



Análisis típico del delito de colusión y su tratamiento jurisprudencial.

Rocci Bendezú Barnuevo¹

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO	RESUMEN
<p>Historia del artículo: Recibido el 18 de junio de 2011 Aceptado el 15 de julio de 2011</p> <p>Palabras clave: Acuerdo colusorio defraudación modalidades contractuales delito de resultado delito especial propio</p>	<p>El delito de colusión desleal, se concreta al convenir maliciosamente el funcionario público y el interesado en las contrataciones a su cargo (acuerdo colusorio), defraudando al Estado, y causándole un perjuicio a éste. Dentro de los elementos conformadores del tipo penal figuran el acuerdo colusorio, la defraudación causada al Estado y las diversas modalidades contractuales. El delito de colusión, es un tipo penal especial propio y de resultado material, es un delito especial propio, porque el tipo penal sólo puede realizarlo excluyentemente una persona cualificada, esto es un funcionario público quien además deberá estar vinculado funcionalmente con la contratación estatal; y es un delito de resultado material, pues no sólo basta la mera concertación sino que es preciso la materialización de la defraudación a los intereses patrimoniales del Estado</p>

Typical analysis of the crime of collusion and its jurisprudential treatment

Introducción

El artículo 384° del Código Penal Peruano tipifica el llamado delito de colusión desleal², como un delito contra la Administración Pública cometido por aquel funcionario público que "(...) en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas

o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años"³.

¹ Abogada. Profesora del Área de Derecho Penal de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú. Contacto: rbendezu@usat.edu.pe

² En las legislaciones comparadas, no se acoge el término "colusión desleal" siendo esta una designación particular del Perú. En este sentido encontramos que legislaciones como la española (art. 436) y la chilena (art. 240) regulan este tipo penal bajo la denominación de "Fraudes y Exacciones ilegales"; mientras que en Argentina (art.265) y Bolivia (art.150) se le conoce como "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas". Cabe mencionar asimismo, respecto al Derecho penal español, que en su generalidad viene a ser el precedente normativo de toda la legislación latinoamericana- y que en el tema de colusión desleal no es la excepción-, asumió en este delito, una nota muy particular que tomaba distancia de los modelos legislativos existentes en el viejo continente que como el caso del derecho germánico, y los países influenciados por él, prevé un tipo general que comprende la infidelidad en la gestión de negocios dentro de los delitos contra la propiedad y que castiga como una de sus figuras más graves el caso de la infidelidad cometida por funcionarios públicos. GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luís. *El delito de colusión*, Lima, Editorial Grijley, 2008, p. 62.

³ En opinión de James Reátegui el delito de Colusión es uno de los delitos de función más típicos en su género, tanto por la calidad específica del sujeto activo (funcionario público), el bien jurídico protegido (la

El Código Penal peruano en el artículo citado, describe en qué consiste el delito de colusión desleal, conceptuándolo como aquel acuerdo que en el marco de contrataciones estatales y liquidaciones, realizan el funcionario o servidor público competente con terceras personas (*interesados*) con el fin de defraudar al Estado⁴. Configurándolo así, como un delito especial propio, es decir, que el tipo penal sólo puede ser realizado por una persona calificada, en este caso, un funcionario público vinculado funcionalmente con la contratación pública. No obstante este desarrollo normativo del tipo penal⁵, uno de los males que más

inquieta a la comunidad jurídica es que pese a que el delito de colusión desleal, comparte junto con el peculado y los ilícitos de cohecho pasivo y activo los niveles de mayor incidencia⁶ en lo que a delitos de función concierne, y existir así un alto índice de estadística criminal, sin embargo los estudios serios practicados en el Perú sobre el delito son aún muy escasos, lo cual conlleva a que los niveles de deficiencia respecto al manejo de los componentes descriptivos y normativos del delito, se agudicen más y se origine consecuentemente una situación de vacío de posicionamiento normativo⁷.

Administración Pública), como por la propia conducta típica exigida por el Art. 384º del Código Penal (“funcionario o servidor público... que ...defrauda al Estado...”). Señala asimismo que en el derecho peruano el tipo delictivo de colusión desleal debería estar ubicado en un título autónomo, pues no tiene nada que ver con el delito de concusión, ni tampoco en realidad con el cohecho (no exige probar una contraprestación al funcionario). Cfr. REATEGUI SANCHEZ, James. *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial*, Lima, Jurista Editores, 2009, p.363.

