (apostar por la educación, valores, etc.). En dicho especio, p.e. para el ámbito de estudio de la presente tesis, se encuentran políticas públicas de transparencia de los actos administrativos, lo que permite una participación activa de los ciudadanos (veedores).

“Por otro lado, se tiene la vertiente represiva, con la enérgica respuesta del Derecho penal. Dentro del Código penal existen algunos tipos penales vinculados específicamente al ámbito de las contrataciones, uno donde para la configuración del ilícito se requiere de la concurrencia de dos sujetos (funcionario y tercero interesado) formando una unidad de sentido, se está haciendo referencia al delito de colusión (art. 384° CP)” (MARTÍNEZ, 2019, p.34).

No obstante la importancia de la colusión, se ha podido apreciar que su utilización es muy exigua, encontrando como un problema principal las deficiencias dogmáticas sobre el delito por parte de nuestro actores de justicia, especialmente referido al ámbito de la contratación (MARTÍNEZ, 2019, p.35). Igualmente, lo menciona JAREÑO, haciendo hincapié sobre las escasas atención que se daba a la figura delictiva de fraude funcionarial (colusión), a pesar de la importancia de la misma en los delitos contra la Administración Pública (2011: pp.17-18). De otro lado, FERNÁNDEZ afirma que existe una carencia de atención por parte de la doctrina y el sistema penal en la lucha contra la corrupción en las contrataciones públicas (2014, pp.1-2).

Conforme al Informe de la Defensoría del Pueblo, el 49% de denuncias por el delito de colusión (total de casos) son archivadas, el cual cuenta con un nivel relevante de “archivos inadecuados” (2014, p.16), casos en los cuales no se debieron archivas por una serie de motivos, como p.e. desidia del fiscal para obtener información y realizar peritajes necesarios, calificación deficiente a raíz

de inconvenientes sobre la dogmática de los delitos contra la administración pública: “no juicio de subsunción” (2014, p.118), etc. Lo cual desemboca, en una falta de confianza al Estado en su lucha contra la corrupción, así se menciona en el informe que seis de cada diez sujetos no denuncia los hechos por las características propias del sistema encargado de tramitar las denuncias (2014, p.27).

Se considera que, este déficit se encuentra relacionado a la complejidad del contrato estatal y, pricipalmente, el rol del interesado-empresario para la cofiguración de la colusión. Lo cual ha originado, en términos de persecución penal, que muchas de las acusaciones por delitos que no son colusión se hayan archivado en los procesos penales, generando así una ineficacia del Sistema de Justicia Penal frente a la lucha contra la corrupción. GARCÍA hace referencia a esta falta de consensos de interpretación en la jurisprudencia nacional (2015, p.1089).

Así, el delito de colusión tiene varios aspectos problemáticos. Entre ellos resalta, el término “tercero interesado”, pues este tiene un rol trascendete para configurar la colusión, pues sin su aporte no se establecería el delito. Por ende, sin el papel del empresario (tercero interesado), la colusión no puede consumarse, sin embargo, un sector jurisprudencial y académico, establece que el “tercero” resulta impune, o debe responder como cómplice, y para otro factor, debe serlo como autor, pero exigen para ello, que previamente una norma señale aquello de forma expresa.

Otro de los problemas relacionados al tercero interesado, es la aplicación de la Ley N° 30424, ya que al establecer que la persona jurídica responde por el delito de colusión, resulta importante determinar cuál será su ámbito de responsabilidad.

Finalmente, otros problemas identificados son: si este “tercero interesado” puede ser otro funcionario público, un administrador de hecho y si puede actuar como gestor de intereses. Se reitera, el principal problema a resolver será el de

determinar el ámbito de responsabilidad del partícipe necesario en la colusión, y secundariamente, a los otros problemas planteados. Sólo tras resolver la reflexión teórica planteada, el legislador podrá regular, y el magistrado determinar, de forma adecuada la responsabilidad penal del tercero interesado, protegiendo de una forma más coherente a las instituciones públicas y a la sociedad de los actos de corrupción.

Además, existen problemas – secundarios- en la misma constitución del tipo penal de colusión, ya que no existe un consenso sobre la interpretación de los elementos del delito, específicamente, el ámbito del tercero interesado, así se puede apreciar en las Ejecutorias de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 12 de abril de 2002, Exp. 303-2001- Moquegua-Tacna; el del 5 de mayo de 1997, Exp. 4110-95-Arequipa. También, la resolución emitida por Primer Juzgado Penal Anticorrupción del Perú, 5 de marzo de 2003, Exp. 022-2001. Así, como problemas secundarios que delimitan el ámbito del problema principal, se desarrollará los fundamentos de los elementos de la colusión. Para tal efecto, se analizará el bien jurídico protegido (aspecto primordial para comprender los elementos del delito); Después, se fijará en determinar si el delito de colusión es uno relacionado a la competencia de fomento (JAKOBS,1997, pp. 226-227) o de organización (PARIONA, 2009).

Sólo tras resolver la reflexión teórica planteada, el legislador podrá regular, y el magistrado determinar, de forma adecuada la responsabilidad penal de los sujetos activos, específicamente del tercero interesado, protegiendo de una forma más coherente a las instituciones públicas y a la sociedad de los actos de corrupción.

Estas inquietudes, y otros más, determinan la problemática del participe necesario en la colusión, por ello es indispensable conocer a fondo el delito en cuestión, para establecer -si resultase pertinente- las modificaciones necesarias para lograr su efectiva aplicación y todo ello dentro del papel fundamental de una respuesta a los actos corruptos en procesos administrativos de contratación (MARTÍNEZ, 2019, n.p.16).

III.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.- Problema principal

1.- ¿Debe responder penalmente el tercero interesado en la colusión?

2.- Problemas secundarios

1.- ¿Cuál es el ámbito de responsabilidad penal de la PJ en la colusión?
2.- ¿Debe responder como tercero interesado un administrador de hecho?
3.- ¿Debe responder como tercero interesado un funcionario público?
4.- ¿Debe responder el tercero interesado si actúa como *gestor de intereses*?
5.- ¿Es necesario la obtención de un beneficio económico para el tercero interesado?

IV.- HIPÓTESIS

1.- Hipótesis principales

1.- El título de imputación del tercero interesado es de autor y el criterio material de imputación es la de competencia por organización (competencia de respeto). No obstante, al no encontrar una regulación legal acorde a los fundamentos del delito tde colusión, el tercero interesado deberá responder en calidad de cómplice primario por su concertación.

2.- Hipótesis secundarias

1.- El ámbito de responsabilidad penal de la PJ en la colusión se encuentra sustentado en la responsabilidad a través del defecto de organización y una inadecuada aplicación de los programas de cumplimiento (criminal compliance).
2.- El tercero interesado puede actuar en el delito de colusión como administrador de hecho.
3.- El tercero interesado puede ser un funcionario público, debido a que resulta acorde con el sentido del bien jurídico penalmente protegido.

4.- El tercero interesado no actúa como *gestor de intereses* al concertarse con el sujeto público en un proceso administrativo contractual.
5.- No es necesario la obtención de un beneficio para el funcionario o un tercero para la consumación del delito en estudio.

V.- OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.- Objetivos generales

1.- Demostrar la importancia del participe necesario (tercero) para la constitución de la colusión

2.- Objetivos específicos

1.- Establecer el ámbito de responsabilidad penal de la PJ en la colusión.
2.- Establecer la responsabilidad del participe necesario como administrador de hecho.
3.- Determinar si el funcionario público puede ingresar dentro del círculo del tercero interesado.
4.- Precisar si el tercero interesado puede responder penalmente si actúa como *gestor de intereses.*
5.- Determinar si es necesario la obtención de un beneficio para el funcionario o un tercero como elemento de delito colusión.

VI.- JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.- Justificación Teórica

No existe en nuestro medio, mucha literatura vinculada específicamente a analizar la colusión y menos que se haya detenido en el papel que desarrolla el tercero interesado en su configuración, por lo que, la investigación satisface un vacío en el desarrollo de conocimiento. Por ejemplo, ABANTO menciona el poco espacio brindado por la doctrina sobre el tema (2014:411).

2.- Justificación Práctica

La investigación será de utilidad para los operadores jurídicos y la comunidad jurídica en general, al poder dotarlos de criterios de interpretación concretos y claros para aplicarlos al resolver problemas en la imputación penal al tercero interesado en contextos de contrataciones públicas, y esclarecer si será impune, cómplice primario o autor.

Lo anterior es importante porque la jurisprudencia no ha esclarecido de forma concluyente la relación entre delito de colusión, cohecho, negociación incompatible, estafa, entre otros, sin percatarse la actividad o participación del particular (tercero interesado) y funcionario en el delito de colusión, para que recién se pueda configurar el ilícito (concertación entre "empresario - funcionario"), que determina la esencia del injusto.

3.- Justificación social

Actualmente el índice de pobreza es elevado en nuestro país, y muchas de las contrataciones públicas se vinculan a dicho índice, como la construcción de escuelas para erradicar el analfabetismo, la construcción de carreteras para el transporte de sus productos, etc.. Asimismo, la corrupción retrasada por años el desarrollo del país, por lo que, el trabajo también encuentra justificación social.

VII.- MARCO TEÓRICO

1.- Marco de Origen Histórico normativo

(1924) El artículo 344° del Código penal, aprobado por Ley N° 4868.

(1991) El Decreto Legislativo N° 635, aprobó el Código penal, que lo regula en su artículo 384°.

(27DIC1996) la Ley N° 26713 (artículo 2°), modificó el citado artículo, suprimiendo el elemento “sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado”, restringiéndolo a supuestos de afectación del Estado.

(10JUN2011), la Ley N° 29703 (art. 1°), adicionó el término “defraudare patrimonialmente”. (07JUN2012) el Tribunal Constitucional derogó dicho extremo (Expediente Nº 00017-2011-PI-TC), estableciendo la nulidad y sin efecto el término “patrimonialmente”.

(21JUL2011) Ley 29758, modifica el artículo incorporando como agravante, el efectivo perjuicio patrimonial.

(26NOV2013) la Ley N° 30111, aumentó los días multa.

(21ABR2016) La Ley N° 30424.

(22OCT2016) Decreto Legislativo 1243, que aumentó la pena de inhabilitación.

(07ENE2017) Decreto Legislativo 1352, modifica la ley de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

(02AGO2018) Ley 30835, incorpora al art. 348º como un supuesto de responsabilidad administrativa de la persona jurídica.

2.- Marco de tesis que investigaron el problema

2.1.- Tesis Nacionales

a) Fuentes de búsqueda

- Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco
- Universidad de Cajamarca
- Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez

- Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
- Universidad de Huánuco
- Pontificia Universidad Católica del Perú
- Universidad César Vallejo

b) <u>Resultado de la Búsqueda</u>

Se identificó **07 tesis** vinculadas al tema de investigación

(2018) **Autor**: Elí Selah Vidal Córdova **Grado**: Magister, **Tema**: La ilegitimidad de la colusión **Universidad**: Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2018) **Autor**: Veruska López Aragon, **Grado**: Magister, **Tema**: "Criterios dogmáticos para determinar el título de imputación del extraneus como cómplice en el delito de colusión en el distrito judicial de Junín, 2013-2017, **Universidad** Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco

(2018) **Autor**: Eddy William Caceres Caxi, **Grado**: Magister, **Tema**: Sanción por prueba indiciaria en delitos de colusión frente a los límites probatorios de concertación distrito judicial de puno, **Universidad** Andina Néstor Cáceres Velásquez

(2017) **Autor**: Jorge Luis Rojas Cruz, **Grado**: Magister, **Tema**: La obtención de la prueba en el delito de colusión simple en el Perú Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

(2017) **Autor**: José Luis Mandujano Rubín, **Grado**: Magister, **Tema**: Problemas de imputación y prueba en el delito de colusión Universidad de Huánuco.

(2017) **Autor**: Johnny Silvino Rojas Mori, **Grado**: Magister, **Tema**: Los delitos de corrupción de funcionarios colusión artículo 384° del código penal y el estado de derecho en el Perú Universidad César Vallejo.

(2015) **Autores**: Lorenzo Pérez Livia y Katterine Elizabeth Gonzales Abanto, **Grado**: Magister **Tema**: Criterios doctrinarios para calificar la participación del extraneus en el delito, Universidad de Cajamarca

2.2.- Tesis extranjeras

a) Fuentes de búsqueda: Internet

b) **Resultado de la Búsqueda**: Se identificó **01 tesis** vinculadas al tema de investigación.

(2016) **Autor**: Ingrid Díaz Castillo **Grado**: Doctor, **Tema**: El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano, **Universidad** de Salamanca

VIII.- MARCO NORMATIVO VIGENTE

Código penal.
Artículo 384°.- Colusión simple y agravada.-

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al

Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.**"**

Ley N° 30424.

Incorpora a nuestro sistema penal la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, modificándose mediante **Ley N° 30835** e incorporando, a través del **Decreto Legislativo N° 1352**, al delito de colusión, como supuesto de responsabilidad "penal" directamente a la persona jurídica.

IX.- MARCO DE LA ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL REFERIDA AL PROBLEMA

(2017) Se determina que la colusión es de participación necesaria, el cual exige intervención de dos sujetos, por un lado, el funcionario y, por otro, el tercero interesado (Corte Suprema de la Justicia, Sala Penal Permanente, Casación N° 661-2016-Piura, del 11 de julio del 2017).

(2005) El tercero interesado responde como partícipe extraneus (Corte Suprema de Justicia, Recurso de Nulidad N° 124-2005-Áncash).

(2016) Se estableció que, quien actúa como gestor de intereses, coordinando y organizando la reunión entre el tercero interesado y el funcionario público no respondería como cómplice primario por enmarcarse dentro del ámbito del gestor de intereses (Ejecutoria Suprema, Expediente de Extradición N° 6-2016-Lima, del 03 de febrero de 2016)

(2017) Se estableció que solo puede ser tercero interesado el particular que no represente intereses estatales (Corte Suprema de Justicia,

Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 885-2016-Callao, del 12 de julio de 2017).

(2018) Se estableció que el participe necesario puede ser un administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica (Casación N° 1379-2017-Nacional del 28 de agosto de 2018).

X.- MARCO DE LAS PRINCIPALES CORRIENTES TEÓRICAS QUE INTENTAN SOLUCIONAR EL PROBLEMA

Primera Tesis: Tesis que postura la impunidad para el "tercero interesado" en la colusión. A favor de esta postura se encuentra:

- CÓRDOVA RODA para quien ni siquiera se debe sancionarlo para configurar la colusión (fraude funcionarial en la regulación española) señalando que: "*los mismos no deban ser castigados ni como autores ni como participes en el tipo penal del art. 436°"* (2004, p. 2096).
- ABANTO VÁSQUEZ considera impune al partícipe necesario (2003, pp.316-317).

Segunda Tesis: Tesis que recurre a las bases de la autoría y participación para atribuirle calidad de instigador o cómplice (ROJAS, 2011, p.69), al considerar que se limitaría el sentido del injusto, porque lo relevante es el pacto entre el sujeto público con un tercero que vincula al Estado, entendiendo a la colusión como de participación necesaria (notwendige Teilnahme) (WESSEL, BEULKE y SATZGER, 2018, p.409), p.e., ABANTO indica que: "*Los particulares intervinientes son "partícipes necesarios*" (2003:316). A favor de esta postura, la Casación N° 661-2016-Piura, donde Sala Penal Permanente precisa: "VIGÉSIMO: (…) Siendo este el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes (…) el delito de Colusión, pues es un delito de participación necesaria".

Dentro de esta tesis se encuentra la postura que considera omisión relevante no tipificar de forma expresa la autoría del participe necesario (PARIONA, 2017, p.119), pero que sería superable si se entiende el sentido normativo de la colusión (HURTADO, 2014, p.7).

Tercera Tesis: Dicha posición comprene a la colusión como un delito de participación necesario, pero desde el prisma de la **convergencia**. A su favor:

- CALDERÓN CEREZO al mencionar que la motivación de los sujetos se direcciona a la misma meta (2005:507).
- Por su lado, otro sector considera que la colusión es un delito pluripersonal convergente (NAVARRETE, 1997, p.419).
- BENAVIDES SCHILLER, al indicar: *"las actividades de los intervinientes se dirigen conjuntamente a un mismo propósito (…) por lo que nos parece se ha reforzado la naturaleza convergente de este ilícito"* (BENAVIDES, 2016, pp. 144-145).

Cuarta Tesis: Tesis que lo sub clasifica como delito **de encuentro**. A favor: GARCÍA CAVERO (2012:393) y el Recurso de Nulidad N° 885-2016-Callao.

Quinta Tesis: Tesis que niega sancionar como cómplice de colusión al gestor de intereses al enmarcarlo en el ámbito del gestor de intereses. A su favor, La Corte Suprema de Justicia de la República. E.S. Expediente de Extradición N° 6-2016-Lima, del 03 de febrero de 2016, para el cual, quien coordina y organiza la reunión entre un tercero interesado y el funcionario público no respondería como cómplice primario.

Sexta Tesis: Tesis que admite como tercero interesado, al administrador de hecho por no requerir ninguna cualidad o formalidad para serlo, sino si transmite la decisión de negociar de quien representa materialmente: A su favor, la Casación N° 1379-2017-Nacional, "*Todo ello más allá, desde luego, de que un presidente del directorio asumiera la condición de administrador de hecho de la empresa en cuestión".*

Séptima Tesis: Tesis que niega la posibilidad que el partícipe necesario pueda ser un sujeto público. A nivel jurisprudencial: Recurso de Nulidad N° 885-2016-Callao: "*Ello es relevante, en tanto, en el presente proceso de contratación con el Estado, se actuó en representación de una institución pública (…) los gastos y beneficios relacionados al contrato con el Gobierno Regional del callao recaerían en dicha institución pública, consiguientemente, no se aprecia la existencia de un interés particular".*

Octava Tesis: Tesis que admite que el tercero interesado sea otro funcionario público. A su favor, PARIONA (2017, p.45) y ROJAS (2007, p. 195 y p. 415).

XI.-ELECCIÓN JUSTIFICADA DE UNA O VARIAS CORRIENTES TEÓRICAS EXPLICATIVAS

Se ha considerado pertinente la segunda teoría, que sanciona la participación del partícipe necesario en la comisión de la colusión.

XII.- METODOLOGÍA

12.1.- **Tipo.-** Jurídica (dogmático y comparativo)

12.2.- **Diseño.-** No experimental.

El **método dogmático**, aprehendiendo conceptualmente el contenido y la estructura del precepto del delito de colusión, y colocar los distintos conceptos logrados en un sistema lógicamente irreprochable (GIMBERNAT, 1999, p.102).

En la metodología operativa, se usara el **método deductivo**, abarcando los aspectos generales de la colusión, para terminar analizando las particulares del mismo.

El **método estructural**, al hacer un análisis del tipo penal, explicando los elementos que la componen.

XIII.- MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMAS	HIPÓTESIS	OBJETIVOS		DISEÑO	MÉTODO
Problema Principal P (1) ¿Debe responder el participe necesario en la Colusión?	**H (1)** El título de imputación del tercero interesado es de autor y el criterio material de imputación es la de competencia por organización (competencia de respeto). No obstante, al no encontrar una regulación legal acorde a los fundamentos del delito de Colusión, el tercero interesado deberá responder en calidad de cómplice primario por su concertación.	**Objetivo Principal:** **Establecer** el título y criterio material de imputación del partícipe necesario en la Colusión.		No experimental	Jurídico (Dogmático y comparativo)
Problema secundario P ¿Cuál es el ámbito de responsabilidad penal de la PJ en el delito de Colusión?	**H (1)** El ámbito de responsabilidad penal de la PJ en el delito de Colusión se encuentra sustentado en la responsabilidad por defecto de organización y una inadecuada aplicación de los programas de cumplimiento (criminal compliance).	**Objetivo Secundario:** **Establecer** el ámbito de responsabilidad penal de la PJ en la colusión			
¿Debe responder como tercero interesado un administrador de hecho?	**H (2)** El tercero interesado puede actuar en el delito de colusión como administrador de hecho.	**Establecer** la responsabilidad del tercero interesado como administrador de hecho.			
¿Debe responder como tercero interesado un funcionario público?	**H (3)** El tercero interesado puede ser un funcionario público, debido a que es adecuado con la compresión del jurídico.	**Determinar** si el funcionario público puede ingresar dentro del círculo del tercero interesado.			
¿Debe responder el tercero interesado si actúa como *gestor de intereses*?	**H** 4.- El tercero interesado no actúa como *gestor de intereses* al concertarse con el sujeto público en un proceso adminstrativo de contratación.	**Precisar** si el tercero interesado puede responder penalmente si actúa como *gestor de intereses.*			
¿Es necesario la obtención de un beneficio económico para el tercero interesado?	**H 5**.- No es necesario la obtención de un beneficio para el funcionario o un tercero para la consumación del delito en estudio.	**Determinar** si es necesario la obtención de un beneficio para el funcionario o un tercero como elemento de delito Colusión.			

SEGUNDA PARTE
SOCIEDAD, CONTROL SOCIAL Y DERECHO PENAL

I.- INTRODUCCIÓN

Como presupuesto previo al análisis del delito de colusión y la relevancia del aporte del tercero interesado en el citado delito, se advierte como necesario precisar la línea metodológica que se asume, pues ello permitirá ser coherentes y sistemáticos en el desarrollo de la tesis. En tal sentido, ciencia jurídica-penal de forma específica, sigue una tradición en cuanto a asumir el método dogmático, el cual brinda estabilidad jurídica y un manejo en cuanto a los márgenes del *ius puniendi* (SILVA, 1992, p.43). Por su parte, señala el profesor HURTADO que: "[…] la dogmática penal sirve para un mejor conocimiento del sistema normativos y para garantizar su aplicación coherente e igualitaria, concurriendo así a la proyección de una política criminal" (2005, p.67).

Para ello se considera oportuno hacer un breve desarrollo de la concepción jurídico-penal que asumimos, estableciendo en las siguientes páginas el ámbito desde el cual se desarrolla el Derecho penal dentro de la sociedad.

II.- CONTROL SOCIAL Y DERECHO PENAL

En el tiempo actual es aceptado que, el Derecho penal forma parte del sistema control social (DÍEZ, 2009, p.17), específicamente es uno de sus subsistemas, como lo es la escuela, la familia, el trabajo, entre otros. Sin embargo, el Derecho penal integra el sistema del control social formal, ello se debe a que reviste una serie de características indicas por MUÑOZ CONDE:

> *"Lo que diferencia al Derecho penal de otras instituciones de control social es simplemente la* ***formalización del control****,* ***liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad*** *propios de otros sistemas del control social".* (MUÑOZ, 1985, p.16).

Como en su momento se indicó: "Determinado este primer punto,se explicará la dinámica del control social, para de esta forma derivar el papel del Derecho

penal en el marco global del control social. Así, la dinámica del control social es la de garantizar el orden social a través de la vigencia de expectativas de conductas básicas para la sociedad (institucionalizadas o no), necesarias para la interrelación social, pues establecen objetivamente cual es el marco normativo por el cual se rige una determinada sociedad (y con ella sus integrantes), lo cual, a su vez, permite contar con la expectativa de conducta que uno tiene sobre los otros, y, fundamentalmente, la expectativa que los otros tienen sobre el comportamiento de uno en sociedad" (MARTÍNEZ, 2019, p. 45). En tanto el aporte de SÁNCHEZ-VERA precisa que: "El Derecho penal trata de garantizar as condiciones mínimas de la vida en sociedad (…) entiéndase: estabilización de la norma" (2014:287).

Así, se considera que: "en caso una persona contravenga la expectativa que los demás tienen sobre él (lesión de la expectativa), el sistema social procesa dicha infracción, y si llega a establecer (procesar) que dicha infracción le es imputable a una persona, reacciona con la aplicación de una sanción, a fin de restablecer la expectativa defrauda, y emitir el mensaje social de que la expectativa correcta es la que se tenía sobre el actuar del infractor" (MARTÍNEZ, 2019, p.45). La persona tiene dos posibilidades, la de cumplir con las expectativas o defraudar las mismas, no existiendo posibilidad intermedia (*tertium non datur*)". Por su parte PAWLIK indica: "(…) el injusto criminal consiste en que el autor opone al Ordenamiento jurídico-penal de normas vigentes una contra-norma y, mediante su conducta, manifiesta que atribuye a dicha contra-norma prioridad frente a la norma del Derecho" (2019:40).

"En dicho marco se obtiene que, los elementos que conforman esta dinámica son: La *norma*, el *procedimiento* y la *sanción*. De estos últimos elementos se extrae que, la sanción tiene como función la de reafirmar la vigencia de la norma frente a todos sus destinatarios y evitar, así, su olvido como pauta de conducta social. Además, como señala DÍEZ RIPOLLÉS estos elementos son irrenunciables en toda sociedad" (MARTÍNEZ, 2019, p.45).

Lo antes mencionado se plasma, igualmente, en otros subsistemas de control social: “p.e., en el caso de la familia, el hijo menor de edad que infringe la expectativa que se tiene sobre él, de no beber alcohol, será -previo proceso (verificación: acto y atribución del acto)- sancionado por los padres, p.e. a través de la restricción de salidas los fines de semana o la disminución de la mesada, sólo de esta forma la expectativa de no beber alcohol de los hijos a una determinada edad continúa vigente en la familia (en sí nunca la pierda, sólo se trata desautorizar la conducta particular), y por ende los demás hijos conocen de la expectativa que se tiene sobre ellos” (MARTÍNEZ, 2019, p.46).

“En el caso del Derecho penal, debido a su elevado grado de formalización, la dinámica es mucho más compleja, pero al fin y al cabo se desarrolla dentro de los mismos contornos. Con respecto a lo antes mencionado, se mantiene que la dinámica formal (institucionalizada) del control social se encuentra en el sub-control Derecho penal” (MARTÍNEZ, 2019, p.46).

“Cabe señalar, que las expectativas inmersas en el Derecho penal no poseen contenido material por el solo hecho de encontrarse en ese sub-control social; es decir, no de por sí le da legitimidad (validez) para interferir en el ámbito de libertad de las personas. Para establecer si determinadas expectativas son legítimas se tiene que precisar de dónde se deriva dicha legitimidad” (MARTÍNEZ, 2019, p.46).

En tal razón, una parte de la academia menciona que únicamente aquellos intereses que se ubiquen en la Carta Magna podrán ser legítimamente protegidas, “pues el cuerpo normativo antes referido es la norma -o normas- básica donde se sintetiza el consenso mínimo de convivencia de todas las personas que forman parte la sociedad. Así, p.e., si en una sociedad se considera ilícito la venta de bebidas alcohólicas a menores de veintiún años, pues se encuentra justificado debido al elevado nivel de disturbios que ocasionan los jóvenes de dieciocho a veintiún años en estado etílico, el Derecho penal habrá de proteger la expectativa mencionada, pues resulta funcional para dicha sociedad (convivencia)” (MARTÍNEZ, 2019, p.47).

En tal sentido, se asimila la perspectiva puntualizadas por DÍEZ, quien indica que basar la legitimidad de las normas sociales en la Carta Magna posee un punto muy débil, cual es el desconocimiento de la complicado e inestable de la sociedad (2009:22); señala el catedrático español:

> *"En suma, las tesis constitucionalistas ignoran la complejidad y mutabilidad de las actuales sociedades, así como la pluralidad de frentes sociales a los que se ha de atender, datos ambos que no se pueden pasar por alto aun cuando se parta de un escrupuloso respeto de los principios de lesividad, esencialidad o fragmentariedad, y subsidiariedad del derecho penal. Proponen un modelo rígido de sociedad, escasamente dinámico o, todo lo más, sometido al arbitrio de las interpretaciones judiciales, en una nueva versión del fenómeno de judicialización en otro lugar estudiado".* (DÍEZ, 2013, p.182).

Se considera que lo más adecuado, "para establecer la legitimidad de las expectativas a proteger penalmente, es el criterio de las convicciones generales históricamente establecidas, el cual se determina conforme al desarrollo continúo y estable de las exigencias concretas de una sociedad y según el grado de evolución histórica de su racionalidad, por ello, dicho criterio es mucho más dinámico y acorde a las necesidades sociales en un momento histórico, a diferencia de lo que sucede con la tesis constitucionalista, caracterizada por su rigidez" (MARTÍNEZ, 2019, p.47).

Un ejemplo del criterio de convicciones generales históricamente establecido se encuentra en la pena de muerte (plasmado en nuestra Carta Magna: artículo 140 -para los tiempos de guerra-), donde se impone la formalidad sobre dicho supuesto, no obstante, la pena de muerte resulta una falla estructural del cuerpo normativo fundamental del Perú (CARO, 2010, p.351), ello porque, nuestro nivel de desarrollo histórico no legítima dicha pena en ningún supuesto.

"Ya pasaron los tiempos en que las sociedades occidentales hacían uso de la pena de muerte como mecanismos de "solución" ante los conflictos sociales" (MARTÍNEZ, 2019, p.48). Por ello, como señala CARO JOHN: "*dicha reforma sólo operaría en la letra de la Constitución Política, mas no en el espíritu de la Constitución Histórica*" (CARO, 2010, p.353), "pues la exclusión de la pena de muerte ha sido alcanzada por la sociedad actual como resultado de un largo proceso histórico, que ha costado mucho esfuerzo consolidarla" (MARTÍNEZ, 2019, p.48). No hay duda que, resulta complicado reconocer la identidad normativa vigente en el Perú, asumiendo para dicho efecto al criterio democrático (DÍEZ, 2013, p. 183).

III.- BIEN JURÍDICO Y LAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS

"Establecido la identidad normativa vigente en nuestra sociedad actual, y determinado con ello las expectativas por las cuales se hace posible el desarrollo de los contactos sociales legítimos, se debe continuar con la dinámica del control social. En tal sentido, al Derecho penal le interesan las expectativas, pero sólo aquellas que se encuentran institucionalizadas y derivadas de las convicciones generales históricamente establecidas en su sociedad. Éste es el marco sobre el cual funciona el Derecho penal, y el control social en general" (MARTÍNEZ, 2016, p. 96).

En tal sentido, no se comparte la posición de aquellos autores: "de introducir al bien jurídico como base de la protección jurídico penal, cuando ya se ha señalado que la dinámica del control social se funda en expectativas sociales. Ya se ha mencionado que el Derecho penal lo que protege son las expectativas institucionalizadas más relevantes para el desarrollo de la persona en sociedad, y no bienes (jurídicos), pues lo que resulta importante en sociedad es la comunicabilidad que se pueda alcanzar en la misma, y ello sólo se logra con las expectativas normativas que permiten a los ciudadanos contar con el "mapa" social vigente, los cuales dan sentido a los bienes que se encuentran en la sociedad" (MARTÍNEZ, 2016, p.96). Indica ya la crítica MÜSSIG, al señalar la falta de toma de tierra de la teoría del bien jurídico hacia la teoría social. (2002:171).

Así, lo primordial es el mensaje normativo vigente, el cual está concretizado en la identidad normativa, no en objetos: "(…) *todo actuar constituye un acontecer comunicativo. Quien actúa, comunica*" (PAWLIK, 2019, p.19). "Ello queda corroborado con algunos ejemplos como: La vida, el Derecho penal no interviene porque la vida desaparezca por cuestiones de edad o por una catástrofe natural, sino sólo ante expectativas de conductas de que las personas no le quitaran la vida a otra persona de forma ilegal o, p.e., el Derecho penal no interviene ante el deterioro que puedan tener los bienes por cuestiones del transcurso del tiempo, sino ante la expectativa que se tiene de que los ciudadanos no organizarán su espacio libertad, de tal forma que, de su administración defectuosa se derive una lesión a la libertad de gestión que tiene una persona sobre sus bienes" (MARTÍNEZ, 2016, p.96).

"Además, en el Código penal los tipos penales están configurado muchas veces no como lesión efectiva de bienes, sino en base a estadios previos a lesión del bien" (p.e. el delito de marcaje) (MARTÍNEZ, 2016, p.97), como en su momento señale: "ello porque para las sociedades actuales lo que resulta relevante no es el bien en sí, sino la expectativa de conducta de las personas sobre la no afectación de la libertad de administración que tienen los ciudadanos sobre sus bienes" (MARTÍNEZ, 2016, p.97). Así, hace no mucho se reguló el delito de marcaje en el art. 317º-A del CP, en el mismo se justificó no en la protección de la vida, el patrimonio, etc., (no en un bien), sino en la protección de intereses vitales y actuales de nuestra sociedad, específicamente en la expectativa, p.e., que las personas no harán seguimiento a otros para facilitar la comisión de un delito.

Todo ello lleva a establecer que, el ciudadano puede disfrutar de su ámbito de libertad sin afectar a terceros (deber de respeto) y negar que un tercero se inmiscuya en el manejo de su ámbito de libertad, ello en base al establecimiento de expectativas básicas para la convivencia en una determinada sociedad:

> *"Ello es así porque la libertad de organización jurídica no solo contiene la autorización para el uso y disfrute, sino también (y no es menos esencial), la autorización para la exclusión de terceras personas".* (PAWLIK, 2016, p.90).

En un sentido similar, el maestro URQUIZO, al precisar la relevancia del adecuado uso de la ibertad:

> "*Las relaciones de los sujetos encuentran su sentido natural en el ejercicio de la libertad institucionalizada, de forma tal que cada uno posee y desarrolla su libertad; pero quien interrumpe esos rasgos, verbigracia, una conducta extorsiva, arruina su propia esfera de libertar al lacerar la libertad ajena*" (2014, p.140).

Como se ha indicado: "el criterio de legitimidad de la norma jurídica, y objeto de cada tipo penal del Código penal, aparece como una cuestión vinculada a la configuración de cada sociedad en concreto (identidad social), y no vinculada a determinados bienes jurídicos" (MARTÍNEZ, 2019, p.50). Como señala MÜSSIG:

> "(…) *el Derecho penal es garantía del Derecho en cuanto estructura de la sociedad*". (2002:172).

En consecuencia, "cada tipo penal debe partir por estar vinculado a la función social de la norma, como punto de referencia legitimador primario, y no ya a la protección de bienes jurídicos en cuanto bien, sino en cuanto a su vinculación con la configuración social" (MARTÍNEZ, 2019, pp.50-51).

Por ende, "no se protege el bien jurídico como interés descontextualizado, sino una expectativa en un contexto dado. El patrimonio no se encuentra resguardado por el Derecho penal a secas, sino la expectativa de que un tercero no se organizará -su libertad- de forma defectuosa para afectar en ámbito de libertad de un tercero (sustracción), afectando así la disposición que

este tercero tiene para con su ámbito de libertad, específicamente en la gestión de su patrimonio" (MARTÍNEZ, 2016, p.97).

En otro orden de cosas, el "Derecho penal no puede proteger bienes jurídicos, porque su intervención no tendría razón de ser, ya que cuando aparece el Derecho penal los bienes ya están lesionados o puestos en peligro, no restituyendo el bien al estado anterior al delito" (MARTÍNEZ, 2019, p.51); cumpliendo así una función reactiva, antes que preventiva, imaginese la muerte de una persona a manos de otro (delito de homicidio), en dicha situación el Derecho penal incursiona cuando ya el acto ilícito se ha realizado (ex-post); por lo que, la función preventiva desaparece, o mejor dicho, no tiene sentido prevenir algo que ya sucedió (no se puede prevenir la muerte de alguien que ya feneció) (MARTÍNEZ, 2015ª, pp. 613 y ss.). Igualmente, suele suceder en nuestra sociedad dinámica que los bienes se desgastan o afectan de manera natural, por circunstancias del tiempo.

En el caso mencionado, imaginen que, la pérdida de la vida no se ocasionó por responsabilidad de otro, sino que, el sujeto padeció de manera congénita (una enfermedad), ante tal circunstancia Derecho penal no actúa, puesto que, "nadie ha utilizado de forma defectuosa su ámbito de libertad para ocasionar la muerte de otro, es decir, nadie ha infringido el deber genérico de no dañar a los demás" (MARTÍNEZ, 2019, p. 52).

"Es así que, las normas jurídicas permiten la realización de los contactos sociales -interactuando en base a la vigencia de normas-. Cuando una persona defrauda esa expectativa normativa aparece el Derecho penal para re-estabilizarla, es decir, la pena no tiene ninguna incidencia sobre el individuo (persona), sino sobre la sociedad, le expresa a la sociedad que las normas siguen vigentes, y en base a estas normas por donde se deben conducir". Al respecto, comprende el profesor alemán JAKOBS el "bien jurídico-penal" como la vigencia de las expectativas normativas (2000, p.45).

IV.- LA NORMA CONFIGURADA COMO: ¿EXPECTATIVA NORMATIVA O EXPECTATIVA COGNITIVA?

Otra cuestión muy importante es la de determinar si la expectativa normativa predomina en el Derecho penal o, en cambio, es la expectativa cognitiva; realiza está distinción (HUAMÁN, 2016, p.124). “Para tal efecto, ya desde Armin KAUFMANN se partía por establecer que la norma penal tenía que estar configurada conforme al receptor del mismo, cual es un sujeto entendido como ser estructurado ontológicamente, que se maneja en base a un actuar final (psicológico); y, por ende, la norma debería estar configurada como un imperativo vinculado a las motivaciones concretas del sujeto (un hacer u omitir)” (MARTÍNEZ, 2016, p.98).

“En otras palabras, se parte de comprender la norma como un instrumento de motivación del sujeto, dando primacía a la parte subjetiva de la conducta. Bajo esa lógica el mundo social está compuesto por expectativas cognitivas, es decir, sobre que hará o no un determinado sujeto en base a su acción final” (MARTÍNEZ, 2016, p.98).

Así, como se mencionó en su momento: “parte de construir la realidad social sobre un concepto final de acción; por señalar un ejemplo, en el caso de un sujeto A, al cual un sujeto B le exige que pague la deuda que le tiene, pues le menciona que con dicho pago comprará unas bombas para hacerlas explotar en el Palacio de Gobierno, pues considera que el presidente -bajo el modelo económico liberal- aplica políticas públicas injustas y opresoras para los que carecen de recursos económicos. Comprendiendo que, el sujeto A, consciente de lo señalado por el sujeto B, comparte dicha concepción, y por ello paga en el plazo establecido conforme al contrato de mutuo (dentro del ámbito de sus deberes); siendo que, de acuerdo a lo indicado, el sujeto B detona una bomba donde mueren muchas personas. En este ejemplo, bajo la pensamiento de las expectativas cognitivas, el sujeto A resultaría culpable en grado de cómplice del sujeto B por el delito de homicidio; pues el sujeto A actuó con la finalidad de detonar una bomba a fin de ocasionar la muerte de varias personas. Bajo esta lógica, la construcción de la norma jurídica sería que todo sujeto que

actué con la voluntad de que de su proceder se deriven lesiones a terceros, por más que objetivamente no se encuentre vinculado a su acción, será responsable del mismo" (MARTÍNEZ, 2019, p.53), la sociedad se regiría no por actos (lo objetivo), sino por las intenciones sobre dichos actos (lo subjetivo).

Igualmente, para el caso de los funcionarios públicos, considerar que el criterio de imputación debe fundamentarse en el "querer" o "desear" del sujeto, nos presenta un sentido del hecho que no corresponde; así, el funcionario que asume la presidencia de un comité de selección y se concierta con el tercero interesado, no puede alegar que no quería cometer un hecho delictivo debido a que desconocía que concertarse con una de las partes del proceso administrativo de contratación pública para otorgarle de forma indebida la buena pro fuese delito, pues nadie le había indicado ello. Lo mismo se aplicaría para el tercero interesado, en el sentido que, desconocer que arribar a acuerdos con funcionarios competentes de un proceso de contratación era indebido. Sin lugar a dudas, bajo el sentido del desear o querer del sujeto no se le podría atribuir la colusión; empero, desde un criterio normativo se le tendría que imputar la comisión del citado delito, toda vez que se parte por establecer que es el deber de los funcionarios y terceros interesados conocer el ámbito de su competencias (p.e. El jefe del área logística debe conocer cuales son su derechos y obligaciones desde el momento que asume sus funciones y al tercero interesado, conocer sus ámbitos de responsabilidad al relacionarse a un proceso de contratación), y así enmarcarnos en criterios objetivos al momento de establecer la relevancia de un acto.

En síntesis, la relación social entre los sujetos que la integran, no se limita a la comprensión final de la acción (en base a las estructuras lógico objetivas), debido a que dicha comprensión reduce la importancia del Derecho en el ámbito social (como subsistema de control social), comprensión entendida por MÜSSIG (2002, p.179).

De acuerdo con ello, se considera que la norma penal se estructura sobre la base de la dinámica del control social, y no sobre la base de la teoría final de

la acción. Muy preciso en ello, PEÑARANDA quien menciona la relevancia cada vez menor que JAKOBS atribuye a la relación interna entre el autor (potencial) del hecho y la norma, cuestión central para el finalismo (y en especial para su orientación más radicalmente imperativista), y su preocupación, paralelamente creciente, por la significación social de la vigencia de las normas y de su quebrantamiento, ya que una concepción imperativista de la norma deja de lado por completo el sentido que da la sociedad, es decir su significado social, siendo el injusto simplemente un presupuesto de reproche moral. Así, señala el autor que: "la norma infringida continúa siendo, pese a su quebrantamiento, la regla de comportamiento en que se puede seguir confiando" (PEÑARANDA et al., 1998, p.17).

"Por ello, la interrelación social no se desarrolla en base a la voluntad (final) de terceros, sino en expectativas establecidas previamente, derivadas de un determinado contexto social (un mundo en común)" (MARTÍNEZ, 2019, p.54).

En ese sentido, una persona se relaciona con los demás a través de expectativas normativas (que espero de los demás y que esperan lo demás de mi). Como menciona, Wolfgang HUBER, citado por PAWLIK (2016, p.43):

> *"A quien quiere hacer uso de las libertades de orden del Estado de Derecho se le exige que también contribuya con lo suyo a la preservación y defensa de estas libertades".*

Por ejemplo, en el tráfico rodado, un conductor aguarda que los peatones y otros conductores respetaran la señal de la luz roja, por lo que, no cruzaran la vía. Asimismo, el conductor tiene el conocimiento que los demás (la sociedad) esperan de él que respete las normas de transito, por lo que no debe sobrepasar la luz roja. Estas expectativas mutuas en sociedad, se encuentran comprendidas en la norma, como menciona PAWLIK este sentido social a las categorías jurídicas: "(…) el reconocimiento del carácter genuinamente social de las categorías jurídico-penales de atribución de sentido" (2019, p.32). Por lo que, para nuestro caso, resulta intrascendente al momento de atribuir el hecho de infringir la norma, si el conductor los realizó a través de una acción

(pisar el acelerador de tal forma que no respeta la luz roja) u omisión (no reduce la velocidad para no sobrepasar la luz roja). Como señala Michael PAWLIK:

> *"**Cometer un delito significa lesionar el deber del ciudadano de cooperar en el mantenimiento del estado existente de libertades** [Freiheitlichkeit] jurídicamente constituido, y la pena retribuye un quebrantamiento de ese deber"* (2016, p.81).

PAWLIK reitera con posterioridad ese sentido retributivo de la concepción de la pena, expresándolo de forma clara y explicita (2019, p.100).

V.- RESUMEN

El Derecho penal -como parte del control social (formal)- se desarrolla dentro de una sociedad concreta, y como se ha mencionado la función dentro de la sociedad es la vigencia de expectativas normativas trascendentales, ello es así, a través del uso de la pena como contradicción del acto realizado por el sujeto infractor (quien negó el derecho), por lo que, la pena debe comprenderse como contradicción del delito, que restituye la vigencia de la norma, ampliamente sobre ello (JAKOBS, 2000, pp.19 y ss. y LESCH, 2001, p.18).

"En ese sentido, se parte por considerar que la sociedad no funciona en base a expectativas cognitivas -el que hará o no hará determinado sujeto-, sino sobre expectativas normativas institucionalizada -el deber de no infringir una norma penal por parte de las personas-" (MARTÍNEZ, 2019, pp.55-56).

"Ello permitirá que la sociedad funcione como tal y no se quede estancada en base a deseos de los particulares. Más aún, si se observar que la sociedad actual se caracteriza por la complejidad de sus contactos sociales, en la cual las personas no entran a tener un contacto directo a la hora de relacionarse, sino un contacto <<indirecto>>-anónimo- (p.e. la compra-venta de un bien por vía electrónica)". (MARTÍNEZ, 2019, p.56).

Sobre dicho aspecto, para el Derecho penal una persona es titular de deberes y derechos, sujeto sobre el que recaen expectativas sociales (deberes). Así, se debe reiterar que, el Derecho penal, como parte de lo social, configura a los sujetos por lo social (constructo social), de manera detallada en su trabajo JAKOBS (2005, pp. 95 y ss.).

“De esa manera, los criterios de imputación a utilizar en el presente trabajo son los normativos, partiendo de entender a la persona como destinatarios de las normas, dejando de lado los criterios ontológicos -voluntad-”. (MARTÍNEZ, 2016, p.99).

“Ello básicamente porque si se quiere existir como sociedad, y una tan compleja como la actual, se tiene que partir por establecer desde un inicio cuales son las normas (expectativas normativas) con las que deberán regirse todos aquellos que quieran pertenecer a nuestra sociedad, las cuales a su vez permitirán que todos los integrantes de la sociedad conozcan los alcances y límites de sus derechos y deberes” (MARTÍNEZ, 2016, p.99), (ámbito de competencia), como señala PAWLIK que el criterio fundamental es la competencia (2016, p.83). Únicamente de esa forma, una persona será efectivamente libre, con ello, podrá gozar de su libertad:

> *“**El cumplimiento del deber es el precio de la libertad**”.* (PAWLIK, 2016, p.93).

TERCERA PARTE
CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA CORRUPCIÓN A NIVEL EMPÍRICO EN EL PERÚ

I.- CORRUPCIÓN EN EL PERÚ

Es común en la actualidad observar en los medios comunicación información sobre actos de corrupción relacionados a acuerdos entre trabajadores públicos con empresarios (persona jurídica privada), quienes en base a dicho consenso obtienen, muchas veces, beneficios económicos en perjuicio de la entidad pública; así, causas como la de Odebrecht, Alejandro Toledo, Gregorio Santos, entre otros), produciendo conmoción social.

Como ha sido mencionado: "Los casos -emblemáticos- señalados están vinculados a la contratación pública, de ahí que, donde se debe establecer un mayor mecanismo de control y represión sea la corrupción en la contratación; sin embargo, todas estas informaciones -lastimosamente- no cuentan con base empírica que las respalde, por ello, en el presente capítulo se analizará si efectivamente la corrupción es un problema social real, para a partir de ahí establecer si el ámbito donde encuentra mayor desarrollo y trascendencia es la contratación pública, además, si se cuenta con instrumentos normativos adecuados para hacer frente a este tipo de corrupción" (MARTÍNEZ, 2015, pp.381-382).

En tal sentido, una política -pública- penal debe partir de la data empírica (estado situacional), para a partir de dicha situación, plantear respuestas idóneas (que a la larga deben culminar en una política eficaz y eficiente). Sobre este punto señala DÍEZ RIPOLLÉS la necesidad de la intervención penal con medidas eficaces:

> *"(…) El debate social y jurídico sobre la política criminal contemporánea no oscila entre los polos de más o menos garantismo, sino sobre los modelos más eficaces de prevención de la delincuencia (…) Y los términos del debate se desenvuelven, en consecuencia, en el campo de la racionalidad pragmática, esto es, en el de la efectividad y eficacia de las medidas de intervención social a tomar".*

Ampliamente sobre los actuales modelos de intervención penal, por todos, DÍEZ (2007, p.120).

II.- LA CORRUPCIÓN APROXIMACIÓN AL FENÓMENO SOCIAL

Como en su momento han indicado, siguiendo a varios autores: "La corrupción pública (KINDHÄUSER, 2007, p.6), como fenómeno social, afecta gravemente las instituciones de un Estado Constitucional de Derecho (POZZOLO, 2011, pp.13 y ss.). La afectación no sólo se limita al normal desarrollo de las actividades de las instituciones, sino también a la percepción que la ciudadanía y los actores del mercado tienen sobre ellas (DÍEZ et al. 2004, p.41), pues la corrupción genera una grave desconfianza en las instituciones públicas, tan importante para un Estado" (MARTÍNEZ, 2015, p.382). Así se señala que uno de los principales problemas que genera la corrupción es la creciente desconfianza en las instituciones del Estado (SALAS, 1997, p.203).

Sobre el particular, menciona Mario CACIAGLI:

> *"La tolerancia con la corrupción genera o aumenta la desconfianza hacia el Estado de Derecho, impide la maduración de una conciencia participativa y destruye cualquier percepción de los intereses colectivos"* (1996, p.84 y p.91).

Igualmente, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00017-2011-PI/TC-Lima, sentencia emitida el 03 de mayo de 2012, donde señala:

> "*A su vez, este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción ha advertido que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos (Cfr. Exp. Nº 1271-2008-HC; 019-2005-AI), por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atenten contra el*

> *correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado*".

También, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (sentencia del 9 de marzo de 3018, Fondo, Reparaciones y Costas):

> "*241. Al respecto, este Tribunal destaca las consecuencias negativas de la corrupción y los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores privados de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables. Además, la corrupción no solo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute negativamente en toda la sociedad, en la medida en que "se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el estado de derecho*".

Se debe recordar que, los actos corruptos dañan de forma grave los avances de un país; así, la corrupción resulta un elemento perjudicial para el desarrollo adecuado de una sociedad; resultando intrascendente el tipo de sociedad o país, la corrupción afecta a todos sin distinción; de todos los daños que ocasiona, considero que el primordial y crítico es la relacionada a los "valores básicos de la sociedad" (MARTÍNEZ, 2015, p.382), además, de otros ámbitos como el económico (PRIETO, 2008, p.93).

En tal sentido, se puede apreciar que la corrupción aparece en todo tipo de sistema social o país (democrático o no) (VÁSQUEZ, 2011, p.362); no obstante, el nivel de corrupción, considero se apreciará en mayor medida en aquellos países donde sus instituciones son más débiles. Además, la corrupción, como se mencionó, tiende a enfocar su actuación con la finalidad de obtener elevados beneficios económicos, que afecta a la larga al adecuado

servicio u obra ofrecida a la ciudadanía (mejores hospitales, escuelas, etc.). Indica UGAZ SÁNCHEZ-MORENO que:

> "[...] *la corrupción no sólo crea serias distorsiones económicas elevando irrazonablemente los costos, pervirtiendo los incentivos y aumentando la desigualdad entre ricos y pobres*" (2013, p.1002).

Como finalización de esta parte, se toma lo señalado por DÍEZ RIPOLLÉS, en relación a los efectos de la corrupción:

> "[...] *La importancia de la corrupción se reconoce cada vez más como un factor que afecta adversamente el desarrollo sostenible de un país (principio aplicable de modo especial a muchos países o regiones en vías de desarrollo o en transición), además de consolidarse la convicción de que la corrupción erosiona la legitimidad y estabilidad de los mercados e instituciones financieras (como es el caso en muchos países industrializados)*" (2004, p.41).

"Por otro lado, resulta pertinente establecer una definición de corrupción, ya que de esta forma se delimitará las conductas y hechos que se enmarcan en el desarrollo de la presente investigación. Al respecto, Transparency International, una de las instituciones más respetadas a nivel internacional en la lucha contra la corrupción, define la corrupción como" (MARTÍNEZ, 2015, p.384), "*el abuso del poder para beneficio propio*". Crítico con esta definición asumida por la doctrina mayoritaria, KUBICIEL (2020, pp.16-17). Al respecto SABÁN GODOY comprende por corrupción:

> "*[la] utilización de un poder otorgado por un tercero para el interés personal del cesionario, interés distinto del que persigue al titular del poder cedido*" (1991 p.16).

En un sentido similar, siguiendo al Grupo Multidisciplinar sobre la Corrupción (GMC) DEMETRIO (2002, p.177).

De lo antes mencionado, se aprecia que la comprensión de corrupción es amplia, estos actos de deslealtad realizados por el funcionario puede ser tanto en el ámbito público, como privado, que no necesariamente requiere de una beneficio o ventaja económica. Aunque existen otras posiciones que consideran que la corrupción cuenta con un elemento central cual es el intercambio impropio de ventajas (KUBICIEL, 2020, p.20), no obstante, se considera que, dicha definición parte de que en todo acto de corrupción existirá una ventaja, el cual, p.e., en casos como el delito de colusión no son exigidas, por lo que no compartimos dicho parecer.

Por ende, cuando en la tesis se mencione corrupción, se hace referencia al ámbito público (corrupción pública), descartando el lado privado, aunque como señala GARCÍA la corrupción no solo se circunscribe a la actividad pública, sino también privada (2016:76), este último dentro del marco penal se pueden apreciarlo en casos como el delito de fraude en la administración de persona jurídica (MARTÍNEZ, 2009, pp. 333 y ss.), entre ellos es común que el administrador de la persona jurídica arribe a un acuerdo con otra empresa para adquirir servicio y bienes (corrupción privada).

Delimitado el campo de estudio, resulta pertinente conceptualizar la corrupción en el ámbito público, para ello se seguirá a HURTADO:

> "[…] *constituir un intercambio ilícito entre actores pertenecientes tanto al sector público como privado y que implica un* ***abuso de poder****, cometido para alcanzar ventajas indebidas*" (2014, p.2).

En tal sentido, la corrupción en el sector público se circunscribe en el abuso o exceso (descartando el ámbito de la violación) de las facultades atribuidas al sujeto público, por lo que su actuación se enmarca en un interés ajeno al público (el interés es particular). Indica MUÑOZ CONDE: "[...] Aquí el poder de que se abusa es un poder delegado, un poder que no le corresponde a la

autoridad o funcionario público que se corrompe, sino a un sistema institucional (la Administración Pública en sus diversos ámbitos) que representan los intereses de la generalidad de los ciudadanos" (2010, p. 1017).

Así, como lo establece SALIGER, citado por ROTSCH, es un "*servir a dos amos*", derivándose así una relación triangular:

> "(…) *entre el que da, el que recibe y quien dirige el negocio del que recibe*" (2018, p.231).

"Sobre todo lo mencionado, se debe indicar que, para poder realizar un estudio que se base en problemas reales, y, por ende, necesarios de solución, es imprescindible contar con data estadística que nos muestre desde un inicio si la corrupción es un verdadero problema para la sociedad o no (estado situacional de la corrupción en el Perú); y, como segundo punto, establecer si la contratación pública es uno de los ámbitos, o el principal, donde mayor incidencia de corrupción existe actualmente. Finalmente, establecer si la corrupción cuenta con respuesta normativa adecuada o por el contrario es un problema que viene con una incidencia en aumento, dada el limitado uso de instrumentos normativos, específicamente en el Derecho penal" (MARTÍNEZ, 2019, p.65).

"Por lo tanto, sólo será legitima la investigación si de la información estadística analizada se obtiene que la corrupción es un problema que merece atención por las graves consecuencias sociales que ocasiona y, además, que es un fenómeno criminal que viene acentuándose cada vez más" (MARTÍNEZ, 2019, p.65).

III.- LA CORRUPCIÓN PROBLEMA PRINCIPAL EN PERÚ

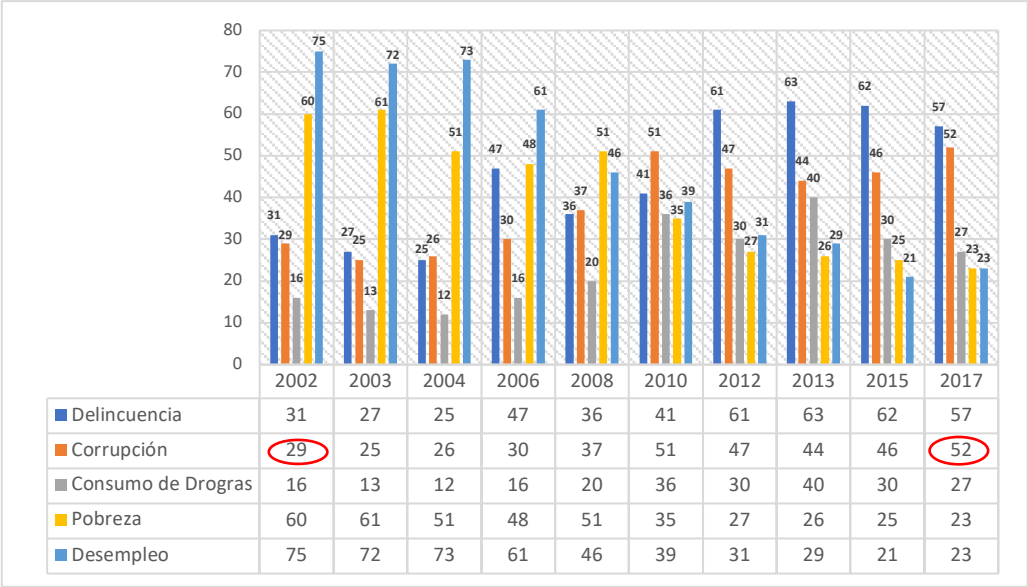
Las complicaciones sobre los actos ilícitos vinculados a la corrupción no se encuentra restringido al daño sobre el aspecto intrínseco de la administración -la finalidad de la misma se circunscribe al bienestar social- (JAREÑO, 2011,

pp.18-19), pues el mismo sería una visión parcializada; pues, la corrupción daña a la sociedad en su conjunto, dentro de sus distintas facetas (económico, ético, entre otros), lo cual repercute en el desarrollo y disfrute de la libertad de sus ciudadanos, por lo que la exigencia sobre la actuación del sujeto público es elevada (VEGA, 2016, p.64).

Esta exigencia social sobre los actos de corrupción, se plasman en las cifras que se han podido obtener del presente trabajo. Así, para el 2017, en el Perú el principal problema sobre su desarrollo era la inseguridad (delincuencia), en tanto el segundo problema la corrupción. Esta información brindada por Transparencia Internacional, a través de su filial en el Perú-Proética. VÁSQUEZ plantea la necesidad de contar con elementos cuantitativos para la medición de las políticas penales (2011, p.384).

“Ello tiene mayor relevancia si se realiza un análisis evolutivo de su incidencia, pues a diferencia de lo que acontece actualmente, en el año 2002 la corrupción ocupaba el cuarto puesto como problema de la sociedad, muy por debajo del desempleo, la pobreza y la delincuencia común (vinculada a la seguridad ciudadana)” (MARTÍNEZ, 2019, p.66). De ello se desprende que la incidencia de la corrupción como principal problema ha ido en constante aumento en los últimos años.

Gráfico 01
¿Cuáles son los tres principales problemas del país en la actualidad?
Perú (2002-2017)

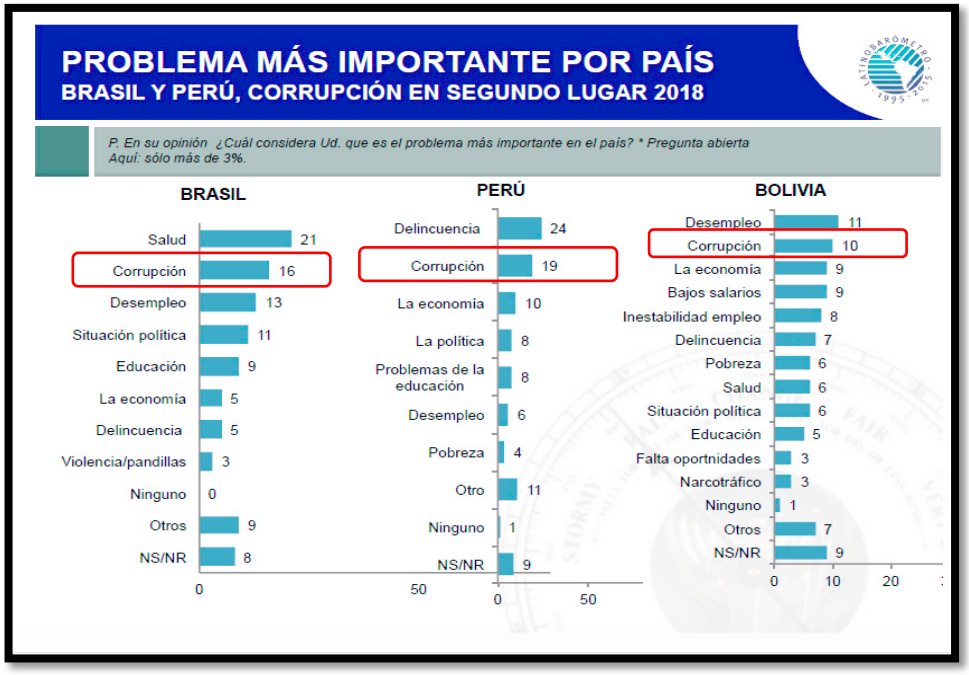


	2002	2003	2004	2006	2008	2010	2012	2013	2015	2017
Delincuencia	31	27	25	47	36	41	61	63	62	57
Corrupción	29	25	26	30	37	51	47	44	46	52
Consumo de Drogras	16	13	12	16	20	36	30	40	30	27
Pobreza	60	61	51	48	51	35	27	26	25	23
Desempleo	75	72	73	61	46	39	31	29	21	23

Fuente: Transparencia Internacional - Proética

Diseño: Ipsos

Para el año 2018, la corrupción seguía en constante aumento, ocupando nuevamente el segundo lugar en el Perú como problema principal, situación que se condice a nivel comparado, por lo que el problema de la corrupción en los países vecinos es también preocupante, conforme se aprecia del siguiente gráfico trabajado por el Latinobarómetro (2018, p.61):



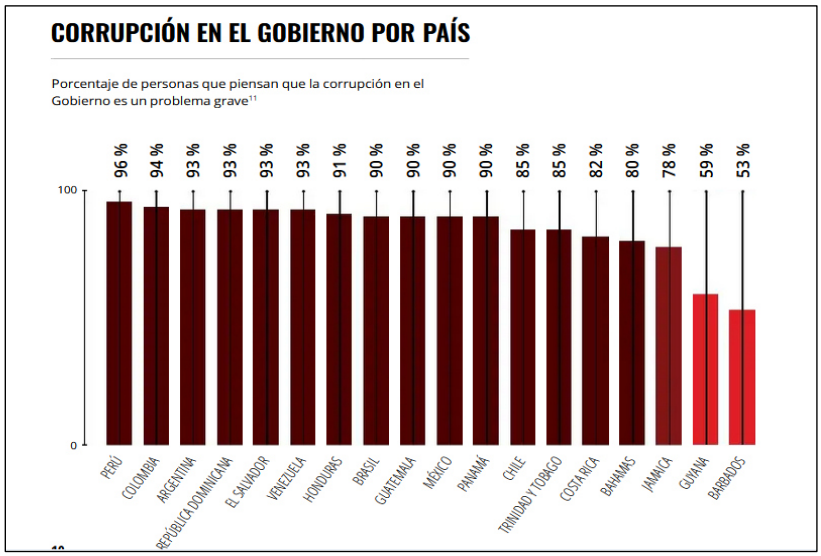
Es así que, para el año 2019 y 2020, la corrupción ocupó el principal problema en el Perú, esta incidencia, como se mencionó no es un dato aislado, sino que en nuestro país la corrupción ha ido en aumento constante en las últimas décadas, así el Instituto Nacional de Estadística e Informática pudo recopilar información sobre la corrupción, mencionado que dentro de los elementos que han favorecido esta incidencia se encuentra aquellos actos vinculados al poder político y al cobro de porcentajes sobre contratos y licitaciones (2020, p.3).

CUADRO N° 01
PERÚ: PRINCIPALES PROBLEMAS DEL PAÍS
Semestre: Octubre 2018 - Marzo 2019 / Octubre 2019 - Marzo 2020
(Porcentaje)
En su opinión, actualmente, ¿Cuáles son los principales problemas del país?

Prioridad del Problema	Semestre Móvil		Variación (puntos porcentuales)
	Oct18-Mar19	Oct19-Mar20	
Corrupción	64,5	60,6	-3,9
Delincuencia	39,2	41,8	2,6
Pobreza	20,3	17,8	-2,5
Falta de seguridad ciudadana	13,9	16,2	2,3
Falta de empleo	12,3	12,3	0,0
Mala calidad de la educación estatal	9,0	10,6	1,6
Falta de credibilidad y transparencia del gobierno	7,6	7,4	-0,2
Violencia en los hogares	8,7	7,1	-1,6
Falta de cobertura / mala atención en salud pública	4,7	7,0	2,3
Bajos sueldos/aumento de precios	5,4	5,1	-0,3
Falta de apoyo a la agricultura	3,8	3,5	-0,3
Violación de derechos humanos	1,9	1,6	-0,3
Mal funcionamiento de la democracia	0,9	1,2	0,3
Falta de cobertura del sistema de seguridad social	1,1	1,1	0,0
Falta de vivienda	0,7	0,7	0,0
Ninguno	1,7	1,4	-0,3
Otro	16,4	18,9	2,4

Nota: Pregunta con alternativas de respuesta múltiple.
Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) - Encuesta Nacional de Hogares. Módulo: Gobernabilidad, Transparencia y Democracia.

Dicha situación en nuestro país sobre la corrupción resulta preocupante, más aún si a nivel de américa latina y el caribe, nuestra sociedad percibe a nuestro país con mayor intensidad la corrupción en comparación a otros países. Así, Transparencia Internacional, a través del barómetro, estableció al Perú como el lugar donde su población considera un elevado nivel de corrupción:



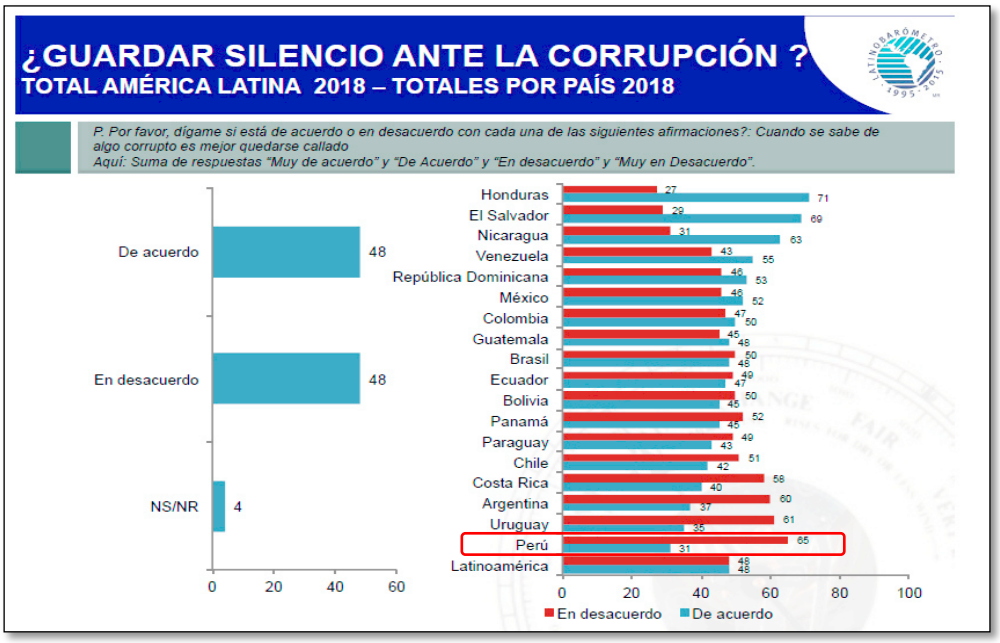
Fuente: BARÓMETRO GLOBAL DE LA CORRUPCIÓN EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE 2019

Panorama que se condice con la información obtenida del Latinobarómetro, donde se aprecia que el Perú, a nivel comparado, ocupa el segundo lugar de los países de Latinoamérica con elevado nivel de consideración de corrupción (2018, p.59):



Esta situación va de la mano con el descontento de la ciudadanía, quienes ante una noticia de corrupción en nuestro país, opta por un desacuerdo con dichos actos, quienes, p.e., realizan actos de protesta ante tal situación, los cuales en muchas ocasiones han servido para que los funcionarios que

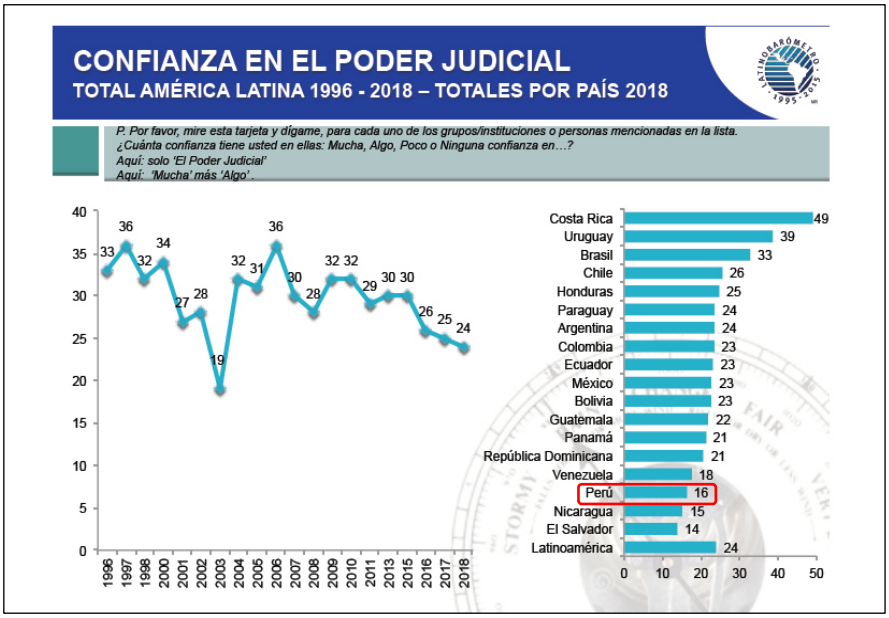
detentan ámbitos de decisión relevante para nuestro país hayan tenido que tomar decisiones de acuerdo a las exigencias de estos grupos de presión, que a nivel de política penal vienen ocupando cada vez más espacios importantes en las tomas de decisión. En siguiente gráfico se aprecia que, a nivel comparado, el peruano es quien menos tolerancia tiene a los actos de corrupción (Latinobarometro, 2018, p.63):



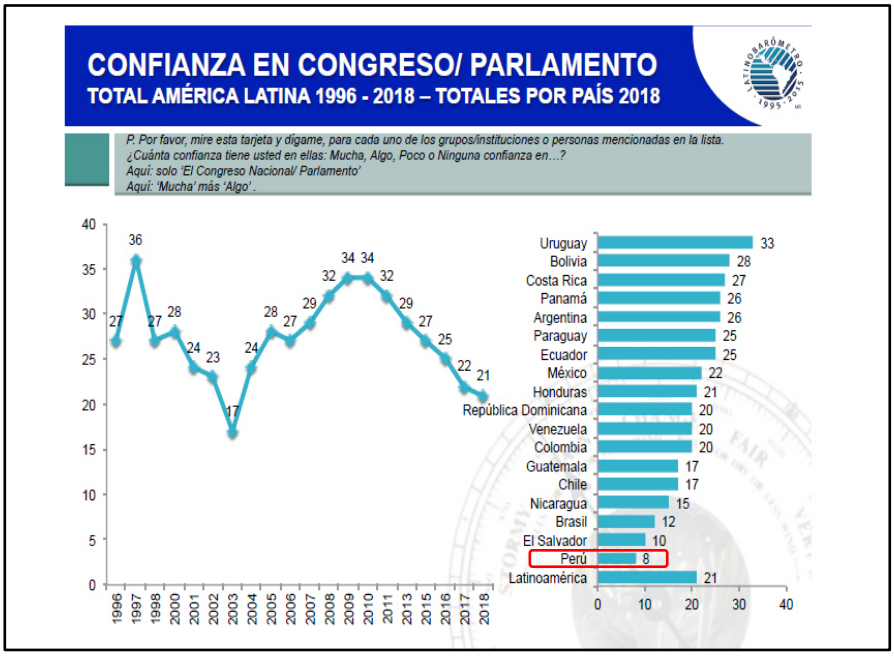
"Así, la relevancia de los actos de corrupción se encuentra ya en el espacio que se le da en los medios de comunicación, así como encuestas de opinión, que como se indicó sitúan a la corrupción como problema principal de la sociedad a niveles similares a la inseguridad ciudadana, dejando de lado al desempleo, salud y vivienda, lo cual sin lugar a dudas enerva la estabilidad de las instituciones estatales básicas para el desarrollo y avance de una sociedad" (MARTÍNEZ, 2019, p.67).