⁴ En igual sentido la Primera Sala Permanente en su R.N.N° 1382-2002-Puno, 5 de mayo del 2003, resolución hallada en SALAZAR SANCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración pública. Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 155.

⁵ Un sector importante de la doctrina nacional sostiene que la conservación y regulación del delito de colusión ilegal es altamente insatisfactoria, habiendo incurrido el legislador penal en una pésima técnica legislativa al mezclar los distintos modelos extranjeros, sin un análisis previo, creando una figura que guarda similitud con el delito de negociación incompatible (art. 397 del C.P). De esta opinión es GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 62 – 63.

⁶ En el Perú- a diferencia de otras latitudes en donde expresamente se reconoce la escasa aplicación práctica del delito, o de figuras similares por parte de la judicatura- los fraudes en la contratación estatal adquieren cuotas notablemente elevadas lo que demuestra una realidad criminológica bastante clara en cuanto a la proclividad de los funcionarios para afectar el patrimonio del Estado valiéndose del concierto con los proveedores de bienes del Estado. CASTILLO ALVA en GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 85; Asimismo en la página web del Poder Judicial del Perú, en el rubro estadísticas, y

en el ítem sobre causas Ingresadas y producción judicial de la Corte Suprema de Justicia, se encuentra cuadros estadísticos sobre las causas penales ingresadas desde el año 2003 a 2007; así tenemos que en el año 2003 las causas ingresadas en materia penal ascendió a 5231, siendo 1583 causas sobre delitos contra el patrimonio, y 884 causas sobre delitos contra la Administración Pública, el resto de causas referidas a otros ilícitos. En el año 2004, el número de causas ingresadas a la Salas Supremas en lo penal, llegó a 5555, del cual 1586 causas fueron sobre delitos contra el patrimonio, nuevamente seguido por 930 causas sobre delitos contra la Administración Pública y el resto de causas referidas a otros ilícitos. En el 2005, el número de causas ingresadas llegó a 7318, del cual 2111 fueron sobre delitos contra el patrimonio, seguida otra vez por causas referidas a delitos contra la Administración Pública, la cual llegó a 1414, el resto de causas obedecían a otros ilícitos. De igual forma en el 2006 las causas ingresadas fue de 8492, siendo 2432 causas por delitos contra el patrimonio y 1724 delitos contra

la administración pública. Finalmente en el 2007 las causas ingresadas fue de 7750, llegando las causas por delitos contra el patrimonio a 1979, seguido en esta ocasión por causas sobre delitos contra la seguridad pública la cual ascendía a 1697, en tercer lugar figuraban las causas por delitos contra la administración pública la cual llegaba a 1325, y el restante de causas referidas a otros delitos. Como puede verse sólo en el año 2007 el número de causas por delitos contra la Administración Pública, bajo de ubicación, pues suele ocupar en general el segundo lugar después de los delitos contra el patrimonio, esto demuestra sin lugar a dudas el gran nivel de incidencia y comisión de los delitos contra la Administración Pública en nuestro país. PODER JUDICIAL. *Estadística Judicial*. [ubicado el 9.IX. 2009]. Obtenido en: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_estadistica/as_esta

⁷ En Argentina ocurría una situación similar a la peruana, así a finales de los 60 el jurista José Argibay Molina señalaba que los autores, en general, no habían analizado los delitos contra la Administración pública con la misma preocupación que habían puesto en el estudio de otras figuras delictivas. Esta diferencia la explicaba el jurista teniendo en consideración ciertas circunstancias, tales como: a) el estudio autónomo y la sistematización de los delitos contra la administración pública tuvieron comienzo recién cuando los soberanos absolutos fueron reemplazados por otros sistemas de gobierno y comenzó la distinción entre Nación, Estado y administración; b) algunos delitos carecen de “malignidad”- a estar a la terminología de Carrara-, que representan los delitos que este autor llama “naturales” por oposición a los “sociales”; c) el lugar diferente que se ha asignado en la doctrina y en las leyes a las acciones que el Código Penal argentino agrupa bajo el rótulo “delitos contra la administración pública” y d) la dificultad que de todo ello surge para el debido estudio de los diferentes supuestos. José Argibay señalaba además- ya a principios de los 70- que esta tendencia se había revertido en los últimos tiempos, y es que tanto la doctrina argentina como la extranjera, las convenciones internacionales y la legislación se han ocupado en buena medida de estos delitos, en los que subyace la corrupción de los funcionarios públicos, tema cada vez más sensible para el conjunto de las naciones y para los habitantes de los distintos países que son las víctimas indirectas de los actos de esa naturaleza, pues encarecen obras y servicios, los retrasan o impiden su realización por razones espurias. Cfr. FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*, 17 edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2008, p.883.

Asimismo las líneas jurisprudenciales no muestran aún algún consenso interpretativo respecto de los elementos constitutivos del delito de colusión desleal, lo que trae como consecuencia lógica un incremento indeseado de los niveles de inseguridad jurídica.

De este modo, existen en la doctrina y la jurisprudencia diversas e intensas discusiones sobre distintos aspectos del delito de colusión, así tenemos que entre una de las cuestiones más debatidas destacan el determinar si se trata de un **delito de mera actividad**⁷ o por el contrario **de un delito de resultado**⁸, asimismo se discute sobre la determinación del bien jurídico protegido por el tipo penal de colusión, así un sector de la doctrina señala que el bien jurídico protegido en el delito de colusión es el patrimonio administrado por la Administración Pública, abarcando esta protección también la legalidad del ejercicio funcional⁹, mientras que otros autores convienen en señalar que el tipo penal de colusión busca "(...) asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional"¹⁰. Mientras que otros juristas destacados, como Percy García Caveró opina que el bien jurídico penalmente protegido por el delito de colusión desleal, encuentra su fundamento en los deberes especiales atribuidos a los funcionarios públicos, y si bien el tipo penal apunta a proteger el patrimonio del Estado, el sustento del Estado no está en la generación de un perjuicio al Estado o al Sistema económico, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario público¹¹.

⁸ Son delitos de resultado, aquellos que exigen el menoscabo o daño del bien jurídico protegido, requieren que la acción vaya seguida de la causación de un resultado, separable espacio-temporalmente de la conducta. Para que estos delitos se produzcan, debe darse una relación de causalidad a imputación objetiva del resultado a la acción del sujeto. El Hurto es un delito de resultado, no se consuma con coger la cosa, sino con tener disponibilidad de ella, que es posterior, se diferencia en el espacio tiempo de la acción. Primero se toma la cosa y después se dispone de ella. Así también son delitos de resultado, por ejemplo el delito de homicidio, de lesiones etc. COLLAZOS, Marisol, *Derecho Penal I Capítulo 14. Clases de tipos penales*, 2006 [ubicado el 10.IX. 2009]. Obtenido en: <http://www.marisolcollazos.es/Derecho-Penal-I/Derecho-Penal-I-14-Clases-tipos-penales.html>

⁹ Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*, 2da edición, Lima, Palestra Editores, 2003, p. 309. Así refiere que el objeto del bien jurídico directamente atacado aquí tiene evidentemente un contenido patrimonial, esto es, se atenta contra el patrimonio administrado por la Administración Pública en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado, y agrega que también interesa proteger la legalidad

De igual modo, no existe consenso en la doctrina ni en la jurisprudencia sobre los elementos conformadores del tipo penal de colusión, siendo esto un factor clave al momento de la determinación y acreditación del delito, dependiendo de ello además la configuración de la consumación o en su caso de una tentativa, con los respectivos efectos que esto conlleva.

Ahora bien, no es un objetivo del presente artículo, agotar la discusión dogmática y sentar una posición sobre todas las problemáticas antes mencionadas, sino centrarse sólo en una de ellas, esta es, la determinación de los elementos típicos del delito de colusión, a efectos de desarrollar cada uno de ellos, realizando un análisis a la luz de lo expuesto en los últimos años por la Corte Suprema, a fin de contribuir en algo a la formación de criterios unánimes sobre cuestiones esenciales del delito de colusión desleal.

1. EL DELITO DE COLUSIÓN. ANTECEDENTES LEGALES

El tipo de Colusión desleal previsto en el Art. 384 del Código Penal, tiene como fuente directa el artículo 344⁹ del Código Penal de 1924.

Si se revisa ligeramente los antecedentes de nuestra norma, puede notarse que se han incluido en nuestra legislación dos figuras delictivas que resultan ser muy similares, así como señala Rojas Vargas, "las fuentes extranjeras de influencia para la redacción de dicho dispositivo, fueron los artículos 400 y 401 del Código Penal Español y el art. 265 del Código Penal Argentino"¹², que en todo caso deberían excluirse una

del ejercicio funcional. De igual parecer ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4ta edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2007, p. 406-407.