Así, la administración pública requiere de un apoyo social, sin la misma no avanza. Una sociedad que desconfía de sus principales instituciones, retrocede en cuanto a su desarrollo. El Perú, por ejemplo, a comparación de los otros países de Latinoamérica, se encuentra dentro de los países que

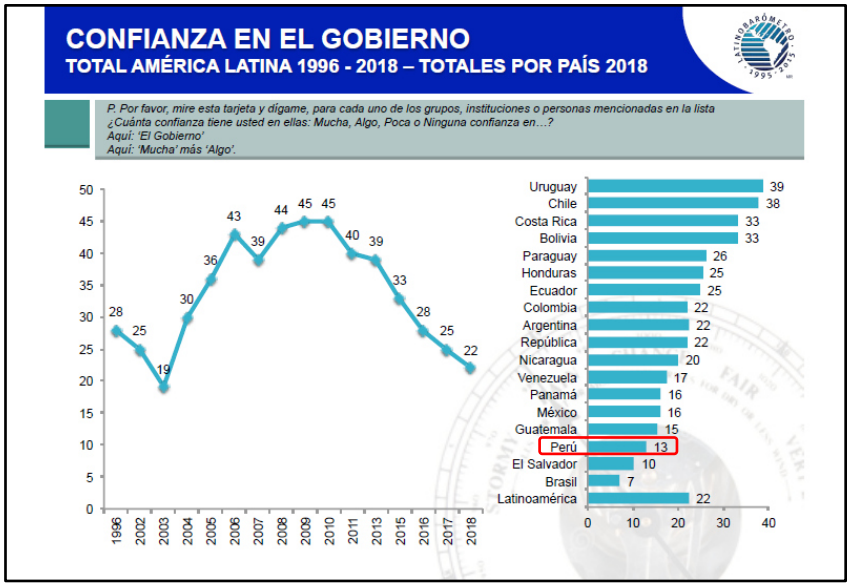
menos confianza le tiene a los principales poderes -clásicos- del Estado (ejecutivo, judicial y legislativo) (Latinobarómetro, 2018, pp.51-54).



Así, la desconfianza, producto de la actual situación de corrupción en nuestro país, genera que la confianza sobre el poder judicial sea mínima, se encuentra a nivel comparado como un país con bajo nivel de incidencia en la confianza, después de países como El Salvador y Nicaragua, lo cual sin lugar a dudas es preocupante.



De los tres poderes clásicos del Estado, el congreso es el poder que cuenta con un mínimo nivel de confianza, lo cual a nivel comparado resulta preocupante, pues el Perú ocupa el último puesto en nivel de confianza sobre el congreso con solo ocho puntos, muy por debajo de la media que es de veintiuno. De la misma forma, la confianza sobre el gobierno, entiéndase poder ejecutivo, es mínima, trece puntos con relación a la media latinoamericana de veintidós.



Por ese motivo, se aprecia la escasa confianza de los ciudadanos peruanos en los principales poderes del estado, todo ello -sin ligar a dudas- a consecuencia de los elevados índices de corrupción, además, la corrupción no conoce de fronteras (p.e. caso Lavajato), es un acto que perjudica a todos, países democráticos o no, de economías fuerte o no (BENITO, 2013, p.2). Sobre ello, véase a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, específicamente su preámbulo:

> "*Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella*".

“Por ello, no debe enfocarse la corrupción como problema interno de un determinado país, sino que requiere del apoyo de distintos países a fin de obtener resultados positivos en su lucha” (MARTÍNEZ, 2019, pp.67-68). Así, indica SALAS el fenómeno transnacional y como afectan a economía en vía de desarrollo:

> “*Compañías extranjeras, operando en la América Latina, frecuentemente han sobornado a funcionarios públicos para obtener tratamiento favorable en licitaciones y otras transacciones comerciales*” (1997, p.237).

Conforme a ello, se aprecia que los efectos perjudiciales a nivel internacional de la corrupción resultan reales, por lo que, un trabajo conjunto entre los países para luchar de forma eficaz contra la corrupción resultan fundamentales (CEREZO, 2001, p.453).

Como se mencionó, la corrupción afecta de muchas formas varios ámbitos sociales, económico, entre otros (carácter multisectorial), por lo que, es imprescindible mecanismos que nos permitan prevenir y reprimir los actos de corrupción, para ello resultan necesarios el establecimiento de indicadores, metas, que nos permitan apreciar si se avanza o no en la obtención de resultados adecuados contra la corrupción. Indica SALAS que, comúnmente se carece de datos empíricos para establecer metas (indicadores): “En general, no hay estadísticas en este campo y, cuando éstas existen, su accesibilidad suele ser difícil y los datos obtenidos poco confiables, debido a la carga política e ideológica que los circunda” (1997, p.217).

“Así, p.e., tse tiene que una de las formas de obtener información sobre el mismo es a través de sistema de justicia penal, establecer si el número de condenas ha evolucionado en comparación al número de requerimientos acusatorios, si el monto de las reparaciones civiles ha aumentado, el número de denuncias ingresadas por corrupción, si el número de denuncias sobre corrupción ha sido atendido, la forma de atención y las causales de los archivos relacionados a un estudio cualitativo, si la prescripción de delitos no

es la mayor incidencia de atención de casos, entre otros. Otro ejemplo se tienen a nivel del INPE, conocer si los que son sentenciados por corrupción han ido a prisión, si han salido del mismo con beneficios penitenciarios o si ha aumentado el nivel de internos por corrupción, es decir crear indicadores que nos permitan establecer si existe una lucha eficaz contra la corrupción a nivel del sistema de justicia penal, pues actualmente no se cuenta con información necesaria para establecer los indicadores pertinentes en el ámbito de la corrupción. Es a partir de ahí que, se puede tener una concreta observación real de los avances en la lucha contra la corrupción" (MARTÍNEZ, 2019, pp.68-69).

En tal sentido, se debe precisar que, la lucha contra la corrupción es un principio constitucional, conforme lo ha referido nuestro Tribunal Constitucional, resultando un principio implícito que se desprende del art. 39º (Funcionarios y trabajadores públicos) y art. 41º (Declaración Jurada de bienes y rentas) de la Constitución Política, ello debido a que la corrupción, como se ha mencionado, genera una desestabilización a los valores supremos de la sociedad peruana. Como ha indicado el Tribunal Constitucional en el Pleno Sentencia 1035/2020, Caso de la reparación civil a favor del Estado, expediente Nº 00016-2019-PI/TC, del 03 de diciembre de 2020; principio que se considera -en nuestro tiempo- se ha vuelto un principio de carácter universal:

> *"4. Este Tribunal ha reiterado en variada jurisprudencia que la* ***lucha contra la corrupción es un principio constitucional que, como tal, debe orientar la actuación del Estado.***
> *5. El principio de lucha contra la corrupción no ha sido recogido en la Constitución de 1993 como un principio constitucional expreso. Se trata, pues, de un principio constitucional implícito de igual fuerza normativa. De ahí que se afirme que el Estado, por mandato constitucional, tiene el deber de combatir toda forma de corrupción.*
> *6. Este Tribunal ha precisado que los actos de corrupción no solo resultan contrarios al orden jurídico penal , sino que se*

> *encuentran reñidos con los más elementales designios de la ética y la moral y, también, con los valores constitucionales (Sentencia 00019-2005-PI/TC, fundamento 47), sin mencionar que constituye un fenómeno social que se ha proyectado dentro y fuera de la administración del propio Estado (Sentencias 00009-2007-PI/TC y 00010-2007-PI/TC, fundamentos 53 y 54).”*

Sin lugar a dudas, en base a data estadística real mostrada, la “corrupción es un problema de actualidad en el Perú, al cual se le debe prestar una adecuada atención, a fin de brindar soluciones desde los puntos de vista preventivo y represivo. Por ello, desde los distintos espacios con que cuenta el Estado y la sociedad para confrontarla se debe aplicar las medidas apropiadas que permitan la vigencia de las expectativas sociales necesarias para el funcionamiento de la sociedad; entre esas medidas se tiene al Derecho penal, que debe cumplir con las funciones para la cual está conformada dentro de la sociedad como una subestructura del control social” (MARTÍNEZ, 2019, p.69).

Así, el Derecho penal, en su sentido represor, se dirige a sancionar los ilícitos cometidos por los sujetos públicos, y en los casos pertinentes también a los particulares (MUÑOZ, 2010, p.1018). Específicamente, el CP en sintonía con los intereses sociales, regula en un capítulo específico los actos vinculados a la corrupción (delitos contra la administración pública). ORTIZ DE URBINA GIMENO señala:

> “[...] ***vienen ocupando un lugar preferente en la agenda político-criminal de los gobiernos y en la contienda política***” (2012, p.619).

Como indique en su momento: “La corrupción no sólo es vista como un problema que limita la interacción social, sino que frena el desarrollo del país, al no generar ámbitos de crecimiento económico y social, por ello su puesta en agenda por parte de los partidos políticos” (MARTÍNEZ, 2015, p.389). PRIETO DEL PINO nos señala:

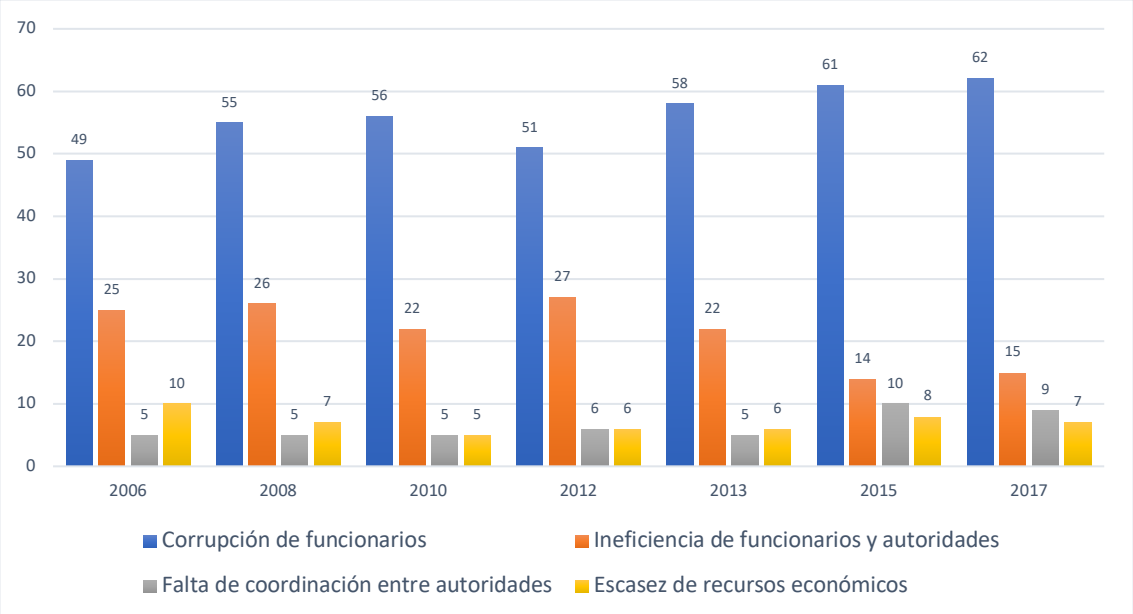
> "*La corrupción se reconoce cada vez más como un factor que afecta adversamente el desarrollo sostenible de un país (principio aplicable de modo especial a muchos países o regiones en vías de desarrollo o en transición)*" (2008, p.93).

"En el siguiente gráfico se puede observar que la corrupción es percibida como un grave impedimento para lograr el desarrollo del país. Del mismo se puede extraer como del 2006 al 2017 el principal problema que enfrenta el Estado y limita el desarrollo del país es la corrupción de funcionarios, que ha tenido un aumento de 49 puntos, en el 2006, a 62 puntos, en el 2017" (MARTÍNEZ, 2015, p.389).

Gráfico 02

¿Cuál le parece el principal problema que enfrenta el Estado y que le impide lograr el desarrollo del país?

Perú (2006-2017)



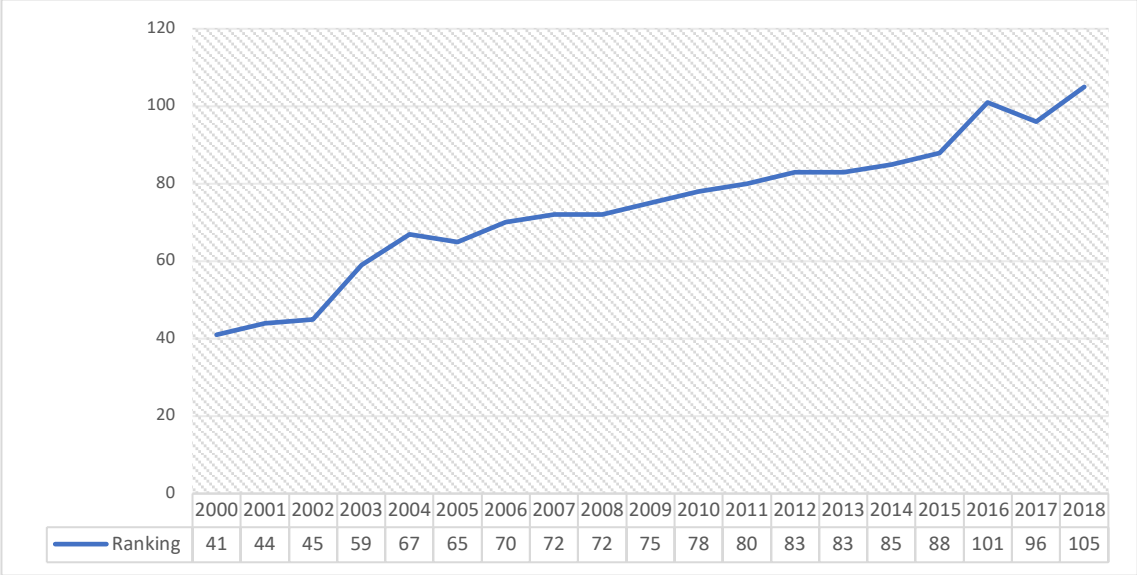
Fuente: Transparencia Internacional(Proética).

Diseño: IPSOS

El Perú, de acuerdo a la información brindada por Transparencia Internacional, ha subido en los niveles del Ranking de Percepción de la Corrupción mundial de países menos corruptos, llegando al año 2018 al

puesto 105, es decir con más nivel de corrupción; pues el puesto N° 1 es para el país con menos corrupción, siendo para el año 2018 el país de Dinamarca, en segundo lugar, como el país menos corrupto, Nueva Zelanda. En tanto que, el país más corrupto a nivel mundial Somalia. De otro lado, en América, el país más corrupto es Venezuela, ocupando a nivel general el puesto 168.

Gráfico 03
Ranking de Percepción de la Corrupción de Transparency International (IPC)- Perú
(2000-2018)



Fuente: Transparencia Internacional
Diseño: Propio

De otro lado se debe, precisar que la corrupción se complica más, si se tienen en cuenta que la delincuencia de mayor impacto se enmarca en la criminalidad organizada que se relaciona para sus fines con la corrupción, como mencionan BUSCAGLIA, GONZÁLEZ-RUIZ & PRIETO PALMA, se estima que existen cinco niveles de captura del Estado por corrupción:

> *"En el primer nivel encontramos al soborno o cohecho (…). En el segundo nivel, los actos de soborno son continuos y periódicos, y en donde el agente público ya se encuentra en la*

> *nómina el grupo delictivo (…). En el tercer nivel, son infiltradas las agencias gubernamentales forma esporádica dentro de las posiciones oficiales de rango medio (…). El cuarto nivel se caracteriza por una infiltración gubernamental en los niveles más altos, o lo que algunos autores definen como captura del Estado (…). El quinto nivel de infiltración de la delincuencia organizada en los sectores púbicos se produce cuando grupos de delincuencia organizada logran participar en precampañas o en campañas políticas financiando o apoyando a través de los medios de comunicación o comprando votos y corrompiendo los procesos electorales democráticos"* (BUSCAGLIA et al., 2002, pp.96-98).

Como lo señale: "Por ende, se puede concluir que, en el Perú la corrupción es un problema real que exige -por parte de la sociedad- soluciones inmediatas. Ahora bien, dentro de la corrupción, a fin de priorizar respuestas, se deben hallar cuál es el ámbito donde mayores daños se ocasionan a la sociedad, para tal efecto el siguiente apartado se encargará de identificar" (MARTÍNEZ, 2019, p.75).

IV.- CORRUPCIÓN Y CONTRATACIONES PÚBLICAS

Las contrataciones públicas son el espacio donde mayor énfasis han colocado los agentes corruptos, situación de larga data; como indica Mario CACIAGLI, en los años 1960 a 1990 se aprecia un crecimiento de los actos de corrupción a través de la incursión de las mafias italianas, quienes después de una larga participación en las corrupciones enfocaron su actuar en las contrataciones públicas (construcción de carreteras) (1996, pp.63 y ss.). Precisa RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ:

> "*Las medidas para combatir la corrupción en la contratación pública, como es sabido, se han desarrollado de manera significativa en los últimos años* ***tras la constatación de ser***

> ***este uno de los sectores más proclives a la proliferación de prácticas ilícitas***" (2020, p.871).

Igualmente, señala JAREÑO LEAL:

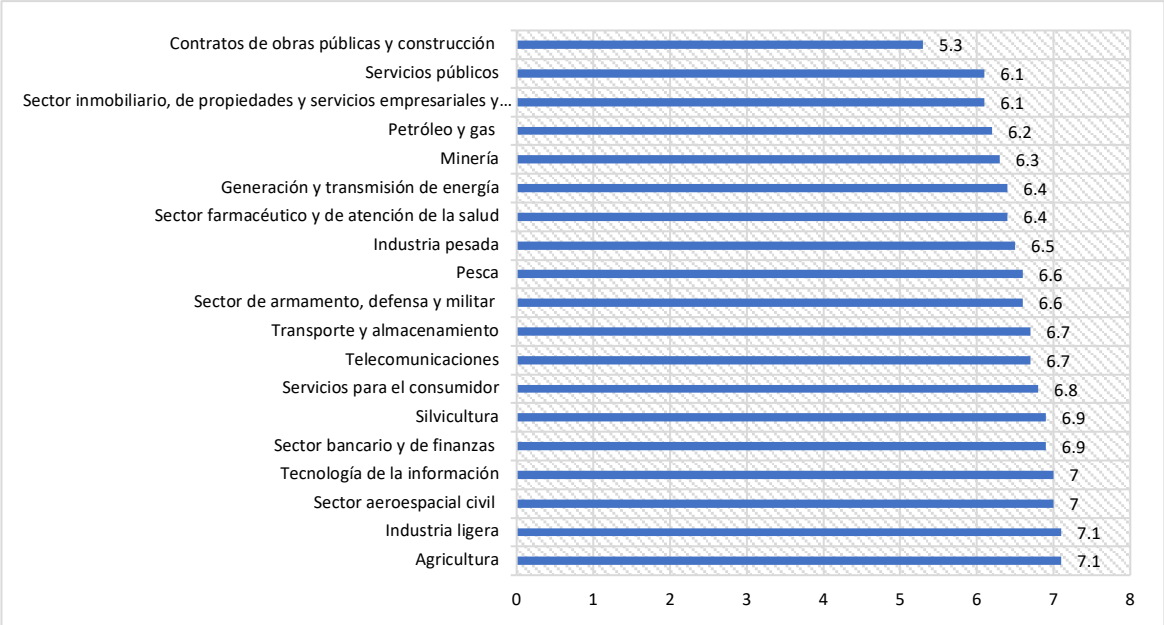
> "***Las mayores cifras delictivas relacionadas con la corrupción pública se producen en relación con la contratación pública en el ámbito de la Administración local***" (2017, p.1).

Solo por señalar un ejemplo, el caso de la carretera interoceánica sur (vinculado al delito de colusión), tramos 2 y 3, adjudicada a Odebrecht, el perjuicio patrimonial al estado bordea los S/. 1,4000 millones[1]. En tanto que, la Contraloría General de la República ha establecido, en el tramo 5 de dicho caso, un perjuicio económico al Estado de S/. 34`074,668 (SHACK, et al., 2020, p.21). De este modo, se observa que, solo en un caso relacionado a un contrato público, el daño económico al Estado por actos de corrupción es enorme.

Transparencia Internacional nos muestra en el próximo gráfico que, a nivel internacional (2011, p.1), el sector empresarial considera que la mayor incidencia en los actos de corrupción se centran en las contrataciones de obras y servicios públicos, lo cual demuestra el carácter preocupante y nos brinda un indicador para establecer que las contrataciones públicas deben tener un trato especial por parte del sistema penal.

Gráfico N° 04
Índice de Fuentes de Soborno por Sectores
(0=Mucha corrupción, 10=Poca o nada corrupción)

[1] Noticia publicada en el diario Peru21, visto por última vez: https://peru21.pe/politica/caso-interoceanica-sur-procuraduria-identifica-mas-de-s1400-millones-en-perjuicio-al-estado-odebrecht-alejandro-toledo-corrupcion-noticia/



Fuente: Transparencia Internacional

Diseño: Propio

Este panorama no es reciente, debido a que, existen investigaciones pasadas, con información empírica, donde los agentes corruptos enfocan, con elevado nivel, sus actividades ilícitas en el ámbito de obras y servicios públicos (DÍEZ, et al., 2004, pp.36-37). “Sin embargo, a pesar de contar con la referida información, a la fecha no se ha hecho casi nada para diseñar políticas adecuadas como respuesta a este fenómeno de la corrupción, lo cual resulta seriamente preocupante, pues si ya se tiene identificado -a través de indicadores- el sector con mayor propensión a la corrupción, es necesario respuestas coherentes para disminuir -y si es posible erradicar- los índices de corrupción” (MARTÍNEZ, 2019, p.77).

De esa clase p.e., no se ha encontrado en el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016 directrices para establecer una lucha eficaz contra la corrupción en los espacios que se han referido con las estadísticas presentadas (2012, p.137). No obstante, teniendo en cuenta las consideraciones establecidas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción 2018-2021, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2018-PCM, se ha establecido como áreas prioritarias dentro de la priorización de

acciones la contratación de bienes, obras y servicios en el ámbito estatal (2018, pp.11-12).

Como lo mencioné: “Además, es en al ámbito de las contrataciones donde los altos cargos políticos utilizan su poder para obtener (o en su caso devolver) el capital necesario para sus campañas políticas u otras actividades. Es común encontrar que determinados grupos de empresas, que apoyaron en su momento al partido de gobierno de turno, cuenten con muchos contratos con el Estado para la construcción de obras (colegios, carreteras, etc.), no siendo en la mayoría de las veces las mejores propuestas presentadas, sino que el proceso de licitación se encontraba encaminado a que la empresa obtenga la buena pro (concesión del contrato); ello a través -y muchas veces- del diseño de las bases del contrato a medida de las características de la empresa a favorecer” (MARTÍNEZ, 2019, pp.77-78). Mencionaba DE LA MATA BARRANCO que, las organizaciones criminales y los delitos de corrupción tienen a relacionarse y enfocar su actividad a los procedimientos electorales, pues en ellas realizan favores a los políticos (normalmente apoyo económico a las campañas electorales) (2006, p.85), que derivaran en direccionamientos de procedimientos en las contrataciones públicas una vez el político ejerza función pública.

Así, la compenetración de las organizaciones criminales en las instituciones públicas, algo que ya mencionaba CACIAGLI en relación a las mafias en Italia; indica el autor italiano que, por ejemplo, la mafia siciliana dejo de un lado la fuerza y coacción para obtener obras y servicios públicos, pues su medio para ello se volvió los actos de corrupción (1996, pp.101 y ss.). Aun más, estas organizaciones criminales formaron parte de la administración pública, al introducir a integrantes de su organización como funcionarios de alto cargo (alcaldes, etc.), obteniendo así, el poder (monopolio) y decisión sobre la concesión de obras y servicios públicos. En igual sentido, BORELLI, en el marco de la vivencia en Italia, menciona:

> “[…] *sale a la luz, sucesivamente, gracias a la colaboración de muchos protagonistas y a las investigaciones de policía, todo un*

> *sistema oculto de contribuciones suministradas desde el mundo económico a los partidos políticos,* ***que tenía como contrapartida la asignación de concesiones para obras o suministros públicos****,* ***la elusión de las reglas establecidas para el desarrollo de los concursos, la omisión de los exigentes controles sobre la calidad del resultado, la aceleración del pago del precio de la obra por parte del ente público que convocaba el concurso***" (2006, p.373).

Así, como lo indique: "Siguiendo las prácticas de corrupción en las contrataciones públicas, se tienen p.e. el llamado sistema carrusel que tiene como mecánica el uso de las contrataciones públicas para que los funcionarios cumplan con las obligaciones surgidas de los procesos electorales, adquiridas con ocasión de la financiación de su campaña política; en muchos casos las obligaciones pecuniarias del funcionario son con varias empresas, con las cuales se concierta y señala que postulen a diversos concursos públicos donde cada una ganará un contrato preestablecido, pero para ello deberán presentarse a todas los concursos permitiendo que la empresa preestablecida proponga la mejor oferta" (MARTÍNEZ, 2015, p. 394). CASTRO CUENCA nos indica:

> "[…] *permite al funcionario corrupto realizar varios objetivos: materializar los compromisos obtenidos con ocasión a la financiación de su partido, cumplir formalmente con el principio de pluralidad de oferentes, y además disminuye la posibilidad de ser sorprendido, pues individualmente en cada contrato hubo libre competencia y se escogió la mejor oferta*" (2012, p.196).

Con todo, "el problema de la corrupción en las contrataciones públicas no es algo que sólo se limite a datos empíricos, sino que a nivel normativo ya se exige a los Estados una actuación acorde con los valores de la democracia. En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, del 31 de octubre de 2003, en su art. 9°, contratación pública y gestión de la hacienda pública, establece la necesidad de que los Estados Partes adopten medidas

necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Sin embargo, desde esa fecha a la actualidad no se ha hecho mucho, pues conforme a distintos informes internacionales las contrataciones siguen siendo un factor clave para que determinados funcionarios puedan cometer ilícitos de corrupción" (MARTÍNEZ, 2015, p.395). También establece CEREZO que: "[…] es tal vez uno de los campos en los cuales la acción colectiva de los Estados no es sólo útil y conveniente, sino absolutamente necesaria" (2001, p.453).

"Al respecto, de acuerdo con Informe sobre la Lucha contra la Corrupción en la Unión Europea, de 3 febrero de 2014, COM (2014) 38, se calcula que el coste de la corrupción para la economía de la Unión Europea asciende a 120,000 millones de euros, una cifra sin duda impactante" (2014, p.3). En tal contexto, el citado trabajo de la Unión Europa realiza su estructuración basado en una "cuestión transversal de especial relevancia a nivel de la UE" (2014, p.4): los contratos públicos.

"En virtud de lo antes mencionado, la contratación pública es un elemento transcendental para la economía en general de cada país, aproximadamente, la quinta parte del PBI de un país está destinando a la contratación de adquisiciones de bienes, obras y servicios; sólo por establecer a nivel de la Unión Europea, se estima que en el 2011 cerca de 425,000 millones de euros fueron destinados a licitaciones públicas. Dando espacios pues a uso de actividades corruptas para perjudicar al patrimonio estatal" (MARTÍNEZ, 2015, p.395).

El perjuicio económico en nuestro país también es muy elevado, ya en la historia del Perú se puede apreciar que la corrupción abarcó el 34% del gasto gubernamental, como lo indica el historiador QUIROZ:

> "[…] *[El] costo medio de la corrupción en la década de 1990 alcanzó un monto de alrededor de 1.409 millones de dólares al*

> *año, un monto equivalente al 34 por ciento del gasto gubernamental anual y al 3,1 por ciento del PBI medio anual*" (2013, pp.432-433).

"Cabe indicar que, los 1,409 millones de dólares son el costo promedio anual, es decir, que de 1990 a 1999 el costo global de los principales costos directos e indirectos de la corrupción fue de $14,090 (catorce mil noventa millones con 00/100 dólares americanos)" (MARTÍNEZ, 2015, p.396).

"Si ése es el costo de la corrupción para dicha década, se tiene que la recuperación efectiva de la misma no resulta de lo más alentador, pues conforme a lo señalado en el Informe Final del Mecanismo de Seguimiento de la OEA sobre la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (2013) de la República del Perú" (MARTÍNEZ, 2015, p.396):

> "[...] *con base en la información de la Unidad de Análisis Financiero de la Procuraduría Anticorrupción, se presentaron datos durante la visita in situ sobre el efectivo cobro por reparaciones civiles. Se informó que el monto total de la reparación civil impuesta (tanto por la extinta Procuraduría Ad Hoc como por la Procuraduría Especializada) era de S./1,078,291,130 nuevos soles a julio de 2012, mientras que el monto efectivamente cobrado y recuperado a favor del Estado en el mismo período se limitaba a S./ 12,278,945 nuevos soles, o sea, se recuperó aproximadamente 1% del total de las reparaciones civiles impuestas*." (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2013, p.45).

"Quiere decir que, si bien se ha obtenido una recuperación a nivel judicial, vía la reparación civil, el monto efectivamente recuperado se limita al 1%, lo que sin duda no muestra una lucha real contra la corrupción, por lo que en este campo también se debe contar con planes adecuados tanto a nivel normativo como de gestión, por ejemplo, réplica de buenas prácticas en recuperación de activos por otros países" (MARTÍNEZ, 2019, p.82). Solo como comparativo,

en Brasil, a través de los acuerdos de arrepentimiento (acordos de leniência) en el marco de ilícitos en licitaciones públicas, la devolución por parte de la empresas corruptas alcanzó un monto de R$ 13,67 billones (SANGUINÉ, 2020, p.68).

En conclusión, se encuentra plenamente establecido que dentro de los ámbitos donde se desarrolla la corrupción, las contrataciones públicas es el más grave, al ser utilizado por los funcionarios para cometer actos de corrupción en confabulación con las empresas favorecidas con las contrataciones, por lo que merece una dedicación apropiada por parte del Estado en la configuración de sus políticas públicas dirigidas al bienestar social.

V.- RESPUESTAS CONTRA LA CORRUPCIÓN RELACIONADA AL DELITO DE COLUSIÓN

Para efectos del presente estudio no se analizará todas las políticas represivas con las que cuenta el Estado para hacer frente a la corrupción en el ámbito de las contrataciones públicas, sino que se limitará a la esfera penal. En ese sentido, se establecerá cuáles son las herramientas jurídico-penales con que cuenta el *ius puniendi* para reprimir los graves actos de corrupción en el marco de las contrataciones públicas.

Así, primero, se debe conocer qué ámbito de todos los actos de corrupción en las contrataciones públicas se busca reprimir; para ello se hará, nuevamente, uso del Informe sobre la Lucha contra la Corrupción en la Unión Europea de 2014. El mencionado informe establece que:

> "*Dado que el nivel de riesgo de corrupción en el proceso de contratación pública es bastante alto, las garantías contra la corrupción y el fraude en la contratación pública constituyen una prioridad para los Estados miembros y para las instituciones de la UE*".

“Al respecto, se puede observar que la respuesta a la corrupción vinculada a las concertaciones en las contrataciones es una de las prácticas de corrupción que requiere de priorización por parte del Estado (participación necesaria de funcionario y tercero interesado), a través del *ius puniendi*. Dentro de este ámbito, y de la revisión del CP, se puede identificar que existen algunos delitos que específicamente mencionan dichos ámbitos, encontrando a la negociación incompatible con el cargo (art. 399° CP) y la colusión (art. 384° CP). Se considera que, la colusión, a diferencia de la negociación incompatible, se encuentra configurado de tal forma que requiere para su consumación de un factor clave, que muchas veces no es tomada en cuenta en la lucha contra corrupción en contrataciones públicas -para comprender de forma apropiada el fenómeno de la corrupción-, cual es la participación del particular interesado, es decir las actividades empresariales en el uso de los mecanismos de corrupción para perjudicar al Estado” (MARTÍNEZ, 2019, p.84).

Como lo mencioné, “Por otro lado, los mecanismos de represión utilizados por los Estados, a través de la creación de tipos penales, para confrontar a la corrupción no han sido desarrolladas de forma adecuada, así una de las conclusiones de Informe sobre la Lucha contra la Corrupción en la Unión Europea señala que algunos Estados miembros han introducido o piensan introducir reformas del Derecho penal sustantivo y del enjuiciamiento criminal, buscando así aumentar la eficiencia y celeridad de los procedimientos, y reforzar los instrumentos de lucha contra la corrupción (entre otras cosas, mediante una mejor definición de los delitos, sanciones más elevadas en algunos casos y procedimientos acelerados)” (MARTÍNEZ, 2019, p.84). Indica CRUZ SANTOS que, el endurecimiento del sistema punitivo contra la corrupción se justifica a través de imposiciones generadas por instrumentos internacionales, así como por las demandas sociales debido a la creciente comprensión de la dañosidad de la corrupción (2015, p.82).

Igualmente, referí: “Además, estos refuerzos deben vincularse a las prácticas corruptas que son muy comunes en las contrataciones públicas, como p.e., la elaboración normativa de los contratos públicos a medida de determinadas

empresas, la normatividad de los procesos administrativos poco clara, participación de licitadores en el diseño del pliego de condiciones, abuso de los procedimientos negociados, abuso de los motivos de urgencia para justificar la utilización del procedimiento abreviado o no abierto a la competencia, modificaciones de las condiciones del contrato tras su conclusión, todo ello en el marco de la actividad colusoria entre funcionario y empresario" (MARTÍNEZ, 2019, pp. 84-85).

"En ese sentido, resultaría lógico que contando con información empírica sobre el contexto donde más corrupción se produce, y que a su vez afecta gravemente el patrimonio del Estado, se haga uso de los medios normativos con que cuente el Estado para reprimir conductas de corrupción enmarcadas en las contrataciones públicas; empero, ello está fuera de toda realidad" (MARTÍNEZ, 2019, p.85), como señala DÍEZ et al.: "[…] las acusaciones de corrupción han encontrado terreno abandonado en cuestiones como el fraude, blanqueo de dinero y financiación de partidos políticos" (2004, p.41).

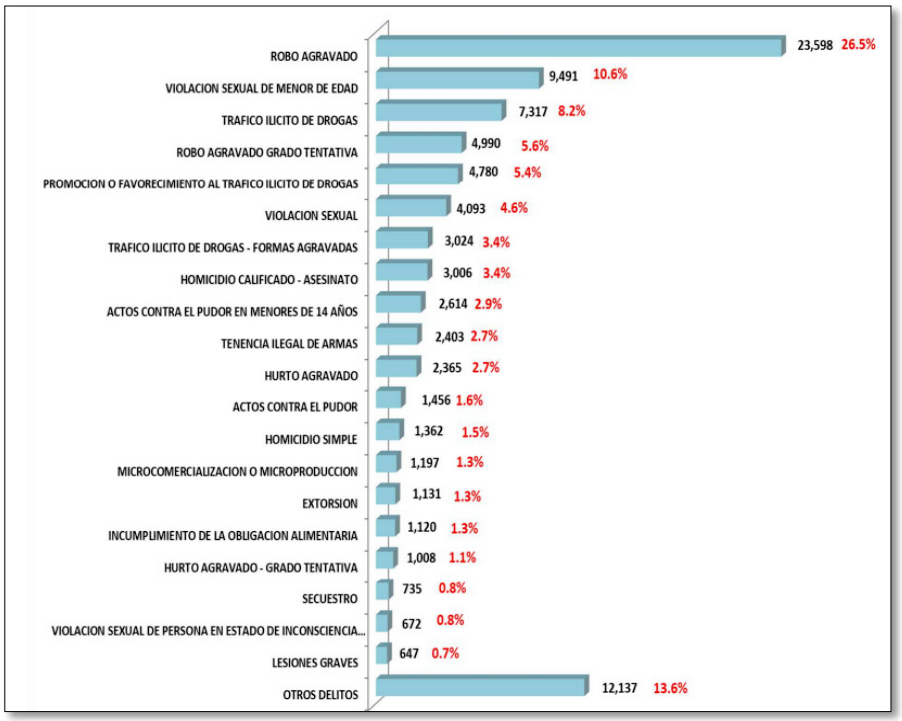
Ello es así, "pues la aplicación de tipos penales que concretamente se enmarcan en la corrupción en las contrataciones públicas es casi nulo en cuanto en su aplicación, como viene a ser el caso del delito de la colusión (art. 384 CP)" (MARTÍNEZ, 2019, p.85).

En tal sentido, se puede observar que, las contrataciones públicas es el espacio donde mayor corrupción se ha dado, el cual ha ocasionado efectos muy perjudiciales; no obstante, no se ha apreciado hasta el momento respuestas adecuadas como mejorar el espacio normativo o crear normas pertinentes, siempre acompañados de los recursos debidos para su efectividad, para conseguir las metas planteadas en la lucha contra la corrupción, situación que resulta lamentable en relación a los encargados de aplicar la política penal en nuestro país, específicamente en el citado sector.
Nos indica el maestro PARIONA que, es necesario una reforma al CP, como la de agregar nuevos delitos (2012, p.157). Aunado a ello, se observa que, en la jurisprudencia que actos propios de la colusión son tipificados como peculado, negociación incompatible, tráfico de influencia o cohecho

(JAREÑO, 2011, p.123), lo que produce inconvenientes, debido a que, no engloba el sentido propio del injusto penal que se desea reprimir.

“Sólo por indicar un ejemplo, según información de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN), en el año 2013 se emitieron a nivel nacional 59,613 sentencias condenatorias, de ellas 1548 personas fueron sentenciados por casos de corrupción (3%) (2014, p.3). De las personas condenadas por corrupción sólo el 3.7% obtuvieron sentencias condenatorias con penas privativas de la libertad (188 casos)” (MARTÍNEZ, 2019, p.86). Igual situación se aprecia en Argentina, donde el nivel de condenas resultas bajo, lo cual a consideración de KRAUTH contribuye a la realización de actos de corrupción, pues “al no ver que haya respuestas estatales eficientes a su conducta, no encuentran alicientes para dejar de lado sus comportamientos ilícitos”. (2018, p.47).

Cabe precisar que, para agosto de 2020, no aparece dentro del rango de estadísticas de delitos más relevantes como población penitenciaria del INPE los delitos vinculados a la corrupción, debiendo resaltar que ni siquiera se acercan 647 internos, entre condenados y procesados.



Ello resulta contradictorio, si es que se tiene en cuenta la carga a nivel del Ministerio Público, relacionado a los delitos contra la administración pública, ha aumentado, en un año alrededor de 12%.

Delitos registrados en Fiscalías Provinciales penales y mixtas según tipo de delito sub genérico a nivel nacional - contra la administración pública, Enero - Noviembre 2018 y Enero - Noviembre 2019.

DELITOS SUB GENÉRICOS	2018 ENERO - NOVIEMBRE		2019 ENERO - NOVIEMBRE	
	N° DELITOS	%	N° DELITOS	%
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA				
DELITO COMETIDO POR PARTICULARES	17,809	37.72	23,604	41.90
DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS	19,542	41.40	21,916	38.90
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	7,372	15.61	7,242	12.86
SIN ESPECIFICAR DELITO SUB GENÉRICO	2,489	5.27	3,571	6.34
TOTAL	47,212	100.00	56,333	100.00

Fuente: Ministerio Público – Informe estadístico 2019

Así, se observa un tratamiento más privilegiado para los sujetos con sentencias condenatorias por delitos contra la administración pública, a pesar de tener penas (pena privativa de la libertad) muy drásticas. Menciona MARCUS que en Estado Unidos de Norteamérica el costo de la corrupción es diez veces a los costos combinados de los hurtos, robos y asaltos, dando cuenta de los efectos graves de los actos de corrupción (2015, p.119).

“De las personas recluidas en los penales por delitos de corrupción, 500 casos, se tiene que la colusión, a pesar de contar con penas graves, solo representa el 7% del total de casos (35 casos)” (MARTÍNEZ, 2019, p.86). Precisa CRUZ SANTOS que uno de los problema para obtener resultados efectivos en la lucha conntra la corrupción es una adecuada persecución penal: “A primeira imagem que se tem quando se olha para os novos regimes penais da corrupção é a de extensão das margens incriminadoras ou de endurecimento do sistema repressivo no plano legal – o que não significa

necessariamente, note-se, um aumento da eficácia na detecção e na punição dos crimes de corrupção existentes a que possa associar-se o pretendido efeito preventivo orientado para a diminuição da mancha daquela criminalidade" (2015, p.82).

No obstante, la condena social sobre los actos de corrupción, a nivel de resultados no se ha podido encontrar una correspondencia con dichas exigencias sociales, p.e., actualmente el delito de colusión tiene una serie de restricción a determinados beneficios que para otros delitos si se aplica, p.e. no se puede suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad (MARTÍNEZ, 2019, p.260), el marco punitivo es el más elevado en comparación a otros ilícitos de corrupción, la aplicación de beneficios penitenciarios es restringida, las denuncias de corrupción han aumentado en comparación a los años anteriores, más aún en el marco del COVID-19; no obstante ello, para agosto de 2020, el delito de colusión no aparece dentro del rango de estadísticas de delitos más relevantes como población penitenciaria del INPE, debiendo resaltar que ni por lo menos se acercan 647 internos, entre condenados y procesados (2020, p.28). Entonces, se aprecia del sistema penal un trato preferencial para personas condenadas por delitos que tienen penas muy elevadas como es el caso de la corrupción, ello a pesar que, p.e., los delitos vinculados a la corrupción, regulado en nuestro código penal, se han modificado en un 338%, y siempre en un sentido de mayor represión y creación de nuevos ilícitos (política penal reactiva). Menciona MARCUS que en Estado Unidos de Norteamérica el costo de la corrupción es diez veces a los costos combinados de los hurtos, robos y asaltos, dando cuenta de los efectos graves de los actos de corrupción (2015, p.119).

Aunado a ello, en el Informe Nº 168 de la Defensoría del Pueblo se arriba a que el 49% de denuncias por el delito de colusión (total de casos) son archivadas, ello pues, conforme también se menciona en el informe, cuenta con una nivel relevante de "archivos inadecuados" (2014, p.16), casos en los cuales no se debieron archivas por una serie de motivos, como p.e. desidia del fiscal para obtener información y realizar peritajes necesarios, mala calificación: problemas con teoría dogmática: "no juicio de subsunción", etc.

Lo cual desemboca, de acuerdo a la cifras ya presentadas, en una falta de confianza al Estado en su lucha contra la corrupción, así se menciona en el informe que 6 de cada 10 personas no denuncia por las características propias del sistema encargado de tramitar las denuncias (2014, p.118).

Dicha situación privilegiada para los autores de delitos en el ámbito de la corrupción nos presenta a un Derecho penal más bondadoso, el cual ha sido denominado por la profesora española PRIETO DEL PINO como el "Derecho Penal del Amigo", al señalar:

> "*IV Desde mi punto de vista todos estos factores permiten afirmar que la implementación de las medidas represoras de la corrupción en España constituye una clara manifestación de lo que, parafraseando la sobradamente conocida obra de Jakobs, he denominado Derecho Penal del amigo. Característica fundamental del Derecho Penal del amigo es la transformación -a través de diversas vías- del instrumento punitivo en un tigre de papel frente a sujetos que ocupan posiciones destacadas social, económica y políticamente*" (2008, pp.106-107).

También menciona MARCUS que investigar y acusar a los corruptos no es tarea fácil, pues generalmente son personas con recursos económicos, bien relacionadas políticamente y defendidos por excelentes abogados (2015, p.124).

"Toda la problemática empírica señalada resulta necesario a fin de establecer si el sistema de justicia penal proporciona resultados positivos ante la persecución y sanción de los delitos de corrupción desarrollados en las contrataciones públicas, pues un derecho penal distanciado de la situación real, y por ende de las expectativas reales de su sociedad, se encontraría a todas luces deslegitimada para actuar" (MARTÍNEZ, 2019, p.87).. Sobre el particular, indica el profesor FREUND lo siguiente:

> "(…) *el Derecho penal en tanto que Derecho sólo puede pretender su vigencia si está en condiciones de desempeñar una función que resulte apta para legitimarlo*". (2004, pp.105-106).

Esta situación va de la mano con el papel del tercero interesado en el delito de colusión, pues para una adecuada aplicación de la norma penal, sin generar espacios de impunidad, se debe determinar si el mismo responde penalmente, de ser así, en calidad de qué responde y cuáles son sus alcances, lo cual es el principal espacio de análisis de la presente tesis. Las contrataciones públicas, no se olvide, requiere de un agente fundamental para el acto de corrupción, cual es el empresario (participe necesario).

VI.- CONCLUSIÓN

"Se ha establecido, mediante data empírica, que en el Perú la corrupción es un grave problema que exige, por parte de la sociedad, soluciones inmediatas. En tal sentido, dentro de los ámbitos donde se desarrolla la corrupción de forma más relevante, el proceso administrativo de contratación pública de bienes y servicios es el más trascendental, al ser utilizado por los funcionarios, en confabulación con las particulares, para direccionar el proceso concursal a favor determinadas empresas" (MARTÍNEZ, 2019, pp.87-88).

En tal sentido, la lucha contra la corrupción requiere de políticas penales (públicas) pertinentes y convenientes por parte del Estado peruano. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ nos dice sobre el particular que:

> "*La lucha contra la corrupción, también en materia contractual, no es, sin embargo, un fin en sí misma. Es un medio para que los ciudadanos puedan disfrutar de obras públicas, de servicios públicos que les permitan vivir en mejores condiciones, que les permitan también elegir de entre varias opciones aquella que mejor se adecue a sus necesidades*" (2018, p. 43).

“Una vez identificado que la contratación pública es uno de los sectores con mayor nivel de corrupción, se ha determinado que a la fecha se ha hecho muy poco por afinar las herramientas normativas, a fin de obtener mejores resultados, lo cual resulta desde todo punto de vista reprochable -socialmente- a los encargados de llevar adelante la política criminal en tal sector” (MARTÍNEZ, 2015, p.400).

En tal sentido, contemplo conveniente la apertura de nuevos indicadores, “para de esta forma realizar un seguimiento a los avances de la lucha contra la corrupción, y en lo que respecta al Derecho penal (represión) crear indicadores interinstitucionales claros del sistema de justicia penal, p.e., establecer si con el CPP, vigente a nivel nacional para los casos de corrupción, se han conseguido los resultados esperados” (MARTÍNEZ, 2015, p.401). Así se puede apreciar del Informe Final del Mecanismo de Seguimiento de la OEA sobre la corrupción en el Perú que recomiendan elaborar información estadística desagregada relativa a los procesos penales sobre corrupción (cuántos han prescritos, han sido archivados, cuántas sentencias absolutorio o condenatorio ha habido) (2013, p.37).

“Además, se considera que se necesita establecer puntos críticos en los distintos ámbitos de trabajo a nivel del proceso de investigación y sanción penal por parte de todas las instituciones involucradas (Contraloría, Policía Nacional, Ministerio Público, Poder Judicial, entre otros), para a partir de ahí dar soluciones que puedan, p.e., quedar plasmados en protocolos de trabajo, intercambio de información, etc.” (MARTÍNEZ, 2019, pp.88-89).

Finalmente, se debe reforzar y crear mayores espacios en relación al participe necesario en los supuestos de corrupción en las contrataciones públicas, el empresario debe cumplir con una serie de pautas al momento de incursionar en las obras o servicios estatales.

CUARTA PARTE
ESTUDIO DE LOS COMPONENTES DEL DELITO DE COLUSIÓN

I.- INTRODUCCIÓN

A continuación, se examinrá los elementos constitutivos del delito de colusión, para ello se hará uso de la tradicional división -didáctica- de las categorías del delito: Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Previo a ello se debe precisar que, la denominación del delito regulado en el art. 384° CP ha recibido diversas formas, desde colusión desleal por parte de GARCÍA (2015, p.1089); fraude a la Administración Pública por parte de ABANTO VÁSQUEZ (2003, p.309) y ROJAS VARGAS (2016, p.187). Sobre el particular, la Sala Penal Permanente ha indicado en la Casación Nº 1626-2018-San Martín, que:

> "*En su sentido típico el concierto o pacto es de naturaleza ilegal, pues está destinado a defraudar a los intereses patrimoniales del Estado en un proceso de adquisición y contratación públicas. De allí que resulte una tautología hablar de "colusión o concertación ilegal" para referirse a este delito, pues la esencia del acuerdo tiene siempre esta connotación negativa".*

En tal sentido, se asumirá en el presente trabajo lo establecido por la Corte Suprema, así la denominación que se utilizará es la de colusión -sin más-, debido a que, se considera que el marco del ilícito establecido en el art. 384º no permite una opción de licitud o aquiescencia.

De la misma forma, a fin de contar con un panorama global de los elementos del delito, se pasa a presentar -literalmente- la regulación del delito en estudio, conforme a lo establecido en el CP peruano y de acuerdo a su última modificación mediante el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016:

> "*Artículo 384° CP.- Colusión simple y agravada*
> *El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las*

modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado ***concierta con los interesados para defraudar*** *al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

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

II.- TIPO OBJETIVO

Los niveles del tipo penal son dos, el objetivo y subjetivo. En el análisis del tipo objetivo se encuentra al sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico penalmente protegido y la conducta penalmente relevante, en lo referente al tercero interesado, en posteriores capítulos se desarrollará su alcances. Es así que, se analizará la parte objetiva del tipo penal.

1.- SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE COLUSIÓN

El sujeto activo del delito materia de análisis es, por todos (RODRÍGUEZ, 2009, p.1263), el funcionario o servidor público; empero no cualquier funcionario, sino aquel que por su competencia (en razón de su cargo) tiene la función de participar en los proceso relacionados a contrataciones públicas, configurándose el ilícito en un delito especial, específicamente el impropio -

como más adelante se desarrollará-; y además en un sentido sustancial, en un delito en base a competencia de fomento (infracción de deberes institucionales) (GARCÍA, 2015, p.1098). Menciona ABANTO VÁSQUEZ que, el sujeto activo es un funcionario o servidor público, concretamente, con función específica (2003, p.310).

Al respecto, se debe señalar que, en el Perú, indica MEINI MÉNDEZ que: "Los tipos especiales exigen una cualidad o cualificación especial que ha de tener el sujeto para responder como autor"; específicamente para el caso de delitos especiales propios e impropios, refiere: "Los tipos especiales se subdividen a su vez en tipos especiales propios y tipos especiales impropios. Esta subclasificación depende de si la cualidad que requiere el tipo para responder como autor es el fundamento de la punibilidad (propios) o una agravante de un tipo común (impropio)" (2014, pp.80-81). De la misma manera, nos indica WESSEL et al. que: "Se denomina delito especial a aquellos hechos punibles en los que el ámbito de la autoría está limitado mediante la característica del autor (...) descrita en el tipo legal" (2018, p.20). Por su parte, señala GARCÍA que, la diferencia entre delito especial propio e impropio consiste en: "En los primeros la calidad especial exigida para ser autor es un elemento que fundamenta la pena (por ejemplo, en el delito de prevaricato), mientras que en los segundos la calidad especial solamente agrava la penalidad (por ejemplo, la violación a la intimidad realizada por funcionario público) (2012, p.391).

De otra parte, cabe precisar que, de acuerdo a MEINI MÉNDEZ, la comprensión de funcionario público debe partir de su sentido material (funcionario de hecho), aspecto que es compartido en la presente tesis:

> "*El Derecho penal dota de contenido al concepto funcionario público sobre la base de un concepto o un criterio material. Ese concepto material puede ser definido en pocas palabras como la capacidad para vincular al Estado con las decisiones que toma el sujeto*" (2012, p.324).

Este sentido del funcionario público, a nuestro entender, debe contar con la anuencia o respaldo de la administración (consentimiento), pues de esta forma los actos del sujeto, tendrán por parte de terceros, la confianza que la misma surge de la representación estatal. De otro lado, señala KUBICIEL, para los supuestos de corrupción, que el sujeto activo es extendido:

> "*Según la jurisprudencia reiterada, los empleados que trabajan pata sujetos privados también deben considerarse funcionarios públicos, siempre que, desde una perspectiva global, el sujeto de derecho privado aparezca como un "brazo extendido del Estado*" (2020, p.25).

En tal sentido, se considera de una manera amplia la definición de sujeto público en relación al delito de colusión, lo cual guarda coherencia con la comprensión del elemento participar directa o indirectamente en el contrato público, como ut infra se desarrolló.

Además, en lo que respecta a las etapas del proceso administrativo (contratación pública), el sujeto público puede participar en cualquiera de ellas. CASTRO CUENCA menciona que los ámbitos o fases del proceso contractual:

> "*En la fase de formación de la voluntad de la Administración se manipula la demanda pública (aspecto interno de la corrupción), en el proceso precontractual se distorsionan los mecanismos de adjudicación (aspecto adjetivo de la corrupción) y finalmente el proceso culmina con la ineficacia en la ejecución del contrato (aspecto material del contrato)*" (2012, p.179).

Asimismo, la jurisprudencia peruana es rotunda al establecer que el acto ilícito se puede establecer, indistintamente, en cualquiera etapa del contrato público. Al respecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la Casación N° 1379-2017-Nacional, emitida con fecha 28 de agosto de 2018, ha establecido:

> "*Que, desde el delito de Colusión,* ***es de precisar que la comisión del mismo puede ocurrir antes de la celebración de una contratación pública como, luego, en su ejecución o en la liquidación de la misma****. En cualquier etapa de la contratación pública es factible que se produzca un concierto ilegal o delictivo en perjuicio del interés público – las modalidades de adquisición y contrataciones del Estado son el marco para el acuerdo fraudulento*".

Por lo tanto, el agente delictivo (sujeto público) puede participar en cualquier fase, no es necesario -y restringido- que, solo participe en la etapa decisoria (p.e. otorgamiento de la buena pro), sino todo aquel agente -o encargado especial- (PORTOCARRERO, 1997, p.154) que posea relación directa o indirecta con la contratación pública a través de sus actividades funcionariales (SUÁREZ-MIRA, 2011, p.536). En contra de la posición antes referida ROJAS (2007, p.408).

"Así, p.e., es sujeto activo aquel -funcionario, encargado de emitir un informe sobre el establecimiento de las bases (requisitos) administrativas del concurso para la contratación pública, que se concierta con el particular interesado para redireccionar las bases administrativas" (MARTÍNEZ, 2019, p.96).

Otro ejemplo, "el funcionario encargado de supervisar el cumplimiento del contrato público, por parte del particular, acorde a lo establecido en las cláusulas del contrato; sin embargo, hace caso omiso a dichas condiciones, y previa concertación con el interesado, da el visto bueno sobre la ejecución del contrato" (MARTÍNEZ, 2020, p.18), a fin de que se cancele la deuda estatal a favor del interesado.

Tal posición ha sido asumida por Corte Suprema de Justicia, cuando considera en el Recurso de Nulidad N° 885-2016-Callao, emitido el 12 de julio de 2017, que:

> "*Esto resulta particularmente relevante, en tanto, el vínculo laboral entre el imputado Barrutia Feijoo y el Gobierno Regional del callao, era de naturaleza de asesoría externa, por lo que, ostentando dicha función no hubiese podido aprobar expedientes técnicos y no se aprecia medio de prueba que acredite fehacientemente que estuvo en la posibilidad fáctica de orientar los requerimientos del proceso de licitación realizado*".

Es así que, el sujeto activo no necesariamente tiene que ser funcionario público, sino un servidor que tengan posibilidad de orientar el proceso de contratación pública (informes, estudios, etc.).

Como lo mencione: "Conforme se puede apreciar, lo relevante en el establecimiento del sujeto activo no es la calidad de funcionario en sí, algo que estaba muy vinculado con la concepción de bien jurídico como infracción de deber del cargo (relación interna administración-funcionario), sino la competencia que vincule al funcionario con el objeto material del delito, cual es la actividad administrativa vinculada con el contrato público, de tal forma que pueda vincular administrativamente al Estado" (MARTÍNEZ, 2019, p.97).

Ello se debe a que la sociedad parte de la expectativa institucional de que el funcionario competente no abusará de sus facultades para concertarse con el particular interesado en las contrataciones públicas. Sobre este raciocinio MORALES y RODRÍGUEZ, al señalar que: "[…] y situar el punto de referencia, no en el cumplimiento de los deberes propios del cargo, sino en su repercusión sobre el correcto funcionamiento de la administración pública y de las diversas actividades" (2009, p.1593).

En tal sentido, el legislador ha utilizado como técnica de tipificación la del delito especial restrictivo por razón del cargo (MORILLAS, 2011, p.988), es decir, que sólo los funcionarios que tengan vinculación, por su cargo, con contratos administrativos -en cualquiera de sus fases- son sujetos activos del delito. Así,

la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado en el Recurso de Nulidad N° 3342-2003-Ucayali, del 10 de noviembre de 2004, que:

> "*El tipo penal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal exige que los funcionarios o servidores públicos se hallen colocados en idéntica posición de vinculación funcional con relación a las negociaciones o contrataciones en razón de su cargo, esto es, que deben estar vinculados necesariamente con las operaciones o negociaciones estatales a celebrar -contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante-.*"

De la misma forma, se tiene el Recurso de Nulidad N° 1458-2012-Ica, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, emitido el 08 de mayo de 2013, donde se puede apreciar:

> "*Así, en el supuesto ahora sometido a análisis, es de subrayar que los referidos no se encuentran revestidos de la condición especial que exige el delito de Colusión desleal, dado que 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, posición que también es asumida por el máximo intérprete de la Constitución* […]".

"Por ende, aquellos funcionarios, que tengan posibilidad material de intervenir en contratos administrativos, mas no forma parte de sus atribuciones, no serán sujetos activos, sino *extraneus* del mismo" (BENAVIDES, 2016, p.157).

Se ha de resaltar que uno de los ejes primordiales del delito es la concertación, acto que sólo será idóneo cuando quien esté como contraparte sea un funcionario con capacidad -por su cargo- de vincular administrativamente al Estado mediante un contrato; empero, cuando se hace referencia a delito

especial, se debe indicar que se trata de un delito impropio, es decir que la conducta realizada por el funcionario cuenta con una figura delictiva común equivalente (JESCHECK y WEIGEND, 2002, p.286).

Además, únicamente algunos funcionarios pueden efectuar el acto delictuoso, debido -fundamentalmente- a la proximidad que poseen con el objeto del delito (contrato público) (MARTÍNEZ, 2009, p.410), con ello el legislador ha querido reducir el círculo de autores. En el mismo sentido, y a fin de diferenciar los delitos especiales de los delitos de infracción de deber, véase a CARO, al señalar que: "[…] que los delitos especiales están basados en condicionamientos formales establecidos por el legislador, y que los fundamentos de punibilidad son los delitos de dominio y/o delitos de infracción de un deber" (2004, p.64).

Sin embargo, la doctrina en mayoría establece que, el delito de colusión es un delito especial propio (BENAVIDES, 2016, p.153), por lo que no puede -como algunos aprecian- considerarse a algunos delitos -p.e. al delito de estafa- como un tipo común con respecto a la colusión (CRESPO, 2002, p.2422).

Igualmente, en el Recurso de Nulidad N° 885-2016-Callao, del 12 de julio de 2017, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha señalado sobre el delito de colusión, que:

> "*Respecto al delito de Colusión, las características fundamentales que definen su naturaleza jurídica y funcional procesal, son las siguientes:*
> *a. Es un delito especial propio, esto es, el círculo de autores es restringido. Solo pueden ser sujetos activos los mismos funcionarios públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial*".

De la misma forma, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido en la Casación N° 634-2015-Lima, de fecha 28 de junio de 2016:

> "*Que, el artículo 384° del Código Penal regula el delito de Colusión, en tanto delito especial*".

No obstante, se debe precisar que si bien el "delito de colusión ha sido configurado como un delito especial, quiere decir que sólo aquellos sujetos que posean los elementos objetivos requeridos por el tipo penal pueden configurar, con su conducta, el hecho delictuoso" (MARTÍNEZ, 2019, p.24), y ser considerados autores; no se debe olvidar que, encontrándose vigente los delitos de corrupción privada (arts. 241-A y 241-B del CP), incorporado mediante el D. Leg. N.° 1385, de 7 de septiembre del 2018, que se enmarcan en adquirir o comercializar a través de contratos públicos, espacio que, de la misma manera, es circunscrito a la colusión; así, se considera que, se está ante un delito especial impropio.

En consecuencia, "por más que un tercero posea el domino del hecho (o normativo), pero carezca de los elementos exigidos por el tipo penal, es decir no sea considerado propiamente funcionario que intervenga por razón de su cargo, tendrá que ser sancionado a lo más como partícipe del delito, lo cual no resta que pueda ser sancionado con la misma pena (quantum) que el autor, ello en base a los arts. 24° y 25° del C.P. peruano, debiendo establecerse en el análisis de la determinación judicial de la pena" (MARTÍNEZ, 2019, p.26). Algunos autores, como SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, consideran que debería existir una disminución en la sanción penal para el partícipe del delito de infracción de deber especial:

> "*Por último, muy brevemente, debemos hacer mención a la posibilidad de una doble aminoración de la pena del extraneus partícipe en un delito de infracción de deber (…) por un lado, la propia del partícipe como extraneus, esto es, como interviniente que no está obligado positivamente por una institución positiva. La otra puede venir determinada, atendiendo al quantum de la intervención realizada*" (SÁNCHEZ-VERA, 2014, p.314).

“La edificación de esta forma del tipo penal tiene como fundamento la cercanía que mantienen los funcionarios con el objeto del delito, que para el presente estudio sería la proximidad al Estado mediante la participación en los contratos públicos. Por tanto, en principio, sólo el funcionario en razón de su cargo (intraneus) será autor del delito en estudio” (MARTÍNEZ, 2019, p.224). En el Recurso de Nulidad N° 2543-2013-Áncash, del 12 de diciembre de 2014, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que:

> “*Sujeto activo: Pueden ser autores de este delito, los funcionarios o servidores públicos que en razón de su cargo intervengan en las contrataciones o adquisiciones estatales*”.

En tanto que, el extraneus a los más podría responder como partícipe, así lo mencionan HILGENDORF y VALERIUS:

> “*Alguien extraño a tal condición (el extraneus) ya está excluido a priori como autor del delito, por no cumplir con todos los elementos del tipo delictivo, pudiendo ser, como máximo, partícipe*” (2019, p.51).

Criterios estos que se considera materialmente igualitarios, pues bajo esa lógica, el partícipe que haya elaborado todo un contexto -con un dominio del hecho o normativo- (por ejemplo, el jefe del funcionario o los mismos Ministro de Estado, etc.) a fin de que el funcionario encargado acepte concertarse con un tercero interesado para la contratación administrativa, será sancionado con la misma pena.

Sin embargo, ello no quiere decir que la configuración en delito especial propio sea el fundamento material de imputación penal; se tiene que recordar, y/o en caso esclarecer que, siguiendo a CARO JOHN, el legislador ha establecido condiciones formales para el establecimiento de delitos especiales (propios o impropios), los cuales debe de diferenciarse de los delitos en base a la infracción de competencias de respeto y fomento, pues estos últimos son el sustento (fundamento) material de punibilidad de los delitos (2004, p.60), esta

disgregación básica resulta trascendental para el desarrollo de nuestro tema. Así, JAKOBS señala que:

> "*Junto a los deberes en virtud de organización, se encuentran los deberes en virtud de competencia institucional, esto es, deberes que no resultan del status general de todo ciudadano, sino que afectan tan sólo a personas con un status especial o, con mayor precisión, forman parte de un status especial, como el de los padres, el cónyuge, el receptor de una confianza especial o algunos cargos públicos*" (1994, p.42).

A.- PARTICIPACIÓN DIRECTA O INDIRECTA DEL FUNCIONARIO

El art. 384° CP establece que, para la configuración de la colusión resulta necesario que el funcionario o servidor público activo intervenga directa o indirecta. Elemento que ha sido interpretado por una parte de la doctrina como la posibilidad de participación en el hecho delictivo de aquellos funcionarios que tienen un deber de controlar al funcionario responsable de la contratación pública, como son su superior, el órgano de control, etc. (GARCÍA, 2015, p.1102).

"Otro sector de la doctrina considera que el elemento típico directa o indirectamente comprende la posibilidad de que el funcionario o servidor público actúe de forma personal (directa) o a través de intermediario (indirecta)" (MARTÍNEZ, 2020, p.49). Así, SALINAS SICCHA al señalar:

> "*El agente debe actuar directa o indirectamente (por intermedio de otra u otras personas)*" (2011, p.130).

No obstante, se entiende que, al mencionar el elemento típico directa o indirectamente, se desea establecer que pueden ser autores aquellos sujetos que, a través de su aporte y con la competencia debida, influyan en el proceso de contratación pública, producto del acuerdo ilícito, en cualquiera de sus

fases, hasta la misma ejecución del contrato, donde se pueden incluir las adendas respectivas, la conformidad del servicio, etc.

Así, se entiende que, al mencionar el término “directa” o “indirectamente”, se “quiere señalar que el funcionario puede participar en el acto contractual a través de informes o consultas, y no necesariamente a través de la decisión final de elegir a la persona con quien se va a realizar el contrato administrativo” (MARTÍNEZ, 2019, p.154). o civil, que se puede apreciar en los supuestos del comité de selección. Cabe precisar que, los comité de selección son los funcionarios que a nivel de denuncia penal tienen una mayor incidencia en comparación con otros funcionario, como p.e. Gerente, Alcalde, Supervisor, etc. (Defensoría del Pueblo, 2014, p.50).

Tal forma de comprensión resolvería los espacios de impunidad (no punibilidad), que se establecían al interpretar limitadamente la comprensión de sujeto público y el contrato público en la colusión, con ello, se da espacio para que puedan constituir autor en delito de colusión, p.e., el secretario de un comité de selección, el sujeto (servidor) público encargado de emitir un informe técnico, entre otros; todos estos sujetos deben con su actuar, generar implicancias en las distintas fases del desarrollo contractual.

Como lo indique: “Por ello, no compartimos la interpretación de considerar el elemento típico “directa” o “indirectamente” como la posibilidad de que el funcionario actúe personalmente o por intermedio de una persona, en un sentido de autor mediato, interpretación de sentido fenomenológico que despojaría de relevancia a dicho elemento especial del tipo, pues nada impide hacer uso de los criterios de la parte general referidos a la autoría y participación en los supuestos en que se realiza -por intermedio de un tercero- la concertación ilícita” (MARTÍNEZ, 2020, p.49); una interpretación restrictiva la plantea SALINAS (2011, p.130).

A nivel doctrinal, se cita lo señalado por BENAVIDES SCHILLER, sobre el elemento intervención directa o indirecta:

> "*La norma habla de intervención en estas materias, por lo que si bien coincidimos con aquellos que opinan ser posible una injerencia tanto directa como indirecta (por ejemplo, a través de informes)*" (2016, pp.146-147).

Se tiene que, en la parte final de la Casación N° 661-2016-Piura se llegó a excluir responsabilidad penal de los investigados por colusión, fundamentando que, los hechos imputados no encuadraban en la composición típica de la colusión, así señala:

> "*Debe recordarse que este tipo penal solo puede ser ejecutado por el funcionario público que en razón de su cargo o de su comisión especial, interviene en la operación defraudatoria. (…) más aún si se debe apuntar que las acciones imputadas al recurrente son posteriores a la emisión de las Bases o a la firma del contrato su Adenda -acciones que conforme a la acusación serían manifestaciones de un acuerdo colusorio-; no existiendo vinculación típica. Por lo que, corresponde su absolución por delito de Colusión*".

Asimismo, se establece en la citada Casación que:

> "*Vigésimo sétimo: Conforme a la resolución cuestionada el recurrente Girón Gómez habría incurrido en el delito de Colusión agravada, a título de autor, en la medida que fue el Gerente de Asesoría Legal del municipio, y su intervención fue fundamental para la concesión de la Adenda al contrato de ejecución, pues emitió el informe N° 1139/2011-MDC-GAJ del 15 de diciembre de 2011 que fue el sustento para la suscripción de la Adenda que permitía el adelanto a la empresa H&B. Vigésimo octavo: El accionar que se imputa al recurrente no se subsume en el tipo penal de Colusión, pues el imputado ostentaba un cargo mediante el cual no se podía intervenir en una contratación pública*".

Se puede apreciar que la Corte Suprema de Justicia excluye del radio de sujetos activos de la colusión a aquellos sujetos que emiten informes dentro del proceso de contratación (fase ejecución), pues considera que no interviene en la contratación de forma inmediata y cercana, lo cual sin lugar a dudas no se condice con el sentido de la norma a través de los términos directa e indirectamente.

Asimismo, se señala en la Casacón 661-2016-Piura que, el coordinador de obra (consultor), emitió una opinión -en el informe que se le solicitó-, señalando que correspondía realizar el pago de adelanto al contratista, a fin de que, pueda realizar la adquisición de materiales (bienes), dicho informe no generaría alguna responsabilidad como partícipe o autor en el coordinador de la obra, pues la conducta del consultor, a consideración de la Corte Suprema, no es propiamente un acuerdo (elemento central del delito), ello en el marco de una toma de decisión relacionada a decisión de elección del contratista.

Empero, se considera que, “conforme al panorama de las fases de la actividad de la contratación pública el sujeto activo no es sólo el funcionario o servidor público que decide la adjudicación del contrato administrativo (la buena pro), sino todo aquel que tenga relación directa o indirecta con la contratación pública a través de sus actividades funcionales” (MARTÍNEZ, 2019, p.96). Recientemente se puede apreciar que la Sala Penal Permanente, en la Casación Nº 1626-2018-San Martín, ha establecido esta posibilidad al señalar: “Lo relevante para este efecto es que el funcionario o servidor público intervenga directa o indirectamente, por razón del cargo, en cualquier etapa del proceso de adquisición de bienes o servicios públicos”.

“Así, por ejemplo, es sujeto activo aquel funcionario o servidor público encargado de emitir un informe sobre el establecimiento de las bases (requisitos) administrativas o expediente técnico del concurso para la contratación pública, que se concierta con el particular interesado para redireccionar las bases administrativas o el funcionario encargado de

supervisar el cumplimiento del contrato público por parte del particular, acorde a lo establecido en las cláusulas del contrato, quien previa concertación con el interesado, da el visto bueno del cumplimiento de la ejecución contractual cuando en realidad no es así" (MARTÍNEZ, 2020, p.96).

"Se puede observar, que lo relevante en el establecimiento del sujeto activo no es la calidad de funcionario o servidor público en sí, sino la competencia que vincule al funcionario con el objeto material del delito, cual es la actividad administrativa vinculada con el contrato público, de tal forma que pueda vincular al Estado. Por ende, aquellos funcionarios que tengan posibilidad material de intervenir en contratos administrativos, mas no forma parte de sus atribuciones, no serán sujetos activos, sino extraneus del mismo" (MARTÍNEZ, 2019, p.153). Como ya lo ha indicado CASTRO MORENO:

> "*En cuanto al contenido de la intervención, la doctrina ha señalado que la participación del funcionario público o de la autoridad, siempre que sea por razón de su cargo, puede consistir en cualquier actividad que contribuya de manera relevante al proceso final de la contratación o liquidación como, por ejemplo, realizando labores de información a los terceros interesados, asesoramiento o informe técnico o de resolución*" (2011, p.26).

Se reitera sobre este punto, que la introducción del elemento directa e indirectamente amplía el radio de actuación para aquellos actos que se encuentran vinculados con el proceso público en cualquiera etapas de desarrollo (informes, supervisiones, etc.), lo cual tuvo como finalidad no limitar el ámbito del delito de colusión a la fase de concesión de la buena pro en el proceso de contrato público.

En tal sentido, no coincidimos con que lo resuelto por la Casación 661-2016-Piura, en el sentido de que el sujeto que no participar directamente en la contratación pública, no podría intervenir en el delito de colusión.

Como se ha mencionado, con la inclusión del "término: directa e indirectamente, se quiere señalar que el funcionario puede participar en el acto contractual a través de informes o consultas, y no necesariamente a través de la decisión final de elegir a la persona con quien se va a realizar el contrato administrativo, como es el caso de los comités especiales" (MARTÍNEZ, 2019, p.154).

B.- <u>ARBITRO COMO PARTICIPE EN LA COLUSIÓN</u>

Punto aparte merece el análisis sobre la participación del árbitro en el delito de colusión. Así, un grupo de autores plantean que los árbitros, de acuerdo a su ámbito de participación, no podrían con su actuar encajar dentro de la estructura del delito de colusión, pues su participación -presuntamente- no se desarrolla en ninguna etapa del procedimiento administrativo contractual.

"No obstante, se considera que ello no resulta correcto, toda vez que, el árbitro sí participa dentro del desarrollo del acuerdo colusorio en la fase de la ejecución del proceso de contratación -a través del proceso arbitral-, aportando un elemento esencial en la viabilidad del acuerdo colusorio entre funcionario y tercero interesado" (MARTÍNEZ, 2019, p.102).

"En tal sentido, el arbitraje forma parte -normalmente- del reconocimiento de la deuda económica del Estado a favor de la persona natural o jurídica (tercero interesado), la cual queda establecida plenamente con la decisión (laudo arbitral) del árbitro. No se debe olvidar que, en la praxis se establece dentro de las cláusulas del contrato (entre Estado y tercero interesado) que cualquier incidente sobre el mismo (p.e. penalidades, etc.) se resolverá vía proceso arbitral, determinando el mismo que los alcances y delimitaciones del contrato se determinarán a través de un laudo arbitral; con lo cual la participación o incidencia del árbitro en el proceso contractual es relevante jurídico penalmente" (MARTÍNEZ, 2019, p.102).

Esta perspectiva fue aceptada en la Casación N° 1379-2017-Nacional, con fecha 28 de agosto de 2018, emitida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

> "*Si bien la concertación finalmente se concretó en el curso de un proceso arbitral, ello en modo alguno impide su configuración delictiva. Ha de entenderse que el proceso arbitral fue el ámbito donde se consolidó el acuerdo lesivo al interés público a través de una transacción. Ese fue el marco formal de consolidación de una concertación que importó una afectación patrimonial al Gobierno Regional de Tumbes*".

C.- FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DELITO DE COLUSIÓN

Sobre el ámbito de funcionario público para efectos del delito de colusión, se debe recurrir a lo indicado en el artículo 425° del Código Penal que establece un numerus apertus de los sujetos que son considerados funcionarios, considerando a éste un elemento normativo, por lo que deberá interpretarse de acuerdo al contexto social en el que se encuentra.

Cabe precisar que conforme la Casación N° 634-2015-Lima, el concepto de funcionario público en el Derecho penal difiere de otros ámbitos jurídicos, teniendo un contenido autónomo. Así, señala:

> "*Para efectos penales, el artículo 425° del Código Penal incorpora una relación o listado de numerus apertus para entender los alcances penales de funcionario o servidor público, bajo el entendido de que el concepto de funcionario público tiene un contorno propio que reconoce la autonomía funcional del Derecho penal respecto al resto de órdenes jurídicos especializados, como el administrativo, laboral o constitucional*".

Por lo que, el concepto de funcionario (sujeto) público es autónomo en el espacio penal, debiendo precisar que su carácter funcional se encuentra

encaminado a resguardar los intereses públicos, por lo que, conforme lo indiciado por la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita por el Perú el 29 de marzo de 1996, aprobada por Resolución Legislativa N° 26757, del trece de marzo de 1997, y ratificada por el Decreto Supremo N° 19-97-RE, del 24 de marzo de 1997, "la función pública se enmarca a toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos" (MARTÍNEZ, 2019, p.103).

Así, el sujeto que realiza actividades para entidades de carácter estatal, estén éstas dedicadas a actividades empresariales, serán considerados funcionarios públicos, pasibles de cometer el delito de colusión. Así, la Casación N° 634-2015-Lima, establece:

> "*Por ello, cuando la norma vigente en el momento de los hechos imputados hizo referencia a "entidades u organismos del Estado" (…) imponía una interpretación que permitiera entender a toda institución, entidad u organismo público, en el que el Estado desarrolla sus actividades y servicios públicos, en los marcos de la ley, desde la que, sin duda alguna, era inevitable comprender a la actividad empresarial del Estado*".

Por lo tanto, el elemento funcionario o servidor público en el delito de colusión es un elemento normativo que deberá concretizarse de acuerdo a las fuentes nacional e internacional.

2.- SUJETO PASIVO

Siguiendo a DÍEZ RIPOLLÉS (2009, p.129), se comprende por sujeto pasivo, a aquel sujeto portador del bien jurídico lesionado con el delito. En tal sentido, se debe distinguir entre agraviado y sujeto pasivo, el primero de los mencionados abarca en aquellas personas naturales o jurídicas que padeció una lesión (a través del acto relacionado al delito), pero en un marco de daño

patrimonial o extrapatrimonial, este daño tiene que derivar en consecuencias civiles (SILVA, 2001, p.4), es decir, su perspectiva es netamente civil, DÍEZ RIPOLLÉS da como ejemplo, para la diferenciación entre sujeto pasivo y perjudicado, el supuesto de homicidio, donde el sujeto pasivo es el muerto y los perjudicados sus familiares (2009, p.132).

“De este modo, se habla de sujeto pasivo en el ámbito penal-material, y de perjudicado (agraviado) en el ámbito civil, deducido en el proceso penal a través de la constitución en actor o parte civil. Empero, en muchos casos sucede que sujeto pasivo y perjudicado confluyen en una sólo persona (p.e. en lo ilícitos de robo, hurto, etc.). Tal diferenciación tiene efectos relevantes en la fase del proceso penal, y con ello las posibles reparaciones civiles pertinentes” (MARTÍNEZ, 2019, p.118).

Como lo mencioné en su momento: “En tal sentido, se entiende como sujeto pasivo del delito materia de análisis al Estado de forma general, y en concreto a las entidades y organismos del Estado donde se circunscribe el contrato administrativo. Es decir, el ente ejecutor, por donde se actúa y compromete -de forma directa- la actividad estatal, como p.e. los gobiernos regionales, los ministerios del Poder Ejecutivo, las municipalidades y sus distintitas entidades; todos los cuales forman parte de la estructura estatal” (MARTÍNEZ, 2019, pp.118-119).

Igualmente, ingresan en aquel especio las sociedades mercantiles, donde la conformación de la persona jurídica se realiza a través de patrimonio privado, pero también de patrimonio estatal. Menciona CASTRO MORENO que, conforme la legislación española (Ley 30/2007), la intervención, directa o indirecta, del Sector Público tiene que ser mayor al 50% (2011, p.20).

Por su lado, y de forma más genérica, se ha establecido en la Ejecutoria de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Nulidad N° 3041-2007-Lima, de fecha 4 de marzo de 2009, que:

> "(…) *el sujeto pasivo del delito es el Estado o el organismo público, en tanto tenga autonomía jurídica*".

Igualmente, ha señalado la nuestra máxima instancia judicial sobre el sujeto activo, en el Recurso de Nulidad N° 2543-2013-Áncash, de fecha 12 de diciembre de 2014, que:

> "*El sujeto pasivo, es el Estado, entidad u organismo del Estado, que involucra no solamente a la administración del Poder Ejecutivo, sino a todos los demás Poderes del Estado y a los otros gobiernos locales o regionales; todos los cuales forman parte de la estructura estatal*".

"Cabe mencionar, que el Código penal peruano establece que la defraudación tiene que ser dirigida al ente público u organismo del Estado. Por ello, las personas naturales o jurídicas que se encuentren concursando -p.e.- en la licitación pública y que hayan sufrido por la comisión del hecho delictivo un desmedro patrimonial, no son sujetos pasivos del delito, sino -de acuerdo a la diferenciación señalada ut supra- perjudicados con el hecho, siempre bajo la condición que demuestren que hayan sufrido algún daño material o moral con dicho ilícito (p.e. pérdida de reputación o gastos en los costos administrativos del concurso)" (MARTÍNEZ, 2019, p.120).

3.- BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO

"A continuación, se desarrollará un análisis del bien jurídico penalmente protegido, lo que nos permitirá un mejor desarrollo metodológico de nuestro tema de investigación, pues el estudio de cualquier tipo de la parte especial del CP debe comenzar por saber cuál es el bien jurídico penal a proteger, debido a que esto permitirá saber qué conductas son idóneas y cuáles no para ponerla en peligro o dañarla" (MARTÍNEZ, 2019, p.121).

"Es así, que el bien jurídico penalmente protegido nos permite contar con una valiosa herramienta hermenéutica, que nos servirá como guía (telos) de

comprensión de los alcances de los elementos constitutivos de delito de colusión, para así poder contar con un resultado más razonable y correcto, brindando una mayor seguridad jurídica; y por ende, dando certeza en los márgenes de actuación de libertad de los ciudadanos, haciendo una convivencia social más saludable" (MARTÍNEZ, 2016, p.100). Sobre los alcances de la interpretación de los preceptos penales a partir del bien jurídico, lo desarrollado por SILVA (2006, p.370 y pp.390-391).

"Sin embargo, para el caso de los delitos de corrupción, existe en la doctrina una elevada dificultad a la hora de determinar el bien jurídico a proteger; tal es el grado del inconveniente que muchos autores evitan establecer el bien jurídico penalmente protegido o peor aún aceptan de forma indiferente posiciones que distan de lograr un auténtico bien jurídico" (MARTÍNEZ, 2016, p.100), también sobre ello, DE LA MATA (2006, p.82).

Por lo tanto, resulta trascendental establecer el bien jurídico penal, debido a que, gracias a dicha determinación, no se podría seguir -lógicamente- con el estudio de las demás figuras de la estructura de la colusión. Menciona FERRÉ OLIVÉ que:

> "*El bien jurídico es un instrumento fundamental en la teoría del delito, pues permite determinar el objeto de referencia de la lesión o el peligro que debe exteriorizar toda conducta delictiva* (2002, p.16)".

A.- <u>SUPUESTO DE DEBER DE LEALTAD DEL FUNCIONARIO</u>

"Esta posición parte de realizar su análisis sobre administración pública desde una perspectiva intramuros; es decir, desde la funcionalidad interna de la misma" (MARTÍNEZ, 2016, p.100). Por su parte, CASTRO MORENO considera como bien jurídico primario, en el delito de fraude funcionarial (Colusión), al deber de lealtad y probidad funcionarial (2011, pp.16-17). También, comparte ello ETXEBARRÍA (1997, p.209), en contra de esta posición, al considerarla discutible, JAREÑO (2011, p.175).

“Así, considera que la administración pública deposita en el funcionario una confianza en la gestión de determinados recursos públicos, la misma que queda plasmada en una serie de deberes para con la administración” (MARTÍNEZ, 2016, p.100). También lo menciona SÁNCHEZ OCAÑA (1990, p.734).

“Aquí, el vínculo puede ser graficado de la siguiente manera: Funcionario-Administración; lo cual ha generado que muchas veces se nombre de distintas formas esta relación para hacer referencia al mismo bien tutelado: fiel desempeño del cargo, la incorruptibilidad del funcionario, infracción de deber o la fidelidad, lealtad o probidad en el cargo” (MARTÍNEZ, 2016, pp.100-101). Igualmente, DE LA MATA (2006, pp.93-94).

Así, para esta corriente, la protección gira entorno a la vigencia y preservación de los deberes de lealtad, sentencia de 16 de mayo de 1990 [La Ley 2426/1992]), citada por RODRÍGUEZ DE MIGUEL (2009, p.1263), en determinadas situaciones en relación al profesionalismo o probidad, del sujeto público.

Señala PAZ y ROSAS que la protección se enmarca a: “La vigencia y preservación de los deberes funcionales de lealtad y profesionalismo en la representación contractual del Estado, ello debido a que el sujeto activo del delito es el “titular” de la confianza” (2006, p.171). Sentido asumido por el Tribunal Supremo español, en la sentencia del 14 de mayo de 1994 (RJ 1994/3703), al establecer que, el bien jurídico protegido se enmarca en el:

> “(…) *interés de la Administración Pública, más moral que patrimonial, en preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver*”.

“Con ello se quiere decir que la norma penal está direccionada al mantenimiento del lazo administración-funcionario, en que dicho vinculo no se

quebrante con la inobservancia por parte del funcionario en el cumplimiento de sus deberes" (MARTÍNEZ, 2019, p.123).

En tal sentido, la exigencia de un comportamiento honesto del sujeto público para con la administración pública se deriva de los reglamentos internos institucionales (normativa administrativa), en el art. 4. de la Ley de Contrataciones del Estado peruano, aprobado mediante D.L. N° 1017, se establece que, los principios que rigen las contrataciones, entre ellos el de Moralidad, por el cual se exige del funcionario una actividad honrada y proba; específicamente en el ámbito de contratos públicos, el funcionario público debe actuar de forma leal e integra (GARCÍA, 2008, p.20); "p.e., que, en los distintos procesos de licitación, el funcionario omita solicitar a una empresa las declaraciones tributarias y documentos relacionados con la experiencia mínima requerida en el sector a contratar, faltando así a los deberes establecidos en su reglamento o en las bases del concurso" (MARTÍNEZ, 2016, p.101).

"En tal sentido, señalan sus defensores, que esta falta de lealtad y probidad lleva aparejada, en el delito de colusión, una falta de veracidad de la actuación del funcionario en el proceso de los contratos públicos, configurándose así un engaño a la administración y contradiciendo, por ende, la confianza depositada en él" (MARTÍNEZ, 2019, p.124).

En tal sentido, un factor de la doctrina exigen en la estructura del delito de colusión que el funcionario actúe en un marco de engaño para con la institución pública a la cual representa. Así, en el Perú, señala ALCÓCER POVIS que, el sujeto público falta a la autenticidad de su ejercicio funcional, en base a infringir sus deberes de lealtad; con ello, esta falta de transparencias (a través del engaño) rechaza las expectativas que pesan sobre él por parte de la administración pública (ALCÓCER, 2007, p.125).

"De ello se deriva que el injusto penal se encuentra enmarcado en la falta de integridad del funcionario, afectando la confianza depositada en él por parte de la administración. Encontrando autores que establecen que para la

configuración de este ilícito ni siquiera se requiere del funcionario una falta o infracción de sus deberes, sino que sólo se exige la falta de incorruptibilidad, es decir cuestiones más éticas que funcionales" (MARTÍNEZ, 2016, p.102), tal como lo menciona el profesor POLAINO NAVARRETE, al establecer como eje central a la incorruptibilidad del sujeto público, que pasaría a ser el bien jurídico penalmente protegido (POLAINO, 1997, p.370); situación similar a la del delito de administración desleal en su vertiente de infidelidad. Indica GÓMEZ-JARA DÍEZ que, en el supuesto de la infidelidad, el sujeto activo ejerce indebidamente sus funciones (2008:166).

Esta posición sobre el bien jurídico, ha sido asumida en el Recurso de Nulidad N° 2029-2005-Lima, del 24 mayo de 2006, donde la Corte Suprema indica que:

> "*En el delito de colusión dos son los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo*".

"Sobre esta posición del bien jurídico penalmente protegido, se han hecho muchas críticas. Así se tiene, que la mera infracción del funcionario a sus deberes no puede acarrear la intervención penal, pues una posición subjetivista del delito (relación funcionario-administración) no sustenta de legitimidad la participación del Derecho penal, siendo suficiente con la intervención del Derecho Administrativo Sancionador" (MARTÍNEZ, 2019, p.125). Establece R. KAISER que:

> "[…] *desde una concepción más moderna la infracción de este deber sólo es decisiva en el Derecho disciplinario*" (DE LA MATA, 2006, p. 94).

"En tal sentido, partir de una posición que se limita a salvaguardar la relación del funcionario y administración (posición intramuros), no aporta fundamentos suficientes para la intervención penal, debido a que la misma legitima su

intervención a partir de la protección de espacios que tengan repercusión en lo social" (MARTÍNEZ, 2019, p.125).

"Además, parecen olvidar los partidarios de esta posición que la administración pública tiene como finalidad brindar determinados servicios encaminados a satisfacer las necesidades de los ciudadanos, es esta finalidad la que sustenta su actuación, de ahí su carácter -de bien jurídico- colectivo" (MARTÍNEZ, 2016, p.102).

"Por ello, cuando un funcionario falta a sus deberes, no se tiene en cuenta -para efectos penales- la relación subjetiva antes mencionada, sino la afectación a la sociedad con dicha actuación. Como se mencionó *ut supra*, una de las instituciones básicas de la sociedad contemporánea es la administración pública, es su actuación acorde con las expectativas que de la misma se tienen en la sociedad actual la que legitima su configuración como bien jurídico a proteger" (MARTÍNEZ, 2019, p.126).

"Así, exagerando la figura en análisis, la sociedad -siempre en el contexto penal- no cuenta con la expectativa de que el funcionario llegará temprano al trabajo, sino que cuenta con una expectativa más relevante, que el funcionario no infrinja aquellas obligaciones, en el marco de los procesos de contrataciones públicas, que puedan traer aparejado un daño para el Estado. Es esta última expectativa la que interesa al Derecho penal, pues posibilita la funcionalidad del sistema social en su conjunto" (MARTÍNEZ, 2016, pp.102-103).

En tal razón, centrar la transgresión de deberes del sujeto público desvinculado de base social -vinculado al principio de lesividad-, daría cabida a que el Derecho penal pueda castigar actos que cumplen con lo formal, mas no con lo material, situación, sin lugar a dudas, alejada del respeto de racionalidad exigido en un Estado social y democrático de Derecho. Como menciona el maestro URQUIZO:

> "*Esta forma de acercamiento del Derecho penal a la persona, parte de reconocer una racionalidad en libertad, y, solo así, predicar que la acción u omisión le pertenece*" (2018, p.47).

En ese sentido, señala CASTILLO: "La referencia a los deberes de lealtad, por un lado, es muy amplia, y por el otro es muy estrecha en relación al bien jurídico protegido. Amplia debido a que cualquier infracción a un deber de lealtad supone la comisión de un delito, hecho que contraviene el principio de intervención mínima y lleva al extremo de sostener que toda infracción administrativa que refleja una deslealtad del funcionario en el ejercicio de la función equivale a la comisión del delito de Colusión" (2008, p.67).

Indicó en su momento Norberto J. DE LA MATA BARRANCO que:

> "*El deber del funcionario, la correcta ejecución del mismo, no es un interés penal per se, sino presupuesto instrumental de protección del verdadero interés jurídico-penal, la función que él desarrolla en beneficio de los administrados*" (DE LA MATA, 2006, p.98).

"Igualmente, el Derecho penal no vela por el cumplimiento de deberes sin más, sino que tiene que tomar aquellos que tengan relevancia social y sean a su vez los más importantes para su funcionamiento" (MARTÍNEZ, 2016, p.103). Menciona el académico SUÁREZ GONZÁLEZ:

> "[…] *Lo que se protege no es, por tanto, un ente abstracto con independencia de su función jurídico-social*" (2001, p.161).

"Se debe reiterar en este punto, que la posición de infracción del deber del cargo sólo se circunscribe a la maquinaria administrativa, en tanto que lo que se exige al Derecho penal es una expectativa de relevancia para el funcionamiento social, y no de una parcela" (MARTÍNEZ, 2019, p.127).

Por último, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia se ha incidido al señalar que no se protege deberes morales como la lealtad, conforme la Casación Nº 1749-2018/Cañete, del 19 de agosto de 2020:

> "*La ley confiere a los funcionarios y servidores públicos un especial rol social de protección jurídica de los intereses públicos un especial rol social de protección jurídica de los intereses públicos, concretado en la gestión adecuada de los recursos públicos, entendidos en forma amplia -personal, normas, organización, funciones, estructura, tiempo, patrimonio-. Por tanto, no se trata de la protección de un deber moral -de lealtad o buena fe- o del reforzamiento de una relación de sujeción del funcionario o servidor al Estado, sino de la consolidación de deberes jurídicos institucionales*".

B.- <u>SUPUESTO DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD</u>

"Algunos autores sostienen que más que la probidad de la actuación del funcionario, lo que se trata de proteger es una actuación del mismo conforme a principios de legalidad e imparcialidad dentro de la relación de la administración con terceros, específicamente en el marco de contrataciones públicas" (MARTÍNEZ, 2016, p.103), Asume dicha posición CASTILLO (2008, p.65).

En tal sentido, la valoración primordial en esta posición es el rol imparcial del sujeto público en el desarrollo de sus actividades en los contratos públicos para, p.e., la ejecución de obras o realización de servicios, en beneficio del Estado (ABANTO, 2003, p.309), generando un prestigio sobre la actuación de Estado (DÍAZ, 2016, p.307). Concluyen con ello que, lo central es contar dentro de los procesos contractuales del Estado es la de un sujeto público justo y legal en su actuación con, p.e., el ámbito empresarial; menciona PEÑA CABRERA un papel imparcial (2016, p.296). Igualmente, HURTADO (2014, p.6) y MORILLAS (2011, pp.987-988).

Indica (ABANTO, 2003, p.309). En el mismo sentido SEMINARA, Sergio. La corrupción en la Administración Pública. En Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude. ARROYO ZAPATERO, Luis &NIETO MARTÍN, Adán (Coords.). Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (2006:140).

Así por ejemplo menciona DÍAZ CASTILLO que:

> "*La elección de los principios de legalidad, imparcialidad y eficacia como elementos sustanciales del bien jurídico que le dotan de contenido y se constituyen en pilares de su función prestacional se ha derivado del análisis de la Ley N° 27444, las sentencias del Tribunal Constitucional, la doctrina y la propuesta del artículo 86° del proyecto de reforma constitucional del 2002*" (2016, p.307).
>
> *"A nuestra consideración, en los delitos de colusión y negociación incompatible se produce una puesta en peligro potencial del correcto funcionamiento de la Administración pública mediante la vulneración del principio de imparcialidad"* (2016, p.308).
>
> *"En esa medida, partiendo de que el bien jurídico protegido por el delito de colusión (simple y agravado) es el correcto funcionamiento de la Administración pública, estableciéndose la vulneración del principio de imparcialidad como elemento esencial de su contenido"* (2016, p.312).

"Lo que se valora aquí es la existencia de un marco normativo en las contrataciones públicas que vinculan al funcionario, quien debe actuar en dicho marco a fin de que su actividad esté ejercida correctamente (objetivamente), es decir dentro de la legalidad" (MARTÍNEZ, 2019, p.128), en el mismo sentido, MORILLAS (2011, pp.987-988). Indica MARTÍNEZ ARRIERA, siguiendo a GONZALES CUSSAC que, el bien jurídico penalmente protegido es la actuación funcionarial acorde a lo legal (2007, p.3009).

Así, se desencadenará que, el ciudadano contará con la certeza que el funcionario realizará su actividad acorde a lo regulado en su esfera normativa determinada muchas veces en el ámbito administrativo, como viene a ser el principio de imparcialidad. FRISANCHO y PEÑA CABRERA asumen la protección de la imparcialidad como bien jurídico (2002:284). Así, en dicho principio se establece como eje central que, el sujeto público no deberá favorecer con su acto funcional, a través de una parcialización, a terceros.

“Si bien en un inicio resultaría acorde la exigencia de una actuación imparcial de los funcionarios para con los terceros ajenos a la administración, ello no resulta aplicable para el contexto en el cual se maneja: contrataciones públicas” (MARTÍNEZ, 2016, p.104).

“Se quiere decir con esto, que si bien en otros espacios de la administración se exige a los funcionarios actuar con imparcialidad (p.e. los casos de prevaricato o cohecho pasivo), en el marco de un contrato público no se le puede exigir imparcialidad al funcionario, sino todo lo contrario, una actuación parcializada; pues debe buscar con su actuación el mejor beneficio para los ciudadanos y la eficiencia de la administración pública” (MARTÍNEZ, 2016, p.104).

Por ende, se considera que el sujeto público, específicamente en la colusión, se circunscribe al ámbito contractual (ley de oferta y demanda), así concretizando un caso, el funcionario, o los funcionarios, que participen en un proceso contractual para la realización de servicios de limpieza de parques, el funcionario en dicho marco tiene que actuar dentro del rol -del Estado- dentro del mercado, como viene a ser: demandante, quien debe proteger los intereses sociales; p.e. ROJAS VARGAS señala que el funcionario debe buscar la máxima bonanza para la Administración Pública (2016, p.188).

Como lo mencione en su momento: “La finalidad del funcionario es contratar a la empresa que brinde el mejor servicio o bien para la ciudadanía y con el menor costo -racional- posible; es dicha exigencia la expectativa que la

ciudadanía tiene sobre el funcionario en un proceso contractual" (MARTÍNEZ, 2019, p.129). También sobre el mismo, CASTILLO (2008, p.69).

"Por otro lado, no resulta pertinente que el Derecho penal tenga que proteger principios -como el de legalidad- inspiradores de la actuación del funcionario, no es ésta su misión, pues la misma resulta demasiado abstracta. Lo que se le exige al Derecho penal es un resguardo de expectativas concretas, que resultan necesarias para el normal desenvolvimiento social. Así, un principio no resguarda expectativa concreta alguna" (MARTÍNEZ, 2016, p.104).

En razón a todo lo dicho, somos de la opinión que, partir del bien jurídico penalmente protegido en base al fundamento de imparcialidad del funcionario en el proceso contractual, le resta -limita- al funcionario su papel de defensor de los intereses estatales dentro del mercado, cual es obtener un mejor servicio a menor costo, por lo que no compartimos dicha posición de imparcialidad.

C.- <u>BIEN JURÍDICO COMO PATRIMONIO ESTATAL</u>

La doctrina en mayoría asume que el bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión es el patrimonio público (SERRANO y SERRANO, 2006, p.830). "Llegan a esa afirmación al considerar que se encuentra en la parcela de la administración pública encargada de los gastos e ingresos patrimoniales del Estado para la satisfacción de necesidades colectivas. De ello se deriva que el delito se circunscribe a la conducta del adecuado manejo del patrimonio estatal, resultando necesario la protección del mismo" (MARTÍNEZ, 2019, p.130). Igualmente, comparte este parecer en Chile MAYER (2007, p.231); por su parte, menciona que el bien jurídico es el patrimonio estatal, tanto en su modalidad simple como agravada MELGAR (2018, pp.70-71).

Así, las actividades del sujeto público se desarrollan mayoritariamente en egresos del tesoro público y, excepcionalmente, en ingresos económicos a favor del Estado, hace referencia al patrimonio como gasto público o ejecución SÁNCHEZ (2010, p.482), en dicho marco, se ha configurado como elemento

central en la colusión el acuerdo en que arriban el sujeto público y tercero interesado, el cual, sin lugar a dudas, se encuentra relacionada a la obtención del contrato publico y a los beneficios que del mismo (en cualquier etapa) pudiese obtenerse, afectando a la administración pública. Por ende, solo aquellos acuerdos relacionados a la afectación patrimonial estatal entrarán dentro del radio de conductas idóneas para el delito de colusión, si el patrimonio no se afecta, no entraría dentro del interés del derecho penal.

“Por ende, al encontrarnos en el marco normativo de contratación pública, el patrimonio estatal resulta imprescindible para el desarrollo de la administración pública, y por ello resulta justificada su protección, ya que sin el mismo no se desarrollaría de forma adecuada a la obtención de su finalidad, cual es el bienestar social” (MARTÍNEZ, 2016, p.105). Lo percibe de dicha forma, MORALES y RODRÍGUEZ (2005, p.1075).

“Cabe señalar, que cuando los partidarios de este enfoque hacen referencia al patrimonio estatal, engloban en el mismo a todos sus activos y pasivos, y no sólo a sus egresos (compras) e ingresos (ventas). Además, y como ya se puede derivar de todo lo antes mencionado, se establece que únicamente son relevantes de protección jurídico-penal, aquellos contratos de naturaleza económica” (MARTÍNEZ, 2016, p.105). Así, manifiesta CASTILLO ALVA que:

> “[…] *La protección del patrimonio estatal se produce a partir de la tutela de la contratación administrativa (…) de naturaleza económica*” (2008, p.74).

Sobre este aspecto, se tiene que la Corte Suprema de Justicia de la República ha asumido dicha posición en reiterada jurisprudencia. Así, se tiene en la Ejecutoria Suprema, Exp. N° 1296-2007, emitida el 12 de diciembre de 2007:

> «[…] *es preciso indicar que el bien jurídico protegido en dicho delito [Colusión], concretamente, es el patrimonio administrado por la Administración Pública»*.

De igual manera, Ejecutoria Suprema, Exp. 79-2003, emitida el 15 de febrero de 2005:

> «*Que la Colusión desleal prevista en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal es un tipo penal especial propio de resultado, que busca proteger el patrimonio del Estado*".

"Al respecto, se considera que la posición del patrimonio estatal como bien jurídico limita la protección pretendida por el Derecho penal. Como primer punto, referido a cuestiones de metodología jurídica, partimos de que el Estado no puede proteger el patrimonio en sí, pues éste al incursionar en el mercado -a través de las contrataciones públicas- se expone -indefectiblemente- a ser afectado" (MARTÍNEZ, 2019, p.131).

En otro orden de ideas, si insistimos en considerar al patrimonio público como eje central de protección del bien jurídico en el delito de colusión, desde dicha perspectiva -siempre la patrimonial- resultaría necesario y correcto establecer como supuesto punitivo de colusión la actuación imprudente del sujeto púbico, lo cual sin duda no es, ni siquiera por el sector que defiende el patrimonio, posible, pues se estaría abarcando espacios que propiamente podrían ser superadas a través del derecho administrativo, pero principalmente, porque se alejaría enormemente del sentido del injusto del delito de colusión comprendida como un supuesto de corrupción. Señala el Grupo Multidisciplinar sobre la Corrupción (GMC) del Consejo Europeo esta perspectiva dolosa en los supuesto de corrupción: "El soborno y cualquier otro comportamiento en relación a personas a las que se han confiado responsabilidades en el sector público o privado, que viola los deberes de éstas dimanantes de su situación de funcionario público, empleado privado, agente independiente o cualquier otro tipo de relación y que tiene por objeto obtener ventajas indebidas de cualquier clase para sí o para otros" (Consejo de Europa, GMC (96) 43, p.10), citado por DEMETRIO (2002, p.177).

D.- CRÍTICAS AL BIEN JURÍDICO PATRIMONIO ESTATAL

Se ha considerado que "lo protegido no es el bien en sí (visión estática de la sociedad), sino la expectativa social que se tiene, en el marco de los procesos de contratación pública, sobre los intervinientes en la misma (funcionario y particulares) de que actuarán de acuerdo a los deberes fundamentales que le surgen al ingresar a dicho proceso, siendo el relevante jurídico-penalmente el de no realizar pactos ilícitos idóneos para perjudicar patrimonialmente al Estado" (MARTÍNEZ, 2019, p.132).

"Además, si lo que se busca es la protección del patrimonio en sí, lo correcto sería configurar el delito de colusión como un delito de resultado; quiere decir la necesidad de un perjuicio real para el patrimonio estatal, situación que no se aprecia de la redacción del tipo penal" (MARTÍNEZ, 2016, p.106).

"Todo lo contrario, el delito se configura con el acto de concertación del funcionario y el particular interesado. Es más, en la doctrina española se establece por muchos autores que en caso de que se efectuará un perjuicio patrimonial, se entraría en un concurso con otros delitos (Estafa, Hurto, Malversación, etc.)" (MARTÍNEZ, 2019, pp.132-133), también SÁNCHEZ (1990, p.735) y MORILLAS (2011, p.990).

En tal sentido, CRESPO BARQUERO menciona en dicho marco que, en el delito de colusión:

> "*Precisamente por tratarse de un delito de mera actividad que deja fuera del ámbito típico objetivo el perjuicio patrimonial, la doctrina se ha preguntado si, de alcanzarse éste, habría de sostenerse la existencia de un concurso medial de delitos con la estafa. La respuesta es mayoritariamente afirmativa (ORTS, MUÑOZ CONDE, RODRÍGUEZ DEVESA)*" (2002, p.2424).

"Por ello, se reitera, no se protege el patrimonio estatal de forma directa, sino que la protección tiene que estar vinculada con la naturaleza especial de la

institución: Administración Pública, y el desarrollo que en el mismo tiene el funcionario y el particular para su adecuado desenvolvimiento social, y con ello la expectativa que sobre los mismos tiene la sociedad" (MARTÍNEZ, 2016, p.106).

Finalmente como mencione en su momento: "cabría preguntarnos si la protección penal fuese el patrimonio estatal sin más, ¿Sería adecuada sancionar penalmente aquel funcionario que se colude con un particular interesado -recibiendo de este último una dádiva- para beneficiarlo con la concesión de un contrato público; teniendo que el particular cuenta con la empresa más adecuada y brinda el mejor servicio, a un costo que resulta el más beneficioso para el Estado? Bajo la lógica de la posición del bien jurídico-penal como patrimonio estatal resultaría inadecuada sancionar al funcionario, lo cual se considera totalmente erróneo, pues lo primordial es la expectativa de actuación del funcionario acorde con sus deberes, bajo esta última posición, desde luego que el funcionario tiene que ser sancionado penalmente por su actuación no adecuada a derecho" (MARTÍNEZ, 2019, pp.133-134). En este aspecto, MEINI es muy crítico, al no compartir la posibilidad de una protección patrimonial en los casos de corrupción (2012, p.329).

E.- BIEN JURÍDICO COMO EXPECTATIVA NORMATIVA INSTITUCIONALIZADA

"Por último, como doctrina minoritaria, se encuentra la posición que, partiendo del sistema funcional-normativista, establece que lo protegido por la norma penal es la expectativa que la sociedad tiene sobre la Administración (representado por el funcionario) en cuanto al adecuado manejo del patrimonio estatal en las transacciones comerciales (sean de ingresos o egresos)" (MARTÍNEZ, 2016, p.107), igualmente, GARCÍA (2008, p.22).

"En ese sentido, existe por parte de la sociedad, en un inicio, la expectativa de que la administración pública desarrolle sus actividades acordes con las finalidades que se le exigen, que en forma general sería el de su correcto o adecuado funcionamiento; y en forma específica, la del adecuado desarrollo

de las los contratos o liquidaciones públicas -en general compra o venta de bienes o servicios-" (MARTÍNEZ, 2019, p.134).

Como lo señale en su momento: "Por ello, exige la sociedad que el funcionario -que representa a la administración- actúe en el marco de sus deberes, no defraudando el interés del Estado. Es así que, el legislador ha establecido, para la adecuada protección de la mencionada expectativa, la prohibición de concertaciones ilícitas entre funcionario y particular interesado en las contrataciones estatales" (MARTÍNEZ, 2016, p.107).

En nuestro país, asume este sentido GARCÍA CAVERO, quien menciona que se protege expectativas, mas no bienes (objetos). En el caso de la colusión sería la expectativa que recae en el comportamiento adecuado del funcionario sobre la obtención de servicios o bienes a favor del Estado (2008, pp.21-22).

"Cabe precisar que cuando se hace referencia al quebrantamiento de la expectativa deposita en el funcionario, no se debe relacionar con el clásico entendimiento de la infracción de deber en la administración pública" (MARTÍNEZ, 2016, p.107).

"En este último caso, se hace referencia a la vinculación de funcionario-Administración, es decir algo más interno y enmarcado a dicho sector funcional, posición subjetiva le dicen algunos autores; en tanto, cuando se realiza un análisis desde un punto de vista normativista se establece el vínculo funcionario-sociedad, ya se encuentra en una relación más genérica y relevante, aquí se le exige al funcionario enmarcarse en el cumplimiento de su rol, pues el incumplimiento de la misma afecta la expectativa que la ciudadanía tiene para con la administración" (MARTÍNEZ, 2019, p.135). DEMETRIO señala que: "Pues bien, las posiciones doctrinales acerca del bien jurídico protegido en los <delitos de funcionarios> son también básicamente dos: a) la protección de la fidelidad al Estado (ilícito como infracción subjetiva del deber)" (2002, p.185).

HUBER resalta la labor -actuación- leal del funcionario en el desarrollo de sus actuaciones competenciales:

> "(…) *son necesarios para mantener y desarrollar las relaciones sociales y económicas (…) [lesionando] en gran medida a la sociedad en su conjunto*" (2010, p. 89).

Por lo tanto, no se puede realizar una interpretación aislada del funcionario con respecto a las implicancias de sus actos competenciales; así, en el marco del delito de colusión, que duda cabe, que su actuación conlleva a la lesión de expectativas fundamentales en sociedad.

F.- POSICIÓN DEL AUTOR

"Asumimos para el análisis de Derecho penal, como ciencia dogmática, el constructo realizado por la teoría normativo-funcional. Al respecto, se considera que el Derecho penal no protege directamente bienes jurídicos (objetos), sino expectativas de conductas institucionalizadas, es decir normas jurídico-penales; las cuales son básicas para el desarrollo personal en sociedad" (MARTÍNEZ, 2016, p.108).

Sobre lo mencionado, como señala el profesor CARO JOHN:

> "(…) *cada tipo penal recoge una expectativa normativa de conducta básica para el funcionamiento del sistema social, que al mismo tiempo, sólo puede ser defraudada mediante una conducta capaz de desautorizar la vigencia de la norma"* (2005, p.367).

"En ese sentido, como ya se hizo referencia, en el delito de colusión no se protege propiamente el bien jurídico patrimonio estatal, pues cuando el delito tiene lugar el patrimonio ya se encuentra afectado; con lo cual la función del Derecho penal fracasaría" (MARTÍNEZ, 2019, p.136).

“Por ende, lo que propiamente se protege es la vigencia de la expectativa que la sociedad tiene de que los intervinientes, y específicamente el funcionario a quien se le ha confiado la administración estatal en el marco de contrataciones públicas, no abusarán de sus facultades para poner en peligro los intereses sociales (expectativa normativa). Por lo tanto, lo que el Derecho penal protege son, propiamente, expectativas de conductas institucionalizadas” (MARTÍNEZ, 2016, p.108). JAKOBS centra la función del Derecho penal en garantizar las bases normativas centrales de la sociedad (2000, p.19).

La perspectiva que se asume, parte de la comprensión de la sociedad en base a una constitución normativa, es decir, que la vigencia de la misma se encuentra condicionada al respeto de las expectativas normativas (comunicación), las cuales establecen las pautas conductuales básicas y necesarias para una actuación libre de las personas en sociedad (mapa normativo), como se mencionó en su momento, el eje central de nuestra vida en sociedad gira en las expectativas que tengo sobre los demás y, a su vez, la expectativa que los demás tienen sobre mi actuación : qué espero yo de los demás y qué esperan los demás de mí. En tal sentido, el autor alemán JAKOBS entiende que vivimos en un mundo socialmente determinado, así, la sociedad parte por establecer que se respetan las exigencias conductuales básicas para una vida en libertad (2000, p.20).

Son dichas expectativas las que posibilitan una adecuada actuación intersubjetiva entre los sujetos en una determinada sociedad, esto es así, en el sentido que las obligaciones y derechos de cada sujeto, permite que los demás sujetos puedan actuar de forma libre en sociedad, pues conozco los parámetros de mi actuación en sociedad, se es verdaderamente libre. CARO señala que: “Si las expectativas tuvieran que referirse a los individuos, sería imposible reducir la complejidad social, sobre todo en las sociedades de nuestro tiempo, caracterizadas por su elevado nivel de anonimización de los contactos sociales” (2005, p.370).

Por ello, la función del Derecho penal es la de “mantener la configuración social, lo cual a su vez se logra con la imposición de una pena. Se puede apreciar que la “función” propia del Derecho penal es la de restituir la vigencia de la norma defraudada, mas no se podría considerar como “finalidad” del Derecho Penal la de generar la confianza y seguridad en la vigencia de las expectativas normativas (ABANTO, 2004, pp.17 y ss.).

Las personas al interactuar en la sociedad tienen la obligación, en base a las normas jurídicas, de conocer sus deberes y derechos, siendo el deber más genérico el de no dañar la esfera de libertad de terceros” (MARTÍNEZ, 2019, p.137). Como indica JAKOBS:

> “*Persona es, por lo tanto, el destinatario de expectativas normativas, la titular de deberes, y, en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas*”(2005, p.98).

“Así, si un tercero comunica a la sociedad, en base a su delito, que el patrón de conducta vigente no es lo señalado en la norma jurídica (lo prohibido), sino el mensaje de su conducta; da cabida a que intervenga el Derecho penal para contradecir su comunicación, afirmar que lo vigente sigue siendo lo establecido por la norma jurídica, y que es en base a ella por la que se deben conducir las personas pertenecientes a la sociedad” (MARTÍNEZ, 2016, p.109). Igualmente lo indica, PEÑARANDA (1998, p.21). LESCH señala que:

> *“La función institutiva de la pena sólo puede describirse en relación con el concepto de delito, es decir, con la idea de que el delito debe ser superado, no como creación de un mal externo, sino como lesión del derecho en tanto que derecho”* (2001, p.22).

Como en su momento mencioné: “es responsabilidad de cada uno -en cuanto persona- cumplir con lo establecido por la norma jurídica, debido a que, gracias a las normas, las personas pueden disfrutar verdaderamente de su libertad, situación que no ocurriría si se entendiera a la sociedad de forma cognitiva, en la cual el padrón a moverse sería el de la

satisfacción/insatisfacción (lo que quiere el sujeto con el que se interactúa), ya que esto llevaría a que todos tengan que estar inmiscuyéndonos en las esferas de libertad de otras personas para saber si desean o no cometer un delito" (MARTÍNEZ, 2019, p.138).

Así, "en base a lo antes señalado, partimos de una sociedad en la cual existen normas que regulan deberes y derechos (expectativas normativas), las cuales son protegidas por el Derecho penal. Con lo cual lo que se protege con el tipo penal de colusión es una expectativa básica para el desenvolvimiento de toda la sociedad, la expectativa de conducta de que los intervinientes (funcionario y particular) en el proceso administrativo de contratación pública no abusarán de las facultades que le son conferidas por su posición para concertarse ilícitamente, con la finalidad de defraudar al Estado" (MARTÍNEZ, 2016, p.109).

"Es decir, el funcionario tiene que procurar que, dentro del cumplimiento de sus deberes, no se derive ningún output que dañe esferas de libertad de terceros (Estado), así como la evitar, que terceras personas pongan en peligro el adecuado desarrollo del proceso de contratación pública" (MARTÍNEZ, 2019, p.139). Como ya lo ha indicado el Tribunal Constitucional, el funcionario tiene que actuar en el marco de una adecuada administración de sus funciones dentro de la contratación, respetando la libre competencia, imparcialidad, transparencia y adecuado trato a los postulantes. Así, ha señalado en la sentencia en el Exp. N° 00017-2011-PI/TC-Lima, Fiscal de la Nación, emitido el 03de mayo de 2012:

> "*26. Este Tribunal, conforme a lo advertido líneas arriba sobre los bienes constitucionales que informan la persecución penal de los actos de Colusión ilegal, reitera que de modo genérico los delitos contra la Administración Pública encuentran su fundamento constitucional en el artículo 39º de la Constitución que reconoce que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general pues están al servicio de la Nación, del que la jurisprudencia de este Tribunal*

> *ha derivado el principio de "buena administración", a su vez del deber de combatir todo acto de corrupción que se deriva del principio de Estado Democrático, y de modo más específico los principios constitucionales que rigen la contratación pública (imparcialidad y trato igualitario a los postores). En este sentido, siendo la Colusión un delito contra la Administración Pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, lo que justifica la intervención penal es el reprimir actos que atenten contra los principios constitucionales que informan la contratación pública*".

"En tanto que el particular, tiene el deber de participar del proceso administrativo de contratación pública sin infringir los deberes que adquiere con la calidad de concursante, específicamente de no formar pactos ilícitos con los funcionarios para defraudar al Estado en las contrataciones públicas" (MARTÍNEZ, 2019, p.40). Asimismo, véase el Recurso de Nulidad N° 1142-2018- Ancash, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, emitido el 15 de julio de 2019: "(…) es obvio que se produjo un supuesto de concertación delictiva en un ámbito de contrataciones económicas de la Municipalidad que lesionó las reglas que determinan la adquisición de bienes". Por lo tanto, la participación de ambos sujetos es primordial para entender la configuración del delito de colusión.

"En ese sentido, los deberes que pesan sobre los intervinientes de delito de colusión son de dos formas; para el particular los deberes generales (deberes negativos) y para el funcionario los deberes especiales (deberes positivos)" (MARTÍNEZ, 2016, p.111). También SÁNCHEZ y LLAMOJA consideran que el funcionario se encuentra ante un delito de infracción de deber especial positivo (2020, p.1664).

"El primero hace referencia a que las personas (particular interesado) tienen toda la libertad de utilizar como quieran su ámbito de libertad, pero procurando no dañar las esferas de libertad de otras personas. Así, tiene el derecho de participar en el proceso de contratación pública y el deber de no dañar su

adecuado desarrollo a través de la concertación; no obstante, no se le es exigible que el proceso de contratación sea dañado por terceros (deber de solidaridad)" (MARTÍNEZ, 2019, p.140)..

En tanto que el segundo, en ellas el funcionario no sólo tiene el deber de no dañar otro ámbito de libertad (Estado), sino además, en base al vínculo que nace con el bien, fomentar el desarrollo del mismo, protegerlo de ataques de terceros, etc.

En tal sentido, se reitera que, en el delito de colusión se protegen expectativas de comportamiento del sujeto público y el partícipe necesario, y no las arcas del Estado, se resguarda específicamente que, dentro del proceso contractual público, en cualquiera de sus fases, el sujeto público no abusará de su ámbito competencias (facultades), que devengan en un incumplimiento de sus obligaciones (deberes), la cual se encuentra delimitado a la prohibición de acuerdos con los potenciales proveedores, defraudando de esta forma a la sociedad. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación Nº 1546-2019, Piura, ha señalado los alcances del bien jurídico del delito de Colusión: "El bien jurídico tutelado -objeto protegido por el sistema penal- es (i) el correcto funcionamiento de los organismos del Estado en el ámbito de la contratación y de la liquidación -al proceso de contratación y, de otro lado, a lo que se debe pagar-, de manera que se garanticen los principios de economía y eficiencia en los procesos de gasto público, así como, colateralmente, (ii) la evitación del riesgo contra los principios de objetividad, imparcialidad, transparencia, igualdad y libre concurrencia. En suma, legalidad del ejercicio funcionarial en el ámbito de la contratación pública en aras de la asignación eficiente de los recursos públicos".

Como ya se indicó líneas arriba, el fundamento dentro de los delitos vinculados a la corrupción, no tienen su fuente directa en el daño al patrimonio estatal, sino en los valores y expectativas que pesa sobre el sujeto público como representante del Estado, particularmente en un comportamiento correcto, que repercute en la consolidación de las instituciones, por ello en el

delito de colusión lo primordial deja de ser el patrimonio estatal, sino que ello pasa a un segundo plano, para dar cabida a la adecuada actuación del funcionario en el proceso de contratación, lo cual se condice con lo establecido en el artículo 3° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción:

> "*Para la aplicación de la Presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado*".

La conducta enmarcada a la colusión no comprende la lesión a un objeto, como viene a ser el patrimonio, situación que es compartida por la Convención antes citada, sino la defraudación de expectativas normativas, del cual deviene la exigencia a la pena de restaurar dicha vigencia ante la comisión del delito (negación de la negación del derecho) (GARCÍA, 2008, p.22). Esta exigencia, parte de la compresión que el sujeto público tiene un gran poder al momento de intervenir en el devenir del proceso contractual en cualquiera de sus fases, facultad que en inicio (si se va hasta el contrato social) parte de la concesión de sus ciudadanos al Estado, así el sujeto público (como parte del Estado) tiene que actuar en el marco de mejorar la situación de los ciudadanos.

"Es a partir de aquí por lo que se establece que la expectativa no se circunscribe sólo a la Administración como ente autónomo, sino que es a la sociedad en su conjunto a la que se defrauda, incluido el propio funcionario, por ello se exige que la expectativa afectada vuelva a su status quo, para de esta forma se pueda desarrollar de forma adecuada en la interacción social vinculada a la administración pública" (MARTÍNEZ, 2016, p.111).

En el Recurso de Nulidad N° 79-2003-Madre de Dios, del 15 de febrero de 2005, la Corte Suprema de Justicia en lo penal asume la posición antes mencionada, sentencia citada por GARCÍA (2008, pp.22-23), al establecer lo siguiente:

> "*Que la Colusión desleal previsto en el artículo 384 del Código 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 o real para la Administración*".

Se aprecia que, la Corte Suprema establece como punto central de imputación al sujeto público en la colusión el de contradecir la obligación que pesa sobre él, lo cual en pocas palabras se encuentra relacionado al cumplimiento de las exigencias sociales (normas básicas en sociedad). También se puede apreciar dicho parecer a través del Recurso de Casación 392-2019-Ancash, emitido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 30 de noviembre de 2019:

> "*Este tipo delictivo, como fluye de su enunciado normativo, al establecer el objeto de tutela alude a la infracción del deber de lealtad que el funcionario debe guardar en la gestión de una contratación pública cuando intervine en el ejercicio de su cargo. El agente oficial debe intervenir en el proceso de contratación pública, que lo coloca en una situación de garantía respecto a la legalidad y corrección del mismo –esta es la específica relación funcionarial–.*"

Como lo indique: "al enmarcarse la actuación de los actores en la contratación pública, la misma debe cumplir con los elementos que a ella hacen referencia Así, en los procesos administrativos de contratación pública, el desempeño del rol del funcionario se encuentra dirigido -y concretizado en las fases del contrato (emisión de informes, aprobación de expedientes administrativos, etc.)- a obtener el mejor beneficio para ente público" (MARTÍNEZ, 2019, p.142).

“Por ello, el rol del funcionario siempre va a quedar determinado por la fase del proceso administrativo en la que se encuentre, que pueden ser conforme a los márgenes establecidos por el Informe sobre la Lucha contra la Corrupción en la Unión Europea de 2014: Antes de la licitación (incluidas la evaluación de las necesidades y las especificaciones), en el proceso de licitación (incluido el proceso de contratación: selección, evaluación y adjudicación del contrato) y después de la adjudicación” (MARTÍNEZ, 2016, p.112), de forma específica, COMISIÓN EUROPEA (2014, p.28).

Se puntualiza que los deberes infringidos van a quedar determinados, en un inicio en lo establecido administrativamente, empero, también por otros ámbitos que determinen la adecuada actuación del funcionario competente, como un funcionario leal y eficiente para con la sociedad en el marco de una actuación contractual que vincula al Estado. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 689-2019-Ancash, emitido el 20 de setiembre de 2019, ha señalado esta infracción de deberes en el ámbito de la legalidad administrativa:

> "*Lo que exige el tipo delictivo de colusión es la presencia de una concertación ilícita -fraudulenta- entre el agente público y el proveedor con vulneración de la legalidad administrativa, que también puede incidir en el patrimonio público*".

G.- CONCLUSIÓN

De acuerdo a lo desarrollado, la comprensión del bien jurídico para el delito de colusión como deber de lealtad y probidad no comprende el sentido de protección del Derecho penal, el cual se enmarca, a diferencia de la sola administración pública, en un ámbito social, es decir la actuación del funcionario no se debe limitar al daño a la administración, sino al daño a la sociedad.

Sobre la posición del bien jurídico como principio de imparcialidad, el mismo, dentro de la dinámica del Estado en el mercado, limita la finalidad del Estado al momento de adquirir bienes o servicios y ejecutar obrar, pues en el mercado, el Estado como cualquier agente económico, debe actuar de forma parcializada en el sentido que debe buscar en su relación con los proveedores, un mejor servicio a bajo costo, situación que no se daría si el funcionario actuase de manera imparcial (neutral).

Sobre la posición de la doctrina mayoritaria, es decir, la protección del patrimonio público, se ha indicado que por cuestiones metodológicas no resulta viable, pero principalmente por cuestiones de la comprensión misma del injusto en el delito de colusión, pues como se mencionó en varios supuestos donde resulta a todas luces sancionable la conducta del sujeto público que arriba a un acuerdo, no resultaría punible -bajo la lógica del patrimonio como bien jurídico- pues el pacto no ha generado daño patrimonial, lo cual es totalmente rechazable.

Por último, asumimos que, el bien jurídico penalmente protegido es dentro del delito de colusión la expectativa normativa de que el funcionario público y el tercero interesado dentro del desarrollo del contrato público no abusarán de sus ámbitos competenciales (específicamente sus deberes), para arribar a acuerdos ilícitos, lo cual desemboca en un daño al Estado.

4.- INTERVENCIÓN POR RAZÓN DEL CARGO

El Código penal peruano establece que el funcionario que participe en el acto de contratación pública lo hagan interviniendo por razón de su cargo. Dicha técnica legislativa también es utilizada en otros ordenamientos jurídicos, como en el caso de Chile, donde establece en el artículo 239 de CP que la participación del empleado público debe ser por razón de su cargo, en tal sentido, MAYER (2007, p.216).

Por ende, el funcionario debe desplegar, por su competencia normativa, una actividad que integra los niveles decisorios, de carácter instrumental o hasta

subalterno del acto contractual (CREUS, 1999, p.301). En tal sentido, lo relevante en este punto es que el sujeto activo tenga una relación funcional específica en relación al contrato público en cualquiera de sus fases.

Sobre dicho aspecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido sobre el delito de colusión, en el Recurso de Nulidad N° 885-2016-Callao, resolución emitida el 12 de julio de 2017, que:

> "*El tipo legal exige una relación funcional específica; el funcionario ha de tener facultades para intervenir, por cuenta del Estado, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante y ha de utilizar ese nexo funcional para delinquir*".

Así, lo relevante es la influencia, en razón de su competencia, en la decisión de la elección de la persona (natural o jurídica) con la cual el Estado contraerá un vínculo contractual, competencia que se materializa en la fase administrativa pertinente. Señala MARTÍNEZ ARRIERA que la respectiva función debe corresponderse con la contratación pública. Señala MARTÍNEZ que la respectiva función debe corresponderse con la contratación pública (2007, p.3174). Así, señala CREUS que el acto funcional:

> "[…] *puede ocurrir antes del perfeccionamiento de aquél (p.ej. en la etapa previa al llamado a licitación); mientras dura su constitución jurídica o ejecución en y dentro de esta última, hasta el momento en que no se ha terminado de llevar a cabo su liquidación (entrega de efectos, rendiciones de cuentas, pagos, etc.)*" (1999, p.301).

Por ello, no cualquier funcionario tiene la posibilidad de influir en la decisión de la contratación pública, sólo aquel que por su competencia lo posea podrá afectar al bien jurídico penalmente protegido.

De este modo, p.e., si se encuentra en la fase del proceso administrativo de decisión de elección de la persona jurídica a contratar para la construcción de una obra, y que se encuentra a cargo de un comité de selección (órgano colegiado), sólo será relevante jurídico penalmente la decisión de los funcionario que tienen poder para ello a través de su voto, mas no el caso del secretario o asesor legal que no tienen poder de voto, pues no tienen, en esta fase contractual, competencia por razón de su cargo que permita influir en la decisión. En cambio, si se estuviera en la fase de análisis de propuesta, sin lugar a duda que tanto el secretario del comité como el asesor legal tendrán, debido a su competencia o relación funcional, posibilidad de influir en la decisión final, p.e. a través de emisión de informes que favorecen al particular interesado.

Es por ello, que la competencia del funcionario debe ser analizada de acuerdo a la fase contractual en la que interviene. Por citar otro ejemplo, si se encuentra en la fase inicial del proceso, en la de evaluación de las necesidades y las especificaciones, sin lugar a dudas que sólo será competentes aquellos funcionarios encargados de aprobar las bases administrativas de los términos de referencia u otras labores similares; empero no quien tenga la función de ser secretario de comités especiales, pues su actividad no tiene ninguna relevancia en esta fase.

Un ejemplo a nivel jurisprudencia se obtiene de la Ejecutoria de la Corte Suprema de Justicia en lo penal del Perú, en el Recurso de Nulidad N° 1477-2004-Arequipa, del 1 de marzo de 2005 que establece:

> "*Que, en cuanto al procesado (…), Director de Administración de la Dirección de Salud de Arequipa, se desprende de los actuados que éste no se encontraba a cargo de adquisiciones de los bienes de la institución agraviada, por lo cual carecía de la cualidad requerida por el tipo penal previsto en el artículo 384º del Código Penal*".

En tal sentido, si quien interviene es un funcionario que no tiene competencia específica con el proceso administrativo contractual no se configurará un delito de colusión. Por eso, algunos autores, como CATALÁN SENDER (1998, p.78) y PUIG PEÑA (1988, p.341) consideran para el supuesto señalado que, lo que se configurará será el delito de estafa; no obstante, se considera la solución incorrecta, pues bajo dicho análisis se estaría tratando como sujeto pasivo de un hecho ilícito al tercero interesado, como un "estafado"; permitiendo protección penal a un sujeto que buscó, a través de la concertación ilícita con el funcionario, un beneficio en desmedro del Estado.

Es decir, se trataría como sujeto pasivo a un agente delictivo. Bajo la lógica de los autores señalados, se podría llegar a casos absurdos como el considerar Estafa un hecho en el cual un traficante de droga vende una cantidad menor a la negociada a otra persona, y esta última denuncia a la primera por Estafa, teniendo que intervenir ilegítimamente el Derecho penal para salvaguardar las expectativas que se tiene sobre la protección del patrimonio.

Ahora bien, la intervención por razón del cargo, para incursionar al ámbito penal requiere que el funcionario haga un uso abusivo del cargo para defraudar al Estado (SERRANO y SERRANO, 2006, p.833). Por otro lado, se tiene en el Informe sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea, señalan como elemento constitutivo de la corrupción el abuso de poder: "[…] en sentido amplio como cualquier abuso de poder para obtener réditos privados" (COMISIÓN EUROPEA, 2014, p.2).

La concertación es el centro de todo el delito, y ella se realiza con el abuso de las facultades del funcionario, dentro del margen de decisión o autonomía de gestión que la Administración Pública le concede. Sintetizando, se puede señalar que la actuación del funcionario se circunscribe a ámbito de sus deberes, aunque incorrectamente realizadas. Por ello, se puede mencionar como actos de abuso -disposición fraudulenta- lo siguiente: La firma de un contrato público con una contraprestación superior al precio real de mercado.

Sin embargo, existe algún sector doctrinal, como p.e. BERNAL PINZÓN, que considera que se encuentra ante una violación de los deberes inherentes al cargo (1965, p.145); posición que no compartimos debido a que el funcionario no realiza una violación de sus deberes, como extralimitación de facultades, sino que, todo lo contrario, aprovecha de los atributos que su posición le da para direccionar el procedimiento contractual a favor del tercero particular. Señalar que el funcionario viola sus deberes, es referirse a que se excede o sale de la esfera de sus atributos para realizar actos que no son propiamente parte de sus funciones.

Por todo ello, se considera -y se reitera- que se encuentra en un acto de abuso de funciones. Otro ejemplo de abuso de funciones en el ámbito de las contrataciones públicas, nos lo da Carlos Guillermo CASTRO CUENCA:

> "[…] *se contrata ya con la previsión de modificaciones posteriores (abuso de facultades), lo que permite presentar ofertas a la baja, defraudando las reglas de la libre e igual competencia*" (2012, p.208).

Finalmente, se debe señalar que el aporte de cada uno de los sujetos públicos al desarrollo del proceso contractual es sin lugar a dudas relevante para la comisión delictiva. Así, si se encuentra en un contexto marcadamente delictivo, p.e. organizaciones criminales, los funcionarios que participan en la misma deberán ser considerados como autores de acuerdo a su aporte en el marco de sus competencias, por lo que no podrán eximírseles de responsabilidad en el entendido de que actuaron bajo el principio de confianza o prohibición de regreso, toda vez que sin su aporte no se podría perfeccionar la comisión delictiva, p.e. no se puede indicar que el superior actuó como si fuese un mesa de partes al continuar con el desarrollo del proceso a través de la emisión de un oficio o informe, o que el alcalde firmó un documento (contrato) porque contaba con el visto bueno de otras áreas. Cada uno dentro del proceso administrativo brinda un aporte - por más mínimo que sea- sin el cual el proceso no puede continuar su curso.

“Así, p.e. la Gerente de Administración y Finanzas de una institución pública solo puede continuar con el trámite del proceso de contratación si la información o documentación remitida por la Subgerencia de Logística es pertinente y cumple con lo establecido normativamente, caso contrario no puede continuar con el proceso de selección (direccionar), por lo que responderá penalmente si continúa con el proceso en el entendido que es producto de una concertación ilícita con el empresario; no siendo admisible la aplicación del principio de confianza, debido a que con su conducta dejó de cumplir con su rol de Gerente de Administración y Finanzas” (MARTÍNEZ, 2019, p.49).

Sobre este punto, es importante destacar lo que señala García Cavero que:

> “*La realización de una conducta estereotipada no implica siempre la exclusión de tipicidad objetiva del hecho, pues sería un fácil argumento para cualquier interviniente en el delito decir que siempre realiza prestaciones similares aunque en contextos no delictivos (taxista, médico, etc.). En este sentido, una conducta neutral (en el caso analizado: el servicio de transporte) deja de serlo si entra en un contexto marcadamente delictivo, es decir, si el interviniente adapta su prestación específicamente para contribuir a la realización del hecho delictivo. La conducta neutral pierde su significación de neutral en función del contexto claramente delictivo*” (2005, pp.70-71).

En igual sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha comprendido este sentido para la exclusión del principio de confianza, conforme a la Casación Nº 1546-2019, Piura:

> “*El análisis de la aplicación del principio de confianza exige, desde luego, que no se presenten determinadas circunstancias que la excluyen, tales como, entre otras, cuando resulta evidente que uno de los intervinientes en el hecho realizó una conducta*

> *que defrauda las expectativas de su actuación conforme a Derecho*".

En tal sentido, eximir de responsabilidad al funcionario público bajo el supuesto de que actuó en base al principio de confianza no resulta acertado, toda vez que su actuar fue direccionado conforme al plan delictivo de la organización para contratar sin cumplir con lo normatividad pertinente.

5.- CONTRATACIÓN PÚBLICA

El siguiente elemento objetivo del tipo a analizar es el contrato público. El objeto del delito de colusión, conforme el art. 384° CP es el contrato administrativo (por todos, CASTRO, 2011, p.52) o civil (arrendamiento, permuta, compra-venta, etc.) (BENAVIDES, 2016, p.178).

Al respecto, conforme se señalará líneas atrás, una de las relevancias del tipo penal de colusión, a diferencia de otros delitos en el marco de la corrupción, es el contexto sobre el que se realiza la acción delictiva, cual es en el marco de la contratación, la cual tiene una elevada importancia en el presupuesto de cada país, y por ende en la sociedad, de ahí la necesidad de intervención penal.

Por referirnos al valor que tiene las contrataciones para un Estado, señala literalmente lo referente al mismo en el Informe sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea 2014:

> *"La contratación pública es un elemento importante de las economías nacionales de la UE. Las autoridades y los entes de Derecho público gastan cada año aproximadamente una quinta parte del PIB de la UE en la adquisición de bienes, obras y servicios. Alrededor del 20 % de ese total se destina a contratación pública que supera los umbrales por encima de los cuales se aplican normas de contratación pública de la UE. La Comisión estima que el valor total de las licitaciones por encima*

> *de los umbrales de la UE ascendió a unos 425 000 millones EUR en 2011". Y más aún es su relevancia si el mismo informe estable los costes de la corrupción en el ámbito de las contrataciones públicas: "Un estudio de 2013 sobre la detección y reducción de la corrupción en la contratación pública en la UE concluyó que, en 2010, los costes directos totales de la corrupción en la contratación pública de solo cinco sectores (carreteras y ferrocarriles; agua y residuos; construcción y equipamientos; formación e investigación y desarrollo) en ocho Estados miembros oscilaron entre 1 400 millones EUR y 2 200 millones EUR"* (2014:23).

En el Perú, por ejemplo, las adquisiciones públicas del año 2017 sobrepasaron los 15 mil millones de soles, que equivalían al 10% del Producto Bruto Interno (PBI) y a más del 25% del presupuesto del gobierno para el mismo año, Ello se puede apreciar en el Plan Estratégico de Contrataciones Públicas del Estado Peruano, realizado por el Organismos Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Sin lugar a dudas, resulta legitimada la intromisión penal en la corrupción vinculada a las contrataciones públicas, y con ello queda por establecer de forma adecuada cuál es la esfera de los contratos públicos que interesan al ordenamiento penal, a fin de no tener vacíos en su concepto que puedan generar impunidad.

En tal sentido, se comprende por contrato público a toda operación estatal realizada en el mercado vinculado la ejecución de obras y realización de servicios estando en juego el patrimonio del Estado, RODRÍGUEZ menciona el carácter patrimonial que debe poseer el contrato público (2002, p.265). También, precisa ello CASTILLO (2008, p.161).

así lo entendió la Corte Suprema de Justicia, en el expediente N° 27-2003-A.V.:

> "*Por lo que los contratos que se encuentran amparado en cuanto tutela penal por el delito de Colusión ilegal son los contratos administrativos que suscriben la entidad estatal que poseen naturaleza patrimonial o económica*" (HUAMÁN, 2014, p.143).

Igualmente, hace referencia al carácter económico que debe poseer el acto contractual CATALÁN SENDER, quien señala que:

> "*Por ello, entendemos que la expresión para defraudar da a entender que el contrato o negocio debe tener una ventaja o contenido económico, pues si no lo tuviere (por ejemplo: prestación de servicios por parte de un edil o familiares del mismo, de forma esporádica, como Aparejador sin retribución de ningún tipo, por ser vecino o haber nacido en el Municipio) no sería subsumible tal conducta en el tipo penal aquí estudiado, ni por parte de la autoridad o funcionario ni por parte de la persona que desinteresadamente prestó el servicio*" (1998, p.83).

Normalmente, para dicho fin la administración pública hace uso de los mecanismos de licitación, concurso de precios, subastas, entre otras; sentido asumido por GARCÍA (2008, pp.24-25) y PORTOCARRERO (1997, p.155).

Asimismo, los requisitos y el procedimiento para el acto de contratación pública se encuentran regulado en la Ley de Contrataciones del Estado Perú (Ley N° 30225 y Decreto Supremo N° 056-2017-EF); sin embargo, no somos del criterio de que estas leyes sean los únicos instrumentos de donde pueda derivarse todo el abanico de procesos de contratación pública, como así lo entienden algunos autores (MORILLAS, 2011, p.989), como señala CASTRO MORENO, existe determinadas formas de contratación que quedan excluidas de la Ley de Contratos del Sector Público como por ejemplo los Convenios (2011, pp.54-55).

De la misma forma, si bien los contratos públicos cuentan con una elevada formalización para su perfeccionamiento, se considera que el contrato -como

un tipo de acto jurídico- puede realizarse de forma oral o escrita, siempre y cuando vinculen al Estado con dicha operación, posición distinta, REYNA (2004, p.71) e, igualmente, ROJAS al señalar que: “Los contratos en los que interviene el Estado son necesariamente acuerdos escritos o formalizados” (2007, p.417); tratar de limitar la posibilidad de la interpretación del contrato daría pie a la posibilidad de generar espacios de impunidad, pues muchas veces la corrupción se realiza en el marco de todo un engranaje de organizaciones delictivas de corrupción dentro del Estado, que posibilitan determinadas actividades contractuales que no cumplen -necesariamente- con todas las formalidades administrativas. En un sentido similar, haciendo referencia al concepto propio de contrato por parte del Derecho Penal, PEÑA CABRERA (2016, p.303).

Por otro lado, acorde con lo ya señalado *ut supra*, la actividad contractual relevante jurídico-penalmente inmiscuye todas las etapas: “aspecto interno de la corrupción (preparación del proceso y elaboración de las bases), aspecto adjetivo de la corrupción (proceso y selección) y aspecto material del contrato (ejecución del contrato)” (MARTÍNEZ, 2019, p.158). Considera también como fase contractual a la ejecución GARCÍA (2008:25). Hace mención a las fases del acto contractual CATALÁN (1998:81). Asimismo, señala VIZUETA que: “No importa la modalidad de contrato público en cuyo ámbito se lleve a cabo la acción típica. Tampoco la fase del contrato –preparación, adjudicación o ejecución- en la que haya de intervenir el funcionario público” (2013, p.278).

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia estableció que el concierto se puede realizar en cualquier de las fases de la contratación pública, así en el Recurso de Nulidad N° 1527-2016, Del Santa:

> “(…) *pues el concierto en los marcos de una contratación pública se puede producir durante todo el procedimiento de adquisición, que implica el acto de la toma de la decisión para adquirir determinados bienes, el acto de adquisición y celebración del contrato, el acto de consolidación de la misma, el acto de entrega*

> *y de control de lo adquirido y, finalmente, el acto de validación o confirmación de lo adquirido y ulterior pago final del producto*".

A la par de lo antes mencionado, y a efectos de la prevención y represión penal de estos actos de corrupción, las políticas públicas contra la corrupción deberían priorizar sus enfoques a determinados contexto en los cuales se generan los grandes actos de corrupción. Como ya lo han establecido estudios criminológicos, se pueden apreciar en megaproyectos, como certámenes deportivos, la extracción de minerales a gran escala, entre otros; utilizando para ello como modus operandi la exigencia de requisitos previos innecesarios, modelos predeterminados en el acuerdo, o a través de burocratización del proceso de contratación pública (CASTRO, 2012, pp.190-191).

Otros indicadores que pueden servir para una adecuada lucha contra actos de corrupción en las contrataciones públicas, se encuentra en las formas del procedimiento administrativo, así se tiene que existe un elevado nivel de corrupción en la contratación directa (licitación privada en Italia, el procedimiento negociado en España o la contratación directa en algunos países de Latinoamérica, como el Perú) por su falta de publicidad y libre concurrencia de competidores, la cual tiende a dar facilidades para el direccionamiento por parte del funcionario a favor del tercero interesado; también se tienen el fraccionamiento de los contratos públicos, al permitir materialmente que se disminuya la cuantía y así eludir algunos requisitos. p.e. la póliza de seguro en caso de incumplimiento contractual; o la modificación unilateral y utilización arbitraria de las prórrogas (CASTRO, 2012, pp.202 y ss.).

Como indica la maestra JAREÑO LEAL:

> "*Una de las conductas más frecuentes en relación con esta modalidad es realizar un fraccionamiento de contratos para evitar que con uno sólo se supere la cifra económica que permite*

> *la adjudicación directa, pues en ese caso hay que seguir procedimientos de concurso más complejos*" (2017, p.3).