¹⁰ Cfr. FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Editora Fecat, 2008, p. 313-314. Sostiene que el bien jurídico en el delito de colusión es el normal desarrollo de la Administración Pública que se ve afectado cuando los funcionarios infringen los deberes de lealtad, probidad e imparcialidad que deben guardar en la gestión de la función pública. Asimismo, sostiene que la colusión ilegal pone en peligro los intereses patrimoniales de la Administración al impedir la libre competencia que puede servir para la obtención del justo precio de los bienes objeto de contrato, suministro, licitación, concurso, subasta o cualquier otra operación semejante. También la Primera Sala Penal Permanente en su R.N.º 2029-2005-Lima del 24 de mayo de 2006. Señala asimismo que "en el delito de colusión dos son los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional".

¹¹ GARCÍA CAVERO en GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *Ob. Cit.*, 21. En igual sentido, la jurisprudencia nacional en la ejecutoria suprema R.N.º 79-2003.

¹² ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Editorial Grijley, 3ra edición 2002, p. 405 – 406.

de la otra, tal como lo afirma Abanto Vásquez en la siguiente expresión: “Por otro lado hay que decir que aquí se nota la pésima técnica del legislador penal peruano, quien “inspirándose” en distintos modelos extranjeros, los ha recepcionado en el Código Penal peruano sin ningún análisis previo, simplemente mezclándolos. En efecto, si para tipificar los delitos contra la Administración Pública se seguía, de manera general, el modelo argentino y ya se había previsto bajo el grupo de delitos de “corrupción de funcionarios” a la negociación incompatible (art. 397), ¿porqué prever la figura española de “fraudes a la administración” en el artículo 384º? Son figuras muy similares y deberían excluirse una de la otra”¹³.

1.1. Análisis típico

Una opinión compartida por la doctrina nacional e inclusive extranjera es que el delito de colusión desleal constituye un abanico abierto de figuras penales¹⁴. Así Crespo Barquero citando al Tribunal Supremo Español, concretamente la Sala Segunda señala “en este tipo se recogen figuras muy abiertas de contornos poco definidos y, en consecuencia, merecedoras de algún reproche desde la perspectiva del principio de legalidad”¹⁵.

¹³ ABANTO VASQUEZ, Manuel, *Ob.Cit.*, p. 308.

¹⁴ Son de esta opinión Manuel Abanto Vásquez, García Cavero, José Castillo Alva, Carlos Creus, Joan Queralt Jiménez, y otros, respectivamente en los libros citados en la presente investigación.

¹⁵ CRESPO BARQUERO, Pedro, “Delitos contra la Administración Pública” en *Código Penal de 1995. (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada, Editorial Comares, 1999, p. 1733. Asimismo conviene señalar que en España surge una situación muy particular, en cuanto a la regulación del delito de fraudes y exacciones ilegales, en la medida que el hecho de “interesarse” el funcionario en el negocio particular pasa a integrarse, al menos parcialmente, en el delito de negociaciones prohibidas del Art. 439 del Código Penal Español, estableciéndose así una distinción entre los supuestos en los que el funcionario actúa abusando de su cargo y guiado por un evidente ánimo de lucro, pero no necesariamente en detrimento inmediato del patrimonio público que gestiona la Administración Pública y éste caso del Art.436, en el que sí se exige esa intención de defraudar directamente a cualquier ente público, obviamente con el objetivo de hacer presa en su activo patrimonial.

¹⁶ Por su parte Mir Puig señala que la conducta desleal del funcionario se orienta tanto hacia la producción de un menoscabo a la corrección de los procesos de gestión de recursos públicos-infringiéndose el deber de funcionamiento conforme al principio de economía y eficiencia en los procesos de gasto público como a la producción de un perjuicio patrimonial al ente público, sin que sea necesario para la consumación del delito la producción de una efectiva lesión o puesta en peligro concreto del patrimonio público. Cfr. MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, editorial Bosch, 2000, p. 335-336.

Sin duda alguna, el tipo penal de colusión desleal como muchos otros, padece de grandes defectos debido a una errada y constante técnica de importación de las figuras penales a nuestro sistema, no obstante, lo cierto es que muchos de estos vicios o desperfectos pueden salvaguardarse con una correcta interpretación del tipo, de allí la importancia del análisis de la conducta típica del delito de colusión desleal¹⁶.

1.1.1. Tipicidad Objetiva

En cuanto a la tipicidad objetiva del delito de colusión, según lo dispuesto por el artículo 384º del Código Penal Peruano, puede afirmarse que son tres los elementos conformadores de este tipo: El **acuerdo colusorio** (el cual a consideración de un sector de la doctrina debe además ser clandestino) entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, la **defraudación** a un tercero, en este caso al Estado; y finalmente la ejecución a través de las **diversas formas contractuales**, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial¹⁷.

Como vemos la tipicidad objetiva del delito de colusión desleal presenta diversos elementos que hacen a la figura delictiva, una de estructura compleja, para comprender su contenido es necesario analizar cada uno de los elementos de la tipicidad objetiva¹⁸, cometido que se desarrollará a continuación:

¹⁷ Asimismo conviene señalar que el jurista español Orts Berenguer, señala como elementos de la colusión: “1) Sujeto activo es el funcionario público o autoridad que interviene en el hecho en el ejercicio de sus funcionarios; 2) la intervención del funcionario o autoridad ha de realizarse en alguna de las materias señaladas en el Código 3) el núcleo de la conducta delictiva puede consistir en concertarse con los interesados o en usar cualquier otro artificio; 4) tales acciones han de realizarse para defraudar a cualquier ente público”. ORTS BERENGUER, Enrique, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 773

¹⁸ Para la doctrina española, los requisitos que integran esta figura delictiva, según lo previsto en el art. 436 del Código español de 1995, son: 1º La intervención en actos de contratación pública o en liquidaciones de efectos o abres públicos. 2º Concerto con los interesados u uso de cualquier artificio para defraudar a cualquier ente público, señala también la expresión de “concertarse o usar cualquier artificio” implica que se trata de un delito que sólo puede cometerse con dolo directo, sin que sea posible el dolo eventual. Y 3º Abuso del cargo que proporciona el ejercicio de la función pública. Así Orts Berenguer señala que es necesario que el funcionario o autoridad no solamente se haya concertado o usado cualquier artificio con la intención de defraudar a un ente público, sino que es menester que lo haya hecho con motivo de su intervención oficial en las operaciones mencionadas. Es opinión unánime en la doctrina y jurisprudencia española que el delito de fraude ilegal se consuma cuando se ponen de acuerdo el funcionario y los interesados o cuando se usa cualquier artificio, persiguiendo defraudar a un ente público, sin que se exija la

a. *Acuerdo colusorio: concertación del agente público con los interesados*

Un elemento que se encuentra de modo explícito en la norma penal es el referido al “acuerdo colusorio”, que constituye además el elemento básico y esencial para la verificación de este tipo penal, pues de nada serviría la comprobación de la defraudación al Estado, si es que antes no se ha verificado que esta defraudación es

efectiva defraudación o la producción del perjuicio al ente (STS de 18 de enero de 1992 y 2 de febrero de 1994). La STS de 8 de marzo de 1999 señala: “En el supuesto enjuiciado se contienen todos los requisitos que el artículo 400 CP (actual art. 436) exige para entenderse cometido el delito de fraude, pues el encausado, en la cualidad de funcionario público que su cargo municipal de Alcalde le otorgaba, se concertó con el propietario de un finca inicialmente rústica, después recalificada como urbanizable, para hacer compra de ella en nombre del Ayuntamiento por precio muy superior a su valor inicial, defraudando de ese modo a la entidad municipal en beneficio del tercer vendedor”. Cfr. ALONSO PÉREZ, Francisco. *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el Nuevo Código Penal*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000, p. 259-260.

¹⁹ Cfr. REQUEJO SANCHEZ, Césil Hedelmar. El delito de Colusión. En *Actualidad Jurídica N° 180*, Gaceta Jurídica, Noviembre, 2008, p. 128. Sostiene que si el acuerdo colusorio no se configura y sólo se da la defraudación y consecuente perjuicio, estaríamos frente al tipo de peculado, de este modo si el perjuicio para el Estado y sus intereses no fueran en virtud de este elemento, estaríamos ante otro delito, pero no frente al tipo de colusión.