Sobre lo antes mencionado, se tiene que la Defensoría del Pueblo señaló en Informe Defensorial N.º 168 algunas prácticas sobre los típico actos delictivos de colusión en el Perú (2014, pp.54-55)., siendo las más importantes:

> *"1. Adecuación de bases en contrataciones públicas a postulante específico,*
> *2. Fraccionamiento en la contratación de bienes, servicios y ejecución de obras para evitar procesos de selección,*
> *3. Manipulación de términos de referencia de contratación de personal,*
> *4. Licitaciones de obra o servicios en los que, después de su otorgamiento y/o ejecución, se generan adendas con el fin de evitar nuevos procesos de selección,*
> *5. Generación de falsas necesidades (pasar servicios simples como refacciones),*
> *6. Exclusión arbitraria de empresa en proceso de adjudicación por Colusión con postor ganador,*
> *7. Carrusel de entidades para alternar buenas pro,*
> *8. Suplantación de funcionario que integra el Comité Especial de procesos de selección,*
> *9. Presentación de documentación incompleta de parte de ganador de buena pro,*
> *10. Irregularidades en la carta fianza solicitada en contrataciones,*
> *11. Otorgamiento de buena pro obviando pasos requeridos por ley,*
> *12. Contrataciones y adquisiciones otorgadas a postores con documentación falsa o no vigente,*
> *13. Concertación para no solicitar a postor ganador la carta fianza cuando es requerida,*

> *14. Otorgamiento de buenas pro a empresas ligadas a funcionarios salientes,*
> *15. Postores ligados familia,*
> *16. Otorgamiento de buena pro a postor que ofreció servicio más caro o sin requerimientos técnicos mínimos solicitados,*
> *17. Cobro por servicio u obras sin entregarlo o ejecutarlo en su totalidad,*
> *18. **Ejecución de obras ficticias,***
> *19. Conformidad con entrega de obras sin cumplir especificación técnica de las bases,*
> *20. Sobrevaloración de obras o servicios y pago en exceso a proveedores, y,*
> *21. Acuerdos con ejecutores de obras o servicios para no aplicar penalidades ante incumplimientos en contrato."*

En tal sentido, el contrato público en la colusión puede darse por la ejecución de obras ficticias o por la compra de bienes que son inutilizables, pues ambas conductas afectan la expectativa social salvaguardada a través de la sanción de la colusión, cual es que los sujetos públicos competentes, a quienes se les ha confiado la administración, en el marco de contrataciones públicas, no abusarán de sus facultades concertándose con tercero interesados (MARTÍNEZ, 2016, pp. 90 y ss.). Por citar un ejemplo, se tiene la Ejecutoria Suprema, Expediente N.º 1559–2001–Apurímac, del 04 de junio de 2002, citada por SALINAS (2014:273):

> "*La conducta del encausado se encuentra tipificada en el delito de concusión en su modalidad de Colusión desleal, en razón de que se le incrimina, en su condición de alcalde, haber adquirido bienes sin la respectiva cotización y sin que exista el cuadro comparativo que para estos casos se exige, con el agregado de que los mismos se encontraban sobrevalorados y en algunos casos inoperativos (…); sin embargo, se ha cancelado por tales trabajos*".

De lo que se desprende que objetivamente tiene el mismo sentido comprar bienes inutilizables o inoperativos, que contratar a un proveedor para que ejecute una obra que previamente ya estaba realizada, ambos hechos afectan la expectativa vinculada al funcionario -y proveedor- sobre sus deberes dentro del proceso de contratación (MARTÍNEZ, 2017, p.273). En su momento precise el rol del participe necesario en la colusión (particular interesado), propiniendo una modificación delege ferenda para que, al igual que en el cohecho, responsa penalmente a título de autor, debido a que su no inclusión genera espacios para la impunidad (MARTÍNEZ, 2017ª, p.120).

"Sobre el ámbito de la actividad contractual, se ha considerado más acertado la nueva regulación del delito de colusión, pues en la anterior regulación establecía una serie de formas contractuales que dejaban fuera de las mismas a modalidades de actos jurídicos relevantes para el patrimonio del Estado" (MARTÍNEZ, 2017, p.273).

Así, se mencionaba como modalidades las licitaciones, suministros, subastas, etc., generando vacíos que podrían haber originado la impunidad injustificadamente sobre actos jurídicos que son propiamente contrataciones públicas y que no estaban mencionadas en el tipo penal. Muy crítico con la anterior regulación en el Código penal español, similar al caso peruano, POLAINO NAVARRETE:

> "*No tiene sentido mencionar las "modalidades" de contratación, como si de ellas se derivada alguna relevancia penal. Y aún más absurda si cabe es la referencia positiva a los actos de las modalidades de la contratación pública. El inoportuno circunloquio legal contribuye sólo a dificultar la determinación del sentido de la norma y la delimitación de la materia de la prohibición*" (1997, p.419).

Por ello, se considera acertada la regulación actual que circunscribe el objeto sobre el que recae la acción ilícita: contrataciones públicas de forma genérica.

Cabe mencionar que a nivel comparado se puede observar en el CP de España que, señala sobre el delito bajo estudio que, puede desarrollarse, además, en las liquidaciones de efectos o los haberes públicos. Como primer punto se entiende por liquidar, al acto de saldar cuentas, pagar enteramente una deuda; es decir, y para efectos del precepto, hacer un ajuste final de efectos o haberes públicos (MORILLAS, 2011, p.989).

Al respecto, hubo una problemática sobre la posibilidad de que los impuestos encajaran en el término de la liquidación de los haberes, situación que fue zanjada por el Tribunal Supremo español, en su sentencia de 16 de febrero de 1995:

> "[…] *Entendemos que la liquidación de un impuesto encaja en el supuesto de liquidación de haberes públicos, pues esta última expresión (haberes públicos) no tiene que entenderse reducida, como parece pretender el recurrente, a los sueldos de los funcionarios. Hay otra aceptación de la palabra "haber", usada habitualmente en plural (haberes) que es la primera que aparece en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, referida a "hacienda, caudal, conjunto de bienes que pertenecen a una persona natural o jurídica", es decir, lo que constituye el patrimonio de alguien. Entendemos que es claro que los derechos que corresponden a una persona forman parte, según tal aceptación, de sus haberes. Haberes públicos sería algo así como el conjunto de derechos de contenido patrimonial que corresponden a una persona pública. Desde luego, los impuestos que cobra esa persona pública forman parte de sus haberes y en tal sentido hemos de decir que la liquidación de un impuesto de plusvalía constituye una liquidación concerniente a los haberes públicos del municipio correspondiente*".

Por su parte, el Código penal peruano hace mención, en cuanto al ámbito de la contratación pública, a "cualquier operación a cargo del Estado", operación que debe poseer un carácter económico (SERRANO y SERRANO, 2007,

p.832), como la liquidación, expropiación, subasta, entre otros; ampliando las actividades del Estado que no se limiten al contrato en el sentido estrictamente jurídico (ABANTO, 2003, p.312).

Sobre el citado aspecto, si bien las otras operaciones no son contratos en sentido estricto, sí deben ser actividades semejantes a la misma (GARCÍA, 2008, p.27), donde esté en juego el patrimonio del Estado, de ahí que cuente con relevancia suficiente para poder ser protegido jurídico-penalmente.

Un buen caso de una operación que no es propiamente un contrato se encuentra en los contextos de crisis económica, donde el Estado realiza actos de salvataje financieros a favor de los Bancos. En el Perú se aprecia el caso emblemático del salvataje al Banco Wiese. El cual no es un contrato público de relevancia para el delito de colusión, como menciona GARCÍA CAVERO, debido a que:

> "[…] *no se trata de operaciones realizadas en el marco de un proceso de selección para adquisición de bienes o servicios requeridos por la Administración*" (2008, p.31).

También precisa, GARCÍA que en estos casos no se está ante un delito de Colusión, debido a que se estaría extendiendo en demasía el elemento normativo "cualquier operación" (2008, p.31). Igualmente considera CASTILLO que: "[…] queda claro, que la referencia a cualquier otra operación semejante debe interpretarse sobre la base de diversos negocios jurídicos en los que el estado interviene como agente económico para la compraventa de bienes o la intermediación de servicios" (2008, p.171).

Por otra parte, se debe mencionar, que dentro del contrato público se incluye no sólo los gastos que realiza el Estado, sino también los ingresos que pueda tener por la prestación de un servicio o la venta de un bien (alquiler, venta, concesiones, etc.). Comparte este parecer CASTRO MORENO al indicar que:

> "*Con la mención a las contrataciones y a las liquidaciones el legislador pretende cubrir tanto el espectro del gasto ("contrataciones"), como el relativo a ingresos ("liquidaciones")*" (2011, p.52).

Igualmente, PRIETO menciona la enajenación irregular del patrimonio público, que dudosamente favorecen al interés público (2008, p.102).

Ello es así, pues en dichas actividades igualmente está en juego el patrimonio público, que no debe ser entendido de forma estable o pasiva, sino dinámica, en el sentido de ingresos que pueda adquirir el Estado por participar en el mercado. De este parecer, GARCÍA (2015, p.1097).

Lo mencionado queda respaldado con la sentencia de nuestra Suprema corte (en el Recurso de Nulidad Nº 79-2003 - Madre de Dios, de fecha 15 de febrero de 2005) que estableció que en el supuesto de alquiler de bienes, específicamente, el alquiler de los aviones Fokker (pertenecientes a las Fuerzas Armadas) por parte del Estado, es factible la comprensión del delito de colusión. En tal sentido, menciona CASTRO MORENO:

> "(…) *tendría cabida los supuestos en los que el funcionario público o autoridad se concierta con terceros para venderles bienes de la administración en condiciones ventajosas, defraudando de este modo los intereses públicos*" (2011, p.1624).

Asume, también, la posibilidad de colusión en la venta de bienes por parte del Estado QUINTERO OLIVARES, así menciona:

> "*El concepto de contratación pública alcanza a todas las modalidades de selección de prestadores de servicios o suministros a la Administración o adjudicaciones de uso o contratos de cualquier clase (concurso, adjudicaciones directas,*

> *compras, venta de bienes públicos, o cualquier otra)* (2016, p.431)".

"Además, se tiene que ya en el anterior Código penal peruano se encontraba regulado dentro del delito colusión la figura de la subasta, la cual está referida a la venta pública de bienes, que generan un ingreso para el Estado, con ello pues se tiene que el sentido del mensaje normativo en la colusión también está referido a ingresos económicos para el Estado, y no sólo a egresos" (MARTÍNEZ, 2017, p.75).

Todo lo antes mencionado queda plenamente respaldado, en el caso peruano, con lo regulado en el art. 76° de nuestra Carta Magna que, de forma literal, indica:

> "*Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o enajenación de bienes*".

Con ello queda sentada la relevancia que tiene para la sociedad la protección de las expectativas que se tiene sobre el desarrollo del funcionario y el particular en el contrato público, no sólo limitado a los egresos económicos del Estado, sino también a los ingresos que pueda obtener.

Como se puede observar la regulación en el ámbito de la contratación ha tenido en el delito de colusión una especial incidencia. Así, el sentido del delito de colusión es circunscribir su actuar delictivo en la contratación pública y las implicancias que la misma tiene en la sociedad. Ya el Tribunal Constitucional en la sentencia en el Exp. N° 00017-2011-PI/TC-Lima, precisó el ámbito donde se desenvuelve la colusión, cual es la contratación pública.

A.- ¿CONTRATACIÓN DE PERSONAL COMO DELITO DE COLUSIÓN?

En el contrato de personal, p. e., un contrato CAS o 728, no se encuadra en dentro de la figura del contrato para el delito de colusión, debido a que la relación entre funcionario representante del Estado y postulante culminará en una situación de dependencia, regulado en la legislación laboral. Ello, a diferencia del delito de colusión, donde las partes ingresan al mercado en igual condición (ofertante y demandante). ROJAS VARGAS también considera que no se circunscribe dentro del radio de contrataciones a las vinculadas al contrato personal, pero indicando que es difícil verificar un perjuicio defraudatorio para el Estado (2007, p.415).

Además, no se debe olvidar que la contratación de personal genera una serie de derechos que no pueden ser equiparados a las consecuencias que genera la adquisición de un bien o la realización de un servicio, tomando para ello lo establecido en la Ley de Contrataciones con el Estado.

Por ello, si dos personas conciertan para obtener un contrato de personal (p.e. un nombramiento), se estaría hablando de un delito de negociación indebida, donde ambos sujetos, conforme a su aporte para la comisión del hecho ilícito, resultaran responsables penalmente.

B.- COMENTARIOS A LA CASACIÓN N° 430–2015–LIMA. CONTRATACIÓN PÚBLICA FICTICIA: ¿DELITO DE PECULADO O COLUSIÓN?

B.1.- INTRODUCCIÓN

Con fecha 28 de junio de 2016, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú emitió la Casación N.º 430–2015–Lima, relacionada al análisis de la contratación pública ficticia, a fin de determinar si se encuentra –en los hechos analizados por la misma– ante un delito de colusión o peculado doloso.

En tal sentido, la postura de la Corte Suprema de Justicia es que se encuentra ante un delito de Peculado cuando un proceso administrativo tiene como

sustento un contrato público ficticio, lo cual – sin lugar a dudas– resulta relevante por lo que desencadena al momento de establecer los ámbitos de responsabilidad de los sujetos públicos que actúan en las etapas del procedimiento contractual.

En virtud de ello, apreció importante realizar un análisis sobre los fundamentos establecidos por nuestra máxima instancia judicial en la mencionada casación, con el fin de establecer si la contratación ficticia se adecua al delito de Peculado, de tal forma que no se generen vacíos de impunidad, que en el ámbito de las respuestas contra la corrupción, exigidas por la ciudadanía, resultan muy reprochables. Sobre la situación de la corrupción en el Perú véase MARTÍNEZ (2015, pp.381 y ss.).

B.2.- HECHOS MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

“Los hechos relacionados a la casación N.º 430–2015–Lima, parten del sustento de la acusación del Ministerio Público a funcionarios de la Municipalidad de Jesús María, imputando a uno calidad de autor y a otros calidad de cómplices primarios del delito de Peculado doloso por apropiación, al simular dos procedimientos de contrataciones de servicios, una referida al mantenimiento de veredas y otra al servicio de mano de obra general para el mantenimiento del parque Barnechea, servicios que no fueron ejecutados por sus proveedores, para lo cual se valieron de toda una estrategia ilegal que permitió que a través de funcionarios ediles y supuestos proveedores también denunciados se apropien para sí y para terceros de recursos públicos mediante la modalidad de contratación de bienes y servicios ficticios cuyos montos no debían superar las tres unidades impositivas tributarias, es decir, los diez mil novecientos cincuenta soles, ello con la finalidad de eludir las formalidades y controles propios de los procesos de selección establecidas por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado” (MARTÍNEZ, 2017, pp.267-268).

“Para ello el área usuaria elaboró el requerimiento, los términos de referencias y las especificaciones técnicas. Posteriormente, la subgerencia de logística

realizó las cotizaciones pertinentes y formalizar la orden de servicio, que contó con el visto bueno de la Gerencia de administración. Debiendo indicar que para el proceso administrativo se requirió los siguientes documentos: La hoja de requerimiento, orden de servicio, CONSUCODE proveedor, consulta del RUC del proveedor, autorización del comprobante de pago del proveedor, conformidad del bien y servicio, factura o boleta de venta, comprobante de pago, cheque y DNI del proveedor" (MARTÍNEZ, 2017, p.268).

Finalmente, para efectuar el pago al proveedor, la Subgerencia de Logística debió enviar a la Subgerencia de Finanzas los documentos pertinentes. Además, quedó acreditado que no se realizó ninguno de los dos servicios.

"Menciona la Corte Suprema de Justicia sobre este punto que la pretensión del Ministerio Público partió de la tesis de un marco de contratación inexistente, falaz y estructurada con la única finalidad de apropiarse de fondos públicos, en cuyo ámbito se desarrollan las conductas imputadas a los acusados (MARTÍNEZ, 2017, p.268)".

En tanto, la Sala de Apelaciones no varió la atribución de hechos, pero sugirió una indebida tipicidad de los hechos, orientando la adecuación al delito de colusión.

Finalmente, la Corte Suprema señaló que la tesis sobre los hechos:

> "*[H]ace referencia a una contratación ficticia, no propia del delito de Colusión, en que se sanciona al funcionario público dentro de un proceso de contratación real, necesario y dentro de éste se efectúan acuerdos perjudiciales al Estado; en este caso (Colusión), la contratación pública es real y es el espacio en el que el funcionario infringen su rol. VIGÉSIMO SÉPTIMO. Ahora bien, cuando el proceso de contratación pública es inexistente porque la simulación de tal acto tiene como propósito la apropiación mediante este ardid de fondos públicos, hallándose los funcionarios en mención en vínculo directo con la*

> *administración de los mismos, los hechos no pueden corresponder al delito de Colusión*."

B.3.- <u>DESARROLLO</u>

"Establecida unas pautas generales sobre la contratación pública, se debe señalar que existen determinados ámbitos de la Administración Pública que son muy sensibles a la posibilidad de que los funcionarios hagan abuso de sus facultades y terminen afectando gravemente la funcionalidad del dicho ámbito, específicamente el de las contrataciones públicas" (MARTÍNEZ, 2017, p.276).

"Ante tal situación, existen dos formas de intervenir: preventiva y represiva. En la vertiente represiva, se tiene la enérgica respuesta del Derecho penal, la cual a su vez resulta la más drástica. Así, dentro del Código penal peruano existen algunos tipos penales vinculados concretamente al ámbito de las contrataciones, uno donde para la configuración del ilícito se requiere de la convergencia de dos conductas con una unidad de sentido, cual es la colusión (art. 384 CP)" (MARTÍNEZ, 2017a, p.114); y ello se debe a que para el injusto el autor –directa o indirectamente– debe tener un vínculo con el objeto del delito, que es el contrato. Sobre lo último, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Nulidad N.º 1318– 2012–Lima, ha señalado:

> "*En este contexto, no es autor de este delito cualquier funcionario, sino solo aquellos que participen en esos procesos de contratación pública u otros señalados en el tipo penal, siendo el delito de naturaleza defraudatoria*" (PARIONA, 2017, p.63).

"Asimismo, sobre el delito de colusión, se considera pertinente señalar que lo relevante en la constitución del sujeto activo no es la calidad de funcionario o servidor público en sí, sino la competencia que vincule al funcionario con el objeto material del delito, cual es la actividad administrativa vinculada con el contrato público, de tal forma que pueda ligar administrativamente al Estado"

(MARTÍNEZ, 2019, p.172). Así, en su momento señalaba, ABANTO VÁSQUEZ que:

> "*Con los términos "contratos" y "suministros" el tipo penal sitúa el marco en el cual se va a cometer la conducta defraudatoria del sujeto activo*" (ABANTO, 2003, p.312).

"Por ende, aquellos funcionarios, que tengan posibilidad material de intervenir en contratos administrativos, mas no forma parte de sus atribuciones, no serán sujetos activos, sino extraneus del mismo" (MARTÍNEZ, 2017a, pp.118-119).

En tanto que en el delito de Peculado lo que se requiere es que el funcionario público posea una relación determinada, por razón de su cargo, con el bien, apropiándose o utilizando específicamente caudales o efectos que se encuentran en su posesión de forma inmediata o mediata, en virtud a las obligaciones o facultades de su posición en la institución, es decir que disponga de ellos. En relación a estos alcances, la misma Corte Suprema de Justicia en la Casación N.º 160–2014–Santa, de fecha 04 de noviembre de 2016, ha indicado:

> "*En el delito de Peculado solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de la relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en percepción, custodia o administración las cosas (caudales o efectos)*".

Para mencionar más adelante que:

> "(…) *los agentes deben tener poder de vigilancia y control sobre los caudales o bienes pertenecientes al Estado (…) el sujeto activo es el único que puede violar un deber específico del cargo*

> *y únicamente puede darse cuando la entrega de los bienes quede comprendida en la competencia propia de aquel*".

De ello se puede apreciar que, para la cuestión del delito de peculado, el funcionario público debe tener una relación directa o funcional sobre los caudales o efectos, disponiendo de los mismos, de tal forma que el deber resulta específico, excluyendo a terceros, para posteriormente apropiarse o utilizar los bienes públicos. Además, no se establece en el tipo penal, como requisito para su configuración, el elemento contrato público, como sí lo establece de forma específica el tipo de colusión, lo cual sin lugar a dudas fue ideado para sancionar a los sujetos que intervienen en el proceso contractual.

Una vez señalado los ámbitos donde se desarrolla de la colusión y peculado, se considera que en el caso en comentario sobre la Casación Nº 430–2015–Lima, al encontrarnos en el espacio de contratos públicos, configura un delito de colusión, dada la especificidad con que se regula la misma y los ámbitos de competencia sobre el objeto del delito (contrato público), la que debe primar, por más que la contratación sea ficticia debido a que no se iba a cumplir el objetivo por parte de los terceros interesados (proveedores), al ya encontrarse ejecutada la obra. Debiendo resaltar que, las exigencias sociales han determinado que se sancione la conducta del funcionario en un contrato público por sus efectos dañinos para las instituciones estatales.

Además, se considera primordial establecer que dentro de un proceso de contratación pública no se tiene la posibilidad de la administración directa de los fondos públicos por algún funcionario o servidor público; ello debido a que, el proceso de contratación pública cuenta con varias fases (elaboración de bases, elección de proveedor, ejecución de la obra o servicio, etc.), por lo que, "son varios los funcionarios que por su competencia participan de la misma, sin que ninguno administre de forma directa el patrimonio estatal; p.e., el comité de selección no administra directamente el patrimonio del Estado, menos aún el área usuaria cuando brinda la conformidad del servicio, pues no realiza la cancelación del pago del servicio directamente, sino que el área de administración, con dicha conformidad, procede al pago, previa revisión de

otros documentos (verificar que no haya penalidad, etc.)" (MARTÍNEZ, 2019, p.174).

Por lo tanto, no resulta correcto afirmar que dentro de un proceso de contratación pública se encuentra ante un delito de Peculado cuando el contrato sea ficticio, pues ninguno de los funcionarios que participa dentro del proceso de contratación cuenta con competencia directa y excluyente sobre la administración del patrimonio del Estado -no depender de terceros para administrar los fondos públicos-, sino que se encuentra dentro de un delito de colusión, debido a que el legislador ha considerado pertinente -y de forma específica- sancionar a todo funcionario que se concierta con el tercero interesado para favorecer en el proceso de contratación, por el desvalor que de por sí tiene -en el presente contexto social- que un funcionario se desvíe de sus funciones en el contrato público.

Ello queda corroborado en la praxis, si conforme el Informe Defensorial Nº 168 de la Defensoría del Pueblo ya citado, las prácticas más comunes en el delito de colusión son: el cobro por obras ejecutadas parcialmente o no ejecutadas (obras ficticias) o servicios no realizados (servicios ficticios) (MARTÍNEZ, 2017a, pp.118-119). Tal es el sentido configurativo de la colusión que, los sujetos públicos competentes en el proceso contractual, que direccionan su conducta para favorecer al tercero interesado producto del acuerdo ilícito, resultarían responsables.

Dichas prácticas colusorias fueron advertidas por la catedrática, y especialista en delitos de corrupción y contratación pública, JAREÑO LEAL, al mencionar sobre el problema planteado que:

> "*En los fraudes [delito de Colusión] se trata muchas veces de casos en que el plan consiste en constituir empresas ficticias con ayuda de terceros, o en encargar a dichos terceros la realización de determinados servicios que también son ficticios, con lo que se llevan a cabo hechos dirigidos al objetivo final de enriquecerse*" (JAREÑO, 2015, p.91).

“En tal sentido, conforme al panorama de las fases de la actividad de la contratación pública, el sujeto activo no es sólo el funcionario o servidor público que decide la adjudicación del contrato administrativo (la buena pro), sino todo aquel que tenga relación directa o indirecta con la contratación pública a través de sus actividades funcionariales” (MARTÍNEZ, 2019, p.175).

Esta concepción ha sido asumida por los profesores SUÁREZ–MIRA RODRÍGUEZ et al., quienes manifiestan que:

> “(…) *se acepta que su intervención tenga lugar por medio de otros actos (informes, peritajes, calificaciones, etc.)*” (2011, p.536).

“Así, p.e., es sujeto activo aquel funcionario o servidor público encargado de emitir un informe sobre el expediente técnico del concurso para la contratación pública que se concierta con el particular interesado para redireccionar las bases administrativas o el funcionario encargado de supervisar el cumplimiento del contrato público por parte del particular, acorde a lo establecido en las cláusulas del contrato, quien previa concertación con el interesado da el visto bueno del cumplimiento de la ejecución contractual cuando en realidad no es así” (MARTÍNEZ, 2019, p.176).

Igualmente, el área usuaria que requiere a través de una contratación pública que se realice un servicio que de antemano conoce no se ejecutará porque el servicio ya se encuentra realizado, dando en la fase de ejecución la conformidad de un servicio que nunca se ejecutó.

Situación que no se puede apreciar en el delito de peculado, donde el funcionario tiene que tener dentro de su ámbito (esfera de disposición) los efectos o caudales públicos de forma que con su solo actuar se puede decidir que se hace o no con los bienes, no dependiendo de otro funcionario la administración del patrimonio estatal. Circunstancia que no se observa en un

proceso contractual público, donde los intervinientes no administran directamente el patrimonio estatal.

En tal sentido, que en un proceso de contratación pública, como la planteaba en el presente caso, el funcionario, como área usuaria, que requiera un servicio con pleno conocimiento de que no se ejecutará, pues ya se encuentra realizado, no podría ser imputado por un delito de peculado, pues cuando el mismo solicita la realización de un proceso administrativo de contratación pública, su esfera de manejo sobre el bien público pasa a otro funcionario (área de logística, área de finanzas, por ejemplo), quienes continuarán con el procedimiento contractual, por lo que en este caso el elemento requerido para el delito de Peculado desaparecería (administración directa y excluyente), no existiendo así un verdadero manejo específico de los efectos y caudales por parte del sujeto activo.

Una interpretación en el sentido de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia genera vacíos de punibilidad, como el desarrollado por la Sala Penal de Apelaciones del Callao, en la Resolución N.º 42, del 16 de agosto de 2016, Registro N.º 00934–2014–8–0701–JR– PE–01, donde se imputó al Gerente General del Comité de administración del Fondo Educativo del Callao haber pretendido apropiarse del patrimonio público, a través de poner en marcha una serie de actos administrativos como son:

> "*a) Aprobar el Expediente de actividad Mantenimiento de la Cancha Deportiva y el Área Recreativa en la Escuela de Talentos disponiendo de fondos públicos para dicha finalidad por un monto de S/. 358.354.98 Nuevos Soles; b) Solicitar que dicha actividad se incorpore en el Plan Institucional de Apertura –2013; c) Aprobar el Presupuesto Analítico Desagregado; d) Aprobar los Términos de Referencia; e) Aprobar las Especificaciones Técnicas; f) Designar al Comité Especial; g) Aprobar las Especificaciones Técnicas; i) Aprobar las Bases Administrativas, con la finalidad de que se concretice el proceso de licitación denominado Procedimiento Clásico de Adjudicación Directa*

> *Pública N.º 012013/ CAFED, cuyo objeto fue llevar a cabo el Mantenimiento de la Cancha Deportiva y el Área Recreativa en la Escuela de Talentos, a pesar de que dicha obra ya había sido finalizada mucho antes que se diera inicio a la convocatoria pública, por ende no existía necesidad y/o en su caso la necesidad estaba satisfecha mediante la ejecución del "Servicio de Mantenimiento en la I.E 5143 Escuela de Talentos"; lo cual era de su pleno conocimiento, poniendo en riesgo los fondos públicos ascendente a la suma de S/. 358, 354.98 Nuevos Soles para ser apropiados por estos o en favor de un tercero, no concluyendo su cometido delictivo debido a que de acuerdo a las prioridades establecidas por la alta Dirección del CAFED, se había decidido destinar la partida presupuestal asignada para la realización de obras con más urgencia en otros centros educativos*."

Estableciendo la referida Sala de Apelaciones que no se encontrarían en un proceso regular de contratación, debido a que se pretendía simular el mismo, toda vez que la obra ya había sido ejecutada. En tal sentido, señala que los hechos se encuadran en el delito de peculado, por lo que al momento de aprobar las bases administrativas del procedimiento contractual se encontrarían en una fase que se enmarca en actos preparatorios para la comisión del delito de peculado, pues aún no existía propiamente actos de disposición sobre el patrimonio, ya que recién estaban desarrollando la aprobación de las bases, dando como resultado que los funcionarios que habían participado no cometieron delito alguno, ni siquiera en grado de tentativa.

El ejemplo antes mencionado, sin lugar a dudas genera vacíos de punición que van en contra de lo ya expresado en el Preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por el Estado peruano el 4 de abril de 1997, que señala:

> "*La corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos*".

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Pleno Sentencia 1035/2020, "Caso de la reparación civil a favor del Estado", expediente Nº 00016-2019-PI/TC:

> "*Por ello, corresponde enfatizar que la lucha contra la corrupción en el Estado constitucional se orienta a la preservación del correcto funcionamiento de la administración pública, el fortalecimiento de las instituciones democráticas y el desarrollo integral del país*."

Esta situación, sin lugar a dudas no es la esperada por la sociedad, ni el sentido del injusto del delito de Peculado. Los hechos señalados configuran –propiamente– el delito de colusión.

Así, si se entiende los hechos establecidos en la Resolución de la Sala de Apelaciones del Callao como delito de colusión, en el entendido de que los hechos conforman la ejecución de los acuerdos arribados previamente entre funcionarios y terceros interesados, se comprende que no se requiere para la comisión del mismo que haya una disposición del patrimonio de Estado, sino que en el procedimiento contractual, que formalmente se desarrolla, todos los participantes –dentro del marco de su competencia– serán autores del delito de colusión.

Por ende, si el funcionario del área usuaria de la administración pública solicita un servicio que no se podrá ejecutar porque ya está ejecutado (construir lozas deportivas cuando ya se han construido previamente; mantener veredas en un distrito cuando ya se han realizado, etc.) será autor del delito de colusión, si se desprende que dicho acto se deriva de una concertación con un tercero interesado (proveedor). Compartiendo, nuevamente, lo indicado por JAREÑO LEAL:

> "*De manera que existe un delito de fraudes ilegales (Colusión), y no de negociaciones prohibidas, en el caso de que la empresa en la que participa el funcionario sea una empresa ficticia, y no real, creada exclusivamente para dar cobertura formal a un plan que sólo persigue detraer fondos públicos, sin contraprestación empresarial alguna*" (2015, p.92).

De este modo, la redacción actual del delito de colusión, muy similar a la española (Art. 436° del Código Penal), busca abarcar todas las conductas que se desarrollan en cualquiera de las fases del procedimiento contractual, así lo ha mencionado CASTRO MORENO, al analizar la redacción del delito de fraude funcionarial (colusión):

> "*Dicha limitación, había llevado a la jurisprudencia a declarar ajenos al precepto los supuestos no mencionados en la redacción, lo que ha determinado que el actual artículo 436° CP recurra ahora a una fórmula mucho más general, que permita incriminar todas las formas de intervención en cualquier fase y forma del procedimiento de contrataciones o liquidaciones, que de la nueva redacción se colige que el legislador ha querido que no se le quedara nada en el tintero*" (2011, p.53)

Por lo que, serán pasible de sanción penal, todos aquellos sujetos públicos que se encuentren vinculados directa o indirectamente en las fases del proceso contractual, dentro del ámbito de su competencia.

B.4.- <u>CONCLUSIÓN</u>

Entender las conductas realizadas por funcionarios en el ámbito de un contrato público ficticio como un delito de Peculado, genera vacíos de punibilidad que afectan gravemente a la sociedad, pero principalmente no comprende el sentido del injusto penal del delito de colusión, cual es sancionar las conductas (concertación) en el ámbito de un contrato público. Además,

tratar de encajar la conducta a un delito de Peculado no engloba el sentido del injusto penal, porque ningún interviniente en el proceso de contratación pública (en cualquiera de sus fases) administra directamente (disponer) el patrimonio público, así p.e. el área usuaria al brindar la conformidad del servicio no efectúa inmediatamente el pago a la empresa contratista, sino que existen otros filtros (área de tesorería, etc.) para el pago respectivo. De tal manera que en un proceso contractual participan distintos funcionarios de acuerdo a su ámbito de competencia (área usuaria, logística, finanzas, tesorería, etc.), las cuales no cuentan la disposición directa y excluyente del patrimonio estatal, con lo cual no se estaría propiamente ante un delito de peculado.

Se estaría ante en un delito de colusión en los supuestos donde un funcionario y un tercero acuerdan el direccionamiento de un contrato público a su favor, a fin de brindar un servicio (p. e. ejecutar una obra) que ya está realizada, pues la misma abarca el sentido del delito, al encontrarnos ante un contrato público, donde el proceso administrativo se desarrolla, el cual a su vez queda en el ámbito de competencia de funcionario de otras áreas distintas al del área usuaria, aquí serían responsables penalmente todos aquellos funcionarios que en base a un acuerdo direccionan el contrato público de la empresa a favor del tercero, y donde además esté tercero no ejecutará la obra porque la misma ya está realizada.

Finalmente, empezar el procedimiento administrativo para contratar un servicio que no se ejecutará, es una forma común de utilización del proceso de contratación en el Perú, derivada de un acuerdo previo entre funcionario y tercero interesado, por lo que, se encontraría en un delito de colusión.

6.- CONCERTACIÓN

Como se mencionó, el verbo rector del delito de colusión, viene a ser el término concertar (CÁCERES y CARRIÓN, 2011, p.30). “Del mismo se deriva la relevancia que ha establecido el legislador (sociedad) a la conducta de dos sujetos (funcionario-particular interesado) que acuerdan una actividad contractual ilícita -no acorde con el derecho- en perjuicio de la administración pública como institución necesaria para el adecuado desarrollo social” (MARTÍNEZ, 2020, p.101); por ello, dicha concertación tiene que revestir una serie de particularidades para llegar a tener relevancia jurídico-penal.

En tal sentido, el núcleo del ilícito penal de colusión es la concertación, conforme lo establecido por la Sala Penal Permanente en la Casación N° 661-2016-Piura, de fecha 11 de julio de 2017:

> “*DÉCIMO CUARTO: Debe precisarse que en ambos supuestos [Colusión simple y agravada] el núcleo del comportamiento típico es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios para el Estado*.”

En tanto que, en la Casación Nº 1626-2018-San Martín, la Sala Penal Permanente señala:

> “*10.1. El delito de colusión consiste en la concertación de un funcionario o servidor público (que intervenga por razón de su cargo o comisión especial), en el contexto de un proceso de adquisición o contradicción de bienes o servicios, con un particular participante en su desarrollo*.”

Igualmente, se debe precisar que por concertación “se entiende a todo pacto, arreglo, acuerdo o conveniencia entre el funcionario o servidor público competente en el proceso de contratación y el tercero interesado, en el marco de la defraudación al Estado” (MARTÍNEZ, 2020, p.100).

Sobre este punto, en el Recurso de Nulidad N° 1126-2017-Ancash, del 05 de setiembre de 2017, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido sobre el elemento concertar:

> "*El delito de Colusión presenta diversos elementos que lo hacen una figura delictiva compleja. Como se aprecia, el verbo rector es concertar con los interesados, esto es, que el agente en abuso de su cargo se ponga de acuerdo, pacte, convenga con los interesados para defraudar al Estado*".

Así, los elementos de la concertación son los siguientes:

A.- <u>CONCIERTO</u>

"En principio, con la concertación ilícita se excluye de la tratativa formal del negocio a los otros competidores que buscan obtener la buena pro (ser elegidos) de la administración, para la ejecución de obras, servicios, adquisición o venta de bienes, pues ya con el acuerdo ilícito se realiza el direccionamiento del proceso administrativo a favor del tercero o terceros interesados" (MARTÍNEZ, 2019, p.182). Es común que exista una concertación de funcionarios y varias empresas a fin de repartirse las distintas licitaciones, así refiere CASTRO CUENCA sobre la relevancia de las respuestas a la corrupción a través de concertaciones en el marco de contrataciones públicas: "Esta modalidad [concertarse] es especialmente relevante para la lucha contra la corrupción en la contratación pública, pues como se vio en el cap. 1 de esta tesis, en muchas ocasiones los proponentes se reparten las licitaciones públicas para disminuir los precios, comprometiéndose a participar solamente en determinados concursos para dejar los demás a sus competidores para no estorbarse entre sí, lo cual constituye evidentemente una violación del principio de libre concurrencia" (2012, p.222).

Por ello, el elemento subrepticio cumple un rol importante dentro de la configuración del pacto entre el sujeto público y el tercero interesado (MARTÍNEZ, 2020, p.101). Menciona que debe realizarse un acuerdo subrepticio RODRÍGUEZ (2002, p.262). Igualmente, ABANTO menciona el papel de lo subrepticio en la colusión (2003, p.310). En el mismo sentido, se tiene en la jurisprudencia peruana la Ejecutoria de la Corte Suprema de Justicia, en lo penal, Recurso de Nulidad N° 740-2003-Arequipa, de 4 de junio de 2014.

Así, se entiende por acuerdo subrepticio "a la direccionalidad del proceso a favor de un particular interesado, que es la finalidad central del pacto". Hacen referencia al "pacto" GIMENO y CORBELLA al indicar que: "Concertarse equivale a acuerdo entre el funcionario y el interesado, es decir, pactar". (1998, p.121). Igualmente, se refieren al pacto, y citan dos sentencias españolas, MORALES y RODRÍGUEZ, quienes indican: "La primera de las acciones típicas –concertarse-, equivale al acuerdo entre el funcionario y el interesado, es decir, a una conjunción de voluntades o pacto (STS 2 febrero 1994 [RJ 1994, 759] y 16 febrero 1995 [RJ 1995, 1176])" (2005, p.1750).

Este sentido interpretativo ha sido asumido por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad N° 1527-2016-Del Santa, del 05 de diciembre de 2016:

> "(…) *lo central es el concierto y las diferencias entre lo pedido y recibido*".

Elemento que, también, ha sido asumido por la Corte Suprema, la Segunda Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad Nº 1296-2007, Lima:

> "(…) *-la concertación- que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecta la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa*".

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, en su Recurso de Nulidad Nº 874-2018-Cañete, emitido el 13 de agosto de 2018:

> "(…) *Al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes (el Estado y los particulares) está referido a que las condiciones de contratación se establezcan deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado*".

De esta manera, el acuerdo siempre debe estar referido a la forma o modo del proceso contractual en cualquiera de sus fases, sin requerir de un beneficio para los funcionarios y/o terceros interesados. Posición contraria, PARIONA, al indicar que:

> "*El pacto ilegal entre el funcionario y el interesado tiene por cometido defraudar al Estado, a través del beneficio indebido otorgado al interesado que pone en riesgo los intereses económicos del Estado*" (2017, p.50).

Igualmente, CASTILLO menciona que: "La concertación debe ser de manera tal que las condiciones de contratación se establezcan deliberadamente para beneficiar a particulares en detrimento del Estado" (2017, p.243).

Se considera que dicha interpretación resulta errónea, debido a que el beneficio no forma parte del sentido de la colusión, más aún si la comprensión del ilícito no lo exige.

Así, la concertación se puede realizar en cualquier de sus fases (MARTÍNEZ, 2017, p.271), como lo menciona la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad N° 1527-2016-Del Santa que:

> "(…) *el concierto en los marcos de una contratación pública se puede producir durante todo el procedimiento de adquisición,*

> *que implica el acto de la toma de la decisión para adquirir determinados bienes, el acto de adquisición y celebración del contrato, el acto de consolidación de la misma, el acto de entrega y de control de lo adquirido y, finalmente, el acto de validación o confirmación de lo adquirido y ulterior pago final del producto; el ámbito de actuación es extenso y en cualquiera de esas fases de la contratación pública puede producirse el concierto punible*".

Igualmente, se indica en el Recurso de Casación 392-2019-Áncash:

> "(…) *se consuma simplemente con el acuerdo, directa o indirectamente, entre el funcionario y los interesados; ni siquiera es necesario que la operación defraudatoria tenga éxito, ni que se llegue a obtener un beneficio o causen un perjuicio efectivo al ente público*."

Asimismo, se entiende por concertación a la confluencia de asentimientos entre el sujeto público y el tercero en el escenario contractual. Entiende también la concertación como conjunción de voluntades, pero bajo el elemento subjetivo de buscar una intención de causar perjuicio patrimonial al Estado MORAL (2017, p.785).

De dicha forma, para la comprensión clara del citado componente, se exige la aprobación del sujeto activo, sin embargo, también, resulta necesario la aprobación del participe necesario (empresario). Indica que no basta con la manifestación de voluntad de una de las partes CARRIÓN (2010, p.245).

"De tal forma que, se encuentra ante una concertación, un acuerdo de dos sujetos que con su conducta envían un solo mensaje a la sociedad de no conducirse por las reglas del procedimiento administrativo, sino de obtener directamente un contrato público" (MARTÍNEZ, 2019, p.186).

Los antes mencionado se deriva de la configuración del delito de colusión como un delito pluripersonal, de participación necesaria, específicamente

como delito de encuentro, donde tanto el funcionario como el particular interesado direccionan su actuar a la consecución de un mismo fin, desde posiciones similares dentro de un proceso de contratación, donde el participe necesario no forma parte del grupo de sujeto pasivo del delito, tampoco se encuentra en una posición vulnerable respecto a funcionario. Sobre la comprensión del delito de colusión como un delito de encuentro, véase a MARTÍNEZ (2016, p.110), posición contraria, como delito de convergencia, la asume BENAVIDES (2016, pp.144-145).

Es decir, se requiere necesariamente del aporte de cada uno de los sujetos, de tal forma que el aporte de los sujetos (funcionario y tercero) comprende "una unidad de sentido jurídico penal" (MARTÍNEZ, 2019, p.186).

En ese sentido, se tiene por un lado al funcionario que con su conducta privatiza la actividad funcionarial para -como sucede en muchos casos- beneficio de particulares (PRECIADO, 2015, p.194) y/o propios, en perjuicio del Estado (MONTOYA, 2008, p.97) y al particular que interfiere en la administración pública, generalmente para que salga favorecido con el contrato público. De este modo, por más que uno de los dos sujetos activos presente una predisposición para direccionar el proceso administrativo a favor de uno de los concursantes, no se configurará el delito de colusión (CRESPO, 2002, p.2424). Igualmente, sobre esta posición ROJAS (2007, p.413).

Además, el acuerdo entre las partes contiene un marco amplío de tratativas que deriven en un acuerdo final; algo muy similar a los acuerdos que se van asumiendo sobre las cláusulas de un contrato, donde el acuerdo definitivo se establece una vez aprobada todas las cláusulas del contrato, pues solo ahí tendrá sentido. Por ello, si el funcionario y tercero interesado llegan (p.e.) a veinte acuerdos sobre los términos del contrato no se encuentraía ante veinte delitos de colusión, sino ante unas tratativas dirigidas a un acuerdo final.

La praxis nos ha permitido establecer que el acuerdo real entre funcionario y tercero interesado no se realiza en una sola reunión, sino que para ello se requiere -comúnmente- de varios preacuerdos referidos al proceso de

contratación (p.e. la disminución de los años de experiencia en el mercado, la disminución de los requisitos técnicos del bien, la regularización de entrega de documentos, etc.), que culminaran en un acuerdo final (p.e. favorecer a la empresa con el otorgamiento de la buena pro).

Como se indicó, el margen sobre el acuerdo entre el funcionario y tercero es amplio y puede realizarse a través de distintas modalidades, conforme también lo ha entendido nuestra suprema instancia en su Recurso de Nulidad N° 1126-2017-Ancash, del 05 de setiembre de 2017, al precisar que:

> "*La concertación implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego. Se puede concertar mediante diversas modalidades confabulatorias, para presentar, por ejemplo, precios simulados -sobrevaluados o subvaluados-, admitir calidades inferiores a los requeridos, o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines*".

Es irrelevante jurídico-penalmente, como se señala, de quién haya salido la propuesta concertadora, lo primordial es que ambos sujetos lleguen a un acuerdo ilícito (VIZUETA, 2013, p.278). Igualmente, sobre este aspecto SÁNCHEZ (2006, p.2285). Además, como ya se ha señalado en las páginas precedentes, el acuerdo debe estar vinculado a defraudar al Estado en el proceso de contratación, poseyendo por lo general el pacto un contenido económico (MARTÍNEZ, 2007, p.3175).

Sobre el elemento antes señalado se tiene el pronunciamiento del Tribunal Supremo español, N° 168/1994, citado por SÁNCHEZ (2010, p.481), en la que ha reiterado que:

> "[…] *La acción típica del precepto cuestionado, es el concierto, el ponerse de acuerdo el funcionario con los interesados o*

> *especuladores, por lo que es preciso que efectivamente se haya producido el concierto*".

Del mismo parecer nuestra Corte Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Nulidad N° 1126-2017-Ancash, emitida el 05 de setiembre de 2017:

> "*En consecuencia, no se trata de castigar cualquier concertación, sino únicamente las que buscan perjudicar o las que perjudican o traen consecuencias económicas nocivas para el Estado, ya sea, por lo general, porque se paga más por un producto de una determinada calidad habiendo concierto entre las partes*".

Cabe aclarar, con lo que respecta a este elemento, que no se penaliza toda tratativa entre funcionario y tercero interesado dentro del proceso de contratación pública, sino -solo- aquellas que no están estipuladas en el proceso administrativo.

Un sector de la doctrina establece que, el pacto debe comprender un beneficio patrimonial (MARTÍNEZ, 2007, p.3175); "sin embargo, el tipo penal no exige tal sentido en el pacto, pues conforme al bien jurídico penalmente protegido, lo primordial en dicho acuerdo es defraudar aquella expectativa que se tiene en el regular procedimiento dentro de un contrato público" (MARTÍNEZ, 2019, p.189).

"De la misma forma, el acuerdo no requiere de una precisión sobre los actos a realizar que afectarán el proceso administrativo; no se requiere establecer los bienes, monto económico, acto administrativo a realizar, que permitirán que el tercero interesado, o la empresa a la cual representa, obtenga la buena pro o el pago del bien o servicio establecido en el contrato" (MARTÍNEZ, 2020, p.102) -en sentido contrario CASTILLO (2017, p.231)-; y, es que la expectativa que se tiene sobre la actividad en el escenario de contratación, no se encuentra relacionada a la protección del patrimonio, donde sí se tiene que

establecer el bien o el beneficio económico que obtendrá el interesado, sino la desviación en la conducta del sujeto activo en el contexto del procedimiento contractual.

B.- <u>IDONEIDAD</u>

El siguiente elemento dentro de la comprensión de la concertación es la idoneidad para la generación de un riesgo al procedimiento contractual (MENDOZA, 2017, p.54), el cual comprende la desviación del resguardo de los intereses públicos encomendados (SALINAS, 2011, p.131) -PARIONA hace mención de un idoneidad para defraudar el patrimonio estatal (2017, p.50)-, y de las obligaciones funcionales en el contexto del contrato público en cualquiera de sus fases.

En ese sentido, nuestra Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N° 1464-2004-Cusco, de 17 de febrero de 2005, estableció que, la idoneidad es un elemento trascedente para la comprensión del acuerdo en el delito de colusión. De la misma forma, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en el Exp. N° 20-2003-AV (caso “Mobetek”), indicó:

> “[…] *es que deben darse conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos*”.

“Tal idoneidad debe ser analizada desde una perspectiva ex-ante; por lo que, resultaría jurídico-penalmente relevante llegar a un acuerdo, a fin de que el funcionario ejecute una actividad que perjudique el correcto desarrollo de sus funciones en el marco de las contrataciones públicas como, por ejemplo, actuar de forma menos ventajosa para los intereses del Estado” (MARTÍNEZ, 2019, p.190). No lo dice de forma directa, pero se infiere de lo que señala, que basta para la configuración del delito, que la concertación debe tener la posibilidad (idoneidad) de afectar económicamente al Estado, ABANTO (2003, p.313), por su parte GARCÍA señala que: “[…] el acuerdo al que se

llega con el particular debe ser idóneo para perjudicar el patrimonio del Estado" (2008, p.40).

"Así, la actividad funcional tiene que ser la más adecuada para su representado (Estado) en la contratación, no sólo en el sentido cuantitativo (económico), sino también en el sentido cualitativo (el mejor servicio)" (MARTÍNEZ, 2020, p.103).

"De acuerdo con lo dicho, cuando se hace referencia al riesgo que la conducta tiene que englobar, aludimos a la capacidad para afectar la expectativa normativa protegida, cual es la expectativa sobre el adecuado comportamiento del funcionario en el ámbito de las contrataciones públicas, es el marco de las contrataciones lo que genera la relevancia de la intervención del Derecho penal, y en dicho contexto, se exige de los participantes (funcionario y particulares) que no defrauden la expectativa que pesa sobre ellos nacida de los deberes inherentes que genera la actuación en los escenarios de la contratación estatal" (MARTÍNEZ, 2019, p.191).

Así, introducirse en tal escenario produce un conjunto de obligaciones que deberán llevarlo a cabo, en dicho contexto, el principal deber es la de no concertarse (funcionario y tercero) en un proceso contractual.

Vinculado a lo antes mencionado, se tiene que establecer la relación entre el pacto ilícito y la probabilidad de perjuicio para al Estado, entendido como la desviación del normal procedimiento contractual, para lo cual se tendrá que hacer uso de criterios objetivos de imputación (imputación objetiva), y en tal sentido establecer si de lo acordado por los sujetos activos se ha generado un riesgo jurídico-penalmente relevante al Estado.

Así, si del acuerdo entre las partes se establece una determinada acción por parte del interesado y éste rebasa lo estipulado en el acuerdo, p.e. a nivel de ejecución del contrato, hace entrega de bienes muy por debajo de lo pactado, en el cual se estableció que entregue un bien con valor de siete, y el interesado sobrepasa el mismo y entrega un bien muy por debajo, con un valor

de tres, sólo le será imputable al funcionario, como delito de colusión, lo referente al valor de siete, lo demás será imputable al interesado por la comisión de otro delito. De opinión diferente y considera que en dicho ejemplo el funcionario no ha generado un riesgo de relevancia penal de acuerdo a su ámbito competencial, GARCÍA (2008, p.49).

Otro ejemplo, exagerado, de la importancia de la imputación objetiva sería el caso en el cual el funcionario y el particular interesado llegan a un acuerdo para señalar que van a recurrir a un brujo para que los demás concursantes no se aparezcan en la presentación de las propuestas técnicas y económicas, y de esa forma obtener la buena pro con un precio muy elevado al establecido por el mercado. En tal ejemplo, como es evidente, no se configuraría el delito de colusión, por la idoneidad del acuerdo, por más que el fin de ambos sea perjudicial a los fines del Estado.

De esta manera, lo relevante es lo objetivo de la conducta, en cuanto a la idoneidad del acuerdo para afectar -posibilidad de poner en peligro- la expectativa que se tienen sobre el adecuado desarrollo de la administración pública vinculada al adecuado desarrollo del proceso en las contrataciones públicas, con el conocimiento (como deber de conocer) de ambos sujetos sobre la relevancia de su conducta. Por ello, la carencia de la idoneidad en la, conlleva a que el pacto no posea relevancia penal, empero, podría ingresar dentro del ámbito de lo administrativo sancionador.

C.- <u>CLANDESTINIDAD</u>

Por otro lado, un sector de la doctrina es de la opinión que, la concertación requiere de un contexto clandestino (PAZ y ROSAS, 2006, p.174) (ABANTO, 2003, p.313), por su parte MONTOYA hace mención a que puede ser conocido por un espectro pequeño de personas, mas no más allá, como por ejemplo por los órganos de control (2008, p.99). Elemento que se considera innecesario, debido a que el acuerdo entre el sujeto público y el participe necesario no requiere como elemento consustancial el factor de lo oculto, pues es factible que el acuerdo pueda realizarse a la luz de otras personas

que no intervienen en el proceso contractual, comparte esta perspectiva PARIONA (2017, p.48).

La Corte Suprema ha establecido como elemento del tipo penal al acuerdo clandestino, así señala la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en su Recurso de Nulidad Nº 874-2018-Cañete, emitido el 13 de agosto de 2018, que:

> "*3.1. El delito de Colusión Desleal se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo:*
> *3.1.1. El acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; perjudicar a un tercero, en este caso, al Estado*."

Así pues, puede suceder que -como se da en algunos países- dentro de la administración pública la corrupción sea tan usual -y es más hasta forma parte de funcionamiento de las estructuras sociales- que se tiene por conocido a las empresas que van a resultar favorecida con determinados contratos, pues ya se sabe -previamente- que han llegado a un acuerdo ilícito con los altos mandos.

Incluso, puede suceder que el funcionario se una persona temeraria o indiferente, y en ese sentido, haga público la concertación; y no por ello no se va a configurar el ilícito penal, pues el Derecho penal no premia a los temerarios con la impunidad.

Establecer como elemento de la concertación la clandestinidad no hace más que limitar el radio de actuación de la norma para espacios que desde un inicio pretende regular, debido a que lo relevante es el acuerdo que direcciona o acomoda el proceso administrativo a favor de una persona natural o jurídica.

D.- <u>ENGAÑO</u>

Siguiendo con el análisis de la concertación, un elemento que tiende a ser incluido dentro de la concertación es el fraude (engaño); estableciendo con ello que dentro de la concertación debe desarrollarse una actividad engañosa para con la administración (CATALÁN, 1998, p.80) (ALCÓCER, 2007, p.124), es decir un mise en scène (CASTRO, 2011, p.31), la que permitirá tener al Estado en una situación de error, con la correspondiente posibilidad de perjudicarla económicamente. En tal sentido, señalan que en caso no se despliegue una conducta engañosa, no se configuraría el delito de colusión. Posición que ha sido asumida por un sector jurisprudencial, por lo que, se puede citar la resolución de la Corte Suprema, por ejemplo, el Recurso de Nulidad N° 1480-2003-Arequipa: "La concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño"; también, Recurso de Nulidad N° 4745-2006-Cusco: "[…] no obran pruebas que acrediten que se realizaron las efectivas maniobras de engaño"; igualmente, en el Recurso de Nulidad N° 3042-2004-Puno: "[…] La concertación fraudulenta requiere la realización de engaños".

A nivel doctrinal, se aprecia que, ROJAS señala que debe: "*producirse engaño al interés público*" (2007, p.411). Igualmente, ABANTO, refiriendo que resulta necesario maniobras engañosas (2003, p.312). MUÑOZ utiliza el término maquinación para hacer referencia al engaño para la configuración del ilícito penal (2010, p.454).

Posición que ha sido asumida por un sector de la jurisprudencia peruana, así se puede citar el Recurso de Nulidad N° 1480-2003-Arequipa, emitido por la Corte Suprema de Justicia,:

> "*La concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño*".

También, se puede observar en el Recurso de Nulidad N° 4745-2006-Cusco que:

> "[…] *no obran pruebas que acrediten que se realizaron las efectivas maniobras de engaño*".

Como se puede observar, se trata de equiparar a la colusión con la estafa, como si el primero fue un tipo agravado por la condición del sujeto activo (funcionario público). Posición que fue asumida en el Recurso de Nulidad N° 956-2005-Junín, del 26 de octubre de 2005, donde nuestra Corte Suprema de Justicia mencionó:

> "(…) *que, sin embargo, esa conducta no puede ser subsumida en el tipo del injusto de la estafa, en tanto si bien fluye la existencia del engaño y la disposición patrimonial -denota un aparente concurso de leyes-, por el principio de especialidad dicha conducta debe ser subsumida únicamente en el delito de Colusión ilegal (como delito especial), pues comprende todos los elementos del tipo legal de estafa más algunos elementos adicionales- el autor del ilícito es un funcionario público, el ámbito típico del negocio jurídico concertado es un contrato, el sujeto pasivo solamente puede estar constituido por el Estado*".

Sobre lo mencionado, somos de la posición de que se viene confundiendo el delito de colusión como un subtipo de estafa, y por ello la exigencia de engaño, tanto es así que -determinados autores- consideran en España que de darse materialmente el perjuicio económico para Estado producto de la concertación, se configuraría propiamente un delito de estafa. Así, CATALÁN indica que: "Cabe el concurso de este delito con el de estafa si la defraudación se materializa" (1998, p.87); en el mismo sentido MUÑOZ (2010, p.1040) y SÁNCHEZ (1990, p.735).

Algo totalmente alejado de lo que la norma penal busca proteger, pues lo único que hace es generar inefectividad de la norma, ya que no cubre apropiadamente los componentes fundante del delito de colusión, pues con la misma no se pondría en práctica la actuación de la Administración de Justicia ante el incumplimiento de la norma, pues se exigiría el engaño para su

configuración, algo que no se encuentra como elemento de la concertación. Cabe precisar, siguiendo al profesor DÍEZ la diferencia entre efectividad y eficacia de la norma radica en que la efectividad persigue la puesta en práctica o vigencia de la norma, mientras que la eficacia busca la obtención de los objetivos de tutela perseguidos por la norma (2003, p.95).

"Como se sabe, para la realización de la conducta típica del delito de estafa se requiere que el sujeto activo haga caer en error al sujeto pasivo, utilizando como medio el engaño, haciendo que de forma "libre" le entregue el bien de carácter económico, lo cual desenlaza en un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo, y en un provecho ilícito para el agente delictivo o de un tercero. Conducta no desplegada por el funcionario en el delito materia de análisis, pues él no induce en ningún momento a error, por medio del engaño, al sujeto pasivo (Estado) para recibir de manera voluntaria su patrimonio; sino -todo lo contrario- el funcionario dispone ya de una parcela del proceso contractual, que le ha sido entregado en base a una representación a nombre del Estado en el acto contractual" (MARTÍNEZ, 2019, p.196). Por su parte, indica ROJAS que el funcionario actúa en nombre del Estado ante el acto contractual como su representante (2007, p.411).

El funcionario al hacer uso de las facultades concedidas provoca un daño a la administración (Estado); no obstante, no se apropia del patrimonio, sino disponiendo ilícitamente del mismo a través del direccionamiento del proceso administrativo a favor de un tercero interesado. Asume la posición en el sentido de que no existe un engaño, en sentido estricto, MONTOYA (2008, p.99). Igualmente, GARCÍA (2015, p.1104).

Por lo tanto, "no se aprecia en el delito de colusión una relación de engañador-engañado, necesario para la configuración del delito de Estafa, sino que existe una relación jurídica, basada en la representación de funcionario en el acto contractual, que nace de manera unilateral por parte del sujeto pasivo (Estado) para que el funcionario administre de forma adecuada (cautelosa), y en interés de su administrada, los recursos patrimoniales en el contexto de los

contratos públicos" (MARTÍNEZ, 2020, p.105). Así, señala RODRÍGUEZ con respecto a delito de colusión que:

> "(…) *no debe ser entendida como el fraude del delito de estafa, en la que el engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta constituyen el medio o mecanismo por el que se induce o mantiene en error al sujeto pasivo a fin de que éste realice la disposición patrimonial de sus bienes*" (2002, p.271).

Aquí lo que se desarrolla es que el Estado pone de forma libre el patrimonio público en disposición del funcionario dentro del desarrollo de un proceso contractual, para que éste a su vez -dentro de sus deberes y funciones- realice la selección de un futuro proveedor, con la finalidad que brinde un servicio y/o compra de bienes, más beneficioso para el Estado.

Por ello, el funcionario debe actuar -en el marco de las contrataciones- de forma parcializada, en interés del Estado, ya que su relación en la compra de bienes o prestación de servicios es la de ser una de las partes de la negociación. En el mercado, el Estado es un sujeto más, que busca obtener un bien en buena calidad y a mejor precio. En tal sentido resulta, como se ha señalado ut supra, que no se puede exigir al funcionario actuar con imparcialidad, pues no se parte de una relación vertical con respecto a terceros, sino de una posición horizontal dentro del mercado.

De esta forma, lo que propiamente acaece en el delito de colusión es un quebrantamiento de los deberes inherente al funcionario a través de un abuso del cargo en el contexto de la actividad contractual, elemento que no se encuentra en el delito de estafa. De esta posición, BENAVIDES (2016, p.154).

El funcionario privatiza los intereses del Estado (intereses de todos) a favor de un tercero o del propio funcionario. Se podría sintetizar en dos componentes la actuación del funcionario dentro del marco de las contrataciones públicas:

1) Actuar a favor de los intereses del Estado (leal y eficientemente) y,
2) Dentro de su actuación, respetar los marcos legales establecidos.

Así lo ha comprendido la máxima instancia judicial en nuestro país, a través del Recurso de Nulidad N° 885-2016-Callao, pronunciada el 12 de julio de 2017:

> "*El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la privatización de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tener a representar y cautelar los intereses de la Administración Pública y no, por el contrario, beneficiar a particulares*".

Igualmente, la Casación Nº 1546-2019, Piura, la Sala Penal Permanente ha precisado que el delito de colusión no debe ser comprendido como un delito de estafa:

> "*Desde luego no se puede catalogar la colusión como una estafa -no están presentes todos sus elementos típicos-, ni como un delito exclusivamente patrimonial*".

7.- COLUSIÓN COMO ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO ESTATAL

Lo que sí se podría encontrar en la conducta del funcionario es una administración desleal (MARTÍNEZ, 2009, pp.333 y ss.) del patrimonio estatal, un "*Untreue*" a nivel administración pública. Es decir, un abuso de las facultades de disposición delegadas por la administración en el marco de las contrataciones públicas , es decir, abusar de sus funciones a través del acuerdo con el tercero interesado.

Posición que viene siendo asumida cada vez más por la doctrina, ya que como se ha mencionado el funcionario actúa en nombre y en interés del Estado en las contrataciones públicas, algo muy similar a lo que sucede en las prácticas de la administración privada, donde muchas veces se observa como administradores direccionan la compra de bienes para sus administradas a favor de una empresa con la cual previamente se ha concertado, generando graves perjuicios a los accionistas de la empresa administrada. Por ejemplo, ETXEBARRÍA señala a la conducta analizada como un tipo de gestión desleal (1997, p.207), pero de forma más clara CASTRO precisa que:

> "[…] *la esencia de la conducta del funcionario público o de la autoridad que se concierta con terceros […] no es muy distinto de diversas prácticas de administración desleal*" (2011, p.32).

Sin embargo, lo que se puede observar, a diferencia de la administración desleal (art. 198° CP peruano), es que en la colusión el legislador ha adelantado las barreras de punibilidad, por exigencia sociales, al acto de concertación, es decir al acto de acuerdo entre el funcionario y el particular; ello en un inicio por el rol que juega la administración pública en el desarrollo de los contactos sociales (la estabilidad social).

Además, del patrimonio que está en juego, que no pertenece a unos particulares, sino a la sociedad en su conjunto, y de ahí la importancia que dicho patrimonio tiene para el desarrollo de actividades públicas; no se puede olvidar que en el Perú se encontraría con un Estado Social, que vela por el bienestar común, con un rol activo, no de simple observador sobre lo que pasa en la sociedad. Por ello, se considera que, se legítima la interferencia penal dentro de la esfera de las contrataciones públicas, y en tal sentido, los ámbitos de punición se adelantan.

La interpretación de la colusión como una gestión desleal ha tenido eco en la jurisprudencia comparada. Así, en el Auto Procesamiento de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 12 de mayo de 2008, se ha precisado que el fraude funcionarial (colusión) debe ser entendido, propiamente, como

una administración desleal, sentencia citada por CASTRO MORENO (2011, p.34):

> "*Se pone nuevamente de manifiesto la deficiencia técnica legal para regular el problema de administración desleal: también aquí [fraude funcionarial] se trata de* ***administración desleal***".

De la misma forma, en la Casación Nº 1546-2019-Piura, la Sala Penal Permanente de la máxima instancia judicial, estableció:

> "*El tipo penal originario no exige que necesariamente se produzca un perjuicio patrimonial efectivo, basta con que el resultado perjudicial aparezca como resultado pretendido -la conducta importa infracción de los deberes de corrección de los procesos de gestión de recursos públicos concertándose con los interesados:* ***gestión desleal del patrimonio público***".

Igualmente, la Ejecutoria Suprema relacionada al Exp. Nº 992-97, del 15 de enero de 1998, citada por URQUIZO:

> "*Examinados los actuados existen elementos de prueba razonable, que nos permite colegir que los citados encausados concertaron voluntades entre sí en el proceso de adquisición de cómputos para la entidad agraviada, al haberse infringido lo dispuesto en el Reglamento Único de Adquisiciones y omitir dolosamente evaluar las cotizaciones con la finalidad de favorecer a la empresa proveedora; hechos que evidencian que los funcionarios públicos procesados, cometieron la figura penal de* ***gestión deslea****l, al haber intervenido en actos contractuales, defraudando al Estado con el propósito de ser lucrados ilegalmente*" (2017, p .384).

Finalmente, se tiene a nivel procesal la dificulta que acarrea para la administración de justicia obtener pruebas fehacientes de la concertación,

pues muchas veces las mismas se realizan de forma oculta, pues lo “normal” en todos los ilícitos es pasar desapercibido; sin embargo, se viene utilizando, se considera que correctamente, las pruebas indiciarias para establecer las responsabilidades penales correspondientes.

Así, casos como las irregularidades administrativas son las que permiten contar con un punto de partida para la persecución del delito (RODRÍGUEZ, 2002, p.268); p.e. el caso de variar en sucesivas ocasiones los términos de referencia de una necesidad de obras públicas para estructurarla a favor de una determinada empresa en base a un acuerdo previo (años de experiencias de la empresa, monto del capital social, etc.).

8.- CONCERTACIÓN POR OMISIÓN

Un punto por lo demás debatible se encuentra en la posibilidad de que bajo el concepto de concertación pueda encuadrarse una conducta omisiva (comisión por omisión). Cabe precisar sobre sus límites que, La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, conforme la Casación Nº 1749-2018/Cañete, del 19 de agosto de 2020, ha establecido sobre la comisión por omisión: “[…] Decimoquinto: En la omisión impropia, el deber jurídico de evitar un hecho punible o el crear un peligro inminente se encuentra ligado a la posición de garante que recae sobre la persona que omite impedirlo y lo obliga a actuar en la situación concreta, desplegando su poder de control. Por ende, se puede hablar de posición de garante, cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones”.

En la doctrina existe la posición mayoritaria de establecer que bajo la concertación no puede encajar un acto omisivo, debido a que la concertación lleva implícito un acuerdo entre las partes, acuerdo que sólo puede darse de forma activa, expresando la voluntad de llegar a una meta común, entre ellos se encuentran a SALINAS (2011, p.132), ABANTO (2003, p.311), GARCÍA (2015, pp.1107-1108) y PARIONA (2017, p.111).

Igualmente, la jurisprudencia peruana ha establecido la imposibilidad de que el acuerdo colusorio pueda cometerse por omisión. Así, se puede observar en el Recurso de Nulidad Nº 2587-2011-Cusco, del 23 de enero de 2013, que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha precisado que:

> "4.3. *La norma penal señala claramente 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 precios ofertas así como las sumas acordadas, entre otros. De modo tal que, si es que el funcionario no ejecutó 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*".

Al respecto, y conforme a la metodología planteada al inicio del presenten trabajo, se considera que no es relevante jurídico penalmente establecer una diferencia entre acción y omisión, sino que lo relevante es el ámbito de competencia que pesa sobre una determinada persona en un contexto social específico. Señala que lo relevante es si el deber nace de la incumbencia de la organización (responsabilidad por organización) o de la incumbencia institucional (responsabilidad institucional), JAKOBS (1997, p.227).

Ello ha sido comprendido recientemente en la Casación Nº 1749-2018-Cañete, del 19 de agosto de 2020, donde la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que:

> "[…] *Decimosexto. Definidas las cosas,* ***desde una perspectiva axiológica o valorativa, los delitos de infracción de deber de carácter funcionarial, descritos mediante tipos penales de comisión, pueden en general ser realizados por omisión impropia,*** *en tanto esta equivalga a la producción de un resultado lesivo. El deber que sustenta la delimitación del círculo de sujetos activos calificados, en los tipos penales especiales, es el* ***deber de garante, que fundamenta la primera condición en la omisión de impedir la realización del hecho punible***".

De la misma manera, indica PAWLIK que:

> "*La teoría de la competencia que he esbozado no solo muestra como sistemáticamente secundaria la tradicional distinción entre acción y omisión, sino también la que existe entre el tipo y las causas de justificación*" (2016, p.106).

Así, p.e., el caso del encargado ferroviario que ocasiona un accidente, la relevancia penal está determinada por el incumplimiento de sus deberes, siendo indiferente si el mismo colocó las agujas incorrectamente (acción) o dejó de colocar las agujas correctamente (omisión) para detener el avance del tren y arrollar a la persona que se encuentra adelante. Como señala SÁNCHEZ-VERA, la acción u omisión "no juega ningún papel en la valoración jurídica del suceso", lo relevante son las expectativas que se tiene sobre una persona, es decir el cumplimiento de sus deberes (2002, p.67 y pp.73-74). El citado autor es contundente con su posición, al señalar: "Acciones y omisiones, en tanto el código jurídico anteriormente expuesto no las haya transformado, son sucesos físicos que el ordenamiento jurídico ni ve ni oye" (2002, p.73).

En nuestro caso, el deber específico del funcionario es la de no concertarse ilícitamente con el particular en el contexto del contrato público. Por consiguiente, el sujeto público que por su competencia institucional intervenga en cualquiera de las fases del contrato público deberá velar por el

cumplimiento de sus deberes, no importando si el acuerdo -fenomenológicamente- se realizó mediante una acción u omisión; considera que existe una posibilidad de la configuración del delito de colusión por omisión impropia CÁCERES y CARRIÓN (2011, p.47); p.e., el funcionario encargado manifiesta al tercero interesado que las tratativas se harán con una persona que es de su confianza, y que el acuerdo a que llegué con esa persona será asumido en su plenitud por él. En relación con lo mencionado, se tiene que, si bien el funcionario no ha participado de forma personal en la tratativa, sí ha infringido sus deberes al permitir que lo representen y, por ende, sí se configura el hecho delictivo.

Se considera que la doctrina nacional -implícitamente- establece que el delito de colusión es un de propia mano, lo cual sin lugar a dudas nos remite a un sentido naturalístico del acuerdo, algo fuera del contexto actual de nuestra sociedad, donde normalmente los funcionarios se valen de terceros -cómplice- para llegar a un acuerdo. Así, se define a los delitos de propia mano como aquellos que requieren que el comportamiento sea realizado personal y directamente por el autor, MEINI (2014, p.82). En tanto que, WESSEL et al. consideran al delito de propia mano como aquella situación en la que: "el tipo requiere la ejecución inmediata y de propia mano de la acción porque el especial desvalor de la conducta del correspondiente delito solo puede realizarse de esa manera" (2018, p.20). Por su parte, GARCÍA precisa sobre los delitos de propia mano que: "En estos delitos el tipo penal exige del autor una realización personal y corporal de la conducta típica, de manera tal que no podrá responder como autor del delito quien no ha ejecutado dicha acción. Un ejemplo de delito de propia mano es el delito de bigamia" (2012, p.391). En ese sentido, MEINI parte de un rechazo a la tipología de delito de propia mano (2014, p.82).