²⁰ Cfr. POLAINO NAVARRETE, *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, Sevilla, Editorial Aranzadi, 1999, p. 419. El jurista Polaino Orts realiza una crítica respecto a la redacción del tipo penal plasmada en el Código Penal Español, señalando que “al final de la descripción positiva alude a la defraudación. El nomen criminis de “fraude” figura en la rúbrica legal. La defraudación consta en la descripción de las conductas conminada penalmente en dicha figura legal, pero la defraudación paradójicamente no integra el núcleo de la acción delictiva del fraude funcional. No exige producción de resultado material alguno. No es necesaria la consecución de enriquecimiento personal obtenido por medio fraudulento. El fraude opera como mera exigencia puramente subjetiva del tipo, consistente en la finalidad que persigue el autor del comportamiento plurisubjetivo descrito, de intervenir en contratación o liquidación y concertarse con los interesados, con la específica intención defraudatoria de la Administración Pública. La defraudación implica causación de perjuicio económico al sujeto pasivo y enriquecimiento ilícito del autor por el medio fraudulento a través del cual consigue el desplazamiento patrimonial. Pero la defraudación no es elemento del fraude tipificado, que se limita a exigir la realización de determinadas conductas con la intención de defraudar. Constituye una hipótesis típica de acto preparatorio autónomamente incriminado. La defraudación se reduce a la mera exigencia de una pretensión finalista del autor de defraudar a la Administración pública. El comportamiento de concierto a que llega el autor del delito con un tercero interesado en la celebración de una contratación pública, es integrante de un mero acto preparatorio, pero considerado ejecutivo de una conducta

consecuencia de la existencia de un acuerdo colusorio ilegal¹⁹.

La conducta típica consiste en concertarse. Pero ¿qué debe entenderse por concierto? La conducta típica de “concierto” implica puesta de acuerdo de voluntades, concordancia de pareceres, convergencia de actuaciones entre las partes de una negociación. En este caso, las partes concordantes son la autoridad o funcionario, de un lado, y los interesados particulares, de otro²⁰. Es decir, concertarse equivale a acuerdo o

incriminada por su desvalor social y jurídico. Concertarse para defraudar no es equivalente a defraudar. La defraudación objetiva mediante el desplazamiento patrimonial fraudulento, no se ha de producir para la concreción del tipo. No es contenida en la descripción positiva. Tampoco es exigido en la misma ni siquiera el comienzo ejecutivo de la defraudación. Es suficiente para la concreción del tipo la realización de un acto preparatorio con la finalidad defraudatoria (...). Tal acto preparatorio es atípico con carácter general. No es subsumible en ninguno de los actos preparatorios genéricamente descritos, y que son sancionados en las singulares figuras legales que prevean su conminación. Antes bien, el concierto para defraudar a la Administración Pública constituye un acto preparatorio cuya tipicidad surge ab origine en el Art. 436, sin cuya conminación sería penalmente irrelevante (...) El tipo de delito de fraude funcional radica en concertarse para defraudar. Constituye un tipo de delito que no es de tentativa ni de acto preparatorio punible. Integra un tipo de delito de acto preparatorio atípico autónomamente incriminado, por virtud del unilateral criterio de desvaloración del elemento subjetivo del injusto del ánimo de defraudar a la Administración (...) El “concierto” es la conducta alternativa descrita, y el concierto no es ningún artificio, ni medio engañoso, ni implica engaño en sí. El concierto es acuerdo de voluntades. Su carácter fraudulento proviene, en este caso, de la “finalidad” defraudatoria que persigue el autor, al celebrar el concierto, pero no consiste en un comportamiento fraudulento en sí (...). Desde la perspectiva categorial, la conminación del uso de artificio para defraudar incurre en la misma deficiencia que la tipificación del concierto. Describe un acto preparatorio atípico como núcleo de la acción, en lugar de conminar directa y prioritariamente el núcleo sustancial de ésta: defraudar a la Administración Pública. Configura un tipo de delito subjetivamente configurado de acto preparatorio autónomamente incriminado. Emplear un artificio, mentir, engañar, son conductas atípicas, sin perjuicio de que puedan ser ético-socialmente reprobables. La esencia desvalorativa recae en la defraudación misma, cuyo desvalor es graduado penalmente conforme al carácter fraudulento de su comisión. El empleo de un medio fraudulento, salvo la incidencia en la fe pública, es irrelevante penalmente. La tipificación del fraude funcional desvía el centro del atención desde el núcleo de desvalor de la conducta hacia el medio comisito de la misma. Las deficiencias de que adolece la tipificación del fraude funcional denotan la aplicación de una muy reprobable técnica legislativa, que revela una desmesurada pretensión punitiva, y enturbia en sus múltiples imperfecciones la configuración del tipo. De seguro dificultará la aplicación de la norma incriminadora. El tipo legal desvalora el ánimo de defraudar y constituye en núcleo de la acción típica comportamientos objetivos que constituyen actos preparatorios atípicos. Con ello, consigna una ambición punitiva que no es

pacto entre el funcionario y el interesado²¹ En este sentido, el jurista Percy García Cavero sostiene- citando al jurista español Etxebarria Zarrabeitia- que “la conducta típica del delito de colusión desleal requiere que el funcionario público competente se concierte con los particulares en la celebración o ejecución de un contrato derivado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los intereses del Estado”²².