Sobre el particular, ha establecido la Sala Penal Permanente, en la Casación Nº 1626-2018-San Martín, que no se requiere de un contacto director entre los sujetos del delito:

> "***Esta bilateralidad no significa que el pacto o la concertación requiera para su conformación que todos los participantes de una parte tomen contacto directo con su contraparte.*** *La concertación con el o los interesado(s) puede efectivizarse indirectamente a través de cualquiera de los otros funcionarios o servidores participantes en el proceso de contratación*".

En estos supuestos, el funcionario competente infringe su deber a través de la conformación de su ámbito de libertad con la finalidad de encaminar un procedimiento contractual, originado con el acuerdo entre el cómplice con el participe necesario, configurándose el ilícito materia de estudio. Ello es así, porque el funcionario creo un riesgo no permitido al delegar determinadas atribuciones al cómplice -creación de una fuente de peligro- para arribar a un acuerdo con el tercero interesado. Sobre esto último, véase el interesante trabajo de TORRES (2016, p.125), donde indica la posibilidad de responsabilidad penal fundamentada en la obligación de vigilar una fuente de peligro, incluso en los supuestos en los que el sujeto sobre el que pesa la vigilancia es imputable, pero bajo la figura de la autoría mediata por omisión. En inicio, el sujeto especial puede realizar delegaciones, pues le resulta imposible salvaguardar en todo momento el bienestar del bien o sujeto con que se relaciona, p.e. cuando los padres dejan a su menores hijos en el colegio (encontrándose cubierto por el principio de confianza) o cuando el padre envía solo a su hijo al centro educativo (encontrándose cubierto por el riesgo permitido), así lo establece SÁNCHEZ-VERA (2014, p.303); no obstante, existen delegaciones de funciones que no se realizan de forma adecuada, pues p.e se delega una función sobre un sujeto que desconoce de la materia en la cual se desarrollará, no se ha respetado el procedimiento pertinente para la delegación o es una persona que no cumple con las expectativas sobre su actuar (p.e. ha sido denunciado por actos de corrupción). Este sentido interpretativo ha sido asumido recientemente por nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, en la Casación Nº 1546-2019-Piura, donde ha establecido que pesan sobre los alcaldes

funciones de control de riesgos, especial vigilancia y supervisión, en dicho marco supervisar que no se realicen actos de concertación:

> "*En el caso del máximo dirigente institucional -el Alcalde-, se entiende que, como tal, ostentaba funciones de control de riesgos, en especial de vigilancia y supervisión de la actuación, por lo menos, de los funcionarios públicos de más alto nivel, quienes, como es obvio, le rendían cuentas. (…) Sobre este punto, sencillamente, pudiendo hacerlo, no realizó conducta de supervisión y corrección alguna y, antes, no cuidó de controlar la marcha de la concesión con la efectiva redención de cuentas a los funcionarios competentes, pese a la crisis que ésta atravesaba, es decir, quebrantó dolosamente su deber o competencia funcional. En tal virtud, no es de recibo el principio de confianza. Su deber de garantía, como consecuencia, de su cargo rector, se afirma contundentemente*".

De forma reiterada, actualmente, se aprecia la posibilidad de responsabilidad penal bajo los parámetros de delegación de funciones defectuosas en los ámbitos de una organización, como lo es la administración pública, se tiene el Recurso de casación Nº 392-2019-Áncash:

> "*Cuando se trata de las más altas posiciones en la escala jerárquica de la institución a estos funcionarios le corresponden la obligación de mantener libres de determinados riesgos el ámbito en que actúan. El alcalde, como máxima autoridad, según el artículo 20, incisos 23 y 25, de la Ley Orgánica de Municipalidades, celebra contratos administrativos y se encarga de supervisar o fiscalizar las obras que el concejo municipal entrega a privados. Sobre él recae una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad, sin perjuicio de adoptar perspectivas que tengan en cuenta los fundamentos generales de la responsabilidad (por organización) y las estructuras de la imputación de ellos derivadas en el contexto de la interdicción*

> *de diversos sujetos con ámbitos de competencia diferenciados en un mismo marco de actuación. En esta lógica organizacional debe advertirse dos mecanismos: la delegación por competencias (en el plano vertical) y la especialización (en el plano horizontal); y, en este último supuesto –que se presenta en el caso de una Municipalidad, en tanto no consta que el alcalde imputado realizó, en el marco de sus funciones, una delegación específica– se entiende que cada funcionario o gerente y jefe de área tiene asignada funciones específicas, donde el principio de confianza es más fuerte, y que se vería excluido cuando está en condiciones de advertir un comportamiento delictivo del delegante y se mantiene pasivo*".

Otro ejemplo se tiene en los casos que el funcionario encargado del proceso de contratación delega sus atribuciones a un funcionario incompetente en el desarrollo del procedimiento administrativo -ejemplo clásico en de los delitos económicos-, de tal forma que el funcionario al que se le delega facultades no tiene los conocimientos necesarios en relación a los acontecimiento de un procedimiento contractual o es un funcionario acostumbrado a la realización de pactos ilícitos, siendo que este último aprovecha de su posición y se colude con el particular, omitiendo el funcionario delegante supervisar el adecuado desarrollo de las actividades de este último (deberes de vigilancia y control) o instigando al funcionario a realizar actos, desconociendo este último el sentido ilícito de los mismos. Se considera que en esos casos también se configura el delito de colusión, una posición similar la asumen GUIMARAY y RODRÍGUEZ (2015, p.294); resultando responsable también el funcionario delegante, situación que es aceptada en los delitos económicos y que se aprecia debe ser asumida en delitos contra la administración pública, a fin de no generar vacíos de impunidad. Menciona ROBLES que el funcionario no puede responder por todo lo que suceda en su institución, por lo que se encuentra legitimada la delegación de funciones, y por ende, la competencia por determinadas situaciones (institucionales) (2003, p.233).

Por otro lado, un ejemplo, en el marco de los órganos colegiados en la esfera pública (p.e. comité de selección) nos la propone ROJAS -si bien con una metodología finalista, distinta a la adoptada en el trabajo- compartiendo la posibilidad de un concertación mediante omisión que:

> "*En el caso de existir un colegiado de negociadores públicos para una operación contractual, el silencio o la omisión de denunciar que adopte uno o varios de ellos ante la conducta ilícita asumida por los demás, dada la especial posición de garante que asumen dichos funcionarios, puede configurarse un estado de coautoría en el delito en el delito con base a una omisión impropia o comisión por omisión, de conformidad con lo indicado en el artículo 13 del Código Penal*" (2007, pp.409 y 411)

"Al respecto, se considera que a nivel de los órganos colegiados (comité de selección) el sentido de la comisión de un hecho ilícito, como en el caso de la colusión, debe partir de la comprensión de la decisión como significado único que toma el colegiado, donde la responsabilidad sobre -p.e.- la decisión de otorgar la buena pro en un proceso de contratación púbica se comparte entre todos sus integrantes, por lo que sus obligaciones (ámbitos de competencia) se encuentra conectados (MARTÍNEZ, 2020, p.108)".

"Por consiguiente, si uno de los funcionarios del órgano colegiado puede apreciar que el marco de la decisión que viene tomando se encuentra direccionado, producto de un acuerdo ilícito de los otros funcionarios con el tercero interesado, y a pesar de ello vota a favor o en blanco, de tal forma que permite el otorgamiento de la buena pro, será responsable del delito de colusión, debido a que su conducta se encuentra enmarcada a favorecer dicho pacto" (MARTÍNEZ, 2020, p.108). RAMOS asume la posibilidad de coautoría en órganos colegiados, estableciendo específicamente que en las decisiones colegiadas de los órganos jurisdiccionales (Tribunales), precisando que, la decisión colegiada que genere la afectación de expectativas básicas para la sociedad, parte de la vulneración de un deber especial, pero de forma

conjunta, es decir, los miembros de órgano colegiado detentan una posición de garante que los vincula de forma conjunta (2000, p.445).

Sobre lo mencionado anteriormente, “el contexto marcadamente delictivo determinará el carácter ilícito de la omisión realizada por el funcionario al no salvaguardad el bienestar de la administración pública; y es que el contexto marcadamente ilícito trastoca el ámbito de los deberes que en un inicio tiene el funcionario, ampliándolos para no afectar el bien jurídico que se encuentra en su esfera de protección” (MARTÍNEZ, 2019, p.205).

Los autores que no están de acuerdo con la posibilidad de que se pueda configurar una concertación mediante omisión, plantean en el ejemplo antes mencionado que se encuentran, no ante un delito de colusión, sino ante un delito de omisión de denuncia u omisión de deberes funcionales, ya que -fenomenológicamente- no existe tratativa alguna entre en funcionario y el particular, sino que existe tratativa entre los otros funcionarios y los particulares. Comparten esta posición SALINAS (2011, p.132), ABANTO VÁSQUEZ (2003, p.311), por su parte, GARCÍA señala que, es muy difícil encontrar una concertación a través de la omisión (2008, p.50).

Sobre el particular, se considera que el funcionario no sólo tiene como deber no lesionar las expectativas que se tiene sobre su actuar en el ámbito de las contrataciones a través de un acuerdo en sentido comisivo, sino que además velar porque no se afecte las expectativas a través de actos omisivos (competencias de fomento).

Así, el acuerdo puede tener vinculación a una tratativa comisiva, pero puede existir tratativas tácitas, y por ende omisivas; p.e., si se encuentra en el marco de una administración pública con un elevado nivel de corrupción donde las prácticas colusorias no acarrean necesariamente concertarse de forma directa y por medio de tratativas, sino que ya existe un “cuadro de precios” a pagar a los funcionarios para concederles los vistos positivos para que obtenga la buena pro de un proceso administrativo.

En este caso se considera que sí se configura el acto de concertación, por la posición especial que ocupa el funcionario, y los deberes especiales que emergen de esa posición.

9.- DEFRAUDACIÓN

Propiamente no existe una defraudación patrimonial al Estado, debido a que conforme a la redacción del tipo base de colusión, no se exige un perjuicio real o peligro concreto al erario público, así en esa perspectiva se entiende por defraudación a perjuicio económico para el patrimonio del Estado, desde luego que sea en grado de peligro concreto o un perjuicio efectivo, de cuerdo a lo establecido por el Tribunal Supremo español, en la sentencia del N° 189/1995, sentencia citada por MARTÍNEZ (2011, p.629). En el Perú, p.e., entiende a la defraudación como la materialización del perjuicio RODRÍGUEZ (2002, p.263).

Así, el CP (en su tipo básico) establece que la defraudación al Estado se ocasiona con la concertación en el marco de las contrataciones públicas, la misma que como se señaló tiene que ser idónea *ex ante* para afectar el bien jurídico penalmente protegido, la carencia de la idoneidad del acuerdo sustrae el hecho de relevancia penal, lo cual no excluye la posibilidad de una sanción administrativa. Así lo entiende, por todos en el Perú, ABANTO (2003, p.313). En España señala CARDONA que no se requiere de la producción de un perjuicio efectivo, citando para ello al Supremo Tribunal de España, en sentencia de 27 de setiembre de 2002 (2010, p.521).

Así, en la Casación Nº 1546-2019-Piura, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, ha establecido que, la defraudación debe comprenderse como el concierto con los interesados:

> "*La defraudación en función a un concierto con los interesados es el núcleo rector del tipo delictivo*".

En ese sentido, el tipo penal se encuentra configurado como un delito de peligro abstracto -idóneo- (OTTO, 2017, p.79), por medio del cual no se requiere un daño material al objeto del delito, sino la afectación al bien jurídico penalmente-protegido (JESCHECK y WEIGEND, 2002, pp.282-283), que como se mencionó se enmarca en la expectativa sobre el adecuado comportamiento de los participantes (funcionario y particulares) en cualquier etapa del proceso contractual, quiere decir, el cumplimiento de las obligaciones que parten de la asunción del sujeto público en el procedimiento contractual, teniendo en el mismo como núcleo central el de no arribar a pactos ilícitos. Así, menciona BENAVIDES SCHILLER que, la colusión -fraude funcionarial- se encuentra regulado como de peligro abstracto:

> "*En el caso español, la tipificación del fraude funcionarial como delito de peligro abstracto -esto es, aquel en que la norma penal hace abstracción de la situación de riesgo concreta para otros ámbitos de organización individual o supraindividuales, describiendo como típicas conductas que estadísticamente o de forma general se muestran como peligrosas*-" (2016, p.149).

El sentido del legislador al sancionar la mera conducta de la concertación, se deriva por entender que el mero hecho de concertarse dentro de un proceso de contratación pública resulta necesario dado el contexto empírico de perjuicio patrimonial del Estado en las contrataciones derivadas de acuerdos ilícitos entre el sujeto público y el participe necesario.

La sociedad considera pertinente que ya no se tiene que esperar que efectivamente se ocasione un perjuicio al Estado, sino que ya la mera concertación en contrataciones públicas resulta reprochable, adelantando de esta manera las barreras de punibilidad. Algo muy similar sucedió con el delito de conducción en estado de ebriedad, donde para sancionar al conductor ebrio, se tenía que esperar que el mismo afecte la integridad corporal de sujeto pasivo; sin embargo, dada el elevado índice de afectación a terceros por la conducción en estado de ebriedad, se consideró pertinente adelantar las

barreras de punición, y sancionar la mera conducta de conducir en estado de ebriedad, sin necesidad de que se concretice el daño al tercero.

Esta interpretación ha sido en cierta medida respaldada por el Tribunal Constitucional peruano, que en su sentencia ante la demanda de Inconstitucionalidad Exp. N° 00017-2011-PI/TC interpuesto por el Fiscal de la Nación, señaló en lo referente a la defraudación en el delito de colusión, que no es la afectación del patrimonio en concreto, sino el cumplimiento de los deberes del funcionario:

> "*30. […] debe quedar nula y sin efecto la referida disposición en cuanto menciona el término "patrimonialmente", a fin de -sin alterar en lo sustancial el contenido de lo dispuesto por el legislado- orientar la interpretación de la disposición evitando vaciar de contenido los fines constitucionales que son de protección al sancionar actos contra los deberes funcionales en el ámbito de la contratación pública". Además, ya a nivel de convenios internacionales se ha establecido que no es necesario que exista un perjuicio real al patrimonio del Estado, pues ello no colabora a un lucha eficaz contra la corrupción, así tenemos que en el art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se señalaba que: "Para la aplicación de la Presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado*".

"Ahora bien, la defraudación patrimonial debe ser entendido no sólo como la disminución del patrimonio estatal, sino también como la posibilidad de haber podido aumentar el patrimonio del Estado, pues como ya referimos en los casos que el Estado venda un bien o realice una prestación (p.e. una subasta) se busca el beneficio acorde con los parámetros que el mercado establezca" (MARTÍNEZ, 2019, p.212).

Es decir, también se configura el ilícito cuando el sujeto público y el participe necesario hayan acordado la venta de un bien público donde el Estado ha dejado de obtener beneficios pertinentes, estando en la posibilidad de obtenerlos. Así, SALINAS, al indicar: "[…] pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas, entre otras" (2011, p.129).

Esta línea de interpretación también es tomada en otras legislaciones que regulan una figura similar como el delito de colusión; en tal sentido se tiene que la doctrina chilena también ha señalado, para su art. 239 CP chileno[2] -Fraude al Fisco-, la posibilidad de afectar al Estado cuando se acuerde sobre un perjuicio al Estado consistente en la privación de un lucro legítimo o cesante para el Estado (MAYER, 2007, p.216).

III.- TIPO SUBJETIVO

Determinado la parte objetiva del tipo penal del delito de colusión, nos compete ahora establecer las formas subjetivas con las que deberá realizarse el delito para considerarla propiamente típica.

Antes de establecer el nivel subjetivo que se requiere para la comisión del delito, nos gustaría sentar -brevemente- nuestra concepción sobre lo que debe comprenderse por tipo subjetivo.

En tal sentido, se parte de que se encontraría en una sociedad con determinadas características (compleja, anónima, etc.), donde la realización de los contactos sociales requiere de unas determinadas condiciones (expectativas) para que se puedan desenvolver de forma adecuada.

[2] El art. 239º CP chileno reprime al "empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo".

Son a través de las expectativas por medio del cual se puede predecir el actuar de los participantes en una sociedad, p.e. en el marco del tránsito vehicular se (presume) que las personas que la transita deberán detenerse cuando la señal del semáforo esté en rojo, y que avanzarán cuando esté en verde.

Así, se establece que para la participación en determinados ámbitos sociales se imputa (atribuye) al sujeto el deber de conocer su ámbito competencial en la parcela en la cual se desarrolla o participa en sociedad. Precisamente, en el ejemplo antes señalado, las personas se desenvuelven bajo el parámetro de que los conductores y peatones tienen conocimiento de lo establecido en el reglamento de tránsito, y no se rige por lo que cada una de las personas conozca verdaderamente.

Otro ejemplo, que se considera aclarador, se toma del caso propuesto por Benedikt Carpzov (siglo XVII) -citado por CARO-, en el cual un sujeto, supuestamente para causar apenas una herida (leve) a otro, le apuñala con una espada filuda, produciéndole así la muerte. En dicho ejemplo, no cabe duda, que se debe imputar al sujeto la configuración de un homicidio doloso, y no un delito de lesiones leve seguida de muerte; por más que el sujeto quería lesionar y no matar. Al respecto, es contundente lo afirmado por Benedikt Carpzov:

> "*quien da una puñalada con una espada, a pesar de querer producir solamente una herida, actúa con dolo, porque él sabe o mínimamente debía saber que de esa forma la herida no podía ser causada*" (2010, p.183).

"En tal sentido, y para sociedades tan complejas como la nuestra, en cada parcela social los sujetos que actúan tienen la obligación de conocer unos mínimos para poder actuar de forma eficiente, y más aún las personas que cumplen roles específicos dentro de la sociedad (médico, taxista, abogado, policía, etc.), a quiénes sólo se les puede exigir conocimientos que están

dentro de su rol, y no más allá de ello" (MARTÍNEZ, 2020, pp.109-110). Un ejemplo, dentro del marco de lo antes referido, es el del taxista que hace un servicio a un cliente hasta un banco, lugar donde el cliente va a cometer un robo.

No se le puede atribuir el delito de robo al taxista en grado de partícipe por haber dirigido al sujeto activo hasta el banco, por más que el taxista haya adquirido el conocimiento, en el transcurso del servicio, de que dicho sujeto iba a cometer un robo en el banco. No está dentro de los deberes de conocimiento del taxista saber cuál es la finalidad para la cual toman sus servicios cada cliente a quien le haga carrera, sino la de llevar de forma adecuada al lugar que le indica cada cliente (no pasarse la luz roja, no manejar de forma imprudente, etc.). Llegar al extremo de exigir a los taxistas que conozcan la finalidad de la carrera que hagan, es actualmente imposible pues generaría una atrofia social. Cada persona debe saber lo que en cada contexto social en el que se desarrolla le es exigible.

"De lo antes señalado, concluimos que se debe partir de un grado de atribución de conocimiento a los sujetos en los ámbitos sociales donde participan, pues sin el mismo no se podría dinamizar la sociedad (es el ámbito social el que nos dará el significado de la conducta), la misma fracasaría al tener que darle sentido a las conductas en base a lo que cada uno quiere (así cortar un camisa con una espada filuda será para unos -según su voluntad final- un delito de daños y para otros una tentativa de lesiones). Partir por lo que quiso un sujeto con su conducta (peculiaridades psicofísicas) es algo que nadie va a poder conocer, ni probar" (MARTÍNEZ, 2019, p.215). Michael PAWLIK nos menciona que:

> "*Por consiguiente, la cuestión no puede depender de la valoración del riesgo efectuada por el propio autor*". (2016, p.144).

"Por ello, partiendo de una teoría normativista, se considera que en el aspecto subjetivo (dolo) sólo deben entrar a tallar -más allá de lo que quiso el agente

o la voluntad final que tuvo el mismo con su conducta- los deberes de conocimiento del agente (lo que debía saber) sobre la relevancia de su conducta -en el contexto social en el cual se enmarcaba- para la afectación de la expectativa social penalmente protegido" (MARTÍNEZ, 2020, p.110). La perspectiva normativista es planteada en el Perú por el profesor CARO, quien expresa que: "La referencia al deber traza el marco de valoración que separa la naturaleza y el sentido jurídico, a su vez esclarece que el destinatario de la imputación jurídica no es el actuante en cuanto sistema psico-físico, sino en cuanto persona titular de un haz de derechos y deberes" (2010, pp.181-ss.).

A nivel jurisprudencial, se puede apreciar que, la posición planteada ha sido asumida, por ejemplo, en el expediente N° 0007-2011, del Primer Juzgado Unipersonal de Lima, sentencia tomada de HUAMÁN (2014, p.134), donde se ha planteado:

> "*En cuanto al tipo subjetivo, esto es, se requiere que el sujeto activo del delito actúe con "dolo". En el presente caso el tipo penal exige que la conducta sea dolosa y una de las características de la imputación subjetiva, es la atribución de sentido normativo del conocimiento, por lo que, el único conocimiento válido que interesa al derecho penal, no es otra cosa, que el actuante "debía saber", "debía conocer", en el contexto social de su acción, no lo que "sabía" o lo que "conocía"; cuando este es el criterio determinante, la imputación subjetiva completa su contenido como atribución de un sentido normativo al conocimiento configurador del tipo penal*".

De la misma forma, la Sala Penal Permanente, en su Casación N° 367-2011-Lambayeque, de fecha 15 de julio de 2013, preciso que, se debe exigir al sujeto los conocimientos que su rol determina, así:

> "*4.1. La imputación subjetiva se centra en determinar si el sujeto actuó con dolo, entendido como el conocimiento exigido al sujeto según su rol en el caso concreto.*

> *(…)*
> *4.4. El problema de la prueba del dolo será distinto en el caso de que el concepto sea de corte normativo. Ya no se buscará determinar el ámbito interno del procesado, sino que el énfasis se centrará en la valoración externa de la conducta, vale decir, en la imputación*".

Igualmente, nuestra Corte Suprema, bajo el Recurso de Apelación N° 05-2017-Huánuco, ha señalado que, el funcionario público (en dicho caso el Fiscal) se encuentra obligado a comprender (como conocimiento) el ámbito de prohibición funcional:

> "(…) *el fiscal tiene el deber de conocer que el solicitar y/o aceptar donativo y/o ventaja económica a las partes procesales o sus familiares, para influir en una decisión fiscal, es consecuencia del conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo penal, con lo cual quebranta sus roles funcionariales conferidos por mandato constitucional y legal*".

"En lo referente al delito de colusión, se tiene que en ambas redacciones se requiere para la configuración de la parte subjetiva el conocimiento de que con la concertación ilícita se ocasionará un perjuicio al Estado" (MARTÍNEZ, 2019, p.217).

"Aquí, el conocimiento llega determinado por los deberes que le son atribuidos al sujeto activo en el campo social en el cual actúa; así, se configuraría el dolo por más que el déficit cognitivo tenga su origen en un defecto volitivo (dolo por indiferencia). p.e. el funcionario al asumir, por razón de su cargo, la competencia en los procesos de contratación pública tiene el deber de conocer la normativa que regula dicha parcela administrativa, y en caso el funcionario no quiere saber (le es indiferente) la normativa pertinente, no puede aludir que no le es atribuible delito de colusión, pues no sabía que la concertación con un particular para que gane directamente el contrato público era ilícita" (MARTÍNEZ, 2020, p.110). Al respecto, JAKOBS nos indica que, no

se encuentra justificado algún tipo de condescendencia en el supuesto del sujeto que desconocía -por indiferencia- su ámbito competencial (2008, p.93).

Por lo tanto, la colusión se encuentra configurada desde la vertiente subjetiva como netamente dolosa, por lo que, no cabe la posibilidad de una sanción penal en el supuesto imprudente, también lo refiere CASTRO (2011, p.63) y CATALÁN (1998, p.82). No obstante, si el sujeto público actuase en el marco de una imprudencia en la esfera del procedimiento contractual, la misma pasaría al marco del derecho administrativo sancionador; p.e. en España conforme al Real Decreto Legislativo 3/2011, emitido el 14 de noviembre (Responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas de la Ley de Contratos del Sector Público), establece:

> "*2. La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas, cuando mediare al menos* ***negligencia grave, constituirá falta muy grave cuya responsabilidad disciplinaria se exigirá conforme a la normativa específica en la materia***".

Por otro lado, y contrario a una gran parte de la doctrina, que parte de considerar que solo es reprimible cuando el sujeto haya actuado con conciencia y voluntad, PEÑA (2016, p.326), como se acaba de señalar, para la configuración del dolo no se requiere la voluntad (o hasta el querer) del sujeto pasivo para con su acuerdo afectar al Estado, sino el conocimiento (y consentimiento) de que con su conducta se ocasionará un perjuicio al Estado; p.e. señala ABANTO que se requiere de la voluntad y conocimiento del sujeto activo para la configuración del ilícito (2003, p.316).

Asimismo, de la configuración del tipo penal no se exige ningún componente anímico del autor (POLAINO, 1997, p.421), así SABÁN considera que se requiere necesariamente de un componente anímico para la configuración de la parte subjetiva del delito analizado (1991, p.15). En tanto que, otros autores

mencionan aspectos como el ánimo de lucro propio (CALDERÓN Y CHOCLÁN, 2005, p.507); así, CALDERÓN señala que:

> "*En cuanto al aspecto subjetivo el delito es doloso, e incluso incorpora como elemento subjetivo del injusto la vocación defraudatoria, es decir, el actuar con ánimo de lucro propio o ajeno, por lo que únicamente es admisible el dolo directo* (2005, p.507)".

También algunos autores precisan la necesidad de un ánimo de defraudar (MIR, 2016, p.172); p.e., BENAVIDES considera que en este delito se tiene que cumplir en la faz subjetiva el ánimo defraudatorio (2016, p.189).

A pesar de no se necesario el componente anímico, es común que se encuentre presente en este tipo de delitos la obtención de una ventaja económica; refiere CATALÁN que, es muy común la obtención de un beneficio por parte de los participantes en el hecho ilícito (1998, p.83). Igualmente, ROJAS: "La defraudación a los intereses patrimoniales de la Administración Pública no requiere como elemento del tipo el provecho o beneficio personal del funcionario o servidor público, sin embargo, ello no impide considerar que un gran número de casos pueda producirse" (2007, p.413); situación última que tiene respaldo empírico, conforme ala encuesta especial del Eurobarómetro 2013 sobre la corrupción, donde se indica que:

> "(…) *el 45 % de los europeos entrevistados consideran que el soborno y el abuso de poder para el lucro personal están muy extendidos entre los funcionarios responsables de la adjudicación de contratos públicos*" (2014, p.27).

Cabe mencionar que, cuando se analizó la parte objetiva del tipo, establecimos que la defraudación es el contexto objetivo en el cual se desarrolla la conducta, es el marco de ilicitud que la rodea; y no un elemento subjetivo del injusto, no es la finalidad (tendencia) perjudicial que busque el

autor lo que hace -y hará depender- reprochable la conducta, sino el contexto ilícito en el que se desarrolla.

Ya en la jurisprudencia peruana, se ha establecido que, no se requiere de ningún tipo de ánimo, específicamente de lucro, en la colusión (CASTILLO, 2008, p.174). Se tiene al respecto lo precisado en el Recurso de Nulidad N° 2767-2008-Loreto, de 19 de agosto de 2009, emitido por la Corte Suprema:

> "*El sujeto activo en el delito de Colusión, al concertarse, puede actuar con evidente codicia o con intencionalidad extraeconómica que buscan perjudicar al Estado. Si bien no se necesita acreditar el lucro o el provecho obtenido por el sujeto activo, sí deberá acreditarse el dolo directo del agente tanto del negociador público oficial como del interesado*".

A nivel comparado, se tiene en España lo establecido por el Tribunal Supremo español, en su sentencia del 16 de febrero de 1995, citada por CATALÁN (1998, p.83/n.p. 61):

> "(…) *no es necesario, pues, interés personal alguno en el sujeto activo, pudiendo actuar sin ánimo de beneficio propio, ya que es un delito de mera actividad que se consuma simplemente con que exista la concertación de voluntades*".

Tal comprensión de la parte subjetiva plantea la posibilidad de que la conducta pueda configurarse en su parte subjetiva como dolo en sus distintos grados (directa, indirecta o eventual), pues considerar que -además- debe estar presente un elemento adicional subjetivo del tipo, determinaría que no pueda establecer el delito en grado de dolo eventual, posición que sí es asumida por algunos autores, como MORILLAS, quien señala que el ilícito no puede configurarse ni de forma imprudente ni con dolo eventual (2011, p.990), por su parte, ROJAS menciona que: "El concierto para defraudar resulta impensable con dolo eventual" (2007, p.422). Al respecto, se configurará el

dolo eventual cuando exista por parte del sujeto una capacidad de comprensión de la dañosidad real de su acto (CASTILLO, 2008, p.172).

IV.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

En lo que respecta a la posibilidad de realizar el hecho prohibido por causas justificables -y en nuestro caso específicamente sólo la configuración el estado de necesidad justificante, ya que no se puede configurar una legítima defensa en el marco de las contrataciones públicas- se considera que la misma es dable; si bien en la práctica es muy difícil que se pueda producir, no existe razón alguna para restringirla. ROJAS VARGAS manifiesta que es difícil hallar una causa justificadora en el actuar del agente (2007, p.427).

Como señala JAKOBS, para las causas de justificación, tiene que existir motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento prohibido (1997, p.419); y en el caso de las contrataciones públicas, tendría que realizarse seguramente en casos, p.e., de desastres naturales (inundaciones, terremotos, etc.), ataques terrorista, entre otros; donde resulte urgente y necesario el contrato, p.e., ejecución de obras y realización de servicios, con la finalidad de garantizar el bienestar de las personas que han sufrido dichos fenómenos, motivo por el cual el funcionario -dada la premura- tiene que concertarse con el tercero interesado para cumplir con la obtención de bienes y servicios (p.e. la única empresa que cuenta con medicinas requeridas).

En dicha situación, se considera que sí es posible la configuración de un estado de necesidad justificante, ya que en caso de que el procedimiento administrativo deba respetar con las formalidades de ley, seguramente no se podría cumplir con el fin último que es la obtención de bienes y servicios de forma rápida, ello a fin de evitar mayores daños en la población.

Como señala DÍEZ RIPOLLÉS, en el marco de un contexto de dañosidad sobre un interés jurídico relevante (bienestar de los afectados con la catástrofe) resulta inminente la producción de un mal (la infracción de deber-

proceso administrativo), para evitar la concretización de la lesión (2009, p.251); situación que se daría en el ejemplo antes mencionado, por lo que sí se configuraría una causa de justificación.

En el ámbito de la participación, ROJAS considera como una forma de causa justificación las situaciones en las que un personal administrativo contribuye, bajo el supuesto de obediencia debida (art. 20° del CP), a los actos del sujeto activo (2007, p.427). Así, el art. 20º del CP peruano precisa que: "Está exento de responsabilidad penal: […] 9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones".

Al respecto, se considera, en base a los criterios de la imputación objetiva, que si un funcionario cumple con los deberes que le incumben por el ámbito de competencia en la cual se circunscribe no crearía -propiamente- riesgo jurídico penal alguno, sino todo lo contrario, estaría actuando de acuerdo con los deberes que le son propios; por ello se considera errado lo establecido por el autor citado.

La no imputación del actuar del funcionario se circunscribe en el criterio de prohibición de regreso, por medio del cual una persona actúa de acuerdo a su rol (oficio), siendo que un tercero (sujeto activo) se aprovecha de su conducta (comportamiento estandarizado en la administración pública) para cometer un ilícito penal. De forma genérica, como ha señalado JAKOBS: "Prohibición de regreso es el nombre que se emplea para expresar que otro sujeto no puede imponer al comportamiento del que actúa en primer lugar un sentido lesivo de la norma. Quien se comporta de un modo socialmente adecuado no responde por el giro nocivo que otro dé al acontecimiento. Más bien se encuentra ante él como cualquiera y responde, por tanto, a lo sumo, por la lesión de garantías dotadas de otra fundamentación o por omisión de socorro" (1997, p.218).

En el Recurso de Nulidad N° 2242-2011-Huancayo, del 22 de marzo de 2012, nuestra Corte Suprema de Justicia ha precisado unos parámetros sobre la prohibición de regreso:

> "[…] *que la prohibición de regreso, materializada con las denominadas conductas neutrales -inocuas o estereotipadas, adecuadas a determinada profesión u oficio, etc.- entiende que algunas acciones creen ciertos riesgos permitidos o jurídicamente tolerados, y aunque favorezcan en forma causal un delito, no alcance a constituir un acto de complicidad, por ser acciones con contenido social, con sentido inocuo, realizadas dentro del rol que le compete a toda persona en la sociedad; que, por consiguiente, toda acción neutral, realizada dentro del rol correspondiente, común u ordinario a toda persona, no representa ningún aporte a un hecho punible, pues lo contrario obligaría a cuestionar todo acto cotidiano y someterlo a escrutinio para desentrañar las intenciones del tercero con el que se interactúa*".

Con ello pues, queda claro que el ejemplo planteado por el citado autor es incorrecto, pues si el funcionario actúa conforme a sus deberes no puede enmarcase dentro de la complicidad en la colusión, debido a que actúa de acuerdo a su ámbito competencial funcionarial (cumplimiento de sus obligaciones).

Ahora bien, si el funcionario obedece una orden que va más allá de sus deberes, que no están circunscritas, en ese caso sí habría una complicidad, y no cabría establecer que actúa por obediencia debida, pues nadie debe obediencia ante una orden para realizar actos fuera de la legalidad (fuera de su competencia).

V.- FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

Como se mencionó *ut supra*, la configuración del ilícito de colusión se constituye a través de la concertación ilícita. Por ello, su configuración se establece como un delito de mera actividad, por lo que la posibilidad de la configuración de formas imperfectas de ejecución, como la tentativa, resulta por demás difícil. Precisas sobre los alcances de los delitos de actividad,

HILGENDORF y VALERIUS al defiinir al delito como: “Os delitos de atividade, diferentemente dos de resultado, são aqueles cujo injusto se realiza pela simples prática do comportamento descrito legalmente, sem que um resultado concreto tenha que ocorrer” (2019, p.52). Indica BOCKELMANN y VOLK que: “Los delitos de mera actividad consisten en acciones que son criminalizadas como tales; en los cuales, por lo tanto, no es necesaria, para el cumplimiento del tipo, la causación de un resultado (de lesión o de peligro) que vaya más allá de la puesta en práctiva de la voluntad” (2020, p.305).

En ese sentido, la doctrina mayoritaria señala que no es posible la tentativa en este delito (MANZANARES, 2010, p.1175), pues el acto ejecutivo es propiamente el acuerdo de las partes, no existiendo antes del mismo acto jurídico penalmente relevante, pues se trataría de actos preparatorios. Ello partiendo de una perspectiva del delito de colusión como un delito de resultado, PEÑA (2016, p.325), de la misma forma, SALINAS (2014, p.289). También, MIR (2016, p.171).

“Al respecto, se quiere partir por establecer que la comprensión del delito de colusión se da del acto realizado por dos sujetos, por lo que por más que uno de los sujetos se predisponga a realizar una concertación ilícita no se configurará el delito, al no estar establecido de tal forma el tipo penal de colusión. Por ende, se debe partir de la comprensión del ilícito como delito de encuentro, como un hecho ilícito realizado por cohesión de dos conductas, donde la comprensión de la ilicitud se da de la concurrencia de los actos de dos sujetos que tienen para efectos del delito un único sentido” (MARTÍNEZ, 2019, p.243).

La aceptación de los dos sujetos da un sólo sentido jurídico-penalmente relevante (concertación). Por ello, sin lugar a dudas, resulta difícil poder establecer actos de tentativa realizado individualmente por parte de alguno de los dos sujetos activos, cuando el hecho ilícito parte de un acto de dos sujetos; p.e. no es tentativa que el representante de la empresa que concursa en el procedimiento contractual público se comunique (llamar) reiteradamente a los integrantes del comité selectivo (responsables de elegir a la empresa

ganadora) para que se reúnan y conversen sobre adjudicación de la contratación pública; encontrándonos aquí en un acto preparatorio que será posible de ser sancionado administrativamente o incluso -en caso de existir dádiva- sancionado por el delito de cohecho.

Sin embargo, se considera que cabe la posibilidad de tentativa en supuestos en los cuales existe una predisposición de ambos sujetos activos en llegar a un acuerdo, es decir en las tratativas. Establece la probabilidad de una tentativa en la colusión, MIR PUIG (2016, p.171), igualmente, SÁNCHEZ y LLAMOJA; empero, se restringe a señalar que es posible la tentativa al encontrarnos en un delito doloso (2020, p.1665). No obstante, GARCÍA niega alguna forma de tentativa en la colusión (2015, p.1110).

Así pues, si el funcionario y el particular interesado se encuentran predispuestos objetivamente a llegar a una concertación ilícita; empero, en las tratativas no coinciden plenamente en las “cláusulas del acuerdo ilícito” habrá tentativa. De este modo, a través de la Casación N° 689-2019-Ancash, emitido el 20 de setiembre de 2019, la Corte Suprema, Sala Penal Permanente, ha asumido esta posición al señalar sobre la concertación ilícita que:

> "*Ésta puede ser única, continuada o, incluso, plural, según los casos*"

Sucede lo mismo cuando se firma un contrato, así en la colusión, el funcionario y el particular interesado se encuentran discutiendo cláusula por cláusula, siendo que al final no llegan a un acuerdo por tener discrepancias en alguno de los puntos a concertar (llegan a un acuerdo de nueve de las diez cláusulas). Ya existe en ese actuar una expresión de quebrantamiento de la expectativa protegida por la norma penal. Al respecto, señala JAKOBS que: “El fundamento de punición en la tentativa es que se pone de manifiesto una infracción de la norma” (1997, p.864).

Así, existirá tentativa del delito de colusión, p.e. cuando el tercero interesado señale al funcionario que no presentará un documento que resulta necesario

para el procedimiento administrativo, y que igual debe ganar el concurso, siendo que el funcionario no acepte tal planteamiento, a pesar de -ya- haber avanzado en otras “cláusulas”, no dándose finalmente un acuerdo, y por ende el ilícito penal, pero sí la tentativa de la colusión.

VI.- CONSUMACIÓN

Se necesita para la consumación del ilícito analizado el pacto ilícito; p.e. el Tribunal Supremo español (STS 168/1994, de 2 de febrero de 1995) ha precisado:

> “(…) *la acción típica del precepto cuestionado, es el concierto, el ponerse de acuerdo el funcionario con los interesados o especuladores, por lo que es preciso que efectivamente se haya producido el concierto, momento en el que tendría lugar la consumación delictiva*”.

Cabe mencionar que, no resulta obligatorio el daño concreto al patrimonio público (SERRANO y SERRANO, 2007, p.831), menos aún que, se haya perfeccionado un arreglo a través de un contrato (firma contractual), así lo considera PORTOCARRERO (1997, p.159). Tampoco es necesario que el sujeto público obtenga un beneficio económico (CATALÁN, 1998, p.84).

“La consumación del delito, con la sola concertación, se debe a la configuración típica que se ha establecido para el presente delito, cual es la de un delito de mera actividad, y no de resultado. Cabe señalar, que el centro de nuestro análisis es el tipo base del delito de colusión, regulado en el primer párrafo del art. 384 del CP, pues en el mismo se encuentra el núcleo del injusto penal, y no en su forma agravada, que aumenta la pena en caso exista un perjuicio real para el patrimonio del Estado” (MARTÍNEZ, 2019, pp.245-246).

Ahora bien, normalmente se señala que el delito en análisis deviene de una tentativa acabada o acto preparatorio (SUÁREZ-MIRA et al., 2011, p.537), en

la cual el legislador ha querido adelantar las barreras de punición. Al respecto, somos de la opinión que el delito de colusión no nace de una tentativa acabada, como si dependiera la comprensión de su ilicitud de otro delito, sino que el delito de colusión tiene su propia configuración (específica); debido a que se encuentran ante un delito que se desarrolla en el marco de contrataciones públicas. Un punto de vista similar, al no considerarlo con tentativa o acto preparatorio que depende de otro delito, sino -y esto es lo que no compartimos- que forma parte un ilícito comprendido como un acto preparatorio POLAINO (1997, p.421). Siguiendo la posición de autor antes citado, SUÁREZ-MIRA (et al., 2011, p.537).

Si se observa los distintos delitos contra la administración pública, sólo son unos cuantos delitos donde se ha ubicado el injusto en el contexto del procedimiento contractual, de esa manera, el grave daño que se observa -como refieren distintos informes internacionales- para el patrimonio estatal es de tal magnitud que hace necesario establecer conductas que deban ser configuradas como delito, y en nuestro caso, así se ha querido establecer con el delito de colusión, donde el marco de ilicitud se da en la defraudación al Estado con la concertación; configuración que no tienen otros delitos de corrupción.

VII.- COLUSIÓN AGRAVADA

En lo referente al supuesto agravado del ilícito materia de análisis, requiere además del pacto (colusión simple) una afectación al patrimonial estatal (ROJAS, 2016, p.196). Dicho menoscabo debe ser atribuible al funcionario público en base a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado: el acuerdo ilícito.

“Al respecto, si la defraudación patrimonial no puede ser atribuida a los participantes producto de la concertación, no se podrá establecer la colusión agravada, sino la colusión simple. Por tanto, se entiende por defraudación en la colusión agravada al perjuicio económico para el Estado” (MARTÍNEZ, 2019, p.147).

“Cabe señalar sobre este punto, que propiamente el perjuicio patrimonial no forma parte del centro de comprensión del delito de colusión, sino que debido a su mayor lesividad, por su carácter pluriofensivo (el acuerdo ilícito y el patrimonio), genera un mayor grado de reprochabilidad sobre el autor, al no sólo afectar la expectativa de no concertarse en el marco de una contratación pública, sino que además afecta al patrimonio estatal, generando un mayor grado de dañosidad social, y por ende la aplicación de una pena mayor” (MARTÍNEZ, 2020, p.117). En un sentido opuesto, GARCÍA (2015, p.1113).

Esta situación de la agravante es una decisión político criminal de acuerdo a la circunstancia social en el país, por lo que también pudo existir como agravante que la concertación se realice sobre la adquisición de bienes o realización de servicios destinados a programas sociales o asistenciales. Por ello, el pacto es el centro del ilícito penal, y las demás circunstancias (afectación efectiva al patrimonio) son agravantes por el mayor desvalor social del hecho.

“Adicionalmente, se debe indicar que la defraudación patrimonial debe ser entendido no sólo como la disminución del patrimonio estatal, sino también como la posibilidad de aumento del patrimonio del Estado, pues en los casos que el Estado venda un bien o realice una prestación (p.e. una subasta) se busca el beneficio acorde con los parámetros que el mercado establezca” (MARTÍNEZ, 2019, p.148).

Es decir, también se configura el ilícito cuando el funcionario y el particular interesado hayan acordado la venta de un bien público donde el Estado ha dejado de obtener beneficios pertinentes, estando en la posibilidad de obtenerlos. Así, SALINAS, al manifestar: “[…] pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas, entre otras” (2011, p.129).

La Corte Suprema de Justicia ha precisado el efectivo daño al patrimonio institucional para la comprensión de la colusión agravada. Así, en la Casación N° 661-2016, Piura, emitida el 11 de julio de 2017, señalo:

> "*Mientras que para configurarse la Colusión agravada es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal*".

De la misma forma, se indica en la citada casación que, para su configuración no resulta suficiente la mera concertación (como desvalor del acto), sino que se requiere el perjuicio patrimonial (desvalor de resultado:

> "*Décimo Séptimo: Así, también, en la Colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado -desvalor de resultado-*".

Algunos autores estiman que la afectación necesariamente debe estar vinculada al patrimonio, pues ello se desprendería del segundo párrafo del art. 384º CP ("defraudare patrimonialmente al Estado"). Posición poco acertada, debido a que comenzar el análisis del delito de colusión desde la agravante (perjuicio patrimonial), deja sin sentido el marco central de la colusión, el cual se considera está delimitado en el primer párrafo del art. 384º, es decir la concertación, conforme ya lo referimos al momento de analizar el bien jurídico penalmente protegido.

"La lógica de las agravantes, y por ende de su mayor reprochabilidad, se debe a la afectación de distintos ámbitos de protección de la norma, en el caso del delito de colusión agravada sería: 1) la expectativa social que pesa sobre el actuar del funcionario en las contrataciones públicas y 2) la expectativa de que

no se afecte el patrimonio del Estado en el marco de las contrataciones públicas" (MARTÍNEZ, 2019, p.249).

"En tal sentido, como se ha mencionado, así como el legislador ha establecido el perjuicio patrimonial como forma agravada del delito de colusión, también pudo establecer como agravante que la contratación pública se circunscriba a fines asistenciales, programas de apoyo o inclusión social. En consecuencia, la agravante no puede determinar el sentido de protección de la norma penal de colusión" (MARTÍNEZ, 2019, p.249).

1.- COLUSIÓN AGRAVADA: ¿PERICIA CONTABLE COMO REQUISITO INDISPENSABLE?

Igualmente, la casación desarrolla los supuestos de medios de prueba para la colusión a través de pericias contables, ello pues, para acreditar el daño económico en el supuesto agravado, así se desarrolla en la Casación N° 661-2016, Piura:

> "(…) *una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia del Corte Suprema; así, se estableció en la Casación N° 1105-2011-SPP -fundamento jurídico N° 7- que señala: "la necesidad de una prueba directa como el informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de Colusión*".

Conforme a ello, en los casos donde se requiera precisar la sobrevaloración, p.e., de la obra o servicio realizado, será necesario la realización de una pericia contable. En tal sentido, en el Recurso de Nulidad N° 303-2001, del 12 de abril de 2002, nuestra máxima instancia judicial ha establecido que:

> "*Se encuentra acreditada la responsabilidad penal del justiciable, pues de los informes periciales efectuados por el juzgado y ratificados en el juicio oral, así como en los peritajes de parte, se demuestra que los vehículos adquiridos por el procesado fueron sobrevaluados por encima de los precios reales, causándole perjuicio aunque no ha demostrado en autos que se requería la necesidad de adquirir otros vehículos, por lo que su actuar se adecua al tipo delictivo descrito en el artículo 384 del Código Penal*" (IDEDHPUCP, 2014, p.82).

"Sobre el mencionado punto, si bien se considera adecuado el uso de la pericia contable para determinar el quantum del daño patrimonial, se debe señalar que el mismo no siempre es indispensable, pues existe casos donde el daño puede ser apreciado a través de las máximas de la experiencia; así, p.e., si el contrato consiste en la entrega de determinados bienes, los cuales nunca fueron entregados al Estado, de lo cual se aprecia que -efectivamente- hubo un perjuicio patrimonial por parte al Estado, configurándose así la agravante del delito de colusión" (MARTÍNEZ, 2017b, p.23).

"En tal sentido, si bien en determinados supuestos no se podrá establecer el monto específico del perjuicio, ello no restringe que no se configure el delito de colusión agravada al tener la certeza de un efectivo perjuicio patrimonial; sin embargo, no establecer el monto del perjuicio de forma específica sí tendrá implicancias a la hora de determinar la reparación civil a favor del Estado" (MARTÍNEZ, 2017b, p.23).

VIII.- PROBLEMAS CONCURSALES

Sobre el ámbito concursal, se puede apreciar distintas problemáticas, se tiene, p.e., lo referente al daño patrimonial al Estado a través de la concertación, así, algunos autores consideran que acarrearía un concurso entre el delito de estafa y colusión. Y esto es así, porque consideran que al comprender el ilícito materia de análisis (colusión) como uno de simple actividad derivado del solo fraude, por lo que, la dañosidad económica como producto del

desencadenamiento del acuerdo, no sería otra cosa que el perfeccionamiento del delito de estafa (MORALES y RODRÍGUEZ, 2009, p.1751).

1.- COLUSIÓN Y ESTAFA

Así, este sector parte de comprender a la colusión como, un supuesto de estafa en grado de tentativa, por lo cual nuestro legislador ha querido configurar como un delito contra la administración pública al estar presente como sujeto activo un funcionario y al tener como patrimonio afectado el del Estado.

En ese sentido, existen en este sector distintas posiciones respecto del concurso, pues algunos consideran que se está ante un concurso aparente de normas, otros ante un concurso ideal de delitos, y finalmente quienes consideran que propiamente hay un concurso real de delitos. El sector de autores manifiesta que, en el supuesto que se efectivice la dañosidad a la institución pública, existiría un concurso aparente de leyes entre la estafa y la colusión, señalando que tal problemática se resuelve mediante el principio de consunción, la Estafa absorbería a la colusión, debido a que este último delito no es más que una tentativa de estafa configurada como delito (CATALÁN, 1998, p.87/n.p. 89).

Otros autores consideran que, si se obtiene el resultado previsto por la concertación, propiamente se configuraría un concurso ideal de delitos, debido al carácter pluriofensivo del delito (CALDERÓN, 2005, p.507). En tanto que otros señalan que existiría un concurso medial entre el delito de colusión y la estafa al estar en juego distintos bienes jurídicos (la protección patrimonial del Estado) (CRESPO, 2002, p.2424).

Al respecto, se considera totalmente errado considerar que, en el supuesto se efectivice o realice un perjuicio al patrimonio de la institución pública se configuraría una estafa, y por ende entraría en concurso con el delito de colusión. Como se ha reiterado *ut supra*, el perfeccionamiento del ilícito

colusorio no parte de la estafa, no es una tentativa o acto preparatorio de la estafa, pues no se está en una relación de estafador-estafado.

“El funcionario participa en el contrato público como representante del Estado, es decir tiene en su dominio el manejo del proceso contractual; por ende, si ya dispone de dicha facultad -situación a la cual va dirigida la conducta de engaño en la estafa- por lo no existe necesidad de engañar al Estado, lo que existe es una concertación ilícita para conceder de forma indebida el contrato público al tercero interesado” (MARTÍNEZ, 2019, p.253). De la misma posición, al señalar que no existe un delito de estafa, al ser el funcionario representante del Estado, CASTRO (2011, pp.75-76).

En tal sentido, lo que propiamente podría existir en la concertación es una gestión desleal del funcionario con el patrimonio que le ha sido confiado en razón de su cargo (corrupción privada). Así, es muy común encontrar casos en los cuales el administrador de una persona jurídica privada realiza determinados contratos que son perjudiciales para su representada, configurándose así el delito de administración desleal o corrupción privada (art. 198° y 241º-A CP).

Asimismo, además del aparente concurso entre la estafa y la colusión, señala una parte del sector académico que, es posible el concurso de la colusión con los delitos de prevaricato, malversación de fondos, hurto, apropiación ilícita, negociación incompatible o cohecho pasivo (CATALÁN, 1998, p.87).

2.- COLUSIÓN Y HURTO

En lo que se refiere al concurso con los delitos de **hurto y apropiación ilícita**, se considera que en el delito de colusión no se hace uso de ninguna sustracción de bienes para la configuración del ilícito, por lo que mal hacen al pensar que pueda existir concurso de delitos o leyes.

3.- COLUSIÓN Y APROPIACIÓN ILÍCITA

En relación al delito de apropiación ilícita, su configuración tiene como nota característica que el sujeto activo realice un acto de apropiación del bien, despojando terminantemente al administrado de su propiedad, situación que no se presenta en el delito de colusión, sino que existe un concierto entre funcionario y particular para concederle a este último un contrato público, es decir un uso inadecuado del patrimonio del Estado; el funcionario -propiamente- no se apropia del patrimonio público, como sí sucede para el supuesto de peculado, por lo que, la relación de la apropiación ilícita es propiamente con al del ilícito de peculado, mas no con la del art. 384 CP.

4.- COLUSIÓN Y PECULADO

Otro problema concursal, es la del posible concurso del colusión y el peculado (Malversación de Caudales Públicos en España), así señala Lorenzo MORILLAS que:

> "*Es compatible con la malversación de caudales públicos -STS 257/2003, de 18 de febrero- la sanción con la del delito de fraude del art. 436º del CPE, pues éste es un delito de mera actividad que se consuma [en España] con la concertación con la finalidad de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales por este medio no pertenece a la perfección del delito de fraude [Colusión], debiendo sancionarse en ese caso ambos delitos en relación de concurso medial. Asimismo, SSTS 190/1995, de 16 de febrero y 1537/2002, de 27 de septiembre*" (2011, p.990).

Al respecto, se considera que existe una confusión entre la naturaleza de ambos delitos, debido a que, como ya se señaló, la colusión tiene una dinámica similar al de la gestión desleal, donde el funcionario no se apropia de ningún bien, sino que en abuso de sus funciones concede ilícitamente un contrato público a un tercero; y en la malversación el sujeto activo se apropia de bien puesto a custodia por el Estado, así el delito de colusión y peculado

tienen una dinámica distintas, con especificaciones particulares (procedimiento administrativo, contrato público, concertación, etc.).

Así pues, siguiendo lo establecido por CASTRO:

> "[…] *entre los delitos de contrataciones fraudulentas y de malversación de caudales no existirán problemas concursales, porque responden y están pensados para responder a dinámicas distintas*" (2011, p.82).

5.- COLUSIÓN Y COHECHO PASIVO

En lo que respecta a los delitos de colusión y cohecho Pasivo, se considera que sí existe la posibilidad de concurso (GIMENO y CORBELLA, 1998, p.122), debido a que normalmente para llegar al acuerdo, requerido en la concertación, el tercero interesado hará uso de dádivas a favor del funcionario. En ese sentido, se aprecia habrá un concurso real de delitos, pues la entrega o promesa de una dádiva es el paso previo para llegar a un acuerdo funcionario y tercero interesado; p.e. en el art. 419º CPE establece la posibilidad de concurso en el caso de cohecho: "[…] *sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito*". Contrario a esta posición, al establecer que se está ante un supuesto concursal -de normas-, asumiendo la posición que debe primar el ilícito de cohecho en relación al fraude funcionarial [Colusión] CASTRO (2011, p.85).

Asimismo, debe entenderse que con la dádiva se está lesionando una expectativa normativa distinta a la protegida en el art. 384º CP, en el caso del cohecho relacionado a la imparcialidad y en la colusión a dirigirse de forma correcta en el procedimiento contractual donde participa el Estado, con ello se respalda la posición asumida de la presencia de un concurso real de delitos.

6.- COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

En lo que respecta al delito de negociación incompatible, se considera que existen diferencias precisas por las que no debe considerarse a este ilícito como si fuese un adelantamiento de la colusión (situación previa). Sobre ello, se aprecia a través del Recurso de Casación N° 396-2019-Ayacucho, del 09 de noviembre de 2020, que la Corte Suprema, Sala Penal Permanente, ha establecido que:

> "*El aludido tipo delictivo [negociación incompatible] puede calificarse, incluso, como un delito preparatorio en relación con el delito de colusión -ambos tienen su fundamento en deberes especiales atribuidos a los agentes oficiales y están vinculados a contratos u operaciones estatales-, pero protege el mismo bien jurídico bajo la infracción de normas de flaqueo -no de las normas principales- en relación al mismo bien jurídico. Es, por tanto, un injusto parcial en relación con el delito de colusión*".

Sobre el particular, se considera que un elemento trascendental en la negociación incompatible comprende el interés indebido económico, relacionado a la búsqueda de un beneficio propio o de un tercero, que para algunos autores constituye un elemento subjetivo de tendencia, el cual no resulta necesario para configuración del delito de colusión, pues conforme al bien jurídico penalmente protegido, no es necesario procurar la obtención de un beneficio, menos económico, sino la afectación de expectativas a través de la concertación (conjugar) del funcionario e interesado, pues puede darse el caso en el cual la empresa se concierta con el funcionario, a pesar que dicha empresa cuenta con el producto que cumple los requisitos técnicos y económicamente es el de menor costo en comparación con sus competidores.

Por ello, no se exige al funcionario -para la colusión- de algún elemento interno trascedente, solo el deber de conocer que concertarse resulta incorrecto. No se requiere que los intereses de la administración prevalezcan sobre los intereses particulares, pues lo primordial es que el funcionario se maneje conforme a las normas que enmarcan la contratación pública.

Otra diferencia se observa en cuanto a la configuración del tipo, mientras que la colusión se centra en la concertación, y por tanto parte de ello su comprensión como un ilícito de peligro abstracto, en la negociación incompatible se parte de un peligro real para el proceso contractual, por ello su comprensión como ilícito de peligro concreto (ROSALES, 2020, p.612). Con ello, cada tipo penal es independiente.

IX.- SANCIONES

En este apartado se analizará brevemente las sanciones aplicables en la colusión. En ese sentido, en un primer momento se observa que el tipo básico de colusión, del art. 384° CP, la pena privativa de la libertad para el funcionario o servidor público es de no menor de 3 año ni mayor de 6 años; y en su configuración agravada es no menor de 6 ni mayor de 15 años. Indica CASTILLO que un ámbito similar punitivo se aprecia en Colombia, donde se establece una pena de prisión superior a cuatro y menor a doce años (2008, p.183).

Así, el art. 384º CP no establece una pena de inhabilitación para el funcionario y el tercero interesado; por ende, no la configura como pena principal; sin embargo, de acuerdo a los arts. 39° y 426° CP peruano, es posible aplicar la inhabilitación como sanción accesoria, cuando el ilícito realizado forma parte del uso abusivo del cargo o violación inherente a la función pública, la misma que puede extenderse de seis meses a diez años. También considera la posibilidad de aplicar una pena de inhabilitación accesoria GARCÍA (2015, p.1113).

Sobre lo señalado, se puede establecer la carencia que muestra la sanción penal aplicada en el Perú para el delito de colusión con respecto a lo elaborado en España, donde se castiga de forma principal al interesado, imponiéndole una pena similar al del funcionario, y además inhabilitándolo a participar en contrataciones públicas futura, además, la de no contar con beneficios tributarios.

Por su parte, la catedrática de valencia no comparte la similitud de quantum penal entre el sujeto público y partícipe necesario, JAREÑO (2016, p. 534). En un sentido contrario, en nuestro país, ROJAS CRUZ considera que la pena debería elevarse al encontrarnos con bienes del Estado (2017:63).

Lo que se considera debe tener en cuenta el legislador peruano para futuras modificatorias al delito de colusión, ya que hacen más proporcional la sanción penal con el grado de dañosidad social que ocasiona un delito como el de colusión, más aún cuando el papel que juega el interesado para la configuración del ilícito penal es por demás relevante. Considera positiva la reforma española en el sentido de establecer de forma literal la sanción al interesado en el delito de Colusión; posición que es compartida, SÁNCHEZ (2010, p.482). En contra de esta posición CASTRO, al señalar que quien infringe el deber específico extrapenal es el funcionario y no el particular interesado, por lo debería imponerse una pena inferior (2011, p.71).

Por otro lado, una vez presentado el marco penal que la legislación prevé en relación a la colusión, se puede determinar si el marco penal impuesto resulta acorde en comparación con los otros delitos contra la administración pública, y ello en el marco de la relevancia que las contrataciones públicas tienen en la sociedad.

Para ello se mostrará en el siguiente cuadro y gráfico unos comparativos de pena de la colusión con los demás ilícitos en el marco de la corrupción, con la finalidad de verificar el marco penal en el cual se circunscriben.

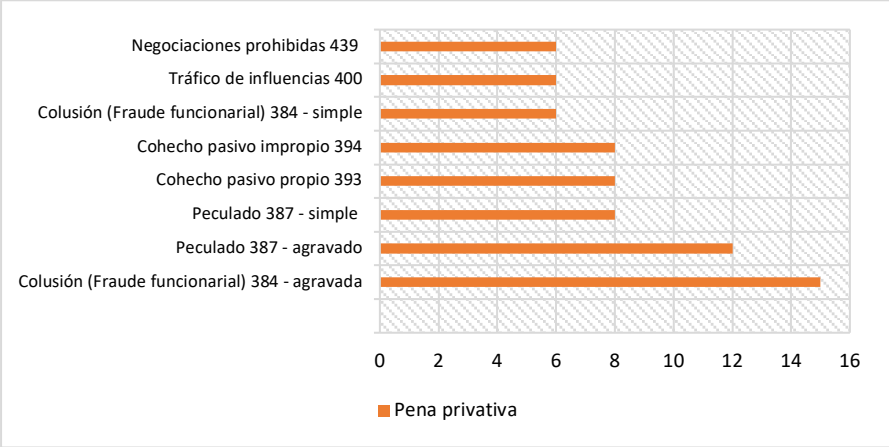
Cuadro comparativo de delitos y penas

Código Penal	
Delito	Pena privativa de la libertad (años)
Cohecho pasivo 393º	6 a 8
Tráfico de influencias 400º	4 a 6
Peculado 387º - simple	4 a 8
Peculado 387º - agravado	8 a 12

Colusión 384° - simple	**3 a 6**
Colusión 384° - agravada	**6 a 15**
Negociaciones prohibidas 399º	4 a 6

Gráfico 05

Delitos y penas de corrupción en el CP peruano



Fuente: Código Penal

Diseño: Propio

Como se puede observar del cuadro presentado existe un distinto tratamiento del delito de colusión en relación a los demás delitos enmarcados en la corrupción grave, imponiéndole un marco penal muy severo en comparación con otros delitos donde, al igual que el colusión (GARCÍA, 2015, p.1090), se castiga normalmente a la simple actividad (p.e. cohecho), señala CEREZO que en los casos de las penas establecidas para el delito de cohecho se: "(…) cumplen ajustadamente todas las propuestas internacionales analizadas y las sanciones con las que se castigan dichas conductas pretenden ser eficaces, proporcionales y disuasorias" (2001, p.469).

Por ello se comprende que, nuestro legislador ha querido tratar de forma más riguroso un delito tan grave como es la colusión. Critico con el uso de la pena privativa de la libertad para los delitos de corrupción, mencionando que lo preferible sería que los costos de mantener en prisión a un corrupto deberían ser utilizados para reembolsar a las víctimas, entre otros, MARCUS: "A prefeita tem 50 anos. Se você "jogar o Código nela" e puni-la com 20 anos, o

custo total que a sociedade terá pode chegar a US $ 1 milhão de dólares (a média nos EUA pode chegar a US$ 50.000 por ano, por preso). Com algum tipo de liberdade vigiada, o custo, ao longo de 20 anos, será de cerca de U$ 400,000 (o custo médio anual pode chegar a US$ 20.000). A complicada questão aqui é saber se vale a pena para punir, dissuadir e enviar uma mensagem gastar esses US$ 600.000 a mais. Ou seria melhor usar esse dinheiro para reembolsar as vítimas, ajudar as pessoas pobres, cuidar do meio-ambiente, e até fornecer bolsas de estudos? Essas são decisões difíceis e pessoas razoáveis podem discordar sobre a melhor abordagem a elas." (2015, p.123).

Como ya se mencionó, en las páginas precedentes, el hecho de concertarse en el marco de contrataciones públicas genera graves perjuicios para el Estado, como distintos informes internacionales han establecido, por lo que se considera correcto el trato punitivo dado al delito en estudio en la legislación peruana. Considera ORTIZ DE URBINA que, para el caso español, trasladable al peruano, se debe otorgar un adecuado marco penal a los ilícitos contra la administración pública, conforme a las peculiaridades intrínsecas de sus conductas (2012, p.404).

"Esta preocupación no sólo es personal, sino que ya en el Informe sobre la Lucha contra la Corrupción en la Unión Europea 2014 se señala que la corrupción en la contratación pública es de especial preocupación, el historial de procesamientos y sentencias definitivas es exiguo, y que los casos de corrupción en la contratación pública concluyeron con sanciones poco disuasorias" (MARTÍNEZ, 2019, p.260). Por eso, recomienda el Informe que se deben fortalecer los regímenes sancionadores (COMISIÓN EUROPEA, 2014, pp.38-39).

Se observa que, el legislador peruano ha establecido un ámbito punitivo riguroso en relación a la colusión, situación que se considera adecuada por el grave daño que este tipo de ilícitos ocasiona no sólo a la administración, sino también a las instituciones de los que depende la estabilidad de la sociedad, CASTILLO considera que es un marco punitivo muy duro y elevado quantum

(2008, p.183). Al respecto, se debe tener en cuenta que un país con elevada corrupción está condenado a no avanzar socialmente.

De otro lado, se deb precisar que conforme a la Ley N° 30710, fue modificado el art. 57° CP, por lo que, con el cual se estableció la inaplicabilidad de suspender la ejecutabilidad de la pena privativa de la libertad para los sujetos públicos con sentencias condenatorias por el ilícito colusorio -tanto para la simple y agravada-.

Cabe precisar sobre este último aspecto que, dicha restricción, conforme al principio de legalidad sustantivo, se aplicará para aquellos hechos ilícitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 30710, es decir 29 de diciembre de 2017, ello coforme a los fundamentos del Principio de legalidad relacionado a su irrectroactividad, como ha precisado el maestro URQUIZO:

> "*El principio de legalidad consagra la prohibición de retroactividad penal y exige como punto de referencia la existencia de la ley, por ello, lex preavia en cuanto un límite a la potestad del Estado, que, consiste precisamente en la existencia de la ley como base y fundamento de una intervención en la esfera de libertad de los ciudadanos*" (2021, p.56).

. Si además de ello se tiene en cuenta la duplicidad del plazo de prescripción (art. 80º CP), y la política dirigida a la imprescriptibilidad de la prescripción para el delito de colusión, dan cuenta de una dura represión sobre el delito materia de análisis.

De la misma forma, la inaplicación solo se encuentra relacionada a los sujetos públicos competentes, con lo cual todo cómplice o instigador tendrá el derecho a solicitar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad, ello en base a una interpretación a favor del reo. Dicha posición ya ha sido por la en el Recurso de Nulidad N° 1722-2016-Del Santa, emitido el 23 de enero de 2017, donde nuestra Corte Suprema de Justicia señaló:

> "(…) *que en la fecha de la comisión del delito no estaba vigente la Ley número treinta mil trescientos dos, que modificó el artículo 57 del Código Penal, es decir, la prohibición de suspender la ejecución de la pena para funcionarios públicos que cometan el delito del artículo 384 del Código Penal –norma que, por lo demás, no se extiende a los no funcionarios públicos o extraneus–*."

1.- DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA: COLUSIÓN COMO DELITO DE PARTICIPACIÓN NECESARIA (PLURALIDAD DE AGENTES)

Se aprecia a nivel de la jurisprudencia nacional que, al momento de determinar la pena para los sujetos que intervienen en el ilícito de colusión, consideran que la agravante genérica establecida en el literal i) del artículo 46° del CP (pluralidad de agentes) no corresponde ser considerada, pues la colusión está configurada como un tipo de participación necesaria, donde el mismo tipo penal exige la intervención de dos partes para su configuración.

Por tales razones, consideran que no corresponde establecer como agravante la intervención del funcionario y tercero interesado, o inclusive la de varios funcionarios (colegiados o participantes en distintas fases del proceso de contratación) y terceros interesados (empresas con organización más compleja), pues el sentido del precepto penal del delito de colusión es que intervenga dos partes.

Sobre lo expresado, no compartimos la posición establecida por un sector de la jurisprudencia, pues el sentido de la agravante establecida en el literal i) del artículo 46° (La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito) tiene como fundamento el número de agentes que participan en la comisión del hecho delictivo para la afectación a la expectativa protegida penalmente. Se considera que, dado los niveles de aportes para la comisión del hecho delictivo (pluralidad) se nos permitirá apreciar un mayor menosprecio por parte de varios sujetos sobre el bien jurídico; e, igualmente,

la indefensión y dañosidad para el sujeto pasivo (p.e. en los delitos de robo u homicidio cometido por varios sujetos).

En el delito de colusión, la participación de varios sujetos para la comisión del hecho delictivo (varios intraneus y extraneus que participan), sin lugar a dudas, generan un mayor grado de peligrosidad para el bien jurídico penalmente protegido. Sobre este aspecto, en la Casación N° 1379-2017-Nacional, emitida el 28 de agosto de 2018, nuestra suprema instancia judicial precisó:

> "*Que, a los efectos de la individualización de la pena, el art. 46, literal i), del CP estipuló, como circunstancia agravante: La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito- en tanto que ello indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima, precisamente por la actuación conjunta en la afectación de sus bienes jurídicos (…) que a su vez puede implicar que se determine la pena concreta dentro del tercio intermedio o del tercio superior de la pena abstracta, según el caso. El vocablo "agentes" comprende tanto autores, como instigadores y cómplices primarios, no así de los secundarios*".

En tal sentido, el vocablo "agentes" no debe ser interpretado como "partes" dentro de la comisión del delito de colusión, sino como sujeto que intervienen en la comisión del mismo (autor, cómplices primarios, instigadores, etc.). Por ello, sí corresponde establecer el marco de la pena abstracta dentro de los márgenes de la agravante genérica, ello de acuerdo al artículo 46° del CP (dentro del tercio medio o superior de la pena abstracta). Esta posición, de la misma forma, fue compartida en la Casación N° 1379-2017-Nacional, emitida con fecha 28 de agosto de 2018, donde la Sala Penal Permanente estableción que:

> "*Que, aun cuando se califique al delito de Colusión como uno de encuentro, que presupone la intervención de un tercero*

interesado, si en la ejecución del indicado delito intervienen varios agentes en una u otra posición -siempre más de dos-, es indudable que es de aplicación la circunstancia agravante genéricas antes citadas. La concreta ejecución del delito marca, desde la individualización de la pena, si se está ante más de dos agentes: más de un funcionario autor y/o más de un tercero interesado cómplice. El Tribunal Superior al considerar que el vocablo ´concertar´ determina en sí mismo la participación de dos partes: intraneus y extraneus, siempre hay pluralidad de agentes y, por ende, que no se aplica el indicado precepto del CP, interpretó erróneamente esta circunstancia agravante genérica y las características del tipo penal de Colusión. No se trata que intervengan dos partes -o posiciones en el proceso de contratación público-, sino del número de personas que lo haga".

X.- BENEFICIOS PENITENCIARIOS

De acuerdo a la modificación realizada mediante Decreto Legislativo N° 1296, publicado el 30 de diciembre de 2016, se establece en el art. 50° del Código de Ejecución Penal que, los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional no procede para aquellos internos sentenciados por la comisión de delitos, entre otros, como la colusión, tanto para el presupuesto simple y agravado. Situación que, resulta mucho neocriminalizadoras (CRUZ, 2015, p.82), o, en palabras de PRADO, sobrecriminalizadoras (2017, p.19), si se tiene en cuenta que con la Ley N° 30077, donde sí se permitía dicho beneficio bajo la condición previa del pago íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil y de la multa.

"De otro lado, cabe precisar que, conforme al artículo 1° de la Ley N° 30609, que modificó el art. 46° del CEP, no procede el beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo o la educación para aquellos internos que hayan cometido el delito de colusión en el marco de la criminalidad organizada, conforme a la Ley N° 30077" (MARTÍNEZ, 2020, p.121).

No obstante, si bien se modificó el citado art. 46°; se debe precisar que para supuestos ilícito de colusión que no se encontrasen dentro del radio de la criminalidad organizada, podrán acceder al beneficio de la redención de la pena por el trabajo o educación, conforme al art. 4° de la Ley N° 27770, publicada el 28 de junio de 2002, a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio debidamente comprobado.

De otro lado no existe restricciones a los otros beneficios penitenciarios señalados en el art. 42° del CEP como son el permiso de salida y la visita íntima.

Se puede apreciar que, se encuentra en un contexto en el cual el tratamiento sobre la concesión de los beneficios penitenciarios en el Perú es muy restrictiva, sustentado ello en una lucha frontal (tolerancia cero) contra la corrupción en todas sus modalidades, lo cual sin lugar a dudas no se condice con los fines que se busca en la ejecución penal, en el marco de lo que viene a ser la Constitución Política, como es la reinserción social. Muy crítica con la restricción a los beneficios penitenciarios en el Perú, MILLA (2016, pp.392 y ss.).

Es así que, si bien se considera, por un gran sector de la doctrina, a los beneficios penitenciarios como estímulos para los internos, se debe tener en cuenta que la Constitución Política y el CEP establecen como objeto de la ejecución penal a la resocialización de los internos (reeducación, rehabilitación y reincorporación).

Por ende, somos de la posición que, todos los tipos de beneficios penitenciarios (redención de la pena por el trabajo, semi-libertad, etc.) deberían proceder en los casos de personas sentenciados por el delito de colusión que lo solicitasen, lo cual no implica establecer mayores exigencias en los requisitos para su concesión, ello de acuerdo a las necesidades sociales en un tiempo determinado.

Sobre este aspecto señala el maestro SMALL que:

> "*En los últimos años la política criminal se ha caracterizado por el endurecimiento de las penas en una serie de delitos, así como la disminución y la eliminación de beneficios penitenciarios, que a la postre traerá consigo mayor tiempo de permanencia de sentenciados, tugurizando las cárceles y haciendo imposible cumplir con el objeto y la penalidad asignada a la pena*" (2009, p.212).

XI.- PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DE COLUSIÓN

Como se ha podido apreciar, el ilícito colusorio es un delito complejo que normalmente requiere de pruebas indiciarias que permitan acreditar el pacto entre el sujeto público y el partícipe necesario. Al respecto, conforme a lo establecido en el Recurso de Nulidad N° 1912-2005-Piura, emitido el 06 de setiembre de 2005, la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, existen unos requisitos para la actuación de la prueba indiciaria:

> "(…) *materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar*".

En tal sentido, la prueba indiciaria deberá estar circunscrito al hecho central, que viene a ser la concertación, pruebas que en su pluralidad deberán estar interrelacionadas. Así, en el delito de colusión, los indicios pueden estar constituidos por hechos que determinen que ha existido un acuerdo previo al mismo. Establece la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

de la República, en el Recurso de Nulidad N° 1912-2005-Piura, que los indicios deben:

> "(…) *respecto al indicio,*
> *(a) éste – hecho base – ha de estar plenamente probado – por los diversos medios de prueba que autoriza la ley –, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno,*
> *(b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos, pero de una singular fuerza acreditativa,*
> *(c) también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son - y*
> *(d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia -no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí-*".

"Para el delito de colusión, normalmente se encuentran indicios que determinan el acuerdo ilícito entre las partes, como p.e. la configuración de los requisitos del contrato que favorezcan al tercero interesado, el pago de un servicio que no realizó la empresa ganadora, etc." (MARTÍNEZ, 2019, p.267). Por citar un ejemplo, la Corte Suprema de la República (Sala Penal Permanente) ha precisado en el Recurso de Nulidad N° 1142-2018- Ancash, el 15 de julio de 2019, como indicios vinculados al acto colusorio:

> "(…) *no existía una situación de emergencia (…) se utilizó los fondos del canos minero (…) sin ninguna base comparativa ni reglas técnicas, se adquirió el ómnibus a la empresa dirigida por el imputado Ortega Moreno, incluso sin cuidar que el vehículo estuviera en óptimas condiciones técnicas, más aún si el pago era alto*".

En la Casación 392-2019-Áncash, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, se indica:

> "*La conducta típica consiste en la concertación con los interesados en el contrato estatal –que incluye, por cierto, conforme a la ley de la materia, el proceso de licitación o concurso en todas sus modalidades–; es decir, en el acuerdo –conjunción de dos o más voluntades–, cuya probanza en la mayoría de los casos requiere acudir a la prueba por indicios*".

De la misma forma, en el Recurso de Nulidad N° 1126-2017-Ancash, de fecha 05 de setiembre de 2017, la máxima instancia judicial, específicamente la Sala Penal Permanente, se ha precisado algunos unos ejemplos relacionados a las pruebas indiciarias en la colusión:

> "*Mientras que la concertación se acreditó a través de la prueba indirecta, [a] como existencia de la relación de convivencia de los procesados, [b] la única cotización (proforma) y [c] la rapidez con que se llevó el proceso puesto que se realizó en un solo día y [d] los documentos que aprobaron la contratación se firmaron en vía de regularización en el mes de mayo (un mes después)*".

De igual forma, se debe verificar para a nivel probatorio la existencia de una contratación pública en el marco de una concertación entre funcionario y tercero interesado; no obstante, como se ha mencionado, es común que no existe una prueba directa sobre dicho acuerdo ilícito -testigos presenciales del acuerdo- por lo que la prueba indiciaria o indirecta es la adecuada para acreditar la comisión del hecho delictivo, la misma que deberá se obtenida en base a la estricta observancia de las garantías constitucionales, pues, podría incurrirse en un acto que genere su nulidad.

Sobre el particular, se tiene que, en el Recurso de Nulidad N° 1722-2016-Del Santa, de fecha 23 de enero de 2017, la Primera Sala Penal Transitoria estableció como pruebas indirectas en el delito de colusión:

"*(i) si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes –verbigracia: celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, falta de cuadros comparativo de precios de mercado, elaboración del mismo patentemente deficiente, ausencia de reuniones formales del comité, o 'subsanaciones' o 'regularizaciones' ulteriores en la elaboración de la documentación, etcétera–; (ii) si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad –marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores–; y, (iii) si los precios ofertados –y aceptados– fueron sobrevalorados o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencia del servicio público o fundamento de la adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado*."

XII.- ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y COLUSIÓN COMO DELITO DE MERA ACTIVIDAD

Se debe precisar que, en el ámbito relacionado a las organizaciones criminales, se considera que el acuerdo entre sujeto público y partícipe necesario no se restringe a un solo pacto como, por ejemplo, el realizado entre el funcionario cabeza de la institución (presidente regional, ministro, etc.) y el director ejecutivo de la empresa al inicio de todo el desarrollo del proceso contractual (antes del requerimiento del área usuaria), sino que se van realizando varios pactos conforme al desarrollo de las fases del proceso contractual. Por ello, si el funcionario corrupto ingresa a la institución después de realizado el primer pacto entre las cabezas de la organización criminal no puede direccionarse su aporte a lo aceptado en el primer acuerdo, bajo la figura de una adhesión a dicho acuerdo, como si se tratase de un delito permanente, pues ello resulta contradictorio a la esencia de la colusión, que como se indicó es un delito de mera actividad, tal como en el Recurso de Casación 392-2019-Áncash se ha referido, se encuentra (en la colusión) en

un supuesto de peligro abstracto y mera actividad. Indica OTTO sobre el delito permanente que: “En los delitos permanentes, no solo la producción de un estado antijurídico realiza el tipo delictivo, sino también el dejar que continúe ese estado” (2017, p.80).

Lo que normalmente sucede es que, si bien el empresario desarrolla un acuerdo con el cabeza de la institución en un primer momento, después ya no realiza de forma directa reuniones con cada uno de los funcionarios que participan en el proceso de contratación, porque ya se reunió con el jefe de la institución, quien le ha asegurado la obtención de la buena pro, pagos anticipados y otros pagos, a pesar de no cumplir con la ejecución de toda la obra. Su primer acuerdo va también dirigido a que el cabeza de la institución, en una representación implícita o explícita, tome acuerdos con los otros funcionarios que se encontraban trabajando en el tiempo que se realizó el primer pacto, así como los nuevos funcionarios que van ingresando a la institución, no olvidar que después del primer pacto, los más altos representantes de la institución contratan o nombran a nuevos sujetos públicos que posibilitarán y coadyuvarán al direccionamiento del proceso de contratación a favor de la empresa corrupta, respondiendo los funcionarios —de acuerdo al aporte en su ámbito de competencia— como autores.

Por ello, se reitera, no se puede mencionar la posibilidad de una adhesión al acuerdo ilícito ya realizado, como si se tratase de un delito permanente, donde la antijuridicidad se mantiene en el tiempo, en el sentido de que el bien jurídico sigue siendo afectado de forma permanente (como en los supuestos de desaparición forzada o secuestro), puesto que la colusión se consuma con el acuerdo. Además, el supuesto en que el funcionario cabeza trasmita el pacto ilícito a los demás funcionarios de menor jerarquía o llega a acuerdos con ellos (basados en aceptaciones de órdenes) no imposibilita la configuración del delito de colusión, pues, como se mencionó, no se encuentra ante un delito de propia mano, sino que puede llegarse a acuerdos colusorios por intermedio de otras personas, en este caso del empresario a través del funcionario.

XIII.- COMENTARIOS A LA CASACIÓN N° 661-2016-PIURA: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE

De lo mencionado en la presente tesis, es factible apreciar la dificultad de la comprensión de los distintos elementos de la colusión (concertarse, contrato público, etc.). Dentro del desarrollo de los elementos mencionados, se encuentran distintas casaciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia, no obstante, una de ellas resulta muy problemática, la Casación N° 661-2016-Piura, pues asume una posición particular sobre distintos ámbitos de la colusión.

1.- HECHOS MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

Para precisar cuales fueron los hechos materia de análisis, que delimitan en alguna medida la comprensión de la colusión por parte de nuestra suprema corte, se puede resaltar lo siguiente:

> "*Conforme a los hechos materia de análisis el delito de colusión que se imputa a los recurrentes, conforme el apartado "I" de la presente ejecutoria, se inició el 8 de julio de 2011 con la emisión de la resolución de Alcaldía N° 658-2011-MDC, mediante la cual la procesada Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, aprueba las bases del proceso de licitación para la adjudicación de la obra. En ese sentido, la norma vigente al momento de los hechos habría sido el tipo penal de Colusión regulado en la Ley N° 29703, publicada el 10 junio de 2011; sin embargo, como se precisó, la citada regulación fue declarada inconstitucional, configurándose como inexistente. Así, la ley vigente al 8 de julio de 2011 sería el tipo de Colusión regulado en la Ley N° 26713". Así, distintos funcionarios de la Municipalidad Distrital de Castilla se concertaron con representantes de la empresa H&B a fin de favorecerlos en el Proceso de Licitación para la Adjudicación de la obra denominada "Ampliación y Mejoramiento del Sistema*

Integral de Agua Potable y Alcantarillado de los Asentamientos Humanos del Sector Noroeste de Castilla".

2.- ANÁLISIS SOBRE LA CONTRATACIÓN EN EL MARCO DEL DELITO DE COLUSIÓN

A.- APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL DELITO DE COLUSIÓN: TEMPORALIDAD

Dentro del desarrollo del análisis del caso en concreto nuestra máxima instancia suprema resuelve sobre normatividad aplicable, con la finalidad de resolver los distintos problemas que surgen por la temporalidad de las leyes penales en el delito de colusión. Al respecto, indica que si bien los hechos imputados se realizaron en el año 2011, año en que se aprobó la Ley N° 29703, la cual modificó la ley que le precedió, adicionando el término "patrimonialmente" como elemento necesario para efectos de la consumación de la colusión, además, precisa sobre los efectos de la ley deben comprenderse como inexistente, para tales efectos toma en cuenta lo resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 000172011-PI-TC, que declaró inconstitucional la citada Ley, en la parte referente al término "patrimonialmente", dejando sin efectos la misma. En tal sentido, señala que no se puede alegar que la Ley N° 29703 rige sus efectos en lo referente al requisito del elemento patrimonial a favor de los imputados por la aplicación del principio de retroactividad benigna, pues -como se señaló- la Ley debe entenderse como no vigente.

Por otro lado, indica que posteriormente se emitió la Ley N° 29758, estableciendo las dos modalidades de la colusión: "colusión simple - primer párrafo", con una pena de 3 a 6 años, y "colusión agravada - segundo párrafo", con una pena de 6 a 15 años, advirtiendo que la ley vigente al momento del ilícito penal materia del caso de la Casación (Ley N° 26713, que sancionaba a la colusión con pena privativa de la libertad de tres a quince años) sin que en inicio se encuentra condicionado al daño que se pueda ocasionar, por lo que la Ley N° 29758 resulta ser la norma más favorable, teniendo que

aplicarse esta última al caso concreto en base al principio de retroactividad benigna, conforme lo establecido en el art. 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el inc. 11 del art. 139° de la Carta Magna.

"De este modo, en caso exista un acuerdo colusorio sin perjuicio patrimonial, la sanción a imponer tendrá un límite mínimo de 3 años y máximo de 6 años de pena privativa de libertad. A ello, añadimos que, contrario sensu, en caso los hechos se hubiesen cometido antes de nueva estructura normativa en delito de colusión en simple y agravado, y se hubiese ocasionado un perjuicio patrimonial al Estado producto de los hechos imputados, se tendría que aplicar la ley anterior donde el delito de colusión tenía una pena de 3 a 15 años, pues el tercio inferior del marco punitivo partiría de 3 años de pena privativa de la libertad, y no de 6 años como actualmente se aplica para el caso de colusión agravada. Sobre este punto se considera acertado lo señalado por la Corte Suprema, pues de tal forma se deja en claro la forma de resolver la aplicación de la ley temporal para el caso específico del delito de colusión, que en la práctica es más común de lo que se cree" (MARTÍNEZ, 2019, p.271).

B.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: EXPECTATIVA NORMATIVA O PATRIMONIO

En la casación materia de análisis se estableció, en el considerando décimo primer considerando, el bien jurídico protegido en la colusión, precisando sobre ello que:

> "*Así, se advierte diversa jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal donde pese a la ausencia de un perjuicio patrimonial concreto se daba por configurado el injusto de Colusión, pues se entendía que la expectativa normativa que protegía el delito de Colusión era el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública; por tanto, "defraudar al Estado" no debía entenderse exclusivamente como una mera*

> *disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio*".

"Al respecto, se puede observar que a nivel metodológico la Corte Suprema asume la posición funcionalista normativista, posición que se ha asumido en otro artículo relacionado al bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión, donde se considera que el Derecho penal no protege directamente bienes jurídicos (objetos), sino expectativas de conductas institucionalizadas, es decir normas jurídico-penales, las cuales son básicas para el desarrollo personal en sociedad" (MARTÍNEZ, 2017b, p.15).

"En ese sentido, para el caso del delito de colusión, no se protege propiamente el bien patrimonio estatal, debido a que dejaría sin sustento la represión de aquellas situaciones en las que el funcionario público encargado de la contratación pública se concierta con la mejor empresa concursante (técnica y económicamente) sin ocasionar un daño patrimonial al Estado; empero, del tipo penal se aprecia que la citada conducta sí tendría que ser sancionado, puesto que la defraudación se sustenta en la infracción del rol de funcionario en el marco de la contratación pública, lesionando la expectativa que la sociedad tiene sobre su actuación en las contrataciones públicas" (MARTÍNEZ, 2017b, p.15).

"Esta expectativa social cuenta con respaldo constitucional, si se tiene en cuenta que el artículo 76º de la Carta Magna establece la relevancia del procedimiento para obras y adquisiciones de suministros con utilización de fondos o recursos públicos a través de la contratación pública, lo cual debe ser adecuadamente protegido" (MARTÍNEZ, 2019, p.272).

Por lo cual, en la colusión se protege la expectativa sobre el comportamiento de los sujetos públicos, y tercero interesado, en el sentido que realizaran sus actividades en el ámbito contractual público de acuerdo a las normas establecidas, específicamente, la de no arribar a acuerdos, para direccionar el procedimiento contractual.

“De esta forma, el funcionario público tiene que procurar que dentro del cumplimiento de sus deberes en el ámbito de la contratación pública no se derive ningún output que afecte al Estado (el adecuado y normal desarrollo de todas las fases del proceso de contratación pública), así como la evitar que terceras personas pongan en peligro el regular desarrollo del ámbito de la contratación pública a su cargo, fomentando la relación jurídica con el espacio institucional puesto a su disposición. En tanto que el particular, tiene el deber de participar del proceso administrativo de contratación pública sin infringir los deberes que adquiere con la calidad de concursante, específicamente de no formar pactos ilícitos con los funcionarios para defraudar al Estado en las contrataciones públicas” (MARTÍNEZ, 2017b, p.16).

“Así, los deberes que pesan sobre los intervinientes del delito de colusión son de dos formas: para el particular los deberes generales (deberes negativos) y para el funcionario los deberes especiales (deberes positivos). El primero (tercero interesado) tiene toda la libertad de administrar su ámbito de libertad de la mejor forma, pero procurando no dañar las esferas de libertad de otras personas: “la libertad de uno termina donde comienza la del otro”. En cuanto al funcionario o servidor público, no sólo tiene el deber de no dañar otro ámbito de libertad (al Estado), sino además, en base al vínculo que nace con el bien, fomentar el desarrollo del mismo, protegerlo de ataques de terceros”. (MARTÍNEZ, 2019, p.273).

“Por ello, el Derecho penal no protege el patrimonio del Estado en el delito de colusión, sino la expectativa normativa de conducta de que los intervinientes (funcionario público y particular interesado) en los procesos de contratación pública no abusarán de sus facultades o incumplirán los deberes que emanan de su participación, a través de la concertación ilícita, para defraudar al Estado. Con el delito de colusión se defrauda la señalada expectativa normativa de conducta, siendo la función de la pena devolver la vigencia a la norma infringida. Ello se considera se debe a que el funcionario tiene como facultad decidir -en alguna medida- sobre el desarrollo de la contratación pública en cualquiera de sus distintas fases, que hoy resulta de gran importancia para nuestra sociedad, a la cual también pertenece el funcionario”

(MARTÍNEZ, 2017b, p.16). También desarrolla dicho punto, GARCÍA (2008, p.22).

En la parte relacionada al estado empírico de la corrupción en el Perú, se observó que, es un problema real, específicamente en el ámbito contractual, donde el daño ocasionado por la corrupción también afecta la estabilidad y fortaleza de nuestras instituciones, por ello, las exigencias en relación a su correcto y transparente desarrollo, específicamente que los sujetos públicos y partícipes necesario no arriben a acuerdos.

“Es a partir de la realidad peruana que se establece que la expectativa sobre la actuación de funcionario público no se circunscribe solo a su relación con el funcionamiento de la administración pública como ente autónomo (funcionario-administración), sino que es a la sociedad en su conjunto a la que se defrauda con la infracción de su deber (funcionario -sociedad) y por ello se exige que la expectativa afectada vuelva a su status anterior -siga vigente-” (MARTÍNEZ, 2019, p.274).

“Debo descartar aquellas posiciones que sustentan a través del segundo párrafo del art. 384º del CP (“defraudare patrimonialmente al Estado”), que el bien jurídico protegido en el delito de colusión es el patrimonio. Sobre el particular, no resulta acertado partir de la agravante para establecer el sentido del injusto penal del tipo base del artículo mencionado, que para el delito de colusión se encuentra en el primer párrafo del art. 384º del CP, pues la lógica de las agravantes, y por ende de su mayor reprochabilidad, se debe a la afectación de distintos ámbitos de protección de la norma, en el caso del delito de colusión agravada sería: 1) la expectativa social que pesa sobre el actuar del funcionario en las contrataciones públicas y 2) la expectativa de que no se afecte el patrimonio del Estado en el marco de las contrataciones públicas” (MARTÍNEZ, 2019, p.275).

Por ello, se considera errado la posición que identifica la expectativa normativa protegida en el delito de colusión a través de su forma agravada, específicamente del elemento perjuicio patrimonial, debido a que -

precisamente- cuando el legislador ha establecido como agravante la afectación del patrimonio en el delito de colusión, lo ha hecho en el sentido de la afectación a distintos bienes jurídicos, los indicados anteriormente. Sobre este punto, se debe precisar que, así como el legislador precisó que la agravante en la colusión lo es el daño patrimonial, igualmente, pudo precisar que como agravante a los supuestos de concertación en contrataciones públicas, también, se circunscriba, programas de inclusión social o de apoyo o fines asistenciales. Por tal razón, partir del supuesto agravado para establecer el bien jurídico resulta anti-técnico y no acorde a una interpretación teleológica.

Por ello, se reitera, en la colusión se protege la expectativa relacionada al adecuado desenvolvimiento del funcionario público competente en la contratación pública, materializada, conforme al tipo penal, en la concertación con el tercero interesado; y no el patrimonio estatal.

“Finalmente, si la protección penal en delito de colusión fuese el patrimonio estatal sin más, resultaría complicado responder la siguiente pregunta: ¿Responde penalmente el funcionario público que pacta con el particular interesado para beneficiarlo con la concesión de un contrato público; teniendo en cuenta que el particular (la empresa) posee la propuesta técnica y económica más adecuada para el Estado? Bajo la lógica de la posición del bien jurídico patrimonio estatal, sin lugar a dudas resultaría inadecuado sancionar al funcionario, pues lo primordial es la expectativa de actuación del funcionario acorde con sus deberes en el ámbito de las contrataciones públicas, bajo esta última posición, desde luego que el funcionario tiene que ser castigo penalmente por su actuación no adecuada a derecho, y es que socialmente, en la realidad peruana, se ha podido verificar que el ámbito las contrataciones públicas es el más afectado a nivel de las actos de corrupción, por lo que la sociedad ya no exige que se sancione al funcionario cuando recién haya ocasionado un perjuicio patrimonial al Estado, sino que exige el adelanto de las barreras de punición, estableciendo que se configura el delito de colusión en el momento en que el funcionario público acuerda con el particular interesado beneficiarlo en el proceso de contratación pública, lo cual

resulta legítimo en nuestra realidad" (MARTÍNEZ, 2017b, p.18), puede verse, también, lo desarrollado por MEINI (2012, p.329).

C.- DIFERENCIA ENTRE COLUSIÓN SIMPLE Y AGRAVADA

En la resolución materia de estudio, se puede apreciar en el considerando quinto que se precisa:

> "(…) *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 que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar*".

También precisa la citada casación que, en el delito de colusión básico se necesita: a) el pacto entre el sujeto público y partícipe necesario, y, además que, b) el acuerdo genere un potencial peligro en relación al patrimonio público. Por tal razón, el tipo base se encuentra configurado como un supuesto de peligro potencial, debido a que, es necesario una aptitud lesiva de la conducta -"para defraudar"-, conforme a los establecido en el Recurso de Casación Nº 1546-2019, Piura, emitido por la Sala Penal Permanente, ha comprendido el peligro potencial dentro del radio del peligro concreto. Así, el tipo de colusión originario, igualmente el establecido por la derogada Ley 27713, comprendido al delito como uno de peligro concreto. También comparte este parecer CANCHO: "A lo que nosotros llamamos delitos de peligro potencial se les denomina también delitos de idoneidad o delitos de aptitud. A diferencia de los delitos de peligro abstracto es necesario acreditar la posibilidad de dañar el bien jurídico, es decir la peligrosidad, mientras en los delitos de peligro abstracto la conducta es por sí misma ya peligrosa; y en los delitos de peligro concreto se tiene que acreditar realmente el peligro" (2017, p.296).

Igualmente, señala CANCHO que:

> "*El término para defraudar no es gratis; colorea la existencia de un delito de peligro potencial*" (2017, p.296).

De otro lado, en el supuesto agravado de colusión, nos indica la resolución analizada que se requiere:

> "(…) *es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal*".

De la misma manera, se precisa que el supuesto agravado requiere, a diferencia del tipo base, de una lesión concreto, es decir que, ya no se encuentra solo en un análisis ex-ante, sino ex-post, pues el estudio debe partir de la lesión efectivamente realizada, claro, siempre desde el punto inicial que es el acuerdo entre sujeto público y tercero.

"Referente a lo señalado, se puede apreciar que para la configuración del delito de colusión simple sólo se requiere la concertación, pero no cualquier concertación, sino una con potencial para afectar el patrimonio. Sobre lo indicado, se considera que un elemento trascendental para la configuración de la colusión simple es la idoneidad del acuerdo para generar un riesgo al proceso de la contratación pública, es decir, desviarse de la defensa de los intereses públicos encomendados y de los deberes que informan la actuación pública en el marco de las contrataciones. Por lo tanto, será jurídico-penalmente relevante todo acuerdo se dirija a perjudicar el correcto desarrollo de las funciones estatales en el marco de las contrataciones públicas, como por ejemplo actuar de forma menos ventajosa para los intereses del Estado en la contratación pública" (MARTÍNEZ, 2019, p.277).

"Así, la actividad funcional tiene que ser la más adecuada para su representada (Estado) en la contratación pública, no sólo en el sentido cuantitativo (económico), sino también en el sentido cualitativo (el mejor servicio). De acuerdo con lo dicho, cuando se hace referencia al riesgo que la

conducta tiene que englobar, aludimos a la capacidad para afectar la expectativa normativa protegida, cual es la expectativa sobre el adecuado comportamiento del funcionario en el ámbito de las contrataciones públicas, es el marco de las contrataciones lo que genera el desvalor social sobre su conducta. Ingresar a dicho marco les genera una serie de deberes que tendrán que cumplirlas, siendo la primordial la de no coludirse ilícitamente; p.e., el funcionario y particular interesado que acuerdan direccionar el proceso de contratación pública a fin de otorgar la buena pro a la empresa que representa el particular, a pesar de no cumplir con las especificaciones técnicas, lo cual resulta idóneo para afectar el proceso administrativo de contratación". (MARTÍNEZ, 2017b, p.19).

"Al respecto, se debe indicar que somos de la posición que la idoneidad del acuerdo no debe estar vinculada a la afectación del patrimonio del Estado, pues como se ha señalado lo protegido por la norma penal es la expectativa que se tiene por parte de la sociedad en cuanto a los deberes que posee el funcionario en la contratación pública, y no el patrimonio, por lo que la idoneidad tendrá que relacionarse con la afectación al adecuado desarrollo del proceso de contratación pública" (MARTÍNEZ, 2017b, p.19).

"De este modo, pesan sobre el funcionario público distintos deberes en el desarrollo de la contratación pública (transparencia, imparcialidad, económica, elegir la mejor propuesta técnica y económica, etc.), por lo que la concertación será idónea si afecta cualquiera de las normas que regulan el correcto desarrollo del proceso de contratación pública. Por ello, no se considera acertado que la idoneidad de la concertación se centre solo en el aspecto patrimonial de la contratación, sino que la concertación debe estar vinculada a la afectación del apropiado desarrollo del proceso de contratación pública, lo cual -como se ha indicado- parte de la comprensión del bien jurídico penalmente protegido (expectativa normativa) señalada *ut supra"* (MARTÍNEZ, 2017b, p.19).

Vinculado a lo antes mencionado, se tiene que establecer la relación entre el pacto ilícito y la probabilidad de afectación al Estado, entendido como la desviación del normal avance del procedimiento contractual, para lo cual se deberá hacer uso del criterio de imputación objetiva, y en tal sentido establecer si lo acordado por los sujetos activos genera un riesgo jurídico-penalmente relevante al Estado.

Un ejemplo sería, el acuerdo para que no se comunique adecuadamente a los otros concursantes sobre las fechas del proceso de contratación pública, de tal forma que no puedan remitir el día establecido las propuestas técnicas o económicas, afectando el adecuado desarrollo del proceso de selección, a fin de favorecer a la particular interesado con quien se concertó.

Para culminar el análisis de la colusión simple, sobre el elemento "*conducta colusoria tenga como propósito defraudar*" o "*aptitud lesiva de la conducta*", el mismo no debe ser entendido en un sentido volitivo o como elemento de trascendencia interna del sujeto activo, pues conforme lo mencionado líneas atrás lo determinante es la idoneidad (potencialidad) para dañar el adecuado procedimiento contractual que vincula al Estado; la defraudación debe comprenderse en el contexto objetivo en el cual se desarrolla la conducta, el marco de ilicitud que la rodea y no un elemento subjetivo del injusto, no es la finalidad (tendencia) perjudicial que busque el autor lo que hace -y hará depender- la ilicitud de la conducta, sino el contexto ilícito en el que se desarrolla. Ya en la jurisprudencia peruana se ha establecido que no se requiere de ningún ánimo (de lucro) en el delito de colusión (CASTILLO, 2008, p.174).

D.- COMPLICIDAD EN EL DELITO DE COLUSIÓN

En lo referente a la participación de otros sujetos no competentes al ámbito público (no son funcionarios públicos competentes) y la relevancia de su aporte en la comisión del delito de colusión, la resolución analizada precisa en su considerando vigésimo que se encuentra ante un supuesto de participación necesaria (delito bilateral). Asimismo, en el vigésimo primer

fundamento se menciona que, se comprenderá como cómplice al partícipe necesario (al tercero) que llega al acuerdo con el sujeto público. En tal sentido, se restringe el ámbito del complice.

“Sobre el particular, si bien se considera acertado que el tercero interesado pueda responder penalmente como cómplice (primario) o instigador, se debe indicar que no se puede limitar la participación en el delito de colusión solo al tercero interesado, sino que también deberá considerarse como participe (complicidad o instigación) al sujeto que aporte con su conducta en la comisión del hecho delictivo. Debo indicar que el delito de colusión ha sido configurado como un delito especial propio, donde sólo aquellos sujetos que posean las cualidades objetivas requeridas por el tipo penal pueden cometer el hecho delictuoso” (MARTÍNEZ, 2019, p.280). Sobre el sentido del delito especial en la colusión, veáse a DEMETRIO (2002, p.187).

“Dada la connotación especial del delito de colusión como un delito de encuentro también, de *lege ferenda*, debería ser autor el particular interesado, para tales efectos el tercero deberá participar del proceso de contratación pública. En caso no tenga dicha cualidad, no se estaría propiamente en el delito de colusión, pues no existiría en la concertación la idoneidad necesaria para su configuración, ya que no se puede hablar de colusión cuando se concierta para que gane una empresa que no participa del proceso administrativo, dicha conducta estaría inmerso en el ámbito del derecho administrativo sancionador” (MARTÍNEZ, 2017b, p.24).

“No obstante, de acuerdo a la redacción actual del CP, el particular interesado responderá como cómplice primario, por la importancia de su conducta, concertar, para la configuración del hecho delictivo, es decir sin su aporte no se podría configurar el delito de colusión” (MARTÍNEZ, 2019, p.281).

“De otro lado, respecto a terceros que carecen de los elementos especiales del tipo (extraneus) a lo más serán participes (inductores, cómplice primario o secundario), por más que para el tercero sea un funcionario o tenga el dominio del hecho en la comisión del delito de colusión, puesto que no pesa sobre él

el deber especial que emana de la posición social que ocupa el funcionario a cargo del proceso de contratación pública. En tal sentido, a diferencia de lo establecido por la Casación, se considera que sí existe la posibilidad de la participación en el delito de colusión" (MARTÍNEZ, 2019, p.281). SUÁREZ señala también sobre está restricción en el caso de la colusión (2001, p.155).

Entonces, únicamente ingresan dentro del ámbito de la autoría en la colusión aquellos sujetos públicos que tenga una relación funcional con el procedimiento contractual (SUÁREZ, 2001, p.151). Por ello, si un tercero posee el "domino del hecho" (p.e. el superior jerárquico), pero carece de la competencia funcional específica, en dicho supuesto, en base a la unidad del título de imputación, deberá ser pasible de la imposición de una pena -cuando corresponda- en calidad de cómplice primario o segundario o instigador, Comparten esta visión GÁLVEZ (2017, pp.150 y ss.), PÉREZ y GONZALES (2015, p.108-109), también, comparte esta posibilidad, DÍAZ (2016, p.351).

"Así, la concertación no puede ser cometida por cualquier persona, ya que el tipo penal describe quienes son los únicos que pueden cometer el delito: el funcionario y el particular interesado. Cabe señalar que, la imputación penal en el delito de colusión no se fundamenta en la estructura del tipo penal como delito especial propio, sino en la infracción de deberes que pesan sobre el funcionario por su esfera de competencia en la administración pública asumidas libremente (competencia institucional o de fomento)" (MARTÍNEZ, 2019, p.282).

"Así, para el caso de la colusión, los secretarios, los asesores legales, los vocales y el presidente del comité de selección tienen distintos niveles de actuación y poder de decisión, por ende, distintos ámbitos de responsabilidad; por eso por más que el secretario pueda tener poder de realizar observaciones a la presentación de documentos por parte de las empresas participantes, no lo tiene para otorgar la buena pro, competencia que corresponde al comité de selección. Empero, el comité de selección puede adjudicar el contrato público a una empresa que no cuente con requisitos pertinentes, al ignorar la inobservancia realizada por secretario, quien concertó con el tercero

interesado, resultando como único responsable el secretario del comité. El secretario al omitir levantar la observación pertinente, pues de su parcela de competencia nace la obligación (deber) de hacer las observaciones convenientes, ha infringido su deber en virtud de su competencia institucional" (MARTÍNEZ, 2017b, p.27).

En lo que respecta a la participación, es posible que, el partícipe necesario responde como cómplice necesario, en el mismo sentido PARIONA (2017, pp.116-ss.), ello a pesar que dicha persona no posea un deber institucional, el fundamento se encuentra en que el partícipe necesario realiza un aporte trascendental para el perfeccionamiento del delito, como comprensión única del injusto penal (GARCÍA, 2008, p.53).

De la misma forma, comprender el delito de colusión en base a una competencia de fomento, determina que los demás sujetos que colaboren con el ilícito penal pase a formar parte del ámbito de la participación (cómplice o instigador), por más que posea un manejo fáctico del hecho (DE LA CUESTA: 2013, p.190). Esta posición ya ha sido precisada en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116:

> "*El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal (…) serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber -el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única-*".

En conclusión, sobre este punto, si cabe la posibilidad de complicidad e instigación en el delito de colusión. Véase la Casación Nº 1626-2018-San Martín, emitido por la La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, quien ha dado alcances sobre la instigación, vinculado a un caso

sobre colusión: "*9.2. En efecto, inducir es determinar a otro a la realización del hecho punible. El que induce hace nacer en otro una voluntad delictiva de la que carecía. La incitación llevada a cabo sobre quien, de todos modos, se hallaba resuelto a cometer el delito (omnimodo facturus) no es instigación. El desvalor de acción del instigador se evidencia en la creación de una voluntad delictiva en el tercero, no en la ratificación de una voluntad delictiva preexistente* (…)"

Por otra parte, en cuanto al particular interesado, teniendo en cuenta que de *lege lata* no es autor, sólo cómplice primario, no cabría la participación (cómplice o instigador) de un tercero a su favor, generando a nuestro parecer vacíos de impunidad; p.e., si un tercero determina al partícipe necesario, con la finalidad de conseguir la ejecución de una obra, a arribar a un acuerdo con el sujeto público, su conducta no podrá en inicio encajar dentro de la instigación, pues uno de los principios de la participación es el de accesoriedad (depender del autor), en tanto que en el caso planteado, del instigador del cómplice, la sanción no podrá aplicarse pues, la conducta del instigador no depende del autor, sino de otro partícipe.

"Se reitera que en el Perú la doctrina mayoritaria establece que al no estar tipificado de forma expresa en el tipo penal la autoría del particular interesado, éste ya no podría ser autor, sino partícipe extraneus el delito de colusión cometido -únicamente- por el funcionario. Solución que no compartimos al no captar el injusto del delito en su conjunto: concertación. Elemento que no depende -únicamente- del actuar del funcionario, sino también del particular interesado. De tal forma que, se encuentra ante una concertación, un acuerdo de dos sujetos que con su conducta envían un solo mensaje a la sociedad de no conducirse por las reglas del procedimiento administrativo, sino de obtener directamente un contrato público" (MARTÍNEZ, 2019, pp.283-284).

En relación con lo mencionado, la Casación materia de análisis señala que en encuentra en la colusión ante un delito de participación necesaria, no especificando si está ante un delito bilateral de encuentro o de convergencia. Sobre ello, como se apreciará más adelante, se encuentra ante un delito de

encuentro (ABANTO, 2003, p.316), donde por un lado el sujeto público competente requiere del consenso del partícipe necesario para la configuración del delito, como si fuese una “compra y venta” de la actividad pública (PARIONA, 2012, p.309). Aportando así de forma relevante, ambos sujetos, al hecho delictivo.

3.- CONCLUSIÓN

Se considera que la Casación materia de análisis, en los puntos referentes sobre la doctrina jurisprudencial vinculante, sin lugar a dudas resulta pertinente en casi todos sus extremos; sin embargo, en el presente trabajo se ha querido aportar mayores elementos para contar con una compresión conjunta de los elementos necesarios para establecer la configuración del delito de colusión (simple o agravada).

QUINTA PARTE
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

I.- DELITO ESPECIAL IMPROPIO

En inicio, se debe precisar, como se ha mencionado *ut supra*, que en encuentra en el ilícito materia de tesis con un delito especial, quiere decir que, únicamente los agentes que detenten las cualificaciones personales establecida en el art. 384º CP, podrán formar parte del circulo de autores de la colusión (MUÑOZ, 2001, p.503), y, por ende, ser considerados autores.

No se debe olvidar en inicio que dentro de la estructuración del delito se establece a los sujetos activos del mismo. Así, en el Acuerdo Plenario N° 02-2011/CJ-166, nuestra La Corte Suprema de Justicia de la República (en el VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria), estableció el ámbito de los sujetos activos en los delitos contra la administración pública:

> "*Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto y en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio –claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de Peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto*."

No obstante, se considera que encontrándose vigente los delitos de corrupción privada (arts. 241-A y 241-B del CP), incorporado mediante el D. Leg. N.° 1385, de 7 de septiembre del 2018, que se enmarcan en la comercialización o adquisición en el ámbito de una contratación, espacio similar al analizado en el ilícito de colusión (contratos públicos), se estaría ante un delito especial impropio.

"La edificación de esta forma del tipo penal tiene como fundamento la cercanía que mantienen los funcionarios con el objeto del delito, que para el presente estudio sería la proximidad al Estado mediante la participación en los contratos públicos. Por tanto, en principio, sólo el funcionario en razón de su

cargo (intraneus) será autor del delito en estudio" (MARTÍNEZ, 2017b, p.24). Esta comprensión ha sido asumida en el Recurso de Nulidad N° 2543-2013-Áncash, del 12 de diciembre de 2014, donde nuestra máxima instancia suprema precisó que:

> "*Sujeto activo: Pueden ser autores de este delito, los funcionarios o servidores públicos que en razón de su cargo intervengan en las contrataciones o adquisiciones estatales*".

"Sin embargo, dada la connotación especial del delito de colusión como un delito de encuentro también, de *lege ferenda*, debería ser autor el particular interesado, el que deberá tener unas connotaciones específicas como la de encontrarse inmerso en el proceso administrativo dirigido al contrato público. En caso no tenga dicha cualidad, no se estaría propiamente en el delito de colusión pues no existiría en la concertación la idoneidad necesaria para su configuración, ya que no se puede hablar de colusión cuando se concierta para que gane una empresa que no participa del proceso administrativo, dicha conducta estaría inmersa en el ámbito del derecho administrativo sancionador" (MARTÍNEZ, 2019, pp.224-225), RODRÍGUEZ comparte la orientación de sancionar al partícipe necesario, como también al funcionario, pero en el ámbito de la codelincuencia (2009, p.1264), también, MORILLAS precisa que, la modificación en el CP español introduce la sanción como autor al tercero (2011, p.988).

"No obstante, de acuerdo a la redacción actual del CP, el particular interesado responderá como cómplice primario, por la importancia de su conducta (concertar para la configuración del hecho delictivo)" (MARTÍNEZ, 2019, p.25).

"De otro lado, respecto a los terceros que carecen de los elementos especiales del tipo (extranei), a lo más, serán participes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices), por más que el tercero sea un funcionario o tenga el dominio del hecho en la comisión del delito de colusión, puesto que no pesa sobre él el deber especial que emana de la posición social que ocupa el

funcionario a cargo del proceso de contratación pública" (MARTÍNEZ, 2019, p.25).

Sobre dicho punto, es rotunda nuestra máxima instancia judicial, quien establece, en la Casación N° 1379-2017-Nacional, del 28 de agosto de 2018, que:

> "*Luego, el extraneus no puede ser autor del delito [de Colusión], solo cómplice*".

Igualmente, HILGENDORF y VALERIUS mencionan que el extraneus a los más podría responder como partícipe:

> "Alguien extraño a tal condición (el extraneus) ya está excluido a priori como autor del delito, por no cumplir con todos los elementos del tipo delictivo, pudiendo ser, como máximo, partícipe" (2019, p.51).

En consecuencia, se reitera, que únicamente el sujeto público que por razón de su cargo resulta competente en relación a un procedimiento contractual será autor del delito de colusión. SUÁREZ precisa que: "[…] *lo determinante para la autoría no es "la condición formal de funcionario", ya que si así fuera, cualquier delito cometido por quien ostenta dicha condición habría que considerarlo delito de funcionarios. Lo relevante es el deber específico de tener encomendado un cometido concreto*" (2001, p.151).

En ese sentido, en la Casación N° 1749-2018/Cañete, emitida el 19 de agosto de 2020, la Corte Suprema de Justicia precisó que:

> "*En los casos de funcionarios o servidores públicos, este deber se encuentra relacionado con el funcionamiento efectivo y eficaz de la administración pública*".

“Se tratan de sujetos con cierta capacidad para la toma de decisiones o influir en el proceso de contratación pública (p.e., emitiendo informes técnicos) dentro del seno de la administración pública; y que, por tanto, al realizar los comportamientos descritos incumplen deberes que tienen asignados como consecuencia de su status en la administración pública” (MARTÍNEZ, 2017b, p.25).

“Por ello, por más que un tercero posea el “domino del hecho” (p.e. un ministro o alcalde), pero carezca de los elementos exigidos por el tipo penal, es decir no sea considerado propiamente funcionario que participe por razón de su cargo en la contratación pública, tendrá que ser sancionado a lo más como partícipe del delito (cómplice o instigador)” (MARTÍNEZ, 2019, p.226), está situación permite establecer un marco punitivo para el partícipe necesario, la cual no implica un trato preferencia para el tercero, pues su sanción penal puede abarcar el mismo que el funcionario autor, conforme a los parámetros precisado en los arts. 24° y 25° CP. No obstante, MELGAR considera que la pena del cómplice debe ser menor a la del autor (2018, p.82). En el mismo sentido, VÍLCHEZ precisa que: “Aunque no se dice, lo normal – dentro de esta lógica- sería que también reciba una pena privativa de libertad -aunque menor cuantitativamente hablando- el autor” (2018, p.92).

Empero, como se precisó, es posible una pena similar a la del autor y cómplice, esta posibilidad ha sido asumida de forma mayoritaria por la jurisprudencia y doctrina, como bien lo menciona ROSALES:

> “(…) *asumiendo la postura que, mayoritariamente, sigue la jurisprudencia nacional, esto es, la adopción del criterio de la unidad del título de imputación reconociendo que, al partícipe, en su forma de cómplice o instigador, le corresponde que se le impute el mismo tipo penal cometido por el sujeto con características típicas especiales*”(2017, p.16).

Al respecto, en el Recurso de Nulidad N° 2426-2016, El Santa, de fecha 25 de agosto de 2017, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, estableció que:

> "*Trigésimo Primero. […] Como quiera que, en el presente caso, la Colusión cometida generó efectiva defraudación patrimonial al Estado -lo que ni siquiera exigía el anterior texto legal, pero sí el nuevo en su segundo párrafo-, es de aplicación el tipo legal primeramente invocado. Se trata ciertamente de un delito de estructura compleja. De autos fluye que los funcionarios públicos acusados intervinieron en condición y razón de su cargo y, según los casos -ya descriptos- en las etapas de definición del proyecto, formulación de las bases, concurso público y ejecución de los servicios y supervisión encargados. Ellos, en el caso concreto, defraudaron patrimonialmente al Estado, para lo cual se concertaron -ponerse de acuerdo, conjunción de dos o más voluntades- con los "interesados", esto es, con los extraneus en un proceso de contratación pública. Así las cosas, la conducta de los particulares concertados (incluso la de funcionarios que no intervengan en el proceso por razón de su cargo) será la de instigación o complicidad primaria -cooperación necesaria- en el mismo delito, manteniéndose el mismo título de imputación*".

Por tales motivos, el tipo penal de colusión precisa que, solo el sujeto público competente especial puede ser autor del ilícito, otros sujetos carentes de dicha cualidad especial y competencia, no podrán formar parte del círculo de autores, sino que, de acuerdo a su aporte y adhesión, se encontrarían dentro del circulo de partícipes (cómplice o instigador).

II.- FUNDAMENTO DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN

"La imputación penal en el delito de colusión no se fundamenta en la estructura del tipo penal como delito especial, sino en la infracción de deberes que pesan sobre el funcionario, derivado de su competencia en la

administración pública (institucional), asumida libremente" (MARTÍNEZ, 2019, p.282). Por su parte, GARCÍA precisa que, el delito de colusión desleal está configurado como un delito de infracción de un deber (2015, p.1099). Asimismo, CARO señala que, una cosa es los criterios de imputación material (los fundamentos), y otra los criterios formales establecidos por el legislador (como establecer las cualificaciones) (2004, p.64). En tanto que los criterios materiales de imputación se encuentran relacionados a los fundamentos de competencia, que puede ser por respeto o fomento. En tal sentido, p.e. en el supuesto de bigamia (art. 139º CP), este tipo especial se sostiene en el criterio material de competencia por respeto (no dañar esfera de terceros). Por otro lado, los tipos comunes, pueden tener criterios materiales especiales (competencia por fomento) como en el supuesto del art. 127º CP (delito de omisión de auxilio a persona en peligro). La disparidad entre delitos especiales y delitos de infracción de deber resulta primordial para la comprensión del ilícito de colusión (2004, p.60). Al respecto, como bien indica JAKOBS:

> "*Ahora bien, también los delitos comunes pueden ser cometidos por personas que se encuentran obligadas positivamente en el sentido descrito, y entonces el delito común se convierte en delito de infracción de deber*" (2016, p.143).

1.- DELITOS DE DOMINIO

Como se preciso, lo relevante al momento de establecer la imputación de la comisión de un delito, parte por comprender los criterios materiales de punibilidad (infracción de competencia por respeto y fomento). En tal sentido, cuando se hace referencia a los delitos basados en la administración defectuosa de su ámbito de competencia (respeto a los demás) se está refiriendo a los supuestos de delitos de dominio normativo (infracción del deber general), basado en no dañar a nadie (neminem laedere). Ya se ha precisado que el mismo parte de la comprensión hegeliano del mandato basado en: "*sé una persona y respeta a los demás como persona*" (2000, p.32); para la perspectiva de Kant, el de no inmiscuirse en las esferas de

libertad ajenas, así lo menciona, SÁNCHEZ-VERA (2014, p.289). Como menciona JAKOBS:

> *"Todo ordenamiento regulador de la existencia de Personas, esto es, todo orden social, contiene como mínimo el deber que se impone a toda Persona de no dar a otra persona"* (2016, p.131).

Así pues, la imputación al sujeto se centra en su defectuosa organización, la cual puede realizar -indistintamente- mediante acción u omisión (SÁNCHEZ-VERA, 2014, p.304). Esta forma de afectar esferas de libertad ajenas es considera el primer deber establecido a través del Derecho penal liberal, desde que asumimos los primeros rasgos de la concepción social moderna, el deber para todos los ciudadanos es la de respetar a los demás en cuanto personas, y solo serían pasibles de sanciones penales si su incorrecta administración de libertad afectase a terceros, no exigiéndoseles más deberes -como p.e. salvaguardar el bienestar de terceros ante ataque de otros-. Según JAKOBS, es indistinto si dicho actuar es mediante acción (prohibición de afectar) u omisión (mandato de abstenerse), colocando el siguiente ejemplo:

> "*Quien deja que su automóvil rueda despacio hacia una persona que se encuentra cruzando la calle, cumple el deber de no dañar, siempre y cuando no acelere, en cambio, quien deja que su automóvil ruede deprisa, tiene que frenar, esto es, actuar*" (2016, pp.132-133).

A saber, el profesor PAWLIK, siguiendo al filósofo HEGEL, menciona que, con el delito el sujeto pasivo no es tratado como persona, siendo la personalidad un elemento determinante en sociedad (2016, p.46). Este respeto hacía el otro ciudadano -en el marco de la administración de su libertad- es denominada por el citado autor como competencia de respeto¸ configurándola de la siguiente manera:

> "*La expectativa básica jurídico-penal que recae sobre cada ciudadano y, en general, la norma básica de comportamiento interpersonal obligaría, en la formulación de Hegel, a dejar al otro como está, esto es, a no empeorar el nivel de integridad de la esfera jurídica que encuentra dada el obligado"* (2016:86).

Finalmente, para que una persona disfrute de su libertad, debe a la vez respetar el ámbito de libertad de tercero, debiendo hacerse cargo de las consecuencias de su defectuosa organización, solo en tal sentido, será verdaderamente libre.

2.- DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER ESPECIAL

En lo referente a los supuestos de competencia por fomento, el cual tiene como base que, un sujeto con deberes institucionales (p.e. un funcionario o padre) tiene como marco de obligación el de no dañar al bien o afectar a un tercero, no obstante, además, surge de la asunción a través de la posición especial, la de proteger al bien o al tercero de posibles ataques de otros y fomentar dicha relación, ello en base a los deberes especiales (CARO, 2004, p.60), donde se le exige al sujeto: "*Has de edificar un mundo en común con un determinado beneficiario de la institución, para su ayuda y fomento*" (SÁNCHEZ-VERA, 2014, p.296) o "(…) *el deber de proporcionar ayuda a otra persona, de edificar con ella -de forma parcial- un mundo en común y, de esta forma, de asumir respecto a ella una relación positiva*" (JAKOBS, 2016, pp.131-150); ahí se encuentra los deberes de los padres frente a sus hijos, funcionarios frente a relaciones estatales-ciudadanos, de administrador de una persona jurídica frente a ésta, entre otras; sujeto que por su especial situación asumen obligaciones especiales, derivando del mismo competencias de fomento, término utilizado por PAWLIK (2016, p.93) y SÁNCHEZ-VERA (2014, p.293):

> "(…) *los padres se encuentran obligados positivamente respecto de sus hijos. Si no impiden que un asesino mate a su hijo o incluso le prestan ayuda, o si el padre no impide que la madre*

> *mate al hijo, no se trata, por ejemplo, de participación -por omisión o por acción- en actos de organización del homicidio, sino de una lesión independiente del deber, esto es de una autoría (que se fundamenta de forma no-accesoria)*" (JAKOBS, 2016, p.143).

Así, también SÁNCHEZ-VERA al mencionar que:

> "En la responsabilidad por organización se imputan consecuencias de la propia organización; en la responsabilidad en virtud de un(a) institución, por su parte, existe responsabilidad como corolario de la previa existencia de un mundo en común entre bien jurídico y autor" (2002, p.38).

Por esa razón, no se nace con el status, no proviene de la posición de persona en sociedad, pues dicho status se consigue a través de la asunción libre de la persona al asumir una de las instituciones relevantes y necesarias para nuestra sociedad (funcionario, padre, etc.). Señala PAWLIK sobre el ámbito de competencia de estos sujetos, específicamente del funcionario, que:

> "*La diferencia reside en que la competencia del funcionario público no se vincula a la idea rectora de la compensación por un comportamiento peligroso propio, sino a la de la cooperación en las tareas estatales nucleares del mantenimiento del orden y de la previsión de asistencia existencial*" (2016, p.98).

Así, en un Estado de Bienestar (social), la sociedad ya solo no exige a sus ciudadanos que no lesiones ámbitos de libertad de terceros, sino que en determinadas situaciones fomenten el bienestar de los demás, por más que ellos no hayan puesto en situación de peligro la paz del tercero. En tal sentido, la Constitución peruana se rige por un modelo de Bienestar, es decir que no se deja al libre arbitrio de las personas la actuación social, sino que el Estado interviene a fin de limitar actuaciones abusivas y no legitimas. Es así pues, con los sentidos de libertad personal e intervención estatal (como bienestar)

que, se establece que las personas actúan de forma libre, bajo determinados principios necesarios para la actuación social (libertad y garantías).

Por citar un ejemplo, no todos los hechos constitutivos de delitos tienen como premisa el comportamiento más beneficioso (utilitarista) para una persona, sino que también existen exigencias sociales de solidaridad, por ejemplo, nuestro CP, siguiendo esta línea actual de los criterios sociales, regula la omisión de socorro (Art. 127° del CP peruano), que a la letra señala: "*El que encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero o se abstiene de dar aviso a la autoridad, será* (…)". Lo que se exige es ese deber de solidaridad para con otros pertenecientes a tu sociedad (CARO, 2010, pp.127 y ss.).

Cabe precisar que, no es el tipo penal el que determina si se encuentra ante un delito de dominio o de infracción de deber especial, sino que ello dependerá del sujeto que realiza el hecho y el bien afectado, p.e. en inicio, el sujeto que le quita la vida a otro será sancionado por la comisión de un homicidio, no obstante, si el sujeto que organiza el hecho de quitarle la vida a otro, es el padre de este último, no se sancionará como un delito de homicidio, sino de parricidio, pues detrás de la infracción se encuentra una base institucional (relación padre-hijo). Empero, hay situaciones en la que el único sujeto que puede cometer el ilícito es aquel sobre el que pesa un deber especial, como los supuestos de delitos de corrupción, conforme lo señalado por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES:

> "*Hay delitos, empero, que el legislador ha querido mediante su formulación positivarlos única y exclusivamente como de infracción de deber, siendo el ejemplo paradigmático de ellos los delitos de funcionarios*" (2014, p.297).

Por su lado, JAKOBS señala:

> "*Por tanto, los empleados públicos del Estado que tienen que llevar a cabo los cometidos del mismo, tienen que ser garantes desde luego de 1) la subsistencia mínima, 2) de la seguridad interior y exterior, y 3) de los principios fundamentales del Estado de Derecho*" (2016, p.147).

Otra nota interesante en los delitos en base al fundamento de competencia por fomento, es que a diferencia de los delitos de dominio que se pueden desarrollar mediante división de trabajo, no conocen la división de trabajo, debido a que el sujeto especial se encuentra personalmente vinculado al bien, empero, lo que sí puede ser divisible es el acto de organización -no la relación especial- para quebrantar los deberes (JAKOBS, 2016, p.150).

"Desprendiéndose, que la diferencia entre los delitos de dominio (respeto) y los delitos de infracción de un deber especial (fomento) se deriva de la base o estructura social asumida por la configuración penal correspondiente, por lo que el funcionario cometerá el delito de colusión, no por un dominio del hecho, sino por la infracción de deber especial" (MARTÍNEZ, 2019, p.230). Aunque se debe puntualizar que toda institución positiva encierra una institución negativa (no dañar), conforme lo menciona SÁNCHEZ-VERA (2014, p.294). En dicho ámbito, se tiene que, el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-166 (VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria), precisó que:

> "*Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la*

> *situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra*".

De forma específica para el ilícito materia de estudio, nuestra máxima instancia en lo penal (Recurso de Nulidad Nº 4564-2007-Piura, del 26 de marzo de 2008), ha establecido que:

> "(…) *El delito de Colusión desleal (…) no es un delito de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo 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 obligado así a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas referidas a su rol especial incurre en una responsabilidad penal de corte institucional*".

"De lo antes señalado, se colige que tanto el funcionario o servidor público como el tercero interesado cuentan con determinados elementos especiales exigidos por el tipo penal (delitos especiales). Empero, los criterios de imputación penal por el desarrollo de la conducta de concertación es distinta, en el funcionario pesa un deber especial derivado de la posición especial en la que se encuentra" (deber de fomento) (MARTÍNEZ, 2017b, p.26) -posición contraria es la asumida por MONTOYA, quien refiere que el sustento de imputación es el de dominio de organización (2008, p.98), "en tanto que en el particular interesado se encuentra ante el criterio de dominio del hecho, pues en él no pesa un deber especial, sino el deber genérico de no dañar (deber

de respeto), y para el contexto en el que se encuentra, es el de no afectar las expectativas que pesan sobre él como participante de un proceso administrativo de contratación pública (MARTÍNEZ, 2019, p.231).

Al respecto, en el Recurso de Nulidad N° 4564-2007, del 26 de marzo de 2008, nuestra máxima instancia judicial, en relación a la colusión, precisó que se encuentra ante un delito de infracción de deber:

> "[…] *un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiendo al rol especial de funcionario o servidor público*".

De igual forma, se tiene la Casación N° 1379-2017-Nacional, del 28 de agosto de 2018, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia:

> "*Que el acuerdo colusorio, que importa una efectiva defraudación patrimonial al Estado, debe ser realizado por un funcionario que tenga una relación funcionarial específica en el marco de una contratación pública -se trata de la infracción de un deber especial, en virtud de una competencia institucional*".

"Cabe indicar que, se debe partir de que cada funcionario o servidor público es responsable del ámbito de competencia que tiene dentro del proceso de contratación pública, por ende, sus deberes le son atribuidos dependiendo del ámbito específico donde se desarrolle. Por ello, p.e. secretario de actas del comité de selección tiene como competencia verificar la entrega de los documentos pertinentes por parte de las empresas participantes, mas no sobre la decisión que tomen los miembros del comité de conceder el contrato público a una empresa que no cumplió con los requisitos de las bases –técnicas o económicas– del concurso público" (MARTÍNEZ, 2017b, pp.26-27).

En tal sentido, los ámbitos de competencia institucionales se encuentra delimitados por cada esfera de la administración, por ello, si cada sujeto púbico, en inicio, es responsable (surgen sobre él obligaciones) del espacio funcional donde desarrolla sus actividades (diferente a otros ámbitos de la administración), enmarcadas en muchas ocasiones por reglamentos internos. p.e., el comité de selección se encarga de la buena pro, en tanto que el supervisor de verificar que se ejecute correctamente la obra; ámbitos diferentes competencialmente. El profesor FEIJÓO desarrolla estos criterios de imputación y delimitación, pero en el espacio empresarial (2007, p.305).

"El secretario y el comité tiene deberes diferenciados, así por más que el secretario pueda tener poder de realizar observaciones a la presentación de documentos por parte de las empresas participantes, su decisión no es vinculante con el poder de decidir que tiene el comité de selección, quien puede ignorar la observación realizada por el secretario para adjudicar el contrato público a una empresa que no cuente con requisitos pertinentes, respondiendo solo el comité por el delito de colusión. Sin embargo, ello no es óbice para que el secretario omita la observación pertinente, pues de su parcela de competencia nace la obligación (deber) de hacer las observaciones convenientes" (MARTÍNEZ, 2019, p.233).

III.- EL DELITO DE COLUSIÓN: AUTORÍA DIRECTA Y COAUTORÍA

Comprendido el sentido material de imputación (delitos de dominio o infracción), su diferencia con los criterios formales (delitos comunes y especiales), nos resta por establecer el título de imputación de los sujetos intervinientes en la comisión del delito, en nuestro caso la colusión. Así, una gran parte de la academia, comprende que, en los delitos basados en la competencia por fomento, únicamente pueden responder como autores, excluyendo, por ende, la posibilidad de comprender delitos, p.e., funcionariales en coautores o autores mediatos. Comparte esta posición, PÉREZ y GONZALES (2015, p.55). En contra, al señalar que cabe la coautoría en el supuesto de que los funcionarios cuenten con una idéntica vinculación funcional, PAZ y ROSAS (2006, p.171).

Al respecto, SÁNCHEZ-VERA menciona:

> "*La tesis central es: el obligado positivamente responde en caso de incumplimiento como autor -salvo alguna excepción ni tan siquiera digna de mención-, y ello con independencia de si junto a él un actuante -con o sin dominio del hecho-, un omitente o las fuerzas de la naturaleza contribuyeron a que se produjese el resultado*" (2014, p.305).

Así, el profesor CARO comprende que la comisión del ilícito materia de estudio solo daría cabida a una responsabilidad al sujeto público como autor directo:

> "[…] *en los delitos de infracción de deber tampoco son posibles las modalidades de autoría delictiva conocidas como coautoría y autoría mediata*" (2004, p.70).

"Ello es así debido a que en los delitos de infracción de deber la posición del sujeto -funcionario para nuestro caso- es asumida de forma libre y específica por él; de modo que los deberes que nacen de esa posición le incumben solo al mismo" (MARTÍNEZ, 2019, p.234), no lesionando deberes institucionales de forma conjunto (SÁNCHEZ-VERA, 2014, p.307); p.e. si el funcionario del área usuaria y un integrante de tesorería, llegan a un acuerdo con el empresario para que se realice el pago por el servicio que ha realizado de forma parcial, no se comete el delito de colusión en coautoría, sino que cada funcionario a infringido su deber especial, relacionado a su ámbito competencial funcional, el área usuaria por comprometerse a brindar la conformidad del servicio, a pesar de no cumplir con el servicio u obra, y el tesorero por emitir un pago, sin contar con la documentación que habilite dicho pago.

Sin embargo, esta posición es conflictiva, debido a que en algunos pronunciamientos nuestra máxima instancia suprema ha establecido que, si bien la fundamentación de responsabilidad del funcionario para la colusión es

la infracción de un deber especial por competencia institucional, existe la posibilidad de la comisión del delito de colusión a través de una coautoría; específicamente para los casos de comité de selección, donde la participación de sus integrantes es mucho más compleja. Así, conforme la Casación N° 1379-2017-Nacional, del 28 de agosto de 2018:

> "*Que el delito de Colusión agravada -como el delito de Colusión simple- tiene como sujeto activo -o autor- al funcionario que interviene por razón de su cargo en cualquiera de los actos de modalidades de contratación o cualquier operación pública o en las liquidaciones respectiva -aquel que intervenga de manera relevante en el proceso de contratación o de liquidación-. Es más, como la contratación pública puede ser compleja, es factible que en esas operaciones intervengan numerosos funcionario -coautores-*".

En tanto que en otros pronunciamiento, ha señalado -contradictoriamente- que, no es posible la coautoría. Así, la Sala Penal Permanente ha indicado en la Casación Nº 1626-2018-San Martín:

> "*La intervención de una pluralidad de funcionarios o servidores públicos, con poder funcional, en la concreción del pacto o concierto con el particular interesado supone que cada uno de aquellos responda como autor del delito de colusión. En la medida en que cada uno tiene un deber especial que cumplir en el proceso de adquisición o contratación, su infracción no es susceptible de compartimentos. En otros términos, en los delitos de infracción de deber no cabe hablar de coautoría. Cada uno responde por la flagrante violación del deber inherente al cargo desempeñado. La infracción de dicho deber en lo que lo convierte en autor, de manera acabada y sin que sea admisible la coautoría con otros funcionarios o servidores o particulares, "puesto que es status de los obligados personalísimos no se comparte con otros sujetos, sino que el mismo se constituye*

> *siempre individual e inmediatamente respecto de un determinado bien jurídico para su ayuda y fomento*".

Igualmente, en la casación Nº 1749-2018-Cañete, del 19 de agosto de 2020, nuestra máxima instancia suprema (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia) ha establecido que:

> "[…] *Y es la infracción de dicho deber lo que lo convierte en autor, de manera acabada y sin que sea admisible la coautoría con otros funcionarios o servidores o particulares*."

IV.- INFRACCIÓN DE DEBER ESPECIAL Y ÓRGANOS COLEGIADOS

"Una cuestión muy problemática, en el marco de la afirmación sobre la infracción de deber especial, se encuentra en el ámbito de los procesos administrativos encargados a comités especiales, que se encargan -básicamente- de la decisión de elegir a la persona jurídica o natural que será favorecida con el contrato público" (MARTÍNEZ, 2019, p.234).

En dicho marco, "se encuentra que ya el deber no es ceñido a un solo sujeto, sino que el deber es del colegiado, haciendo de todos sus integrantes una unidad. Por ello, lo indicado para los delitos de infracción de deber resulta problemático en el ámbito de los comités de selección (órganos colegiados), pues el sentido y relevancia de sus decisiones parte de entender al colegiado como un todo" (MARTÍNEZ, 2020, p.112).

El problema de los órganos colegiados se puede, también, apreciarlo en espacios delictivos como el prevaricato, debido a que el sentido de la resolución no surge de un solo funcionario, sino de quienes conforman el tribunal, donde se puede apreciar este sentido único de su decisión. En España, su máxima instancia estableció en su resolución de fecha 22 de mayo de 2001:

> "*Este delito (Prevaricato) se comete no solamente por los funcionarios que ejercen en un órgano unipersonal, sino también por todos los que, ostentando esta condición, están integrados en un órgano colegiado, bien en su condición de presidente o de simple miembro de la corporación, siempre que concurran en cada uno de ellos las exigencias del tipo penal de la prevaricación, es decir, que sus voluntades confluyan en la formación de la resolución injusta o arbitraria*" (BLANCO, 2005, p.485).

En nuestra realidad, se puede apreciar en el artículo 46° del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, precisa sobre los órganos colegiados:

> "*Artículo 25.- Quorum, acuerdo y responsabilidad*
> *46.1. El comité de selección actúa en forma colegiada y es autónomo en sus decisiones, las cuales no requieren ratificación alguna por parte de la Entidad. Todos los miembros del comité de selección gozan de las mismas facultades, no existiendo jerarquía entre ellos. Sus integrantes son solidariamente responsables por su actuación, salvo en relación a los actos por los cuales aquellos hayan señalado en el acta correspondiente su voto discrepante.*
> *(…)*
> *b) Los acuerdos se adoptan por unanimidad o por mayoría. No cabe la abstención por parte de ninguno de los integrantes.*
> *46.3. Los acuerdos que adopte el comité de selección y los votos discrepantes, con su respectiva fundamentación, constan en actas que son suscritas por estos, las que se incorporan al expediente de contratación. A solicitud del miembro respectivo, si en la fundamentación de su voto este ha hecho uso de material documental, el mismo queda incorporado en el expediente de contratación*."

“Es decir, se le da un sentido de unidad a las actividades desarrolladas por el comité de selección, a fin de que los deberes sean comprendidos no sólo de forma individual (por cada funcionario), sino también colectiva. Así, p.e, la decisión de qué persona (natural o jurídica) es la elegida para el contrato público no depende de la decisión de un solo funcionario, sino de la decisión colectiva (comité de selección)” (MARTÍNEZ, 2019, p.236).

“En el mismo sentido, el deber vigilar que se cumplan con requisitos técnicos para la concesión del contrato es de todos los que integran el comité. Ello tiene repercusiones importantes a la hora de establecer la idoneidad de la concertación pues, no resulta -en inicio- idóneo realizar una concertación con uno de los integrantes del comité, ya que un voto no determina la elección del ganador del proceso administrativo, por lo que se tendría que analizar aquí si es relevante jurídico-penalmente el acuerdo de las partes (funcionario-particular interesado) para configurar el delito de colusión” (MARTÍNEZ, 2020, p.133).

“Al respecto, se considera –de la mano del principio de responsabilidad por el hecho propio– que cada funcionario integrante del comité de selección es responsable de la parcela de poder (funciones y atribuciones) que la administración pública le ha concedido, y que él ha aceptado; por ende, la concertación ilícita que realice cada funcionario público con un particular interesado es constitutivo del delito de colusión, ello de la mano de la protección del bien jurídico ya indicado, más aún cuando –como se ha destacado– pesan sobre cada funcionario unos deberes especiales que le han sido asignados por la importante labor que desempeñan en la administración pública, y que repercuten de forma singular en el desenvolvimiento de la sociedad” (MARTÍNEZ, 2019, p.236). Siguiento en esta línea al profesor URQUIZO, la responsabilidad en el Derecho penal es individual:

> “*Ciertamente, no se puede aceptar responsabilidades colectivas, pues, la punición es individual e individual es el proceso, tanto de imputación como de afirmación de culpabilidad*” (2018, p.48).

“Bajo esta posición, si cada integrante del comité de selección se concierta con cada uno de los representantes de las diferentes empresas que participan para obtener el contrato público, serán responsables del delito de colusión, por más que la concertación resulte infructuosa al no tener el quórum necesario de funcionarios para obtener el contrato público, debido a que han infringido su deber, que es individual y personalísimo” (MARTÍNEZ, 2020, p.133). Sobre los alcances de los delitos de infracción, precisa SÁNCHEZ-VERA que, no cabe la posibilidad de atribuir un delito a título de coautor (figura del colegiado) a los sujetos (públicos) que detentan ámbitos competencias de fomento, debido a que sus deberes son personales e individuales (2002, p.204).

V.- PARTICIPACIÓN DELICTIVA

Sobre el ámbito de la participación delictiva, de acuerdo a lo ya desarrollado, se considera que, es factible la atribución a un tercero, que contribuye a la comisión del delito, el título de imputación en calidad de cómplice o instigador (SÁNCHEZ-VERA, 2014, p.443). CANCHO comparte la posibilidad de actuación de partícipes en delitos institucionales, ello basado en que los destinatarios de la norma son todos (2017, p.299)

No obstante, no poseer las cualificaciones establecidas en el tipo (p.e. ser funcionario público). En tal sentido, es reconocido mayoritariamente que el partícipe responder en relación al delito cometido por el autor, establece HILGENDORF y VALERIUS:

> “*A participação se caracteriza pelo principio de que a responsabilidade penal do partícipe é conectada ao tipo penal praticado pelo autor principal. Essa relação de dependêcia ao fato principal (chamada de acessoriedade) se limita, no entanto, segundo os §§ 26 e 27 StGB, a que ele tenha sido praticado dolosa e antijurídicamente. Não há necessidade, portanto, de*

> *que o autor principal também tenha atuado com culpabilidade (principio da acessoriedade limitada)*" (2019, p.258).

Específicamente para el supuesto de infracción de deber especial, precisa, SÁNCHEZ-VERA que, de la misma forma que para los casos de los delitos de dominio se puede aplicar supuestos de participación, también es posible en los delitos por competencia de fomento:

> "*También en el delito de infracción de deber debería ser reconocido abiertamente, sin fisuras ni mayores problemas, que quien no infringe el deber del status especial positivo (vs. que quien no domina el hecho), de todas formas puede ser partícipe en el delito: si infringiese el deber positivo (vs. si dominase el hecho) sería autor, y, comoquiera que no lo infringe (vs. que no domina el hecho) pero ha llevado a cabo una contribución al hecho, partícipe. A su vez, tampoco aquí se exige que para llevar a cabo una contribución al hecho sea necesario que el partícipe infrinja el especial positivo (igual que en los de dominio del hecho no se exige para llevar a cabo una contribución tenga que dominar el hecho), pues, precisamente, si infringiera ese deber (como allí si dominase el hecho), dejaría de ser partícipe para convertirse, por ello mismo, en autor*" (2014, p.452).

"En el caso del funcionario, donde se encuentra en la comisión del delito mediante infracción de deberes especiales; cabe la posibilidad de participación, por más que sobre el tercero no pese ningún deber especial, ello con base en que el aporte del tercero permite la comisión del delito de colusión, comprendiendo su conducta como una adhesión inequívoca al injusto típico del funcionario público, y no en otro delito (p.e. administración desleal)" (MARTÍNEZ, 2021, p.125). Precisa el profesor peruano GARCÍA: "cabe igualmente la posibilidad de sancionar como partícipe del delito especial al particular siempre que pueda afirmarse una adhesión inequívoca al injusto típico del funcionario público. Se trataría de una participación sustentada no

en la infracción de una competencia institucional, sino en una competencia por organización especialmente reprochable" (2008, p.53).

Cabe precisar que, debe comprenderse la diferenciación clásica de autoría y participación, no se corresponde con los niveles de intervención en la comisión del hecho delictivo, sino que la misma se verá a nivel de la determinación judicial de la pena de acuerdo al aporte relevante (quantum) de los intervinientes. En tal sentido, seguimos la posición que establece que no existe una diferencia cualitativa de los intervinientes en la comisión de un hecho delictivo (comunidad delictiva), debido a que infringen la expectativa institucionales; empero sí a nivel cuantitativo. CANCHO realiza esta precisión en el ámbito del delito de colusión (2017, p.276).