Por su parte Mir Puig señala que la “concertación” no es otra cosa que el **ponerse de acuerdo** el funcionario con el interesado, la conjunción de voluntades con la finalidad de defraudar al ente público, no bastando la mera solicitud o proposición dirigida a obtener un acuerdo, sino que es preciso que efectivamente se haya logrado el mismo²³. Del mismo parecer es Llorente Fernández, quien señala que la consumación del delito no puede anticiparse a la mera solicitud²⁴.

De lo antes dicho, se colige claramente que el primero y cardinal elemento objetivo del delito de colusión desleal, es la concertación, elemento del que es menester asimismo realizar algunas precisiones.

En primer lugar, es necesario distinguir el acuerdo colusorio de las simples propuestas o solicitudes. En efecto, estas últimas son actos unilaterales a diferencia del acuerdo colusorio que siempre implica la actuación de dos o más partes, de lo que se desprende que es un delito de convergencia, pluripersonal, plurisubjetivo dado que para su realización es necesaria la unión de dos o más voluntades: la de funcionarios o servidores

respetuosa del principio penal de intervención mínima”. Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Ob. Cit.*, p. 420-423.

²¹ Cfr. LLORENTE FERNANDEZ, A; GIMENO LAHOZ, R.; GANZENMULLER ROIG, C y otros. *Delitos contra la Administración Pública; contra la administración de justicia y contra la constitución*, Barcelona, editorial Bosch, 1998, p.121

²² GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 37. Comentando a Xavier ETXEBARRIA ZARRABEITIA en su libro *Fraudes y Exacciones Ilegales*.

²³ Cfr. MIR PUIG, Carlos. *Ob.Cit.*, p. 337. Así en España la consumación se adelanta al momento del pacto o acuerdo, quedando la defraudación o perjuicio fuera del tipo, basta pues con que tenga lugar un peligro abstracto para el patrimonio del ente público. Según el Art. 5 de la Ley de Contratos del Estado de España, Ley 13/ 1995 de 18 de mayo, los **contratos públicos** lo serán los contratos administrativos- de concesión de obras, de gestión de servicios públicos y realización de suministros- en sus formas de adjudicación de subasta y concurso, y los **contratos privados** (los restantes contratos), en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables. Dicha ley regula un proceso de contratación en que se describen los actos que forman parte de este proceso (así actos de preparación del contrato, que comporta la obligatoriedad de abrir un expediente de contratación- ordinario, urgente o de emergencia- y la adjudicación por órgano competente, por el procedimiento abierto, restringido o negociado) (forma de

públicos de un lado, y la de los interesados particulares por el otro lado.

Asimismo, es necesario resaltar que la concertación es en un primer momento lícita, dado que resulta comprensible que un funcionario o servidor público concierte para contratar con los interesados antes de celebrar un contrato, pero esta debe realizarse respetando y defendiendo los intereses del Estado y de acuerdo con los límites que establece la ley. El agente público debe cumplir con sus deberes funcionales o institucionales a favor del Estado. En tal sentido, el acuerdo colusorio se corrobora cuando el funcionario o servidor público actúe en beneficio de intereses privados o terceros particulares, y lo haga fuera de los límites de la ley²⁵.

Al respecto, Salinas Siccha opina que no se trata de castigar cualquier concertación, sino únicamente la que perjudica o que trae consecuencias económicas nocivas para el Estado, ya sea, como sucede por lo general, porque se paga más por un producto de una determinada calidad o porque se paga un precio determinado por un bien de menor calidad, habiendo concierto entre las partes²⁶.

Al pensamiento de Salinas Siccha, debe agregarse que pese a las consecuencias nocivas que pueda haber producido la contratación para la Administración Pública, la mala negociación realizada por un funcionario público no puede calificarse inmediatamente de colusión desleal, sino, en todo

adjudicación excepcionalmente directa). En cualquiera de los actos que forman parte de este procedimiento puede producirse la actividad defraudatoria típica, siempre que resulte idónea para determinar un resultado final perjudicial para el ente público. Por lo tanto, no resulta punible por el delito de colusión ilegal la defraudación unilateral o el perjuicio creado exclusivamente por una de las partes sin que haya intervenido la otra de manera consciente y sabiendo la conducta lesiva de su partner. No obstante en el Derecho comparado algunas legislaciones como la española evitan esta laguna de punibilidad y castigan el concierto para defraudar que se produce entre los propios funcionarios públicos- aun sin participación de los interesados- incorporando dicha conducta en la previsión normativa referida a cualquier artificio para defraudar. Cfr. MIR PUIG, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 337-338.