Sobre este punto, en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-166 (VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria), la máxima instancia judicial precisó que, a través de la unidad del título de imputación, resulta factible la intervención de terceros que no detentan los deberes especiales, quienes responderán como cómplices o instigadores:

> "*Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del "extraneus", que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del "extraneus". Esta posición, sostiene lo siguiente:*
>
> *A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.*
>
> *B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es,*

> *no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible*".

De la misma manera, en la Casación Nº 1749-2018-Cañete, del 19 de agosto de 2020, nuestra máxima instancia judicial (Sala Penal Permanente) ha establecido:

> "*Decimosegundo. Por otro lado, en cuanto a los sujetos que sin ostentar la calidad de funcionario o servidor público (extranei) participan en la comisión de un delito funcionarial, al no tener esa calidad especial, responderán como partícipes en la modalidad de inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad del título de imputación para resolver la situación del extraneus. Esto es así en la medida en que un hecho no puede ser encuadrado completamente bajo dos tipos penales diferentes; y, además, la conducta del extraneus no es una conducta autónoma; sino que es dependiente del hecho principal realizado por el autor, que infringió el deber especial*".

De la misma manera, como se está haciendo referencia a que el autor -de acuerdo a la norma penal- es un sujeto con competencia institucional, dicha situación condiciona a que, los sujetos fuera de dicho círculo, sean comprendidos como instigadores o cómplices, pues el centro de imputación gira en el ámbito competencia de fomento, y no de respeto, donde el deber resulta personal. Precisa DE LA CUESTA que: "Para la teoría de los delitos de infracción de deber, la autoría, al fundamentarse en una estructura diferente a los delitos en los que prima el dominio del hecho, permitirá la consideración de coautor a quienes infrinjan conjuntamente un deber conjunto, de forma que aunque sea el extraneus quien tenga el dominio del hecho en un supuesto concreto, no podría ser autor" (2013, pp.190-191).

Al respecto, SÁNCHEZ-VERA comparte la opción que, el sujeto investido de deberes especiales pueda valerse de un tercero:

> "*Si un obligado especial (intraneus) utiliza a un tercero, extraneus, para cometer la infracción de deber, responderá como autor al igual que si hubiese omitido impedir el hecho*" (2014, p.307).

Aunado a ello, el aporte desarrollado por el extranues tiene que ser idóneo para cometer el ilícito materia de estudio. En la Ejecutoria Suprema del Expediente de Extradición N° 6-2016/Lima, del 03 de febrero de 2016, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema señaló que:

> "*Claro está que el extraditurus no es funcionario público ni servidor público, por lo que no podría ser autor de dicho delito. De ahí que el Ministerio Público lo califica como cómplice (...). Sin embargo, tratándose de un delito de encuentro podría tener intervención delictiva, siempre que su aporte resulte idóneo de cara al tipo penal*".

"En tal sentido, si el superior jerárquico de un funcionario responsable del proceso de contratación (integrante del comité de selección) le impone la elección de la empresa a la cual se le otorgará -p.e- la Buena Pro, se le imputará la comisión del delito en calidad de instigador" (MARTÍNEZ, 2021, p.126). En relación a ello, el Recurso de Nulidad N° 1015-2009-Puno, emitido el 17 de febrero de 2010 por nuestra Corte Suprema de Justicia (Sala Penal Permanente), ha precisado algunos alcances sobre lo mencionado:

> "*Por consiguiente, es claro que no pueden tener la calidad de autores porque les falta la estricta relación funcionarial para decidir la adjudicación a la empresa Wensa, por la que intercedieron indebidamente. Pero, desde luego, según la conducta que llevaron a cabo para concretar el acto prohibido, tienen la calidad de instigadores. Ambos imputados ejercieron*

> *indebida y eficazmente su poder jerárquico y fijaron un marco fáctico de tal entidad que incrementaron de modo relevante la posibilidad -finalmente concretada- de que los inducidos adopten y ejecuten la resolución delictiva a la que se les incitó. Ellos, finalmente, impusieron a los integrantes del Comité Especial de Adjudicación -sin que pierdan la capacidad de decisión sobre la ejecución- el favorecimiento fraudulento a la empresa Wensa*".

"Por otro lado, en cuanto al particular interesado, si seguimos la propuesta de *lege ferenda* sobre la autoría, también cabe la participación de un tercero en grado de inductor, cooperador necesario o cómplice. Así, si es un tercero (alto directivo de la empresa) el que determina al particular interesado (un gerente de la empresa) a concertarse con el funcionario para obtener ilícitamente el contrato público, será pasible de la sanción penal correspondiente en grado de inducción" (MARTÍNEZ, 2019, p.240). Puntualiza el autor MIR que, en España:

> "El inciso segundo castiga expresamente al particular concertado con el funcionario. Parece lógico pensar que tal particular ha de ser el mismo con el que ha de concertarse el funcionario para realizar el inciso primero: no todo particular, sino solo el interesado en la defraudación. Tal particular no puede ser castigado como partícipe en el delito del funcionario, por tener prevista su propia pena, pero sí pueden serlo los particulares que no sean los interesados pero induzcan o cooperen con el funcionario, del mismo modo que también pueden ser partícipes en el delito del particular concertado" (2016, p.170).

Dicha resolución, que se considera incorrecta, no comprende el sentido penal de manera integra, pues el elemento estructural se encuentra en el acuerdo entre el sujeto público y tercero, pues la concertación parte de una visión bilateral.

La posibilidad de sancionar directamente al tercero interesado, generaría una mayor facilidad de sancionar a quienes aportasen (cómplices o instigadores) en la comisión del hecho delictivo, desde la perspectiva del tercero. Esto debido a que desde la lógica de la comunidad delictiva, en inicio todo aporte para la comisión del hecho delictivo es pasible de una sanción, diferenciando el título de imputación (autor, cómplice primario o secundario e instigador) de acuerdo a su aporte para la configuración del hecho delictivo. No obstante ello, lo relevante inicialmente es establecer si el tercero interesado, de acuerdo a la estructura del tipo penal de colusión, es pasible de ingresar dentro del radio de intervención (delito bilateral).

Nuestra jurisprudencia ha tomado en cuenta el rol fundamental del tercero en la colusión; no obstante, ha precisado que su participación se restringe a la complicidad del ilícito.

Sobre este punto, “se considera que debe modificarse el artículo 384° de nuestro CP , a fin de comprender al particular interesado como autor del delito, no dejando espacios de impunidad en la lucha contra la corrupción, siguiendo para ello a la legislación comparada, específicamente el CP español” (MARTÍNEZ, 2021, p.139).

Trayendo a colación lo antes indicado, autores como CANCHO considera que, existe la posibilidad que el tercero interesado actúe dentro de ámbito neutral o que no crea con su conducta un riesgo no permitido (2017, p.292), considerando el actuar del tercero como atípico, por lo que:

> “*Por eso no se puede decir que, en el delito de colusión, al existir un autor tiene que necesariamente existir un partícipe necesario punible. Lo que sí tiene que existir es un interviniente necesario*” (2017, p.293).

Esta perspectiva no es compartida, ello pues, porque la estructura del delito de colusión parte por comprender que tanto el actor público como el privado deben llegar a un acuerdo, en el ámbito de infringir el marco de sus

obligaciones en el procedimiento contractual público, este sentido del acto es el que posibilita entender el desvalor del hecho. Por ello, siempre la conducta del tercero interesado debe estar enmarcado en la generación de un riesgo penalmente relevante para poder comprender la comisión del ilícito de colusión.

VI.- VARIACIÓN DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE CÓMPLICE A AUTOR A NIVEL DE JUICIO

A nivel de juicio y después de valorada las pruebas el juez de juzgamiento tiene la posibilidad de variar el título de imputación de los acusados si llegase a encontrar que su participación no fue como autor, sino como cómplice (instigador, etc.) siempre que los hechos imputados no varíen. Situación que no vulnera principios como el de interdicción, contradictorio, defensa o acusatorio; toda vez que, el acusado ha podido ejercer de forma plena su derecho de defensa sobre los hechos atribuidos. No olvidar el papel del juez constitucional, en aplicar las normas de acuerdo a los parámetros establecidos constitucionalmente, en el Pleno Sentencia 1035/2020, Caso de la reparación civil a favor del Estado, expediente Nº 00016-2019-PI/TC:

> "*En todo caso, no debe olvidarse que además de las medidas legislativas y los planes del Poder Ejecutivo desarrollados con miras a fortalecer la lucha contra la corrupción, corresponde a los jueces, y especialmente, al juez constitucional, bajo la plena observancia, claro está, del principio de corrección funcional, impartir justicia de conformidad con los principios, reglas y valores constitucionales*".

Esta posición ha sido reiteradamente establecida por la Corte Suprema de la Justicia de la República. Así, por ejemplo, la Sala Penal Permanente en el Recurso N° 1015-2009-Puno, del 17 de febrero de 2010, estableció:

> "*SEXTO.- Que, finalmente, el cambio de tipo de participación respecto de los encausados Fernández de Paredes Arévalo y*

Pacheco Rodríguez, de autores a instigadores, no solo no vulnera el principio acusatorio y de contradicción. En efecto, la pena contra la que se recurrió alegando inocencia, finalmente, no se altera en lo más mínimo -no se agrava, pues, la situación jurídica de ambos imputados con un resultado punitivo más intenso-. El Código Penal fija una idéntica conminación penal al autor y al instigador; y, en el caso concreto, ese marco se respeta y no existen motivos para ajusta hacía abajo [la] pena impuesta -los elementos personales especiales no son significativos-."

SEXTA PARTE
RESPONSABILIDAD PENAL DEL TERCERO INTERESADO EN EL DELITO DE COLUSIÓN

I.- TERCERO INTERESADO EN EL DELITO DE COLUSIÓN

Se considera particular interesado, de acuerdo a la Ejecutoria recaída en el Exp. N° 043-2001, del 5 de diciembre de 2005: "*a los particulares que precisamente negocian con el Estado*", citado CASTILLO (2008:151), por su parte ROJAS menciona -también- negocio (2007, p.428); debiendo comprender en dicho radio, tanto a las personas naturales, como jurídicas; dentro de los entes morales ingresan a su vez, las empresas mixtas o estatales (ROJAS, 2007, pp.195 y ss. y p.415).

Además, se debe precisar que, su intervención no se restringe a su participación formal dentro del procedimiento contractual, sino -además- podrá participar antes del mismo (PARIONA, 2017, p.44), como p.e. direccionar presupuesto público hacía una determinada Municipalidad Distrital, a fin de que en esta última se ejecute una obra a cargo de funcionarios con quienes ya acordó su favorecimiento o pactar con el alcalde para introducir una obra dentro del Plan Anual de Contrataciones que concluirá con un favorecimiento hacía el tercero interesado.

"Es muy común encontrar en la doctrina y la jurisprudencia el hecho de que sólo se considere como autor al funcionario público, restando un papel secundario, y casi irrelevante, a la participación del interesado en el contrato administrativo" (MARTÍNEZ, 2019, p.104); p.e. el español CÓRDOVA realiza un trato punitivo muy moderado, pues parte por entender un papel irrelevante del partícipe necesario, lo cual deriva en una nula sanción; precisando:

> "*Por nuestra parte, entendemos que congruentemente con lo expuesto en el presente título de delitos, el hecho de que el Código no incrimine la conducta de los particulares, conlleva el que los mismos no deban ser castigados ni como autores ni como participes en el tipo penal del art. 436°. En el caso de que dicha conducta cumpla con otro tipo de delito, tal como el delito de tráfico de influencias del art. 429, deberá obviamente estimarse como dicho tipo*" (2004, p.2096).

Igualmente, le conceden un papel secundario al tercero interesado; así, LÓPEZ en su tesis para magister señala que:

> "*Por lo tanto, la conducta que realizan los agentes privados es complementaria, subsidiaria, pero necesaria* (…)" (2018, p.101).

Por su parte, VIDAL considera, en su tesis para magister, que el requerimiento del participe necesario para configuración del delito de colusión entorpece un papel de lucha contra la corrupción, quitandole así toda relevancia al tercero interesado:

> "(…) *Sin embargo, la colusión entorpece este objetivo exigiendo la prueba de la voluntad defraudadora de un partícipe necesario*" (2018, p.67).

Ello se considera se debe a que, "no se ha tomado de forma relevante el verbo típico del ilícito: concertar; el cual configura la conducta como un acuerdo de dos partes, y no sólo con el actuar del funcionario. Sin acuerdo de las partes no hay delito. Es a partir de ahí que deben establecerse los sujetos idóneos para la configuración del delito" (MARTÍNEZ, 2021, p.127).

Como se indicó, "el delito de colusión requiere un acuerdo del funcionario y del particular interesado, de modo que, por más que el funcionario esté decidido a direccionar el proceso de contratación pública, no se configura el delito de colusión, y ello se debe a que el injusto penal representa intereses particulares, todo ello en el marco de un contrato público. Por eso, se aprecia que es a partir de este sentido del hecho delictivo que deben establecerse los sujetos idóneos para la configuración del delito de colusión" (MARTÍNEZ, 2019, p.105).

"La no consideración del particular interesado como sujeto activo del delito trae como consecuencia la limitación del sentido del injusto del delito de colusión, pues el acto relevante es el pacto de un representante de la

administración (funcionario) con un ciudadano (particular interesado) para vincular contractualmente al Estado, encontrándonos ante actos cumulativos" (MARTÍNEZ, 2021, p.127).

Por dichas razones, se comprende que, el rol del tercero interesado es trascendental para la colusión, de tal forma que su contribución brinda la comprensión integra del ilícito penal, por ello, no se puede hacer referencia a actos cumulativos si uno de los sujetos no realiza el acto requerido por el tipo (llegar a un acuerdo). En tal espacio es que legislador ha comprendido la relevancia de lo acuerdos en los procedimientos contractuales, de tal forma que su sanción penal se encuentra justificada. Este papel del particular, en la posibilidad de cometer un hecho delictivo de corrupción, ha sido resaltado, también, por nuestra máxima instancia constitucional, caso de la reparación civil a favor del Estado, expediente Nº 00016-2019-PI/TC (Pleno Sentencia 1035/2020):

> "***Debe tenerse en cuenta que no solo los funcionarios incurren en actos de corrupción, sino también los particulares****. En efecto, la corrupción no alcanza exclusivamente el ámbito de la función pública, sino que también abarca la esfera privada, y se origina muchas veces en ella. Por consiguiente,* ***la lucha contra la corrupción incluye la efectiva persecución de delitos cometidos*** *por funcionarios y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, y también a* ***las personas y empresas*** *que incurran en los mismos delitos*".

Se considera que uno de los factores que determinan la comprensión del papel del tercero interesado en el ilícito materia de investigación parte de su entendimiento como un delito pluripersonal, debiendo precisar sobre dicho aspecto si se encuentra dentro del espacio de los delitos de encuntro o convergencia, sobre ello se anotó algunos alcances en las siguientes líneas. El profesor PARIONA ARANA ha resaltado importancia, en la colusión, de comprender el ámbito de responsabilidad del partícipe necesario (particular):

> "*La problemática de la responsabilidad penal de los interesado en el delito de colusión es importante y continúa siendo lantente hoy en la justicia nacional. Ello se debe al modo en que nuestro legisldor ha regulado el delito de colusión en el art. 384 del Código Penal. En efecto, el delito de colusiñon es un delito de participación necesaria, que supone la participación de dos partes en una suerte de contrato para defraudar al Estado*" (PARIONA, 2017, p.118).

Emepero ello, se reitera, a pesar de encontrarnos con un ámbito trascendental, no ha sido trabajo en nuestro país de forma correctas, p.e. en la tesis desarrollada por ROJAS ni siquiera es mencionada (2017, p.63); tampoco por PÉREZ y GONZALES, a pesar que su trabajo gira en torno a la participación en la colusión (2015, p.57).

II.- DELITOS DE PARTICIPACIÓN NECESARIA

Resulta resaltante y preocupante que, los ilícitos de participación necesaria (notwendige Teilnahme) -terminología utilizada en Alemania, de acuerdo a WESSEL et al. (2018, p.409)- abarquen a nivel de investigación académica una escasa atención para conocer sus alcances, dicha situación resulta alarmante si se tiene en cuenta que determina la sancionabilidad o no de los sujetos que participan en la realización del delito. El tercero interesado ha tenido una limitada preocupación por parte de la academia peruana conforme lo menciona ABANTO (2014, p.411). Un estudio profundo de la participación necesaria lo realiza CARRASCO (2002: p.4).

Los delitos de participación necesaria son denominados en otras naciones con el nombre de pluralidad de sujetos activos o delitos pluripersonales (España), ello como contrapartida de los delitos unisubjetivos (se requiere un solo autor para la comisión del delito, no importando importe que intervengas más personas) (LUZÓN, 1996, p.304) o como delito bilateral o delitos plurisubjetivos (reato plurissoggettivo) (Italia). Indica CARRASCO ANDRINO que:

> "*De lo que resulta que en la doctrina española el concepto de participación necesaria se reserva para referirse a los casos en que la intervención de un sujeto no se conmina penalmente en la norma de Parte Especial, a pesar de ser exigida típicamente para que el delito tenga lugar. En cambio, los delitos pluripersonales aluden a los tipos que exigen para su realización una pluralidad de sujetos activos, en los que todos los intervinientes están conminados penalmente*" (2002, p.7).

En Alemania la denominación es de participación necesaria -utiliza esta denominación HILGENDORF y VALERIUS (2019, p.260)- o impropia. En el Perú GARCÍA CAVERO, ABANTO VÁSQUEZ y HURTADO POZO utilizan el término delitos plurisubjetivos (HURTADO, 2006, p.289); mientras que PARIONA utiliza el término cooperación necesaria (2017, p.118), el cual se considera no acertado pues, el mismo -como sucede en España- hace referencia a la complicidad primaria.

Debiendo definir al delito de participación necesaria como aquella situación típica donde su estructura requiere de la intervención de varias personas para su configuración (WESSEL, et al., 2018, p.409), ello a diferencia de los otros tipos penales, donde la configuración del mismo no requiere de la participación (condición) de un tercero para su perfeccionamiento (p.e. delito de hurto, delitos contra el ambiente, etc.). Indica GARCÍA sobre los delitos de participación necesaria, o como el autor lo nombra intervención necesaria, que: "(...) el tipo penal requiere necesariamente de una pluralidad de personas, de manera que no resulta posible la realización del delito por un solo sujeto" (2012,pp. 392-393). Sobre el particular, menciona OTTO:

> "*1. Hay participación necesaria en la realización de un delito cuando un* ***tipo penal*** *está concebido de tal manera que* ***para cumplirlo es conceptualmente necesario que intervenga más de una persona***" (2017, p.507).

Por su parte, BOCKELMANN y VOLK indican:

> "***Cuando forma parte de los elementos de un tipo legal la circunstancia de que, además del autor, otra persona (que no sea autora) intervenga en el hecho, la actuación de esta persona tiene la función de participación necesaria***" (2020, p.396).

En tal sentido, es una exigencia en la comprensión del tipo que además del sujeto indicado en el tipo penal, deba intervenir otro u otros sujetos, el cual también puede ser sancionado como autor, cómplice o, sencillamente, no se requiera de una sanción penal; en tal sentido, se puede apreciar una característica nítida del delito de participación necesaria: *pluralidad de sujetos* y *aportes*. Como bien indica CARRASCO:

> "***Es necesario, en consecuencia, que junto a la pluralidad de conductas aparezca una pluralidad de sujetos***" (2002, p.1).

De la misma forma, indica CARRASCO, para tales supuestos el tipo penal no solo cumple una función de comprensión del sentido del injusto penal, sino que, además, establece un ámbito de posible participación de los sujetos:

> "***En este punto es necesario insistir en que la tipicidad, junto a una función fundamentadora de lo injusto, realiza también una función delimitadora del ámbito de lo penalmente relevante, discriminando lo que interesa al Derecho penal***" (2002, p.52).

Sobre el particular, en otras normativas prescribe expresamente, para el partícipe necesario, la sanción penal; como sucede por ejemplo en Alemania para el delito de cohecho (ABANTO, 2014, p.413). Entonces, el problema principal es la de establecer si los sujetos que intervienen -todos- en la comisión del hecho delictivo deben ser sancionados conforme a las reglas de la intervención delictiva (autoría y participación).

Precisando que, el supuesto de la participación necesaria está relacionada a una exigencia del propio tipo penal, en el sentido que, el legislador ha establecido que para la configuración de determinados hecho ilícitos se requiere de la participación de varios sujetos, por lo que no debe, en inicio, relacionarse dicho aspecto a cuestiones de autoría y participación.

Cabe precisar, conforme lo indica el profesor ABANTO, que en un inicio no se debe confundir el delito de participación necesaria como un delito de coautoría, así menciona:

> "*Especialmente, en el medio hispanohablante debe advertirse que no se deben confundir los "delitos de participación necesaria (o "delitos pluripersonales") con la codelincuencia. Mientras que en los primeros la pluralidad de personas y conductas constituye un elemento esencial del tipo delictivo; en la codelincuencia, ello no es así: el delito es cometido por varias personas, pero el tipo penal permite que el delito pueda ser realizado por un solo individuo (p.ej. una estafa organizada por varias personas, un homicidio ejecutado por dos, una violación ejecutada por un grupo de personas, etc.)*" (2014, p.417).

Los delitos de participación necesaria tienen rasgos importantes, como son pluralidad conductual, pluralidad de sujetos, comprensión de estos dos supuestos para la afectación al bien jurídico penalmente protegido, siguiendo, nuevamente, a CARRASCO, se puede mencionar sobre dicho aspecto:

> "*Así las cosas, hay que incluir que la estructura de un tipo pluripersonal se caracteriza por la existencia de los siguientes elementos: primero, que el hecho típico suponga ineludiblemente, de forma implícita o explícita, una pluralidad de conductas; segundo, que dichas conductas pertenezcan a varios sujetos que intervienen libremente y con conciencia del alcance lesivo de su actuación. Tercero, que la lesión o la puesta en*

> *peligro del bien jurídico protegido, exigida en el tipo para la perfección del delito, tenga lugar por la actuación plural de varios sujetos, de manera que todos los intervinientes realizan uno solo y el mismo delito*" (2002, p.57).

Además, dentro de la característica de la afectación a las expectativas normativas en los delitos comprendidos como participación necesaria, se encuentra que, se afecta al mismo una sola vez, por ello el sentido de comprensión de la conducta de los participes necesarios como uno solo:

> "*Como se ha manifestado, lo característico de los delitos pluripersonales, ya sean de encuentro o de convergencia, es que la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico protegido se produce por la conducta colectiva, esto es, por el encuentro o convergencia de las diversas conductas.* ***Existe, por tanto, un solo delito porque se lesiona o se pone en peligro una sola vez el bien jurídico protegido***" (2002, p.82).

A lo indicado se debe agregar que los conceptos coautoría y delitos de participación necesaria se manejan de forma distinta dentro de la teoría del delito, los segundos están referidos a las distintas tipologías del tipo penal (delito común-especial, delito de peligro-resultado, etc.), en tanto que la coautoría está relacionado a las formas de intervención delictiva, por lo que no resulta acertado confundir ambos conceptos:

> "*La diferencia entre los delitos pluripersonales o de participación necesaria y los casos generales de codelincuencia reside en que en éstos últimos la intervención de una pluralidad de sujetos no es un elemento esencial y constitutivo del tipo delictivo de que se trate, sino tan sólo una de sus formas de manifestación* (CARRASCO, 2002, p.57)".

> "*Así las cosas, no debe confundirse el delito pluripersonal con la realización colectivo de un delito -codelincuencia-, esto es, con*

> *lo que constituye una forma de aparición del delito. Su diferencia fundamental estriba en que la pluralidad de sujetos y conductas en los delitos pluripersonales es un elemento esencial, constitutivo del tipo delictivo*" (CARRASCO, 2002, p.76)".

En tal sentido, y de manera precisa, de acuerdo al diseño estructural del ilícito de colusión, se comprende a la colusión en un sentido de delito bilateral o participación necesaria, en otras palabras, se entiende a la conjunción de sujetos (el sentido de bilateralidad) hacía una meta en común (llegar a un acuerdo para direccionar el proceso contractual estatal (PARIONA, 2012, p.309). El autor ABANTO precisa sobre la colusión: "Los particulares intervinientes son "partícipes necesarios" (2003, p.316). Posición que ha sido asumida de forma categórica por parte de nuestra jurisprudencia, por ejemplo, en la Casación N° 661-2016-Piura, 11 de julio de 2017, la Sala Penal Permanente determinó que:

> "*VIGÉSIMO: (…)* ***Siendo este el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: de un lado, la intervención del funcionario público con deberes especiales (intraneus); y, de otro lado, la participación del interesado (extraneus: sujetos sin deberes especiales) para el perfeccionamiento del delito; un ejemplo claro de lo citado es el delito de Colusión, pues es un delito de participación necesaria***".

De la misma forma, la Sala Penal Permanente ha indicado en la Casación Nº 1626-2018-San Martín, que el delito de colusión requiere de una bilateralidad:

> "***La concertación, de acuerdo con su contenido semántico, implica siempre un acuerdo sobre algo, entre dos o más personas. Para su configuración requiere de bilateralidad entre el o los funcionario o servidores públicos, con poder***

> ***funcional en el proceso de contratación, y el o los particulares interesado(s) favorecidos por aquel(los)***".

Sobre el particular, es escasa la determinación a nivel de la academia sobre la comprensión de la colusión como delito bilateral, de forma específica, el de asumir si se halla en un supuesto de encuentro o convergencia, por lo que resulta oportuno realizar una diferencia entre ambas clases de delitos. Clasificación que como indica ABANTO se asume desde FREUDENTHAL (2014, p.419).

1.- DELITO DE CONVERGENCIA

"Se entiende por delito de convergencia (konvergenzdelikte) a la actividad conjunta de los sujetos encaminados a la configuración del hecho delictivo (MARTÍNEZ, 2021, p.130)", precisando que, los actos realizados por los intervinientes se comprenden un sentido paralelo dirigido a una meta común, p.e. convergencia de los actos similares (paralelos) en el marco de una reunión tumultuaria, comprendido en el art. 315 CP (disturbios). Resaltando que, los delitos de convergencia permite la comprensión de la participación delictiva (complicidad e instigación) (JAKOBS, 1997, p.840). Señala GARCÍA sobre el delito de convergencia que:

> "(...) *exigen que la conducta típica sea realizada por varios sujetos con actos similares y en la misma dirección para la afectación del bien jurídico*" (2012, p.393).

ABANTO VÁSQUEZ, de la misma forma, precisa que:

> "*En los delitos de convergencia, el tipo penal exige la contribución de varias personas para la afección del bien jurídico, pero estas contribuciones tienen que darse de la misma manera y en la misma dirección*" (2014, p.419).

También, indica CARRASCO:

> "[…] *las actuaciones corren paralelas unas al lado de las otras, convergiendo hacía una meta en común*" (2002, p.40).
> "[…] *los delitos de convergencia se caracterizan porque las colaboraciones de los partícipes necesarios son del mismo tipo y se dirigen en la misma dirección a la consecución de un resultado común, pudiendo afirmarse que actúan unos junto a otros.* […] *Así, en los delitos de convergencia no hay duda sobre la punibilidad de todos los partícipes necesarios, ya que todos ellos están conminados penalmente en la norma correspondiente de la Parte Especial*" (2002, p.61).

Asimismo, considera el citado autor que para estos casos no existe mayor problema sobre la punición de los intervinientes, porque el mismo tipo penal establece que todos son punibles como autores, indicando como ejemplos el delito de rebelión, art. 346° CP.

De la misma forma, se debe precisar que para el caso de los delitos de convergencia los sujetos responden de forma autónoma, teniendo cada conducta por sí sola relevancia penal, así pues, para el caso de la rebelión los sujetos que participan responden penalmente por la misma conducta (revelarse), sin que el sentido jurídico penal de su conducta dependa de los otros sujetos.

Menciona LUZÓN que en los delitos de convergencias -o colectivos (CARRASCO, 2002, p.80) - las conductas de los sujetos se dirigen al mismo objetivo típico, donde para la configuración del tipo se requiere de la intervención de más de un autor, como los supuestos de la rebelión, aborto consentido (LUZÓN, 1996, p.304).

Los autores JESCHECK y WEIGEND extiende aún más los alcances antes referidos, al precisar que:

> "(…) ***en virtud de la propia Ley en estos supuestos todos los intervinientes son punibles como autores,*** *aquí no plantea [propiamente dicho] el problema de la participación necesaria*" (2002, p.751).

Cabe precisar que, todos los intervinientes (participes necesarios) responden como autores de la comisión del delito, no existiendo el clásico problema -como sucede en el delito de encuentro- sobre la impunidad de los intervinientes, así, p.e. los ilícitos penales de motín, regulado en el art. 348º y en el art. 315º, todos los intervinientes identificados serán sancionados como autores. Indica, CARRASCO:

> "***Si bien, entiende que en los delitos de este último tipo [convergente] no se presenta el problema de la participación necesaria -impune-, dado que todos los colaboradores se encuentran conminados penalmente en la norma de la Parte Especial***" (2002, p.44).

2.- DELITO DE ENCUENTRO

"Por otro lado, se habla de delito de encuentro (Begegnungsdelikte) cuando la actividad de los intervinientes se dirige al mismo objetivo; sin embargo, en algunos casos el sentido del hecho delictivo el establecido en el tipo penal lo da la conducta de un solo sujeto" (MARTÍNEZ, 2021, p.130) y, en otros, las conductas (de los intervinientes) de forma cumulativa brindan el verdadero sentido del hecho delictivo.

Menciona, CARRASCO que:

> "[…] ***las varias actuaciones se mueven unas frente a las otras, de manera que lo que se tipifica es su reunión o encuentro***" (2002, p.40).
>
> "[…] *los delitos de encuentro son aquellos en los que, presuponiéndose una pluralidad de personas para la realización*

> *del delito, sus actuaciones se dirigen desde posiciones enfrentadas hacia un encuentro, bien bajo la forma de acuerdo, bien de cualquier otro modo. Así, puede decirse que las colaboraciones de los partícipes necesarios son correlativas o complementarias, que se dirigen las unas hacia las otras, o que se sitúan unas frente a otras*" (2002, p.60).

Además, en algunos casos relacionados a los delitos de encuentro, "la intervención de los sujetos la realizan desde situaciones y acciones distintas, donde muchas veces uno de los intervinientes es sujeto pasivo del hecho criminal (p.e. el delito de estafa) (MARTÍNEZ, 2019, p.107) o "lo realiza desde una posición de inferioridad con respecto al otro sujeto" (MARTÍNEZ, 2021, p.130), BENAVIDES comparte nuestra posición (2016, p.144); (p.e. el delito de usura). En el Perú, MEINI desarrolla los alcances del delito de participación necesaria en su modalidad de encuentro:

> "(...) *requieren que el sujeto pasivo o el agraviado intervengan facilitando causalmente la comisión del delito por parte del autor*." (2014, p.82).

También considera ABANTO que:

> "*En los delitos de encuentro, en cambio, si bien actúan también varias personas hacía una finalidad común, lo hacen desde direcciones diferentes y de manera complementaria*" (2014, p.420).

Otro ejemplo se puede encontrar en los ilícitos sexuales contra menores, la bigamia, donde uno de los sujetos desconoce la real situación jurídica del otro sujeto, etc.; donde lo comprensible es que se castigue a uno de los intervinientes, el que detenta la posición de ventaja o dominio. En el mismo sentido, BENAVIDES, quien indica sobre el delito de encuentro:

> "(…) *las actividades de los intervinientes, ciertamente, se dirigen al mismo objetivo, pero lo hacen desde veredas distintas, de modo que las acciones acaban por encontrarse -como sucede con el favorecimiento de acciones sexuales de menores- castigando la ley a través de concretas disposiciones penales solamente a determinados intervinientes, quedando de este modo los demás impunes*" (2016, p.144).

WESSEL, et al. mencionan que -normalmente-, en los casos planteados, no le corresponde una sanción penal al sujeto pasivo del delito:

> "*Cuando se trata de un denominado "delito de encuentro", en el cual se halla un interviniente del lado del autor y otro del lado de la víctima, entonces, este último no es punible como interviniente cuando no sobrepasa la medida de la participación necesaria*" (2018, p.409).

Igualmente, HILGENDORF y VALERIUS, consideran que no es punible, partiendo desde la posición de inferioridad del tercero:

> "*Uma participação necessária ocorre quando um tipo penal já pressupõe, conceitualmente, a cooperação de varias pessoas (…). Caso uma dessas pessoas esteja do lado a vítima, ela não é responsabilizada penalmente, desde que não seja ultrapassada a medida da participação pressuposta no tipo penal e, por isso, necessária ou que a norma penal sirva, exatamente, à sua proteção*" (2019, p.260).

También se puede apreciar dicho punto de vista OTTO, pero con la salvedad para los supuestos donde su actuar no exceda la medida de lo establecido:

> "*Si se trata de uno de los llamados delitos de encuentro, en los que las expresiones de la voluntad de los intervinientes se dirigen al mismo objetivo, pero desde distintos lados, y si la ley*

> *solo menciona la punibilidad de una de las personas, entonces el otro interviniente ha de quedar impune si no excede la medida de la participación*" (2017, p.507).

Dentro de la misma perspectiva, BOCKELMANN y VOLK:

> "*Por lo demás, la participación necesaria será punible, si ella excede la medida de lo necesario, vale decir, de lo imprescindible para la realización del tipo penal*" (2020, p.396).

Complementando la posición inicialmente señalada sobre le delito de encuentro, en otros casos, autores como REAÑO, para el supuesto delictivo de tráfico de influencia, consideran que se entienden a los "delitos de encuentro" como:

> "(…) *las manifestaciones de voluntad de los intervinientes se dirigen a una meta común (puesta en peligro del mismo bien jurídico), pero desde ángulos distintos*" (2001, p.297).

Esta circunstancia de igualdad entre ambos intervinientes para casos como tráfico de influencia o cohecho, a diferencia del primer ámbito del delito de encuentro, permite establecer dicha situación sin que se encuentre de por medio alguna posición de inferioridad o engaño en el tercero interesado.

Igualmente, es posible que el partícipe necesario -para los supuesto de delitos de encuentro- cuente con un marco punitivo expresamente establecido en los artículos de la parte especial del CP, como ejemplo el art. 397ºCP (cohecho activo genérico); o no necesariamente, como en el caso del tráfico de influencias y colusión; no obstante, el aporte del partícipe necesario es relevante para la configuración del delito.

La discusión sobre la última posibilidad subsiste a nuestro tiempo, el profesor ABANTO señala que, para los casos de delitos de encuentro, la punición del tercero debe estar establecido en la norma penal, pues si la misma no indicase

la punición del tercero, no sería posible su sanción. ABANTO indica: “(…) la punición solamente sería posible cuando hubiera estado prevista para todas las partes” (2012, p.603). Resalta dicha situación CANCHO, al indicar que es problemático, a partir del principio de legalidad, sancionar al tercero interesado en el delito de colusión (2017, pp.287-288).

En ese sentido, se menciona que, el establecimiento del ilícito penal-en los supuestos de encuentro- exige necesariamente que nuestro legislador haya establecido la sanción para los sujetos que dirigen su actuar desde direcciones distintas hacía la configuración de un solo delito; por lo tanto, en caso no se establezca normativamente la sanción no podría imponerse una sanción al tercero por su aporte conforme a la norma, pero sí si la conducta está dirigida a aportar en la comisión del delito del otro sujeto (ir más allá de lo establecido en el tipo), ello sí en calidad de cómplice o instigador, conocida dicha posición como la doctrina de la contribución mínima necesaria.

Señala el profesor ABANTO:

> "*Pero a veces el legislador, queriéndolo o no, describe en el tipo peal solamente la conducta de una de las partes, pese a que la conducta tipificada es indispensable para la realización del tipo, es decir, se trata de una "participación necesaria*" (2012, p.603).

Considera VON KRIES, citado por CARRASCO, que, la participación del tercero no es sancionada cuando se cumplen con determinados principios:

> “*La persona, a cuya protección se dirige la ley penal, no puede ser nunca castigada como partícipe en el mismo hecho punible (tentativa de suicidio).*
> *El autor del hecho principal no puede ser castigado además como colaborador en dicho delito autónomo (la inducción al auto encubrimiento quedaría impune).*
> *El legislador ha querido dejar impunes a determinadas personas, entonces éstas no podrán ser castigadas como partícipes*

> *porque ello quebrantaría la decisión legislativa adopta*" (2002, p.35).

3.- DELITO DE COLUSIÓN: ¿DELITO DE ENCUENTRO O CONVERGENCIA?

"Sobre el particular, ha existido por parte de la jurisprudencia posiciones que consideran al delito de colusión como un delito de encuentro, en igual sentido la doctrina penal" (MARTÍNEZ, 2019, p.107). GARCÍA considera al delito de Colusión como un delito de encuentro (2012, p.393).

Así, en el Recurso de Nulidad N° 885-2016-Callao, de fecha 12 de julio de 2017, la máxima instancia judicial (Sala Penal Permanente) precisó que, la colusión es un delito de encuentro:

> "***La Colusión es un delito de participación necesaria - concretamente de encuentro- que requiere la intervención de un particular o extraneus****. Esto implica que el agente público -el 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*".

Otros autores, han considerado a la colusión como un delito de participación necesaria en su modalidad de convergencia. Por ejemplo, BENAVIDES considera al ilícito colusorio como, propiamente, de convergencia, al indicar:

> "*Cabe recordar que los supuestos de participación necesaria se clasifican en delitos de convergencia y en delitos de encuentros. En los primeros, las actividades de los intervinientes se dirigen conjuntamente a un mismo propósito (tratándose del fraude del artículo 436° [Colusión], un concierto para defraudar) (…) por lo*

> *que* ***nos parece se ha reforzado la naturaleza convergente de este ilícito***" (2016, pp.144-145).

"Al respecto, se considera que en el delito de colusión se ecuentra ante un delito de encuentro, donde la guía para la comprensión del hecho delictivo la marca el verbo rector concertar, pues para su configuración se requiere del aporte conjunto del funcionario y el interesado" (MARTÍNEZ, 2021, p.132). MEINI nos indica que sin la intervención del interesado no se podría realizar el tipo de colusión (2014, p.83). Igualmente, PARIONA al indicar:

> "(...) ***se trata, pues, del encuentro de dos acciones voluntarias con el propósito de defraudar al Estado (delito de encuentro)*** " (2017, p.43).

Así, la conducta comprendida de forma aislada de cada uno de los intervinientes, para el caso de la colusión la del sujeto público o tercero interesado, pierde todo tipo de significado penal, ello debido a que la conducta segregada -de cada uno de los sujetos- no aporta sentido alguno. Solo el sentido cumulativo permite comprender el verdadero sentido delictivo del delito de colusión.

No se está ante un delito de convergencia, pues el aporte de los intervinientes no se realiza de forma paralela (como si fuese un delito de disturbio), todo lo contrario, "la conducta de ambos forma una unidad de sentido jurídico-penal" (MARTÍNEZ, 2021, p.132).

CALDERÓN indica sobre el delito de convergencia que: "Mediando acuerdo con los interesados el delito es plurisubjetivo de tipo convergente, en la medida en que las voluntades concordadas se dirigen a un mismo fin" (2005, p.507). Espec., POLAINO, establece que: "La presente modalidad típica alternativa configura un tipo de delito pluripersonal convergente, que requiere la confluencia de voluntades del titular de la función pública con los terceros con quienes se concierta" (1997, p.419).

Sobre el particular, resulta interesante la cita que se realiza de RICHAR LANGE, citado por CARRASCO, quien menciona que si las conductas típicas son iguales, como en el supuesto del acuerdo de colusión, los sujetos deberían recibir una sanción similar:

> "[…] *si las contribuciones típicas son iguales, todas deberían recibir la misma valoración penal*" (2002, p.62).

"Esencialmente, se encuentra que ambos sujetos, no sólo uno, resuelven realizar la comisión del delito de colusión, donde ambos van a aportar -desde sus posiciones- hechos relevantes" (condiciones cumulativas) (MARTÍNEZ, 2021, p.132). En el acuerdo ilícito entre el sujeto público y tercero interesado se encuentra dos delitos distintos, es decir un delito para el funcionario y otro para el tercero interesado, sino que ambas conducta lesionan un solo bien jurídico penalmente protegido.

En tal sentido, el tercero interesado, a diferencia de otros delitos, toma una decisión libremente para afectar a la administración pública a través del acuerdo ilícito con el funcionario público en el ámbito de las contrataciones estatales.

Hace hincapié en la actuación libre del tercero interesado, VÍLCHEZ: "La particularidad del delito de colusión frente a otros (por ejemplo, el delito de concusión) está en que el particular no actúa presionado por las exigencias del funcionario público, sino que libremente acuerda con él para beneficiarse en el proceso de licitación pública" (2018, p.92).

"Así, p.e., el funcionario aportará a través de la infracción de su deber -especial- de custodiar los intereses del Estado (omitiendo controlar adecuadamente la documentación presentada, variando los requisitos a través de actos administrativos, etc.); y el particular aportará al hecho delictivo con el incumplimiento de la entrega de documentos o requisitos establecidos en las bases del concurso administrativo. Si alguno de los dos omite realizar

alguna aportación, es poco probable que puedan concretizar los acuerdos asumidos para defraudar al Estado" (MARTÍNEZ, 2019, p.109).

La comprensión del ilícito materia de estudio como uno de encuentro es aceptado por la academia penal. En tal sentido, CARRASCO menciona que el delito de fraude funcionarial (colusión en nuestro país) es comprendido como un delito de acuerdo (un tipo de delito de encuentro):

> "***En los delitos de acuerdo, la contribución del partícipe necesario consiste en una manifestación de voluntad, idéntica y acorde con la de los otros intervinientes. […] Pertenece también a esta categoría el fraude del art. 436 C.p., ya que una de sus modalidades típicas consiste en el concierto con los interesados para defraudar a cualquier ente público***" (2002, p.65).

Sobre el particular, como ya se ha mencionado párrafos atrás, el funcionario tiene un deber de competencia institucional (competencia de fomento) de no solo dañar al Estado en el marco de contrataciones estatales, sino que además fomentar y proteger el vínculo especial en relación con los contratos en sus distintas fases; en tanto el tercero interesado, al no pesar sobre él un deber especial, tiene una competencia de respecto (organizacional) de no dañar a terceros (en este caso al Estado) en su actividad dentro de un contrato estatal; ambos autores, se reitera, deberían responder como autores como sucede en la legislación española.

Se debe mencionar que, en el Perú, recientemente, autores como VÍLCHEZ consideran que también debe responder el tercero interesado como autor, basado en los ilícitos fundamentados en la competencia de fomento, empero, no efectúa un mayor desarrollo del mismo:

> "*Así, en el delito de colusión, por ejemplo, se tratará de dos sujetos que infringen deberes positivos, pero de distinta -podemos decir- intensidad. En el caso del funcionario público se*

> *tratará de un deber positivo que deviene de esa vinculación funcional con la Administración pública. Para el particular, en cambio, su responsabilidad se verá fundamentada en la infracción de su deber (positivo) de solidaridad intersubjetiva que le exige (en un grado menor al funcionario) una contribución a mantener y respetar una institución social y (por eso) penalmente tutelada. Pero -he aquí el mayor distanciamiento que tomamos- pues como sabemos en los delitos de infracción de deber no interesa el grado de dominio del riesgo, sino la infracción del deber positivo de preservación del bien jurídico-penal*" (2018, p.96).

Sobre la cita realizada, no compartimos la posición referida a que el tercero interesado responda en base al criterio material de infracción de deber especial, pues esta institución de solidaridad, tiene como una nota característica que el sujeto en un inicio no haya generado la situación de afectación al bien jurídico, como sucede en los delitos de omisión de socorro, para nuestro caso, en el delito de colusión, el particular es el que a través de su ámbito de libertad, y ante las obligaciones que le imponen la ley y bases del contrato, realiza un pacto ilícito con el funcionario que ya de por sí afecta la expectativa protegida penalmente, por ello, se considera que, el partícipe necesario infringe un deber general de no dañar a terceros, en este caso el Estado. SÁNCHEZ y LLAMOJA consideran que los participes responderán en base al criterio material de infracción de deber general negativo (2020, p.1664).

"Dicha compresión, como se señala seguidamente, permite llenar los vacíos de punibilidad que se dan en el delito materia de estudio, como en el caso de la complicidad o instigación al interesado" (MARTÍNEZ, 2021, pp.133-134).

Siendo así, en España, a través de la LO 5/2010 (del 22 de junio de 2010), el art. 436° del CP de dicho país fue modificado, donde se prevé el ilícito de fraude funcionarial, el cual de manera explicita estableció la responsabilidad del tercero interesado como autor, aplicándole el marco punitivo del sujeto

público (ORTIZ DE URBINA, 2012, p.655), además, impone castigos precisos para el partícipe necesario (sea como persona jurídica o natural), es el caso de incapacitar a la empresa para aplicar una ayuda pública o subvención, o participar en una contratación pública. Indica RODRÍGUEZ-ARANA que, excluir o prohibir de contrataciones públicas a las empresas resulta una respuesta clásica (2020, p.873). De forma literal, establece la norma citada:

> *Art. 436° del Código Penal español.-*
> *"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."*

Este nuevo trato hacía el tercero fue exigido por parte de la academia española; por ejemplo, JAREÑO menciona un "vuelco a la interpretación tradicional" con la modificación del art. 436º (2011, p.127). MORILLAS no comparte la modificación realizada por el legislador español (2011, p.988).

"Tipos de sanción que se consideran idóneos como retribución a la conducta desplegada por los interesados en el delito de colusión. Además, dicha fórmula legislativa permite la responsabilidad a título de partícipes de aquellos sujetos que colaboren con el funcionario o con el interesado para la configuración del delito. Situación que no se daba con la anterior regulación,

en la que la doctrina mayoritaria consideraba al interesado como mero partícipe del hecho delictivo del funcionario" (MARTÍNEZ, 2021, p.135). Por su lado, indican los autores SUÁREZ-MIRA et al., que: "Aquellos que siendo interesados en el "negocio" no hayan participado en esa forma, sino induciendo a cualquiera de ellos [funcionario o interesado], podrán ser responsables de cualquiera de las dos modalidades previstas en las que hayan participado" (2011, p.536). No obstante, la nueva tendencia, algunos autores insisten persisten en que solo es relevante el aporte del sujeto público, entre ellos se tiene a MARTÍNEZ (2011, p.629).

"No obstante, del otro lado, se tiene que en el CP peruano no se encuentra tipificada de forma específica la autoría del particular interesado, lo cual se considera una omisión relevante" (MARTÍNEZ, 2019, p.111), "que sólo puede ser rescatada a través de la comprensión correcta del sentido normativo del tipo penal; es decir, centrándonos en la concertación, como un acto que sólo puede realizarse a través de la aportación de dos sujetos (funcionario – particular) para la configuración del hecho delictivo, como unidad de sentido" (MARTÍNEZ, 2021, p.135). El profesor sanmarquino PARIONA menciona una similitud en la construcción del ilícito de cohecho y colusión (2012, p.309).

"Solo de esta forma se puede entender el desvalor del injusto penal, que la sociedad considera inadmisible en la interrelación intersubjetiva, y específicamente en la administración pública vinculada a contratos administrativos o civiles" (MARTÍNEZ, 2021, p.135). Por lo tanto, dicha forma de interpretación nos posibilita abarcar aquellos espacios a nivel jurisprudencial que permiten la sanción del partícipe necesario en el ilícito analizado sin mayor fundamento, dando por sobreentendido dicha posibilidad, como bien menciona CANCHO (2017, p.292).

A pesar de ello, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, han acudido a la parte general de nuestro CP, concretamente, al ámbito de la participación delictiva (autoría y participación), ABANTO puntualiza que el tercero interesado en la colusión no debería ser pasible de una sanción penal (2003, pp.316-317); en base a dicho marco, se le adjudica al partícipe necesario el

título de complicidad primaria (ROJAS, 2011, p.69), “algo que, como se ha señalado, no capta el sentido del injusto penal en su conjunto. La conducta relevante jurídico-penalmente no recae sólo sobre la conducta del funcionario, sino sobre la conjunción de la conducta de funcionario y tercero interesado (concertar), ambas conductas -que son una en su sentido jurídico- conforman el injusto penal; la conducta sólo de uno de los dos sujetos no dará el sentido señalado” (MARTÍNEZ, 2021, p.136).

De esta manera, maestros como HURTADO entienden la relevancia significativa de la participación de los terceros -proveedores- en el ámbito de los delitos contra la administración pública, precisando que resulta censurable diferenciar niveles punitivos entre el funcionario público y el citado interviniente (2014, p.7).

“Ello, se sentencia, es necesario para una adecuada lucha contra la corrupción en su vertiente represión penal; mandar el mensaje penal a la sociedad de que el funcionario es el único autor, y no así también el particular interesado -que en muchas ocasiones son grande empresas trasnacionales- no es correcto, ni deseado” (MARTÍNEZ, 2019, p.112). Señala JAKOBS que en supuestos en los que el autor y participe necesario tiene el mismo nivel -o poder- dentro de la relación para la comisión del delito resulta ya problemático:

> “*2. En la medida en que los partícipes son del mismo rango, hay que distinguir de nuevo varias modalidades, aún no aclaradas completamente*” (1997, p.841).

Comparte también esta posición CALDERÓN al indicar que, si bien el extraneus no es autor, sí es participe primario:

> “*En lo que respecta al extraneus, resulta pertinente establecer que los “interesados” que conciertan con los funcionarios o servidores públicos de ningún modo se les puede imputar el delito a título de autores debido a que no tienen un valor funcional que cautelar y respetar, por el hecho de que no son*

> *funcionarios o servidores públicos con directa relación funcional al patrimonio estatal; sin embargo, esto no significa que su conducta sea atípica. Aquellos "interesados" tienen la calidad de participes primarios del delito, pues sin ellos, por la forma como está construido el precepto, sería impracticable la tipicidad del delito*" (2017, p.148).

"No se debe olvidar que, p.e. las empresas deben organizarse de forma tal que de la misma no se origine la posible comisión de hechos ilícitos, como por ejemplo concertase con funcionario para ser favorecidos en contratos públicos. Aquí se puede mencionar el desarrollo de los compliance program como mecanismos de prevención de delitos en el ámbito de la corrupción" (MARTÍNEZ, 2021, p.136), sobre el origen y evolución del compliance program véase a CARRIÓN (2015, pp.81 y ss.).

Esta tendencia moderna, de responsabilizar a la persona jurídica -específicamente- por el delito de colusión, ha sido asumida por nuestra legislación, si se tiene en cuenta la promulgación de la "Ley N° 30835, publicada el 2 de agosto de 2018, que modifica la denominación y los artículos 1, 9 y 10 de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa [penal] de las personas jurídicas".

Sobre dicho aspecto, señala la Catedrática de la Universidad de Valencia, Ángeles JAREÑO, investigadora dedica a los temas de corrupción, que:

> "*En definitiva, opino que el campo delictivo de la contratación pública no está especialmente necesitado de conmiseración punitiva, dadas las cifras constantes de tal clase de delincuencia. Además de que entran juego otras cuestiones, como el daño que la corrupción hace a la credibilidad de un sistema de partidos ajustados a las reglas de la justicia. Finalmente, la corrupción acaba influyendo en el sistema económico en general*" (2011, p.182).

“Una de las consecuencias que genera la comprensión del interesado como autor es el referente a la participación en calidad de terceros que instiguen o colaboren con el particular interesado a concertase con el funcionario para que defrauden al Estado” (MARTÍNEZ, 2019, p.113).

“Bajo el entendimiento de la anterior situación, donde el particular sólo era imputable a título de partícipe del funcionario no cabía la posibilidad de imputar a un sujeto que haya instigado al particular interesado, generándose así una laguna de punibilidad; por ejemplo, un empresario que instiga a otro empresario a cometer el delito de colusión, pues es la única forma de obtener contrataciones públicas o sirve de vínculo para contactar al empresario con el funcionario público” (MARTÍNEZ, 2021, p.136).

“Al respecto, la participación, entendida tradicionalmente, depende siempre del autor (principio de accesoriedad); y en el caso examinado al ser el particular interesado partícipe del funcionario (autor), el tercero que haya colaborado o instigado al particular interesado no sería penalmente responsable, pues está colaborando con un partícipe” (MARTÍNEZ, 2019, p.114).

“Dicha implicancia, y por concretar el ejemplo, se ve comúnmente en las actividades empresariales vinculadas en el mercado con la administración pública; así, los directores de las empresas, que determinan o apoyan a sus empleados a obtener el contrato administrativo o civil a toda costa o bajo cualquier precio, no serían responsables al realizar sus actos ilegales sobre un partícipe necesario, pues, conforme ya se señaló, no resulta punible la instigación o complicidad del que, a su vez, es partícipe del hecho delictuoso principal” (MARTÍNEZ, 2021, p.137).

“Se estima que, se debe comprender todo el complejo societario tras la figura del tercero interesado, a fin de responsabilizar penalmente a quienes están detrás del pacto colusorio no dejando así lagunas de punibilidad. Ello es sólo posible si es que también se comprende a dicho tercero como autor del delito” (MARTÍNEZ, 2021, p.137).

Por último, “conforme a lo regulado en el artículo 384° de nuestro CP, el particular interesado solo responderá como cómplice primario del delito de colusión, en el sentido de la aceptación al acuerdo ilícito con el funcionario; sin embargo, su aporte resulta relevante al dar sentido al injusto penal de colusión, donde el particular interesado no se encuentra en una situación de inferioridad con respecto al funcionario (como, por ejemplo, en los casos de la usura), sino en una situación del mismo nivel, encontrándonos así ante un delito de encuentro, con las implicancias que ello tiene” (MARTÍNEZ, 2019, pp.114-115), de acuerdo a los fundamentos precisado ut supra.

Cabe precisar que, PÉREZ y GONZALES consideran que los terceros interesados responderán por el delito de colusión (2015, p.55); no obstante, no especifican la calidad de su participación, es decir si responden por en calidad de cómplice primerio, secundario o instigador, menos aún llegan a desarrollar el tipo de participación necesaria que se encuentra en la colusión; por ello, el presente estudio abarca espacios no desarrollados por los citados autores.

III.- RESPONSABILIDAD DEL TERCERO INTERESADO COMO CÓMPLICE PRIMARIO EN EL DELITO DE COLUSIÓN

Una vez establecido que el tipo de participación necesaria en la colusión es el de encuentro, se debe establecer si el partícipe necesario (normalmente una empresa) es pasible de una sanción penal en calidad de instigador, cómplice primario o segundario o autor, sobre las dos primeras posibilidades, resulta interesante lo establecido por la doctrina, pues para que propiamente el partícipe necesario responda en calidad de instigador o cómplice, tendría que aportar algún elemento para que se configure el acuerdo, pero no obstante ello, para el supuesto de la colusión la conducta del tercero interesado consiste, conforme al tipo penal, en concertarse, ese acto de por sí no se enmarca propiamente en un aporte (colaboración) para el funcionario-autor.

En lo que respecta al supuesto de instigador, nuevamente, si bien el tercero interesado puede determinar mediante una idea al funcionario a concertarse, dicho acto no se enmarca en lo exigido por el tipo penal de colusión (concertarse), por lo que, nuevamente, no podría circunscribirse a un supuesto de participación. Sobre lo antes mencionado, lo establece de forma precisa CARRASCO:

> "*Cuando se habla de la relación jurídica que existe entre los partícipes necesarios se alude a la posición jurídica que estos sujetos ocupan en el delito, esto es, a qué forma de colaboración -autoría, coautoría, inducción, complicidad, etc. desarrollan los mismos en el delito pluripersonal. A este respecto, constituye opinión común descartar tanto la inducción como la complicidad. La primera, porque en tales delitos la ejecución de la conducta típica no consiste en hacer nacer en otro la idea de cometer un delito. Asimismo, tampoco parece posible que el partícipe necesario realice un papel de cómplice, esto es, de mero auxiliador o favorecedor del delito, ya que su comportamiento típico determina la propia ejecución y realización del delito*" (2002, p.87).

De la misma forma, en la doctrina peruana, PARIONA es muy crítico con la posibilidad de que el tercero interesado responsa como cómplice en el delito de colusión, básicamente porque no se cumple con los fundamentos de la complicidad:

> "*Considero que el título de imputación de los interesados como cómplices del delito de colusión, no es correcto. Ello se debe a que el comportamiento desplegado por los interesados no se subsume en la complicidad. En efecto, según lo prescribe el art. 25 del CP, la complicidad consiste en prestar auxilio a otro para la realización de su delito. (…) En el caso de los interesados en el delito de colusión evidentemente no estamos frente a personas que solo ayudan al funcionario público para que este*

> *cometa su delito de colusión. No, estamos más bien frente a personas que conjuntamente con el funcionario cometen el delito de colusión*" (2017, pp.120-121).

En tal sentido, las formas de participación clásica (ayuda al autor) no encajan propiamente en la conducta del partícipe necesario en la colusión, por esta razón, se considera que -propiamente- el tercero interesado debe responder como autor, ello básicamente se debe a que tanto el aporte del funcionario como del tercero se encuentran en un mismo nivel de exigencia de acuerdo al delito de colusión, concertase, la condición básica para su configuración es que actúen los dos, la omisión de alguna conducta volverá la situación en atípica (el dominio normativo del delito lo tienen ambos), por lo que, el mero ofrecimiento de una de las partes en llegar a un acuerdo en el ámbito de un proceso de contratación no es relevante jurídico-penalmente:

> "[…] *la conducta que realiza cada partícipe necesario es esencial para la producción del delito, frente al carácter accesorio o secundario de la conducta de inducción o complicidad. Así, no puede realizarse un delito de bigamia con uno solo de los contrayentes*" (CARRASCO, 2002, p.88).

Posición también asumida por MANDUJANO, no obstante, considera que ante el vacío de la autoría del tercero interesado por parte del art. 384º su conducta redundaría en atípica, por lo que, no sería posible sanción para dicho sujeto:

> "*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 especiales propios 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 en caso de imputación del delito de colusión en caso de extraneus, por lo que, se debe prever la tipificación especifica de dicha conducta en caso de particulares con un tipo penal de extensión de responsabilidad* (…)" (2017, p.166).

Una vez establecido que el participe necesario debe responder como autor, el problema radica en resolver aquellas situaciones en las que el participe necesario no responde como autor debido a que el tipo penal no lo ha determinado, p.e. en nuestra regulación se establece para el caso de la bigamia que tanto el casado con el no casado responden como autores (art. 139º y 140º) o el cohecho, tanto para el funcionario como para el tercero (art. 393º y 397º); pero, en el caso de la colusión el tercero interesado no se encuentra conminado a una pena de acuerdo al tipo penal del 384º, ni en otro artículo del CP, no se olvide que son los tipos penales establecidos en el CP los que determinan quienes son autores, ante tal situación doctrinarios como GRISPIGNI consideran que no autores del delito aquellos que no se encuentran conminados penalmente:

> "[…] *frente a las personas no conminadas penalmente no se puede hablar de delito*" (CARRASCO, 2002, p.89).

Posición que también ha sido asumida por CARRASCO:

> "*Asimismo, desde el punto de vista histórico, se constata que esta sanción expresa de los partícipes necesarios en la norma de la Parte Especial se apoya en un principio de impunidad generalmente aceptado, que se produce cuando la conducta*

> *necesariamente requerida por el tipo no está conminada penalmente*" (2002, pp.110-111).

No obstante, otro sector considera que si bien no se menciona en el tipo penal la posible sanción al tercero interesado, no se puede obviar la relevancia de su participación en el delito, menciona esta relevancia del tercero interesado MANDUJANO (2017, p.165), pues su conducta, como la del autor establecido en el tipo penal, se encuentra dirigido a la afectación de la expectativa resguardada que trasciende en la colusión, por ello, se considera factible emplear las reglas de intervención delictiva (participación) (art. 24º y 25º CP) así pues, la jurisprudencia italiana ha sido de la consideración de la sanción penal para el tercero interesado:

> "[…] *la jurisprudencia italiana, manifestando que en esta materia rige el principio general de quien concurre al delito responde por ello, salvo que la punición del sujeto resulte contrario al fin de protección de la norma o a los principio generales del ordenamiento jurídico, como ocurre cuando el partícipe necesario es el sujeto pasivo del delito o la persona a la que se dirige la protección de la norma*" (CARRASCO, 2002, pp.106-107).

Algunos autores consideran que la falta de una punición directa del tercero interesado como autor -conforme a establecerlo de forma directa en el tipo penal- lo que busca no es tanto una situación de impunidad, sino que en base al empleo de los parámetros de la intervención delictiva, se le debería imponer una sanción, en comparación al autor, disminuida:

> "*La pregunta, entonces, es porqué el legislador decide, en unos casos sí y en otros no, regular expresamente la punición del partícipe necesario. Se ha alegado que con ello se persigue bien evitar la atenuación de la pena que corresponde al partícipe, o bien establecer una punición diferente para ambos intervinientes, por concurrir circunstancias en uno de ellos que*

> *no están, sin embargo, presentes en el otro"* (CARRASCO, 2002, p.110).

De la misma forma, indica OTTO que de forma general el partícipe necesario que se beneficia con el hecho ilícito no debería quedar impune:

> "*d) En cambio, no debe adoptarse la impunidad del partícipe por el hecho de que <<sea normal que la iniciativa del hecho la tenga él>>.*
> *Ejemplo: A induce al abogado R a cometer una prevaricación para favorecerlo. R es punible (…), A es punible (…)"* (2017, p.508)"

Igualmente, como se mencionó líneas arriba, el participe necesario, a diferencia de otras situaciones del delito de encuentro, no actúa en una posición de inferioridad frente al autor, sino que para casos como el delito de colusión actúa en una posición, en algunos casos, hasta superior (empresas transnacionales), donde el poder del tercero interesado se enmarca a la relación con altos funcionarios, por ello, nuevamente, se considera que el tercero interesado debe ser considerado responsable penalmente. OTTO considera que si el partícipe desarrolla su actividad más allá de la medida de la participación necesaria, deberá ser sancionado (2017, pp.507-508).

Para el ilícito materia de estudio, considera CANCHO la posibilidad de sanción penal para el tercero interesado, debido a que solo no es posible la sanción del tercero en el delito de encuentro, cuando el tercero sea la víctima, en los demás casos se debería sancionar (2017, p.299).

Así, "en el Perú la doctrina mayoritaria establece que, al no estar tipificado de forma expresa en el tipo penal la autoría del particular interesado, éste ya no podría ser autor, sino partícipe extraneus en el delito de colusión cometido –únicamente– por el funcionario" (MARTÍNEZ, 2021, p.138), también indica ello, GARCÍA (2008, p.52). Sobre el particular, nuestra máxima instancia

judicial, en su Recurso de Nulidad N° 124-2005-Áncash, fijó la situación del tercero:

> "*Respecto al particular interesado que contrata con el estado, la jurisprudencia es relativamente uniforme al admitir la teoría de la unidad de título de imputación, castigándolo como partícipe extraneus con el marco penal previsto para el delito de Colusión desleal*".

Igualmente, señala PRADO:

> "*El tercero que participa y se beneficia del pacto colusorio al no tener la calidad de funcionario público que exige la ley para ser autor del delito (extraneus) solo es considerado y reprimiendo como un cómplice primario*" (2017, p.125).

En tal sentido, "no se debe olvidar el sentido injusto del delito de colusión en su conjunto: la concertación; la cual no depende solo del actuar del funcionario, sino también del particular interesado. De tal forma que se encuentra ante una concertación, un acuerdo de dos sujetos que con su conducta envían un solo mensaje a la sociedad de no manejarse por las reglas del procedimiento administrativo, sino de obtener directamente un contrato público" (MARTÍNEZ, 2021, p.138).

Por lo que, encontrándonos con la regulación deficiente de nuestro CP respecto al partícipe necesario en el ilícito estudiado, más un apreciando la relevancia de su actuación en la colusión por su contribución trascendente y necesaria, debe considerarse al mismo como cómplice primario en la colusión, posición también asumida por LÓPEZ (2018, p.103).

Como menciona ABANTO, en el Derecho italiano impera la tesis amplia de sancionar al participe necesaria para los supuesto donde aporte con su actuar a la comisión del delito, por más que el legislador no lo haya establecido en una norma expresa:

> "***Esta tesis amplia merece aprobación pues, desde la perspectiva lesiva, no interesa que el legislador (por decisión consciente u olvido) haya previsto la sanción penal de todos o de solo algunos de los intervinientes, sino que todos ellos conjuntamente llevan a la afección del bien jurídico; la "dimensión preceptiva" o "personal" (es decir, la punibilidad de cada uno de los sujetos) escapa de la tipicidad de la conducta y por ello no puede ser relevante para reducir el concepto***" (2014, p.415).

El funcionario no comete el delito con el apoyo del participe necesario, sino que la actuación del tercero se encuentra dirigido a cometer el delito, solo que en este caso se hace referencia a condiciones mutuas (funcionario y tercero) cumulativas que permiten la verdadera comprensión del delito, por lo que, establecer una situación de impunidad en relación al partícipe necesario en el ilícito analizado no resulta correcta, pues el aporte del tercero es más reprochable que la de un cómplice o instigador.

"Al respecto, la jurisprudencia en algún sentido ha comprendido la relevancia del particular interesado para la configuración del delito de colusión; sin embargo, por criterio de imputación, solo responde como partícipe" (MARTÍNEZ, 2021, p.138). De tal forma, nuestra máxima instancia judicial, en su Recurso de Nulidad Nº 1969-2012-La Libertad, del 16 de enero de 2014, ha fijado los alcances del interesado:

> "(…) ***Sin embargo, también lo es que los interesados, esto es, los proveedores, concursantes o licitaciones, si bien no pueden ser pasibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto su 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*****".**

Esta particular situación del partícipe necesario en el ilícito estudiado, resulta justificada, toda vez que se debe partir por la comprensión del citado delito como un delito de participación necesaria, que no se encuentra en los alcances -en inicio de las reglas de la participación como accesoria-, sino que se debe centrarnos en la relevancia de su aporte. Así, como señala la teoría de la intervención delictiva, lo central en la comisión del delito es tu aporte (análisis cualitativo); ya en un segundo plano lo relevante será valor del aporte (análisis cuantitativo). En tal sentido, si se tiene que por cuestiones de regulación del delito de colusión (delito especial) solo el funcionario puede ser autor, en el plano cualitativo y cuantitativo el aporte del tercero interesado es trascendental y de un peso similar al del funcionario, por lo que corresponde sancionarlo como cómplice primario. Como bien menciona CARO:

> "*Entonces, la conducta descrita en los tipos de la Parte Epsecial del Código Penal no vincula a un autor principal, excepto aquellos tipos penales donde, por razones de política criminal, se individualiza a un sujeto especial (en concreto, los delitos especiales*" (2010, p.130).

Aunque, finalmente, "se considera que debe modificarse el artículo 384° de nuestro CP, a fin de comprender al particular interesado como autor del delito, no dejando espacios de impunidad en la lucha contra la corrupción, siguiendo para ello a la legislación comparada, específicamente el Código Penal español" (MARTÍNEZ, 2021, p.139). La estructura del delito de colusión parte por comprender que tanto el actor público como el privado deben llegar a un acuerdo, en el ámbito de infringir las obligaciones asumidas en el desarrollo del proceso contractual público, este sentido del acto es el que posibilita entender el desvalor del hecho. Por ello, siempre la conducta del tercero interesado debe estar enmarcado en la generación de peligro no tolerado jurídicamente, para poder entender que, se está ante un delito de colusión. Esta recomendación de modificación es compartida por PARIONA, quien de forma reiterativa vienen solicitando ello:

> "*Por ello, con el objetivo de consolidar el marco normativo anticorrupción, el legislador debería proceder a tipificar el comportamiento del interesado en el artículo independiente en la Parte Especial del Código Penal, de modo similar a como lo ha hecho al tipificar el cohecho activo*" (2012, p.309).

IV.- PARTICULAR INTERESADO: PUEDE SER UN ADMINISTRADOR DE HECHO DE LA EMPRESA

Se considera que, es posible que el partícipe necesario en el ilícito de colusión actúe como un administrador formal de la persona jurídica, que será en muchos casos la regla, no obstante, también se aprecia que su participación de desarrolle de una forma fáctica en su relación con la persona jurídica, es decir, que la figura del administrador de hecho es totalmente admisible.

Esto es, "que no se requiere de ninguna cualidad o formalidad para ser tercero interesado, lo importante es que el mismo transmita la decisión de negociación ilícita de la persona natural o jurídica a la que representa materialmente" (MARTÍNEZ, 2019, p.115). Lo relevante para el ilícito de colusión, se centra en que, este tercero interesado (representante, directivo, accionista u otro sujeto de la empresa o particular) conduzca su conducta de forma idónea para arribar a un acuerdo con el funcionario o servidor público.

Sobre lo particular, se cuenta con la Casación N° 1379-2017-Nacional, emitida el 28 de agosto de 2018, donde nuestra máxima instancia judicial ha puntualizado la admisión del administrador de hecho para el supuesto del partícipe necesario en la colusión:

> "*Es evidente que para ser partícipe en la comisión de un delito contra la Administración Pública se requiere de una acción consciente dirigida -en el caso del delito de Colusión. a la defraudación del patrimonio público. Tal conducta podría revestir la forma de complicidad primaria si se advierte la realización por parte -en este caso- del presidente del directorio (socio no*

> *administrador) de un acto sin el cual el delito no se habría cometido; o de complicidad secundaría si hubiera coadyuvado a su ejecución con actos anteriores o simultáneos. Todo ello más allá, desde luego, de que un presidente del directorio asumiera la condición de administrador de hecho de la empresa en cuestión*".

V.- TERCERO INTERESADO: ¿PUEDE SER OTRO FUNCIONARIO?

"A nivel de la jurisprudencia nacional ha existido un debate sobre el la cualidad del tercero interesado, debido a que unos consideran que solo puede ser tercero interesado los particulares que no representen intereses estatales, y otro sector que considera que el tercero interesado puede ser cualquier, tanto particular como funcionario o servidor público" (MARTÍNEZ, 2019, p.116).

En relación al primer aspecto, se puede apreciar en la ejecutoria suprema, Recurso de Nulidad N° 885-2016-Callao, fecha 12 de julio de 2017, que nuestra máxima instancia judicial ha precisado que, no es posible la colusión entre dos instituciones publicas:

> "*En cuanto a la enunciada sobrevaloración de costos en la contratación bajo análisis (…) la resolución rectoral N° 1562-2005-R-UNE, de la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle la Cantuta, que aprueba el presupuesto de ingresos y egresos para la atención del contrato suscrito con el Gobierno Regional del Callao. Este elemento probatorio conlleva a analizar la inexistencia de interés particular para la concertación de un acuerdo colusorio en el encausado Manuel Alejandro Solís Gómez.*
>
> *Ello es relevante, en tanto, en el presente proceso de contratación con el Estado, se actuó en representación de una institución pública, esto es, en calidad de rector de la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle la Cantuta, en consecuencia, los gastos y beneficios relacionados al contrato con el Gobierno*

> *Regional del callao recaerían en dicha institución pública, consiguientemente, no se aprecia la existencia de un interés particular, de parte del encausado Manuel Alejandro Solís Gómez en la celebración del contrato público más allá del interés exigible en su condición de representante de una universidad pública*".

En relación a los precisado, "no compartimos la posición asumida por la Sala Penal Permanente, debido a que la interpretación que realizan sobre el alcance del tercero interesado no va acorde con el bien jurídico penalmente protegido. Se considera que tercero interesado puede ser tanto una persona -natural o jurídica- privada o pública, y se basa esta posición en el sentido de que el bien jurídico penalmente protegido no es el patrimonio público, como lo entiende implícitamente la Sala Suprema Penal, sino la expectativa que se tiene sobre la actuación del funcionario y tercero interesado en un proceso de contratación pública. La sociedad exige a los participantes de un proceso de contratación pública que actúen de acuerdo a los principios y normativas que le rigen" (MARTÍNEZ, 2019, p.117). ROJAS precisa el radio a empresas mixtas o estatales (2007, p.195 y p.415). Igualmente, PARIONA, quien indica: "(...) respecto a la posibilidad de que agentes públicos pueden constituirse como interesados, ellos es claramente factible" (2017, p.45).

Sobre lo mencionado, indica de forma precisa el profesor PARIONA que:

> "(...) *se trata de un particular, el representante de una persona jurídica de derecho privado o, inclusive, el funcionario que representa a una empresa del Estado o capitales mixtos*" (2017, p.44).

De la misma manera, señala ROJAS:

> "*El tercero interviniente, el interesado, puede ser un contratista particular o una persona jurídica (incluso un ente público, por ejemplo, una empresa estatal o municipal) que acude a negociar*

> *con el Estado, pero él o su representante (en el caso de las personas jurídicas) no es el sujeto activo ni propiamente consuma el delito, sino que representa en la estructura y dinámica de esta figura penal el sujeto bisagra necesario para que el sujeto público ejecute o consuma el delito*" (2016, p.204).

En tal razón, se considera que, "si el funcionario público se concierta con otro funcionario público (tercero interesado) para direccionar el proceso de contratación pública a favor del último de los citados, se estaría configurando el delito de colusión; p.e. si existiera una sobrevaloración sobre el costo de las consultorías que va a realizar una entidad estatal a favor de otra; no interesa -como erradamente se cree- si el patrimonio del Estado no se afecta, bajo la lógica de que el mismo sigue dentro del ámbito de entidades estatales; lo determinante es la afectación a la normas y principios (expectativas) sobre el desarrollo de proceso de contratación" (MARTÍNEZ, 2019, p.117).

Como en su momento se indicó: "No se debe olvidar que la cualidad del tercero interesado no determina la configuración del hecho delictivo, el sentido del injusto penal no se centra en la cualidad de tercero interesado, sino en la afectación al adecuado desarrollo del proceso de contratación. Son las exigencias sociales, y no la Administración per se, las que determina que una conducta se convierta en ilícita penalmente" (MARTÍNEZ, 2019, p.117).

VI.- TERCERO INTERESADO: ¿GESTOR DE INTERESES?

En un caso emblemático, la Sala Penal de la Corte Suprema estableció que el sujeto que coordina y organiza la reunión entre un tercero interesado y el funcionario público no respondería bajo el título de imputación de cómplice primario en el ilícito materia de estudio, pues su actividad se encuentra enmarcada en el ámbito del gestor de intereses. Así señala, nuestra máxima instancia judicial en su Ejecutoria Suprema del expediente de Extradición N° 6-2016-Lima, de fecha 03 de febrero del 2016, que:

"*6.5.- El Ministerio Público no precisa cuál fue el acto esencial e imprescindible desarrollado por el imputado Belaúnde Lossio que coadyuvó a la consumación del delito de colusión para ser considerado cómplice. Es decir, cuál fue el acto concreto de asistencia o auxilio prestado a los autores del ilícito para la consumación del mismo, limitándose a señalar que: "propició una reunión entre los empresarios privados Víctor Humberto Jaramillo Villa y Lorenzo Eduardo Fernández Villa, representantes común de los consorcios El Tingo y Tayapampa, respectivamente, y con los funcionarios Gregorio Santos Guerrero e Hilario Porfirio Medina Vásquez, Presidente y Consejero Regional, respectivamente, del Gobierno Regional de Cajamarca para que influyan y persuadan a Américo Gustavo Monteza (Alcalde Distrital de Catache) para favorecerlos en dos obras de electrificación".*

6.6.- Esta iniciativa de reunión con personas que son consideradas como autores del ilícito, a criterio de este Supremo Tribunal, no constituye aporte esencial alguno para la consumación del delito de colusión agravada, que se imputa al ciudadano Belaúnde Lossio, se trataría de una actuación como gestor de intereses, lo cual descarta la imposibilidad de extender el título de participación delictiva; máxime si la Ley número veinticuatro, que regula la gestión de intereses en la administración pública, en su artículo siete, define al gestor de intereses como: "...la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, debidamente inscrita en el registro correspondiente que desarrolla actos de gestión de sus propios intereses o de tercero, en relación con las decisiones adoptadas por los funcionarios..."; de lo cual resulta que la conducta imputada al citado extraditurus sería una conducta neutra."

Sobre este aspecto, se considera incorrecta la decisión de la Sala Penal, ello debido a que la actuación de Belaúnde Lossio no se encuentra dentro del rol de gestor de intereses, pues como la imputación fiscal señala, la misma se

encontraba dirigida a la configuración del delito de colusión: acuerdo ilícito. Es decir, el imputado no se limitó a que se desarrolle una simple reunión entre tercero interesado y funcionario público, sino que realizó coordinaciones para que se llegue a un pacto que afecta los intereses estatales.

Por lo que, desde la perspectiva del tercero interesado, existen límites en su actuación (deberes generales), siendo para el caso de la colusión la de no arribar a pactos con el funcionario para direccionar el proceso de contratación.

VII.- COMPLIANCE Y EL DELITO DE COLUSIÓN

La responsabilidad de particular puede ser a una persona natural o jurídica (CALDERÓN, 2017, p.149) que realice un pacto ilícito con el funcionario público en el marco de un proceso de contratación estatal, sobre esto último se aprecia que a nivel criminológico se ha encontrado justificaciones sobre la necesidad de incorporar en los cuerpos normativos de los países que, las personas jurídicas respondan penalmente. En tal sentido, precisa SILVA sobre los alcances de esta responsabilidad penal que:

> "*En primer lugar, el de la irresponsabilidad organizada (…). En segundo lugar, el de la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual (…). Y, en tercer lugar, el de la insuficiencia preventiva de las formas de responsabilidad colectiva no penales*" (2013, p.18).

Es así que, la responsabilidad penal de la persona jurídica cuenta con dos modelos para establecer su responsabilidad (GARCÍA, 2018, p.175), el primero es el modelo de atribución del hecho de otro, y el segundo, el modelo de responsabilidad por el hecho propio, este último modelo, que es el aceptado mayoritariamente, centra su atención en el déficit de organización dentro de la persona jurídica, plasmado en la carencia de medidas preventivas idóneas (originäre Verbandshaftung) (GARCÍA, 2018, p.177).

No obstante, existe a su vez dos posiciones relacionadas al injusto en el modelo de responsabilidad por el hecho propio: el injusto autónomo y el injusto común. El injusto autónomo manifiesta que la culpabilidad de la empresa se encuentra en a ver creado, favorecido o mantenido una filosofía corporativa criminógena o ciertas deficiencias organizativas, así textualmente GARCÍA (2018, p.178). En tanto que, en el injusto común la persona jurídica es competente por el hecho ejecutado materialmente por sus miembros individuales (GARCÍA, 2018, p.180). Debiendo precisar que, el sentido del injusto se encuentra en vinculado con la carencia de implementación de un sistema o método reglamentario apropiado en prevenir hechos delictivos en el ámbito donde se desarrolla la empresa o ante la aplicación de un programa de prevención, la misma resulta inadecuada. Así, la persona jurídica infringe su rol al no aplicar o implementar de forma inadecuada un programa de prevención de comisión de delitos, afectando distintos bienes jurídicos a través del acto material realizado por sus integrantes (SILVA, 2013, p.36).

En ese sentido, lo central parte de que la persona jurídica infringe su deber determinado en un inicio por el criminal compliance, pero también por las expectativas que se tienen sobre el mismo por parte de la sociedad. ROTSCH define al criminal compliance como: “Criminal compliance comprende la totalidad de las medidas normativas, institucionales y técnicas, ex ante objetivamente necesarias y ex post jurídico-penalmente lícitas, de una organización, que se dirigen a sus miembros, socios comerciales, el Estado y el público en general, para, ya sea: a) minimizar los riesgos de comisión de un delito económico relacionado con la organización por parte de la organización o los miembros de la organización en quebrantamiento del Derecho interno o extranjero, o de permitir el surgimiento de las respectivas sospechas iniciales de dichos delitos, o b) aumentar las posibilidades de, ante la imposición de una sanción (penal, en sentido amplio), influir en ella de modo favorable a la empresa, actuando de consuno con los agentes de persecución penal y, con ello, al final, aumentar el valor de la empresa” (2018, p.235).

No obstante, el injusto no se limita al incumplimiento del programa de cumplimiento, sino que el mismo debe ocasionar la configuración del delito,

por ello en el caso de colusión, la sanción no se restringe a que la persona jurídica haya incumplido el programa de cumplimiento, sino que el integrante de la persona jurídica se haya concertado con un funcionario público, solo en dicho supuesto la persona jurídica responderá penalmente. En tal sentido, el objeto del criminal compliance es la de prevenir riesgos, siendo que para el caso de la colusión, como acto de corrupción, surgiría como quebrantamiento de medidas para la prevención de la corrupción (ROTSCH, 2018, p.240). Indica RODRÍGUEZ-ARANA que: "(…) en los Estados Unidos de Norteámerica, que la emisión de compromisos de "compliance" por las empresas sea requisito para ser admitido a una licitación pública". (2020:873). Resulta interesante lo encontrando por KUBICIEL sobre el avance del compliance: "Investigaciones muestran que no solo todas las grandes empresas alemanas poseen programas de cumplimiento, sino también la mayoría de las pequeñas y mediana empresas: en total, alrededor del 75% de todas las empresas alemanas tienen tales medidas" (2020, p.32).

Se debe precisar sobre lo indicado, que al igual que en la legislación española, SILVA precisa que similar situación se observa en el art. 31º bis 1 del CP de España (2013, p.21), en la peruana el legislador ha optado por el modelo de transferencia, por lo cual la persona jurídica resulta responsable penalmente por el delito cometido (naturalísticamente) por la persona física integrante de su organización (normalmente una posición de representación legal, administrador de hecho o derecho, etc.) (SILVA, 2013, pp.21-22). Así, se debe velar por una supervisión sobre la actuación de sus integrantes, como p.e. con mecanismos de obtención de información sobre el comportamiento del subordinado y mecanismo de corrección de tal comportamiento (SILVA, 2013, p. 22). Menciona SILVA que:

> "*El criterio de conexión (o imputación) de responsabilidad a la persona jurídica por el delito cometido por la persona física es, en el caso de los administradores o representante, que éstos hayan obrado <<en nombre o por cuenta>> de la persona jurídica <<y en su provecho>>. En el caso de los subordinados, se trata de que el delito lo hayan cometido <<en el ejercicio de*

> *las actividades sociales y por cuenta y en provecho>> de la persona jurídica; así como que haya tenido lugar la omisión del debido control antes mencionado*" (2013, pp.24-25).

En tal sentido, en un inicio, la persona jurídica puede ser comprendida como tercero interesado, por lo que es pasible de responder por la comisión del ilícito analizado en el presente estudio. Asimismo, se contempla que, para establecer una responsabilidad penal a la persona jurídica en los casos de colusión, no resulta necesario identificar a la persona física integrante de la misma que se haya coludido con el funcionario, pues si se encuentra ante un modelo de responsabilidad del hecho propio, poco relevante resulta la identificación de la persona física, además para estos casos se puede utilizar los mismos criterios que se utilizan para los supuestos de persona menor de edad, o que el sujeto haya fallecido (responsabilidad independiente) (SILVA, 2013, p.28).

De otro lado, al igual que en el caso del tercero interesado como persona natural, la persona jurídica infringe un deber general de no realizar (promover) pactos ilícitos con los funcionarios competentes en el ámbito de contratos estatales, comparte esta posición de los deberes generales de la empresa VÍLCHEZ (2018, p.97).

1.- COLUSIÓN Y LEY Nº 30424: RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

La "Ley Nº 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el Delito de Cohecho Activo Transnacional", publicada en El Peruano el 21 de abril 2016, tuvo como objeto -innovador- la sanción a las personas jurídicas en el supuesto previsto en el art. 397-A CP peruano, la cual con posterioridad amplio los supuestos delictivos a través de la Ley Nº 30835, englobando a a los ilícitos regulados en el ar. 384º (colusión), 397º, 397-A, 398º (cohecho) y 400º (tráfico de influencias) del Código penal, los supuestos del artículo 1º, 2º, 3º y 4º (lavado de activos) del D.L. Nº 1106 y el art. 4º-A del D.L. Nº 25475 (financiamiento al terrorismo). En Brasil se cuenta

desde el año 2013 (Lei Nº 12.846) con la Lei Anticorrupção, el cual abarca normas sobre compliance programs y acuerdos de arrepentimiento. Sobre el mismo véase a SANGUINÉ (2020, p.46).

Al respecto, mediante Decreto Legislativo Nº 1352, se estableció en su art. 2º el ámbito subjetivo de aplicación, comprendiendo dentro del radio de personas jurídicas aplicables al citado D.L a las siguientes:

> "(…) *son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta*".

Un punto muy importante en el artículo 2º del D.L. 1352 es cualquier variación sobre la denominación de la persona jurídica no imposibilitaba que la misma responda penalmente; así preciso el D.L. que:

> "*El cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización societaria, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la atribución de responsabilidad a la misma*".

Igualmente, para efecto de evitar los posibles vacíos de impunidad de la persona jurídica al momento de realizar cualquier actividad societaria, estableció que, p.e., una fusión empresarial no imposibilitaba la sanción a la misma por la comisión de cualquiera de los delitos establecidos en la Ley Nº 30424 y sus modificaciones; precisión que se considera pertinente, pues lo primordial socialmente es que la persona jurídica se haga responsable de su acto ilícito, no impidiendo su sanción a través de actos propios de la actividad societaria. Puntualiza textualmente el D.L. que:

> "*En el caso de una fusión o escisión, la persona jurídica absorbente: (i) solo puede ser sancionada con el pago de una multa, que se calcula teniendo en cuenta las reglas establecidas en los artículos 5 o 7, según corresponda, y en función al patrimonio transferido, siempre que el delito haya sido cometido antes de la fusión o escisión, salvo que las personas jurídicas involucradas hayan utilizado estas formas de reorganización societaria con el propósito de eludir una eventual responsabilidad administrativa de la persona jurídica fusionada o escindida, en cuyo caso no opera este supuesto; y, (ii) no incurre en responsabilidad administrativa cuando ha realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo al proceso de fusión o escisión. Se entiende que se cumple con la debida diligencia cuando se verifique la adopción de acciones razonables orientadas a verificar que la persona jurídica fusionada o escindida no ha incurrido en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el artículo 1*".

Ahora bien, un asunto trascendental para que responda la persona jurídica, se encuentra circunscrito a las finalidades del acto concretamente realizado por su representado, p.e. cuando el acto ha sido en beneficio de ella, y desde luego, en su nombre. Sobre el particular, precisa el artículo 3º del D.L. 1352:

> *"Las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1,* ***cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio****, directo o indirecto, por:*
>
> *a. Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias.*
>
> *b. La persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las personas mencionadas en el literal anterior, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización.*

> *c. La persona natural señalada en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a. han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso.*
> *(…)".*

Sobre dichos aspectos, además, resulta interesante los deberes de diligencia debida por parte de la persona jurídica, en el sentido que, deben procurar que sus integrantes no realicen actos ilícitos a su favor, teniendo como fundamento en ello, que los directivos deben controlar y supervisar que los que se encuentren a su cargo, actúen acorde a derecho. En Brasil señala SANGUINÉ:

> "A responsabilidade administrativa punitiva das pessoas jurídicas por atos ilícitos lesivos de corrupção depende da demonstração de três requisitos: a) conduta proativa da pessoa jurídica na realização de delitos corruptivos, mesmo que estes tenham sido praticados por terceiros que não integrem seus quadros; b) concordância ou receptividade com a prática de ilícitos de corrupção, ainda que extorquidos por agentes públicos, não cabendo alegar coação moral irresistível; c) praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não, direto ou indireto, procurado (ainda que frustrado) ou obtido, para si ou para outra pessoa jurídica, em face do Poder Público (art. 2º. LAC)" (2020, p.48).

Sobre el particular, indica CARRIÓN que la debida diligencia en el ámbito empresarial:

> "(…) *[es] un principio fundamental (del sistema preventivo) que se despliega sobre todos y cada uno de los componentes necesarios para prevenir y detectar comportamientos ilícitos de manera óptima, desde el diseño del programa de cumplimiento*

> *hasta la adopción de medidas correctivas posteriores a la infracción (…) se debte destacar que el alcance y la intensidad de la debida diligencia también se determinará con base al nivel de riesgo específico al que se enfrenta cada organización en particular medidas que se aplican tanto a los funcionarios como a las empresas con las que se vincula*" (2015, pp.108-109).

Cabe precisar que, un punto relevante para entender que se encuentra propiamente ante situación en que la persona jurídica va a responder penalmente sin depender la misma de otra persona, nos lo brinda el artículo 4º y 5º de la Decreto Legislativo Nº 1352, pues se menciona que: "la responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural". Dicha situación, nos permite apreciar una desvinculación a lo establecido a través de las consecuencias accesorias (art. 105º CP), donde la responsabilidad penal de la persona natural hacía depender (condicionaba) la aplicación de medidas administrativas al ente colectivo (principio de accesoriedad). Asimismo, resulta aplicable el principio de responsabilidad por el hecho propio al ente colectivo, con el cual su castigo no dependerá de lo que le suceda al integrante de su organización. Indica SANGUINÉ que la respondabilidad de la persona jurídica no excluye la responsabilidad individual de sus dirigentes o administradores (2020, p.47).

De la misma forma, la responsabilidad del ente colectivo hará derivar las medidas administrativas que se le aplicarán por la comisión de delito:

> "*Artículo 5. Medidas administrativas aplicables.-*
> *El juez, a requerimiento del Ministerio Público, puede disponer, según corresponda, las siguientes medidas administrativas contra las personas jurídicas que resulten responsables de la comisión de los delitos previstos en el artículo 1*".

Sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, ha indicado nuestro Tribunal Constitucional que las mismas son pasibles de sanción penal, así en

el Pleno Sentencia 1035/2020, “Caso de la reparación civil a favor del Estado”, expediente Nº 00016-2019-PI/TC, del 03 de diciembre de 2020:

> “64. Esta figura puede incluir tanto a personas naturales como jurídicas puesto que, como es sabido, las personas jurídicas pueden resultar penalmente responsables, independientemente de las responsabilidades que se puedan atribuir a sus accionistas o representantes”.

“De otro lado, se podrá eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica si la misma adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión” (MARTÍNEZ, 2021, p.142). RODRÍGUEZ-ARANA señala que: “La mejor política en la lucha contra la corrupción es su prevención” (2020, p.881).

Así, se requiere como requisito indispensable que el programa de cumplimiento se haya encontrado debidamente adecuado, de tal forma que el hecho ilícito cometido en el marco de su funcionamiento se haya realizado, a pesar de la adecuada implementación de mecanismos de prevención que le eran exigibles razonablemente. Sobre el particular, CARRIÓN indica que los componentes del programa de ética y cumplimiento son los siguientes:

> “(…) *determinación de estándares y procedimiento de cumplimiento; supervisión de alto nivel; identificación de riesgos; comunicación y capacitación permanente; incentivos y medidas disciplinarias; debida diligencia a terceros e intermediarios; fusión y adquisición; evaluación y revisión; y reportes confidenciales e investigación interna*” (2015, pp.102 y ss.).

Indica RODRÍGUEZ-ARANA que, las empresas deben tener un programa de “compliance” que se encuentre vigente y, principalmente, eficiente (2020,

p.874). Por tal razón, se considera que, “el delito cometido por uno de sus integrantes eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado no será atribuible a la persona jurídica, por lo que en este ámbito se necesitará de una colaboración (fundamental) por parte de la empresa para identificar el actuar ilícito de su integrante” (MARTÍNEZ, 2021, p.142).

RODRÍGUEZ-ARANA nos indica que, los programas de cumplimiento en el ámbito de las contrataciones públicas se encuentran constituidos en cuatro componentes:

> “*1. Integridad al tratar con el funcionario público, prohibiéndose expresamente toda promesa, dádiva o recompensas a este personal.*
> *2. La honestidad en el intercambio de información, prohibiéndose, es lógico, las falsedades documentales.*
> *3. Consolidación de las relaciones éticas con terceros prohibiéndose especialmente las comisiones ilícitas o kicks-backs.*
> *4. Fomentar la competencia leal, evitándose toda suerte de prácticas encaminadas a que los licitadores o el marco jurídico general expresen subjetividad o favoritismo”* (2020, pp.877-878).

“Estas exigencias, conforme establecido en el art. 17º del Decreto Legislativo Nº 1352, deberá estar conformada por un encargado de prevención (oficial de cumplimiento), designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía” (MARTÍNEZ, 2021, p.143).

En el mismo sentido, la persona jurídica deberá identificar, evaluar y mitigar de riesgos para evitar la realización de ilícitos, entre ellos el ilícito materia de estudio. Además, deberá implementar procedimientos de denuncias internas, las cuales -sin lugar a dudas- deberán brindar anonimato a los denunciantes y un adecuado protocolo de procedimiento ante denuncias; así como,

incentivar y premiar las denuncias internas. CARRIÓN indica que la misma se encuentra basado en la filosofia del carrot and stick (zanohoria y palo) de la Federal Sentencing Guidelines (2015, p.107).

También, deberán difundir y capacitar de forma periódica a sus integrantes sobre el programa de cumplimiento, capacitaciones que deberán actualizarse conforme al descubrimiento de fuentes de riesgos de relevancia jurídico penal para los delitos ya mencionados. Finalmente, la persona jurídica (contratista) tendrá que evaluar y monitorear de manera constante la efectividad del modelo de prevención que aplica (RODRÍGUEZ-ARANA, 2020, p.878).

Otro aspecto muy interesante sobre dicho ámbito es la figura del self-cleaning (medidas ex-post), que el cual debe ser diferenciado del compliance (medidas ex-ante), como indica RODRÍGUEZ-ARANA:

> "*Mientras que los programas de cumplimiento anticorrupción operan ordinariamente antes de la contratación, incluso como requisitos para presentarse a la licitación, el autosaneamiento o self-cleaning opera en supuestos relativos a empresas condenadas por corrupción que están dispuestas a rehabilitarse a través de creíbles y fiables medidas de cumplimiento*" (2020, pp.877-882).

El autosaneamiento se encuentra dirigido a prevalecer el bienestar social ante una situación (sanción penal) que pudiese ser más perjudicial, como son los supuestos de exclusión del contratista con miles de trabajadores, cuando el área implicada en la acción delictiva fuese p.e. el área comercial o la dirección general. Así, en base al principio de proporcionalidad resulta más adecuado la posibilidad de que la empresa delictiva realice una serie de modificaciones y correcciones en su estructural, de tal forma que permita confiar en que no volverá a infringir la norma penal y ello le posibilite seguir con su participación en el procedimiento contractual, cualquiera sea su fase. Ello, como URQUIZO brindara proporcionalidad a la intervención del Derecho penal (2021, p.171).

En relación a las disposiciones del self-cleaning, ellas deben contar con rigurosos y reales planes (idóneos) para la supresión de las condiciones que generaron o posibilitaron la comisión del delito de colusión (evitar nuevas conductas), ello a fin de contar con la fiabilidad que dichas "fallas" no volverán a realizarse. Así, RODRÍGUEZ-ARANA, señala que las medidas que se pueden encontrar en este ámbito son las siguientes:

> "*Entre las medidas que pueden pensarse encontramos con planes de formación de ética orientadas especialmente a prevenir las conductas ilícitas del pasado, la creación de unidades organizativas encargadas de supervisar determinadas políticas comerciales, el fortalecimiento control interno, el establecimiento de comités de ética formados por personas independientes, la periodicidad de revisión de las medidas a adoptar. También es de tener en cuenta la existencia de órganos internos disciplinarios con procedimientos sancionadores gestionados por personal externo a la compañía*" (2020, p.898).

Se considera que, "un aspecto muy criticado en la Ley materia de análisis es que el ejercicio de la acción penal pública (Formalización y continuación de la investigación preparatoria), a cargo del representante del Ministerio Público, el cual va a depender de un informe técnico favorable de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), el mismo que contendrá un análisis sobre la adecuada implementación y funcionamiento del modelo de prevención, dándole la ley a dicho informe un valor probatorio de pericia institucional" (MARTÍNEZ, 2021, p.144).

Tal situación, coloca en grado de dependencia la labor del Ministerio Público en relación con la SMV -integrante del Poder Ejecutivo-, la cual no cuenta con relación institucional alguna con el Ministerio Público, lo ideal hubiese sido, en el marco de independencia de poderes, el Ministerio Público hubiese contado con peritos especialistas en programas de cumplimiento.

CONCLUSIONES GENERALES

1. Se ha podido apreciar a nivel empírico que la corrupción es terrible problema en nuestro país, que hoy cobre vigencia y requiere, como exigencia social, de respuesta adecuadas y efectivas.
2. Dentro de la corrupción en nuestro país, el espacio donde los agentes intervienen con mayor es el de las contrataciones públicos, y ello pues por los efectos económicos que les genera. Por tal razón, las políticas penales de reacción, ámbito de represión, deben regular de forma claras y precisa los actos ilícitos en el marco de contrataciones públicas. Sin lugar a dudas, estas exigencias se encuentran dirigidas al delito de colusión, porque en ella, a diferencias de los otros delitos de corrupción, incluido el delito de negociación incompatible, requiere la conjunción del ámbito público y privado, lo cual genera un mayor reproche.
3. Como inicio a esta revisión del delito de colusión, debe precisarse que el bien jurídico penalmente protegido, por cuestiones metodológicas, se encuentra en la expectativa que recae sobre los intervinientes de no arribar a acuerdos que direccionen el proceso contractual.
4. La participación del sujeto público puede ser directa o indirectamente, es decir que cuenten con una cercanía directa al proceso contractual (comité de selección) o de forma mediata, a través de informe o consultorías sobre su desarrollo (un consultor que elabore el expediente técnico).
5. La actividad ilícita de colusión puede darse en cualquiera de las fases del procedimiento contractual, por ejemplo, en la elaboración de las bases o ejecución de la obra.
6. Se determina que la protección de los intereses del Estado se despliega no sólo en los contratos públicos referido a gastos del patrimonio público (compra de bienes), sino también se incluye los ingresos que pueda adquirir el Estado por la venta o alquiler de bienes. Ello es así, pues el patrimonio público no debe comprenderse de forma

estable o pasiva, sino dinámica, en el sentido de ingresos que se pueda adquirir por participar en el mercado.

7. La concertación en la colusión se compone, a su vez, de una serie de elementos, teniendo, por ejemplo, que el mismo debe ser idóneo.
8. Conforme se ha podido establecer en el presente trabajo, la concertación engloba una serie de elementos que resultan de vital importancia para la configuración del delito de colusión (subrepticio e idóneo). Además, determinadas características de la concertación, asumidas jurisprudencial y doctrinariamente, como el engaño y la clandestinidad, no son compartidas, pues en nada se relacionan como el sentido del delito de colusión, cual es la conjunción de voluntades entre funcionario competente y particular interesado en un proceso de contratación pública.
9. Se admite la configuración del delito de colusión mediante actos omisivos, ello en base a que lo primordial en el delito es el deber (ámbito de competencia) que pesan sobre el funcionario, más allá de si la infracción se realice mediante un hacer u omitir.
10. La configuración del delito de colusión, no exige que el funcionario realice una actividad engañosa para obtener la administración del patrimonio público, pues el sujeto activo ya dispone del patrimonio estatal, cual le ha sido concedido por la Administración a través de la delegación funcional.
11. En el ámbito subjetivo, la colusión solo se puede realizar de forma dolosa, excluyendo su actividad culposa. Asimismo, y contrario a una gran parte de la doctrina, para la configuración de la parte subjetiva no se requiere de ningún componente anímico del autor (animus).
12. Se ha determinado la posibilidad de la configuración del delito en grado de tentativa, como p.e. en los supuestos en los cuales existe tratativas entre los sujetos activos, pero no se llega a un acuerdo total.
13. Para la consumación del delito sólo se requiere la concertación, no es necesario el perjuicio real al patrimonio estatal, ni tampoco un beneficio económico.
14. En lo que respecta a la formula agravante, daño efectivo al patrimonio estatal, el mismo no es el fundamento de imputación, sino un elemento

adicional que ha sido considerado por el legislador para una mayor punición, sin que con el mismo el centro de imputación (concertar) tenga alguna variable. Así como ha establecido como agravante la afectación real al patrimonio público, también pudo considerar como agravante que la concertación se circunscriba a la adquisición de bienes o servicios en el marco de actividades con fines asistenciales.

CONCLUSIÓN ESPECÍFICA

1. En los últimos años, en el Perú, la corrupción ha pasado a ser considerado un problema muy grave, por lo que, la sociedad exige soluciones inmediatas y eficientes. Es así que, a pesar del endurecimiento en el trato de delitos vinculados a la corrupción (entre ellos la colusión), como p.e. penas más elevadas, no se ha correspondido con un mayor número de casos con sentencias condenatorias, todo lo contrario, conforme a la Defensoría del Pueblo, existe un elevado número de archivos “inadecuados”, donde uno de los supuestos del archivo es la deficiencia en el trato dogmático del delito de colusión.
2. El ilícito de colusión está configurado a la infracción de los ámbitos de competencia de fomento, dicho marco material de imputación permite la colaboración de terceros para la comisión del delito, quienes responderán como cómplices e instigadores.
3. El delito de colusión se encuentra dentro del marco del delito de participación necesaria, a partir de ello, el problema se centra en establecer si se encuentra ante un delito de convergencia o encuentro. Conforme a lo desarrollado, se decanta por el delito de encuentro, en un inicio porque el funcionario y tercero no actúan de forma paralela (como en el delito de disturbio), sino que sus conductas confluyen, formando un único sentido de afectación al bien jurídico.
4. Una vez establecido que se encuentra ante un delito de encuentro, el problema radica en establecer si el tercero interesado responde como autor, cómplice o instigador. Así, en un inicio se considera que debería responder como autor, por el sentido de su aporte para la afectación al bien jurídico penalmente protegido, pero como nuestra regulación, a diferencia de España, no ha regulado una sanción autónoma del tercero, no podría responder como autor. A pesar de ello, considerando que se encuentra desde la lógica de la comunidad delictiva, el tercero interesado debería responder en calidad de partícipe primario, debido

a que su aporte es muy relevante para la constitución de la colusión, situación que es respaldada por la jurisprudencia y doctrina.

5. En lo que respecta a si el particular interesado puede ser un administrador de hecho de la empresa, se considera que sí es posible, en inicio nada delimita la posibilidad de ser considerado tercero interesado, pero más allá de ello, si la empresa es dirigida -realmente- por un administrador de hecho, el mismo puede ser considerado tercero interesado que vela por los beneficios de la empresa que representa.
6. En lo que respecta a si el tercero interesado puede ser otro funcionario público, se considera que sí es posible ello, que ello va de la mano con la línea de la expectativa protegida, por ello no es relevante la afectación al patrimonio, sino el hecho de concertarse en un proceso contractual público.
7. Sobre el tercero interesado como gestor de intereses, la misma cuenta con límites, y la principal en relación a nuestro estudio, es que la gestión de intereses no debe incitar o coordinar el arribo a un pacto entre el funcionario y tercero interesado que afecta los intereses estatales.
8. En lo pertinente a la responsabilidad penal de los entes colectivos y la colusión, se considera que la misma es posible de acuerdo a la Ley 30424 y sus posteriores modificaciones, dicha posibilidad permite entender que la persona jurídica debe organizarse de tal forma que de la misma no se externalice actividades ilícitas, en el presente caso, permitir o alentar pactos entre los integrantes de la persona jurídica y funcionarios en el marco de un proceso de contratación, por ende, la persona jurídica deberá incorporar un programa de prevención de posible comisión de delitos de colusión (con una serie de presupuestos), programa que debe cumplir de forma real los mecanismos de prevención para no resultar responsable de la comisión del ilícito materia de estudio.

RECOMENDACIÓN

De acuerdo con todo lo analizado en el presente trabajo, lo recomendable en inicio es realizar una modificación en relación al tercero interesado en el art. 384º CP peruano (colusión), la cual debe comprender todo el desvalor del hecho ilícito, por lo que deberá sancionarse al tercero interesado en calidad de autor; y además, contar con una serie de agravantes, que igualmente se observa en el CP (p.e. los fines asistenciales en el delito de peculado). Estas propuestas relevantes no han sido advertidas en "el proyecto de Nuevo Código Penal (Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, recaído en los proyectos de Ley N° 163/2011-CR y otros de fecha 26 de mayo del 2016) que fuera revisado por el grupo de trabajo conformado con representantes del Consejo Nacional de Politica Criminal".

Así, se plantea como propuesta de ley:

"Artículo 384°.- colusión"
"El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa". **"El particular que se concierta con el funcionario o servidor público será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales por un**

plazo no menor dos a seis años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa2.

Serán reprimido el funcionario o servidor público y el particular con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; **inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; inhabilitación para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales por un plazo no menor seis a quince años y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa si la concertación":**

- "Perjudicare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado.
- Se circunscribiera a fines asistenciales, programas de apoyo o inclusión social".
- Se circunscribe a ámbitos destinados a prevenir o atender emergencias sanitarias, catástrofes, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. (2003). Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano. 2da. Ed. Lima: Palestra Ed., 2003.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. (2004). ¿Normativismo radical o normativismo moderado? En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. Lima: Grijley.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. (2012). Acerca del merecimiento de pena del tráfico de influencias. En: 20 años de vigencia del Código penal peruano. Desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales. Raúl Pariona Arana (Dir.) Lima, Grijley.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. (2014). Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión. En: Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública. Lima: Grijley.
- ALBRECHT, Peter-Alexis (2000). El Derecho penal en la intervención de la política populista. En: La insostenible situación del Derecho penal. Granada: Editorial Comares.
- ALCÓCER POVIS, Eduardo (2007). El engaño y el perjuicio en el delito de Colusión desleal. ¿Elementos del tipo penal?. Revista JUS Jurisprudencia, Dic. 7. Lima: Ed. Grijley
- BACIGALUPO, Enrique (2004). Derecho Penal. Parte General. Lima: Ara ed.
- BACIGALUPO, Enrique. Responsabilidad penal de los administradores concursales. Recuperado de http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL14.pdf
- BENAVIDES SCHILLER, Andrés (2016). El delito de fraude del funcionario público. España: JB Bosch Editor.
- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa (2013). Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el derecho penal alemán. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología - RECPC 15-04. Recuperado de http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-04.pdf.

- BERNAL PINZÓN, Jesús (1965). Delitos contra la Administración Pública y asociación para delinquir. Bogotá: Ed. Temis
- BLANCO LOZANO, Carlos (2005). Tratado de Derecho Penal español T.II. El Sistema de la parte especial. V.2. Barcelona: J.M Bosch Editor.
- BOCKELMANN, Paul y VOLK, Klaus (2020). Derecho penal. Parte general. Lima, Legales grupo editorial.
- BORRELLI, F.S. (2006). Corrupción y política. La experiencia italiana. En Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- BUSCAGLIA, Edgardo; GONZÁLEZ-RUIZ, Samuel & PRIETO PALMA, César (2002). Causas y consecuencias del entre la delincuencia organizada y la corrupción a altos niveles del Estado: mejores prácticas para su combate. En: Terrorismo y delincuencia organizada. Un enfoque de derecho y economía. Andrés Roemer y Edgardo Buscaglia (compiladores). México DF, Instituto de Investigaciones Jurídica UNAM. Visto por última vez, 13 de noviembre de 2020 en: file:///D:/Users/FN/Downloads/causas-y-consecuencias-del-vinculo-entre-la-delincuencia-organizada-y-la-corrupcion-a-altos-niveles-del-estado-mejores-practicas-para-su-combate.pdf
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1991). Manual de Derecho penal. Parte especial. Barcelona, Ariel.
- CÁCERES JULCA, Roberto E. y CARRIÓN DÍAZ, Juan E. (2011). El delito de Colusión. Aspectos sustantivos y procesales. Lima: Idemsa.
- CACIAGLI, Mario (1996). Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada. Evidencias empíricas y propuestas teóricas a partir de los casos italianos. En Cuadernos y debates N° 60. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel (2005). En CALDERÓN CEREZO, Ángel. y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Delitos contra la Administración Pública. Manual de Derecho Penal. T. II. PE. Madrid: Deusto Jurídico.
- CALDERÓN VALVERDE, Leonardo (2017). El estado actual de la teoría de infracción de deber en los delitos contra la Administración

Pública. En: Gaceta penal & Procesal Penal, N° 91, enero 2017, Lima, Gaceta Jurídica.

- CANCHO ESPINAL, Ciro J. (2017). El quantum del dolor de la pena e imputación penal. Elaboración científica y revisión jurisprudencial. Lima, Editores del centro.
- CARDONA TORRES, Juan (2010). Derecho penal parte especial. Barcelona: Bosch.
- CARO JOHN, José Antonio (2004). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. Lima: PUCP.
- CARO JOHN, José Antonio (2004bis). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. En HURTADO POZO, José (Dir.). Anuario de Derecho penal. Lima: PUCP.
- CARO JOHN, José Antonio (2005). Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima desde una perspectiva funcional del derecho penal. En XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Lima: ARA Ed.
- CARO JOHN, José Antonio (2010). Normativismo e imputación jurídico-penal. Lima: Ara ed.
- CARO JOHN, José Antonio (2010bis). Pena de muerte: una práctica estatal ilegítima y anticuada para nuestros tiempos. En Normativismo e imputación jurídico-penal. Lima: Ara ed.
- CARRASCO ANDRINO, Maria del Mar (2002). Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria. Granada, Editorial Comares.
- CARRIÓN ZENTENO, Andy (2015). Criminal Compliance. De la Ley de EE.UU. de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento. Lima: ECB Ediciones S.A.C.
- CASTILLO ALVA, José Luis (2008). El delito de Colusión. Lima: Ed. Grijley
- CASTILLO DÍAZ, Ingrid (2016). Criminalidad organizada y corrupción en la contratación pública: análisis del injusto típico de los delitos de colusión y negociación incompatible como base para la aplicación de la Ley N° 30077. En: Ley contra el crimen organizado (Ley N° 30077).

Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal. ZUÑIGA RODRÍGUEZ (Dir.) y MENDOZA LLAMACPONCCA (Coord.), Lima, Instituto Pacífico.

- CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (2012). La tipificación de la corrupción en la contratación pública en Europa. En ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura & AAVV. Poder y delito: Escándalos Financieros y Políticos. Salamanca: Ratio Legis.
- CASTRO MORENO, A. (2015). De los fraudes y exacciones ilegales. En: Comentarios prácticos al Código penal. Tomo V. GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- CASTRO MORENO, Abraham (2011). De los fraudes y exacciones ilegales. En: Comentarios al Código penal. 2da. GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). Ed. Valladolid: Lex Nova.
- CASTRO MORENO, Abraham (2011). Fraudes contractuales y exacciones ilegales. Adaptado a la LO 5/2010, de 22 de junio. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CATALÁN SENDER, Jesús (1998). En Nuevos perfiles del delito de fraude funcionarial en el Código Penal de 1995. En Actualidad Penal. N°4.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel (2001). La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre la corrupción administrativa. En MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Actualidad Penal. T.2001-2. Madrid: La Ley Penal.
- COMISIÓN EUROPEA (2014). Informe sobre la Lucha contra la Corrupción en la Unión Europea, de 3 febrero de 2014, COM. Recuperado de http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_es.pdf
- COMISIÓN EUROPEA (2014). Informe sobre la Lucha contra la Corrupción en la Unión Europea, de 3 febrero de 2014, COM (2014) 38.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido (2004). Código penal comentado. T II. Barcelona: Bosch.

- CÓRDOVA RODA, Juan y AAVV (2004). Comentarios al Código Penal; Parte Especial. T.II. Madrid: Marcial Pons.
- CRESPO BARQUERO, Pedro (2002). De los fraudes y exacciones ilegales. En: Código penal. Comentarios y jurisprudencia. T. II. CRESPO BARQUERO, P. & AAVV, Granada: Comares Ed.
- CREUS, Carlos (1999). Derecho Penal: Parte Especial T.II. 6ta. Ed. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- CRUZ SANTOS, Cláudia (2015). Novos Rumos na Prevenção e Repressão da Corrupção (das novidades no direito penal aos problemas para o processo penal). En: direito penal e política criminal. Fabio Roberto D'Avila e Daniel Leonhardt dos Santos (Coords.). Porto Alegre: EDIPUCRS.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz M (2013). Sujetos y autores en los delitos de funcionarios: Dos reflexiones teóricas con incidencia práctica. En FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo (Dir.). Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Oviedo: Editorial Constitutio Criminalis Carolina.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J (2006). El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. Revista de Derecho penal y Criminología, 2° Época, N° 17. Madrid: UNED.
- Defensoria del Pueblo (2014). El Informe Defensorial Nº 168, El archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión: estudio realizado en los distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín. Lima, Defensoria del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo (2014). Informe Nº168 de la Defensoría del Pueblo. El archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín. Lima, Defensoría del Pueblo.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo (2002). Corrupción y delitos contra la Administración Pública. En FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y AAVV. Fraude y corrupción en la Administración Pública. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca.
- DÍAZ CASTILLO, Ingrid (2016). El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico

peruano. Tesis para optar al grado de doctora. Salamanca, Universidad de Salamanca.

- CASTILLO DÍAZ, Ingrid (2016). Criminalidad organizada y corrupción en la contratación pública: análisis del injusto típico de los delitos de colusión y negociación incompatible como base para la aplicación de la Ley N° 30077. En: Ley contra el crimen organizado (Ley N° 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal. ZUÑIGA RODRÍGUEZ (Dir.) y MENDOZA LLAMACPONCCA (Coord.), Lima, Instituto Pacífico.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2007). La política criminal en la encrucijada. Montevideo: B de F Editorial.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2009). Derecho penal español. Parte general en esquemas. 2da. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2013). La contextualización del bien jurídico protegido. En Política criminal y derecho penal -Estudios-. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2013). La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría. Madrid: Ed. Trotta.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y AAVV (2004). Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GIMÉNEZ-SALINA I COLOMER, Esther (Coord.). (2001). Manual de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General. Guatemala: Librerías Artemis Edinter SA.
- Encuesta IPSOS Perú (Encuesta pública en el diario El Comercio, el lunes 17 de febrero de 2014. Recuperado de http://www.ipsos-apoyo.com.pe/Encuesta_corrupcion_febrero_2014)
- ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, Xabier (1997). Fraudes y exacciones ilegales. En: Delitos contra la Administración Pública. ASÚA BATURRITA, Adela (ed.). Bilbao: Ediciones del Instituto Vasco de Administración Pública.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo (2007). Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas. En Dogmática actual de la autoría y la participación criminal. Lima: IDEMSA.

- FERNÁNDEZ CABRERA, Marta (2014). El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos tras la lo 5/2010. En moderno discurso penal y nuevas tecnologías. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (2002). Corrupción y delitos contra la Administración Pública. En FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y AAVV. Fraude y corrupción en la Administración Pública. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos (1998). Tratado de Derecho penal VII. Parte especial. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.
- FREUND, Georg (2004). Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el Sistema Integral del Derecho penal. En Sistema Integral de Derecho penal. Madrid: Marcial Pons.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, A. Raúl (2002). Tratado de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública. Lima: Ed. Fecat.
- GALVÁN RIVERA, Ander Yósip (2017). ¿Es correcto en el estelionato por venta de bienes ajenos y litigiosos, considerar al propietario del bien y a la contraparte en litigio como agraviados? Precisiones sobre la regulación del delito de estelionato en el Código Penal Peruano. Tesis para optar al grado académico de magister. Lima, PUCP. Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/9988/Galv%C3%A1n_Rivera_Correcto_estelionato_venta1.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino (2015). El delito de enriquecimiento ilícito. Lima: Instituto Pacífico.
- GARCÍA CAVERO, P. (2016). La corrupción en el Estado, la economía y la sociedad. En: Revista Peruana de Ciencias Penales, Año N° 23, Edición N° 29. Lima: Lex & Iuris.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2005). La prohibición de regreso en el Derecho penal. En: Estudios de Derecho penal. Lima, Ara Editores.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2008). El delito de Colusión. Lima, Grijley.

- GARCÍA CAVERO, Percy (2012). Derecho Penal Parte General. Lima: Jurista Editores.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2015). Derecho Penal Económico. Parte Especial. Volumen II. Lima, Instituto Pacífico.
- GARCÍA CAVERO, Percy. Compliance y teoría del delito: La incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa. En: Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídica. Perspectivas comparadas (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador), Lima, Solución editorial Ideas, 2018.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1999). Concepto y método de la ciencia del derecho penal. Madrid: Tecnos.
- GIMENO LAHOZ, Ramón y CORBELLA HERREROS, Teresa (1998). Delitos contra la Administración Pública, Título XIX. En GANZENMÜLLER ROIG, Carlos y AAVV (Coord.). Delitos contra la Administración Pública; contra la Administración de Justicia y contra la Constitución. Barcelona: Bosch.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (2008). La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el derecho penal español: ¿un tipo de administración desleal en el artículo 252 del código penal? En GÓMEZ–JARA DÍEZ, Carlos (ed.). La administración desleal de los órganos societarios. Barcelona: Atelier.
- GUIMARAY MORI, E. y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. (2015). Colusión por comisión por omisión: El caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales. En: Revista Ius Et Veritas. N° 51.
- HASSEMER, Winfried. (1999) ¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (sentido y fin de la sanción penal) En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en el Derecho Penal. Valencia: Tiran lo Blanch.
- HILGENDORF, Eric y VALERIUS, Brian (2019). Direito Penal. Parte Geral. São Paulo, Marcial Pons.
- HÖRNLE Tatjana (2015). Teorías de la pena. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

- HUAMÁN CASTELLARES, Daniel O (2016). El Sistema Jurídico Penal. Fundamentos dogmáticos y criterios para una interpretación integrada del Derecho penal y procesal penal. Lima: Editores del Centro.
- HUAMÁN CASTELLARES, Daniel O. (2014). Los delitos de corrupción de funcionarios en la jurisprudencia nacional y en los acuerdos plenarios. Lima, Ara Editores.
- HUBER, Bárbara (2010). La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional. En Aportes fundamentales al derecho penal. México D.F.: Ubijus Ed.
- HURTADO POZO, José (2005). Manual de Derecho Penal. Parte General. 3ra Ed. Lima: Grijley.
- HURTADO POZO, José (2006). Interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú: Delito llamado de Tráfico de Influencias. En: Anuario de Derecho Penal 2005. Interpretación y aplicación de la ley penal. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- HURTADO POZO, José (2014). Corrupción y derecho penal. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140608_02.pdf
- IBERICO CASTAÑEDA, Fernando (2011). La constitución en actor civil como parte en el código procesal penal del 2004: requisitos, forma y oportunidad. Revista Gaceta penal y procesal penal. T.29 Nov. Lima: Gaceta jurídica.
- INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ (2014). Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal. Lima: PUCP.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020). Informe técnico.“Perú: percepción ciudadana sobre gobernabilidad, democracia y confianza en las instituciones,semestre: octubre 2019 - marzo 2020”. Lima, revisado por última vez en: http://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe_de_gobernabilidad_may2020.pdf.

- Instituto Nacional Penitenciario (2020). Informe estadístico. Agosto 2020. Visto por última vez en: https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2020/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_agosto_2020.pdf
- JAKOBS, Günther (1994). Competencia por organización en el delito omisivo. Cuadernos de conferencias y artículos de la Universidad del Externado de Colombia. Bogotá: UEC.
- JAKOBS, Günther (1997). Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons ed.
- JAKOBS, Günther (1997). La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y el “principio de confianza". En Estudios de Derecho Penal. Madrid: Civitas.
- JAKOBS, Günther (2000). Sociedad Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional en Bases para una teoría funcional del Derecho Penal. Lima: Palestra Ed.
- JAKOBS, Günther (2005). La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. En Los desafíos del derecho Penal en el siglo XXI. Lima: Ara Ed.
- JAKOBS, Günther (2008). El derecho penal como disciplina científica. Navarra: Thomsom-Civitas.
- JAKOBS, Günther (2016). La omisión: Estado de la cuestión. En: Sobre el estado de la teoría del delito. SILVA SÁNCHEZ (Ed.). Navarra, Civitas-Thomson Reuters.
- JAREÑO LEAL, Ángeles (2011). Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública. Madrid: Ed. Iustel.
- JAREÑO LEAL, Ángeles (2015). El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- JAREÑO LEAL, Ángeles (2017). Conductas delictivas en materia de contratación pública. En Revista internacional Transparencia e integridad. Nº 5 Septiembre-Diciembre. Visto por última vez en https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/12/angeles_jare%C3%B1o.pdf

- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (2002). Tratado de Derecho penal. Parte general. 5ta. Ed. Granada: Ed. Comares.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos (2006). Corrupción y sistema político. En Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- KINDHÄUSER, Urs (2007). Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán. En Revista de Política Criminal N° 3. Recuperado de http://www.politicacriminal.cl
- KRAUT Carlos M. (2018). Corrupción, crimen organizado y actvidad política. En: Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación.. Visto por última vez en: file:///Users/raul/Downloads/21365-Texto%20del%20art%C3%ADculo-60692-1-10-20180918.pdf
- KUBICIEL, Michael (2020). “Corrupción y compliance en el derecho penal alemán”. En: Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado. Andy Carrión y Michael Kubiciel (Dirs.). Lima, Editores del Centro.
- Latinobarómetro (218). Informe 2018. Revisado por última vez: https://www.latinobarometro.org/lat.jsp
- Latinobarómetro. Informe de Prensa 1995-2010 Perú.
- LESCH, Heike-Hartmut (2001). Injusto y culpabilidad en el derecho penal. En Cuadernos de conferencias y artículos N° 27. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- LÓPEZ ARAGON, Veruska (2018). Criterios dogmáticos para determinar el título de imputación del extraneus como cómplice en el delito de colusión en el distrito judicial de Junín, 2013-2017. Tesis para optar al grado de mágister. Huánuco, Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (1996). Curso de Derecho Penal, Parte General. Madrid, Editorial Universitas.
- MANDUJANO RUBIN, José Luis (2017). Problemas de imputación y prueba en el delito de colusión Universidad de Huánuco. Tesis para optar al grado de magister. Huánuco, Universidad de Huánuco.

- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2010). Código penal. II. Parte especial. Granada: Comares.
- MARCUS, Paul (2015). Combatendo a corrupção nos estados unidos. En: Revista eletrônica de direito penal e política criminal - UFRGS vol. 3, Nº 1.
- MARTÍNEZ ARRIERA, Andrés (2007). Delitos contra la Administración Pública. En CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN y AAVV. Comentarios al Código penal. T.IV. Barcelona: Bosch.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2009). El delito de uso indebido del patrimonio de la persona jurídica. Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia (RAE). T. 18, Año 2. Lima: Ed. Caballero Bustamante.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2013). Comentarios a la casación n° 301-2011: ámbito y límites de la aplicación del delito de apropiación ilícita. En: Revista Gaceta Penal y Procesal Penal. Lima, Gaceta Jurídica, Mayo, Tomo 47. pp.47-58.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2015). Corrupción en el Perú: ¿es la contratación pública el ámbito donde más se desarrolla la corrupción? En: Estudios de Política Criminal y Derecho Penal. Actuales tendencias. Gaspar Chirinos, Ángel y Martínez Huamán, Raúl Ernesto (Dir.). Lima: Gaceta Jurídica: 2015.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2015a). Sistema de sanciones penales en el ordenamiento jurídico peruano. Análisis comparativo con España. En: Libro homenaje al profesor Dr. D. Germán Small Arana. Derecho Penal y Penitenciario. Nuevos desafíos del sistema penal en el siglo XXI. SANZ DELGADO. Enrique (Dir.) MILLA VÁSQUEZ, Diana Gisella y MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (Cood.). Lima: Ideas Solución Editorial.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. (2016). El bien jurídico penal-mente protegido en el delito de Colusión. En: Gaceta Penal & Procesal Penal N.º 79, Enero 2016. Lima: Gaceta Jurídica.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2017). Contratación pública ficticia: ¿Delito de peculado o Colusión? Comentarios a la Casación N°

430–2015–Lima. En: Revista Ius Puniendi. Sistema Penal Integral. Año I, N° 3, Jul-Ago. Lima: Ideas.

- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2017a). El delito de Colusión: consideraciones sobre los sujetos intervinientes en el delito. En: Revista de Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 96, Junio-2017. Lima: Gaceta Jurídica.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2017b). El estado actual del delito de colusión. Comentarios a propósito de la Casación Nº 661-2016-Piura. En: Revista de Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 101, Noviembre-2017. Lima: Gaceta Jurídica.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2018). Contratación pública ficticia: ¿Delito de peculado o Colusión? En: Jurisprudencia penal comentada. HUAMÁN CASTELLARES, DANIEL O. (Dir.) Lima, Editores del Centro.
- MARTINEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2019). El delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia. Lima, Editores del Centro.
- MARTINEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2020). El delito de colusión: cuestiones problemáticas el art. 384 del Código Penal. En: Actualidad Penal Nº 67, enero. Lima, Instituto Pacífico.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (2021). Delito de Colusión. Responsabilidad penal del tercero interesado. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Marzo, Nº 141. Lima, Gaceta Jurídica.
- MARTÍNEZ MORA, Gema (2011). Fraudes Ilegales. En AMADEO GADEA, Sergio (Coord.). Código Penal. Parte Especial. T. II. V. II. Madrid: Factum Libri Ediciones S.L.
- MAYER LUX, Laura (2007). El patrimonio del estado como objeto de protección penal. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX. 2do Semestre. Valparaíso: PUCV.
- MEINI MÉNDEZ, Iván (2012). El marco normativo internacional anticorrupción. En SIMON, Jan-Michael & RAMÍREZ, William (Coords.). La Lucha contra la Corrupción en el Perú. El Modelo

Peruano: La Experiencia de las Procuradurías Anticorrupción. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos & GIZ.

- MEINI MÉNDEZ, Iván (2014). Lecciones de Derecho Penal Parte General. Teoría jurídica del delito. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- MELGAR CÁCERES, Iván Vladimir (2018). La teoría de infracción de deber y su repercusión en el delito de colusión. En: Revista de Actualidad Penal. N° 46, abril 2018, Lima, Instituto Pacífico.
- MENDOZA VAEZ, Paul (2017). Tipo penal de Colusión. El elemento de contextualización y la probanza de la concertación y del perjuicio patrimonial. En: Gaceta Penal & Procesal Penal, Nº 101, Noviembre. Lima: Gaceta Jurídica.
- MILLA VÁSQUEZ, Diana Gisella (2016). Los beneficios penitenciarios en Iberoamérica. historia, teoría y praxis. Lima: Grijley.
- MILLA VÁSQUEZ, Diana Gisella (2016). Política criminal de tolerancia cero en España y Perú Restricción de los beneficios penitenciarios por delitos de crimen organizado, terrorismo y delitos conexos. En: Revista de Actualidad Penal. N° 28. Lima: Instituto Pacífico.
- MIR PUIG, Carlos (2016). Comentarios a los Delitos contra la Administración Pública. Lima: Instituto Pacífico.
- MIR PUIG, Santiago (2004). Derecho Penal. Parte General. 7° edición. Barcelona: Reppertor.
- MONTOYA VIVANCO, Yván (2008). Aspectos relevantes del delito de Colusión tipificado en el artículo 384 del Código penal peruano. Revista Actualidad Penal. T. 171. Lima: Gaceta Jurídica.
- MORAL DE LA ROSA, J. (2017). Fraudes y exacciones ilegales. En: Derecho penal parte especial. ZÁRATE CONDE, A. (Coord.). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José (2005). De los fraudes y exacciones ilegales. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). Comentarios a la parte especial del Derecho penal. 5ta Ed. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José (2009). De los fraudes y exacciones ilegales. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). Delitos contra la Administración Pública.

Comentarios a la parte especial del Derecho penal. 8va. Ed. Navarra: Thomson Reuters.

- MORILLAS CUEVA, Lorenzo (2011). Fraudes y exacciones ilegales. En MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). Sistema de Derecho penal español parte especial. Madrid: Dykinson.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1985). Derecho Penal y Control Social. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2001). Derecho Penal Parte Especial. 13ra ed. Valencia: Tirant lo blanch.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2010). Derecho Penal Parte Especial. 18va ed. Valencia: Tirant lo blanch.
- MÜSSIG, Bernd (2002). Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. En Revista de derecho penal y criminología UNED, 2da. Época, N° 9. Madrid: Marcial Pons.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2013). Informe Final del Mecanismo de Seguimiento de la OEA sobre la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción de la República del Perú. Recuperado de http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_sp.pdf.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2013). Informe Final del Mecanismo de Seguimiento de la OEA sobre la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción de la República del Perú. Recuperado de http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_sp.pdf.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2006). Delitos contra la Administración Pública. En SILVA SÁNCHEZ Jesús-María (Dir.). Lecciones de Derecho penal parte especial. Barcelona: Ed. Atelier Libros jurídicos.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2012). Delitos contra la Administración Pública. En SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma. Madrid: La Ley.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2012). Política criminal contra la corrupción: Una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa). En

MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Garantías constitucionales y Derecho penal europeo. Madrid: Marcial Pons.

- ORTS BERENGUER, ENRIQUE (1999). Delitos contra la Administración Pública. En VIVES Tomás S. & AAVV. Derecho penal parte especial. 3ra ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- OTTO, Harro (2017). Manual de Derecho penal. Teoría general del Derecho penal. 7ma. Ed. Barcelona, Atelier libros jurídicos.
- PARIONA ARANA, Raúl (2009). Autoría Mediata por organización. Lima: Grijley.
- PARIONA ARANA, Raúl (2012). El Marco Normativo Nacional Anticorrupción. Estado actual y propuesta para su consolidación. En SIMON, Jan-Michael & RAMÍREZ, William (Coord.). La Lucha contra la Corrupción en el Perú. El Modelo Peruano: La Experiencia de las Procuradurías Anticorrupción. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos & GIZ.
- PARIONA ARANA, Raúl (2014). Derecho penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales. Lima, Instituto Pacífico.
- PARIONA ARANA, Raúl. (2017). El Delito de Colusión. Lima: Instituto Pacífico.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria. La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades (artículo 291 CP). Recuperado de http://www.indret.com/pdf/500.pdf
- PAWLIK, Michael (2016). Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades. Barcelona: Atelier.
- PAWLIK, Michael (2019). Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- PAZ PANDURO, Moisés N. y ROSAS RUIZ, Juana De Fátima (2006). Acerca del momento consumativo y la participación en el delito de Colusión desleal. Normas Legales t. 364, Vol. 2.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). Delitos contra la Administración Pública. Lima, Instituto pacífico.

- PEÑARANDA RAMOS, Enrique y AAVV (1998). Un Nuevo Sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación. Lima: Grijley.
- PÉREZ LIVIA, Lorenzo y GONZALES ABANTO, Katterine Elizabeth (2015). Criterios doctrinarios para calificar la participación del extraneus en el delito de colusión en 2003 – 2014. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho penal y criminología. Cajamarca, Universidad de Cajamarca.
- PISFIL FLORES, Daniel Armando (2018). La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal. Fundamentos constitucionales, doctrina jurisprudencial y posibles excepciones. Lima: Editores del Centro.
- Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2018-2021, https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-supremo-que-aprueba-el-plan-nacional-de-integridad-y-decreto-supremo-n-044-2018-pcm-1641357-2 (2018:11-12).
- POLAINO NAVARRETE, Miguel (1997). Fraudes y exacciones ilegales. En COBO DE ROSAL, Manuel (Dir.). Curso de Derecho penal español. PE. II. Madrid: Ed. Marcial Pons.
- PORTOCARRERO HIDALGO, Juan (1997). Delitos contra la Administración Pública. 2da Ed. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero.
- POZZOLO, Susanna (2011). Notas al Margen para una Historia del Neoconstitucionalismo. En Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos. Lima: Palestra editores.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2017). Derecho penal. Parte especial: los delitos. Lima, Fondo Editorial PUCP.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2015). La corrupción pública en la reforma del Código penal de 2015. Navarra: Civitas/Thomson Reuters.
- PRIETO DEL PINO, Ana María (2008). Aspectos criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol. En OLAIZOLA NOGALES, Inés & AAVV. Cuadernos penales José María Lidón. Núm. 5. Corrupción y Urbanismo. Bilbao: Universidad de Deusto.
- PUIG PEÑA, Federico (1988). Derecho Penal Parte Especial. 7ma. Ed. Madrid: Mateu Cromo Artes Gráficas.

- QUINTERO OLIVARES, G. (2016). Fraudes y exacciones ilegales. En: Compendio de la parte especial del Derecho penal. QUINTERO OLIVARES, G. & AAVV. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- QUIROZ, Alfonso W (2013). Historia de la Corrupción en el Perú. Lima: Instituto de Estudios Peruanos e Instituto de Defensa Legal.
- QUIROZ, Alfonso W. (2013), Historia de la Corrupción en el Perú. Lima, Instituto de Estudios Peruanos e Instituto de Defensa Legal.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2012). Hacia una historia de la criminalidad de cuello y corbata: Una aproximación inicial a la corrupción en la década de los ochenta. En SIMON, Jan-Michael & RAMÍREZ, William (Coord.). La Lucha contra la Corrupción en el Perú. El Modelo Peruano: La Experiencia de las Procuradurías Anticorrupción. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos & GIZ.
- RAMOS TAPIA, M. I. (2000). El delito de prevaricación judicial. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro (2001). Los delitos de corrupción de Funcionarios: una Visión crítica a partir del “caso Montesinos”. Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe?. Revista Ius et Veritas N° 23, año XII, Lima: PUCP.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro (2005). Autoría y Participación Delictiva: El Sistema del Injusto único de Intervención. En Estudios de Derecho penal. Lima: Ara Ed.
- REYNA ALFARO, Luís Miguel (2004). Estructura atípica del delito de Colusión. Revista Actualidad Jurídica. T. 130.Lima: Gaceta Jurídica
- ROBLES PLANA, Ricardo (2003). La participación en el delito: fundamento y límites. Madrid-Barcelona.
- RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Joaquín (2009). Fraudes y Exacciones ilegales. En: Código Penal. Comentado y con jurisprudencia. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Dir.). Madrid: La Ley
- RODRÍGUEZ HURTADO, Mario (2007). La concertación en el delito de Colusión y la imputación objetiva. Revista de Derecho y Ciencia Política – UNMSM. Vol. 64 (N° 1 y 2). Lima: UNMSM.

- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. (2020). Compliance y self-cleaning en la contratación púbica (especial referencia al derecho comunitario). En: La Corrupción: criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal. Martínez Huamán, Raúl (Dir.). Lima, Editores del Centro.
- ROJAS CRUZ, Jorge Luis. La obtención de la prueba en el delito de colusión simple en el Perú. Tesis para el grado de mágister. Lima, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (2017).
- ROJAS VARGAS, Fidel (2007). Delitos contra la Administración Pública. 4ta Ed. Lima: Grijley.
- ROJAS VARGAS, Fidel (2011). Ubicación dogmático-normativa y rol que juegan los interesados en el delito de Colusión desleal. En: Dialogo con la Jurisprudencia. N° 34, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2011.
- ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Lima: Nomos & Themis.
- ROSALES ARTICA, David Enmanuel (2012). La coautoría en el derecho penal ¿Es el cómplice primario un coautor? Tesis para optar al grado académico de magister. Lima, PUCP. Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4531/ROSALES_ARTICA_DAVID_COMPLICE_PRIMARIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- ROSALES ARTICA, David (2017). ¿Luces? y ¿sombras? de la modificación del artículo 25º del Código penal por el D. Leg. Nº 1351. En Revista Gaceta penal & procesal penal Nº 92, Febrero. Lima, Gaceta jurídica.
- ROSALES ARTICA, David (2020). El delito de negociación incompatible en la ley penal peruana. En La corrupción: criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal (Dir. Raúl E. Martínez Huamán). Lima, Editores del centro.
- ROTSCH, Thomas (2018). Corrupción y compliance. En: Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción. Gómez Martín, V. Pablo Montiel, J. y Satzger, H. (eds.), Madrid, Marcial Pons.

- SABÁN GODOY, Alfonso (1991). El marco jurídico de la corrupción. Madrid, Editorial Civitas.
- SALAS, Luis (1997). La normativa y el papel del Ministerio Público y la Contraloría en la lucha contra la corrupción en la América Latina. En La reforma de la justicia penal (Estudio en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann). Castello de la Plana, Universitat Jaume I.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson y LLAMOJA HILARES, Giuliana (2020). Comentarios sistemáticos y desarrollo jurisprudencial al Código penal peruano (Una nueva interpretación a partir de la teoría de la infracción de deber). Lima: Editores del Centro.
- SALINAS SICCHA, Ramiro (2011). Delito de Colusión según la Ley N° 29758. Revista Gaceta penal y procesal penal. T. 29. Lima: Gaceta jurídica.
- SALINAS SICCHA, Ramiro (2014). Delitos contra la Administración Pública, 3ra. Ed. Grijley, Lima.
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar (2003). Derecho Procesal Penal. 2ª Ed., Lima: Ed. Grijley.
- SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan (2017). La prueba prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal peruano. Lima: Gaceta Jurídica.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián (2006). Código Penal Comentarios y jurisprudencia. T.II. 2da. Ed. Madrid: Sepín editorial.
- SÁNCHEZ MERCADO, MIGUEL ÁNGEL (2010). Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. En: Cuestiones de derecho penal, procesal penal y política criminal. José Caballero Castillo y Harold Ruíz Solís (Coord.). Lima, Ara editores.
- SÁNCHEZ OCAÑA, Roberto (1990). De los fraude y exacciones ilegales. En LÓPEZ DE QUIROGA, Jacobo y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Coord.). Código penal comentado. Madrid: Akal.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel (2010). Fraudes y exacciones ilegales. En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZALÉS CUSSAC, José Luis (Dir.). Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Valencia: Tirant lo blanch.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier (2002). Delito de infracción de deber y participación delictiva. Madrid: Marcial Pons.

- SÁNCHEZ-VERA GOMÉZ-TRELLES, Javier (2014). Delitos de infracción de deber. En: “La responsabilidad en los delitos especiales”. Robles Planas, R. (Dir.). Buenos Aires-Montevideo, B de F Ltda.
- SANGUINÉ, Odone (2020). Mecanismos de controle da corrupção no Brasil. En: Revista eletrônica de direito penal e política criminal – UFRGS, vol. 8, Nº 1, visto por última vez el 10 de diciembre de 2020: file:///Users/raul/Downloads/102642-423266-1-PB.pdf
- SHACK, N., PÉREZ, J., & PORTUGAL, L. (2020). Cálculo del tamaño de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú: Una aproximación exploratoria. Documento de Política en Control Gubernamental. Contraloría General de la República. Lima, Perú. Visto por última vez: https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento_trabajo/2020/Calculo_de_la_Corrupcion_en_el_Peru.pdf.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2019). El Derecho penal en el Estado democrático de derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática. Madrid-Buenos Aires-Montevideo, Reus editorial y editorial B de F.
- SEMINARA, Sergio (2006). La corrupción en la Administración Pública. En Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. En ARROYO ZAPATERO, Luis &NIETO MARTÍN, Adán (Coords.). Eurodelitos de corrupción y fraude. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso (2006). Derecho Penal: Parte Especial. 11va ed. Madrid: Dykson.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso (2007). Derecho Penal: Parte Especial. 12° ed. Madrid: Dykson.
- Silva, Lucas do Monte (2016). O Direito Penal Do Inimigo E A Corrupção No Brasil. En: Política criminal. Vol. 11, Nº 21 (Julio), visitado por última vez el 20 de diciembre de 2020 en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A8.pdf
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1992). Aproximación al Derecho penal Contemporáneo. Barcelona: Bosch.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2001). ¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2006). Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho Penal. En Estudios de filosofía en derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2013). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español. En: Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas, Silva Sánchez, J.M (dir.) y Montaner Fernández, R. (Coord.). Barcelona, Atelier Libros jurídicos.
- SUÁREZ GONZÁLEZ. Carlos J (2001). Los delitos consistentes en la Infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios. En SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María & SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública y otros problemas actuales del derecho penal. Lima: Grijley.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS (2011). Fraudes y exacciones ilegales. En SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS (Coord.). Manual de Derecho Penal. T. II. PE. 6ta Ed. Navarra: Civitas-Thomson Reuters.
- TORRES MENDOZA, F. F. (2016). ¿Autoría mediata por omisión? El deber de garante del organizador de una marcha. En: Actualidad Penal Vol. 19 –Enero. Lima: Instituto Pacífico.
- Transparencia Internacional al año 2011. Recuperado de http://www.transparencia.org.es/INDICES_FUENTES_DE_SOBORNO/INDICE%20DE%20FUENTES%20DE%20SOBORNO%202011/TABLA_IFS_POR_SECTORES.pdf
- Transparency International (2019). Global corruption barometer latin america & the caribbean 2019 citizens’ views and experiences of corruption. https://images.transparencycdn.org/images/2019_GCB_LAC_Report_EN1.pdf .

- UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos (2013). ¿Es el derecho penal efectivo para controlar la corrupción? En Libro Homenaje al profesor José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos. Lima, Idemsa.
- URQUIZO OLAECHEA, José (2014). Límites al Derecho penal. En: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y política criminal contemoráneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario. T. I. (Eds. Enrique Gimbernat Ordeig et al.). Lima: Gaceta Jurídica.
- URQUIZO OLAECHEA, José (2017). Código Penal Práctico. Lima: Gaceta Jurídica.
- URQUIZO OLAECHEA, José (2018). Derecho penal. En: Libro Homenaje al profesor Dr. Juan Magnolio Portocarrero Hidalgo ¿Es la corrupción un problema estructural ad portas del bicentenario de la fundación de la república? (Dirs. Allen Flores Zerpa y Anthony Romero Casilla). Lima: A&C Ediciones.
- URQUIZO OLAECHEA, José (2021). Derecho penal. Principios fundamentales. Lima: Gaceta Jurídica.
- VÁSQUEZ GONZÁLES, Carlos (2011). Extensión y tendencias de los delitos de corrupción. Fiabilidad de los instrumentos de medición de la corrupción. En Revista de Derecho penal y Criminología. N° 6. Madrid: UNED.
- VEGA LLAPAPASCA, Rafael (2016). El delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones: Cuando se utilizan cañones para matar hormigas. En Actualidad Penal. T.23, Instituto Pacífica, Lima.
- VIDAL CÓRDOVA, Elí Selah (2018). La ilegitimidad de la colusión. Tesis para optar al grado de magister. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2018). El caso Odebrecht y sus repercusiones en nuestra forma de entender los delitos contra la administración pública. En: Actualidad penal, N° 46, abril 2018, Lima, Instituto Pacífico.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge (2013). Delitos contra la Administración Pública, 2. En LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel y MELENDO PARDOS,

Mariano (Coord.). Tutela penal de las Administraciones Públicas. Madrid: Dykinson.

- WESSEL, JOHANNES; BEULKE, WERNER, Y SATZGER, HELMUT (2018). Derecho Penal Parte General. El delito y su estructura. Trad. Pariona Arana. Lima: Instituto Pacífico.