²⁴ Cfr. LLORENTE FERNANDEZ, A; GIMENO LAHOZ, R.; GANZENMULLER ROIG, C y otros. *Ob. Cit.*, p.121

²⁵ Cfr. REQUEJO SANCHEZ, César, *Ob. Cit.*, p. 128. Por su parte Rojas Vargas manifiesta que los sujetos que actúan a nombre del Estado deben hacerlo en representación del mismo y ser parte para proteger o promover sus intereses y lograr los más óptimos beneficios resultantes de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros con la otra parte contractual representada por los particulares. Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. Cit.*, p. 411.

²⁶ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho penal: parte especial*. 2ª edición, Lima, Grijley, 2007, p. 247

caso, de una infracción administrativa sancionable con las medidas disciplinarias previstas por la ley, de este modo, si se demuestra solamente que la contraprestación del Estado no resultó proporcional con lo recibido, lo único que quedará demostrado es que el funcionario público negoció mal, pero no que existió un acuerdo colusorio en detrimento de los intereses del Estado²⁷.

Incluso James Reátegui Sánchez considera además que no toda concertación-y por ende colusión- entre el funcionario y el interesado puede ser considerada como ilegal, aquí- sostiene el referido autor- debe primar el principio racionalizador del sistema penal como es el principio de subsidiariedad²⁸.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la "concertación" debe entenderse como un "acuerdo clandestino entre dos o más partes", enfatizando de esta forma la nota de clandestinidad del acuerdo colusorio²⁹. Sin embargo- al igual que Requejo Sánchez- compartimos la opinión que ello no es del todo cierto pues el presupuesto de la clandestinidad del acuerdo colusorio se dará respecto de terceros o de la entidad u organismo del Estado, pero no necesariamente entre los que se coluden³⁰.

De igual modo, Percy García Caveró sostiene que si bien es cierto la colusión tiene, por lo general, un carácter oculto en el que se busca disfrazar la operación con visos de legalidad; el exigir una maniobra engañosa,

implicaría dejar al margen del tipo penal los casos de colusión desnudos o abiertos, en los que no se ofrece siquiera una operación aparentemente acorde con el Derecho³¹.

Por otro lado, es necesario acotar que el tipo penal de colusión desleal requiere además que acuerdo entre el funcionario público y el particular resulte defraudatorio de los intereses del Estado, lo cual significa que el acuerdo al que se arribe con el particular, debe ser idóneo para perjudicar el patrimonio del Estado. Por tanto, no puede sustentarse la tipicidad de una conducta únicamente con el dato objetivo de su peligrosidad, sino que es necesario determinar si en el contexto social en el que esta conducta tuvo lugar, su peligrosidad resulta socialmente intolerable³².

Para poder considerar defraudatoria la actuación de un funcionario público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular, resulta necesario que acuerde con el particular la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de las que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación, estas condiciones podrían ser por ejemplo: **eleva el precio de la contraprestación privada, aceptar bienes de menor calidad, omitir el cobro de penalidades, pactar y cobrar comisiones ilegales para la adjudicación de la buena pro**³³.

²⁷ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *Ob. Cit.*, p.38; de igual modo Fidel Rojas Vargas considera que la defraudación realizada por acto propio del sujeto activo sin concertación con el contratista, así como la sola concertación entre funcionarios que acuerdan defraudar al Estado y efectivamente lo logran, tales supuestos no son típicos del delito de colusión, pudiendo configurarse hipótesis de cohecho o de enriquecimiento ilícito, pero no de colusión desleal. Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Ob. Cit.*, p. 413. Una cuestión que es importante precisar es que en muchas resoluciones judiciales se ha establecido, como elemento típico no escrito, que "la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño". Esta afirmación llevaría a la conclusión de que la colusión desleal tendría cierto parentesco con la estafa, constituyendo no más que un supuesto específico de esta última. Así la ejecutoria R. N. N° 956 -2005- Junín de veintiséis de octubre del 2005, la cual señala textualmente lo siguiente: "que, sin embargo, esa conducta no puede ser subsumida en el tipo del injusto de 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". Sin embargo la posición de esta jurisprudencia no resulta del todo correcta, pues la disposición estatal no se produce

como consecuencia de un error, sino más bien, de una colusión con el funcionario público. Si bien es cierto que la colusión tiene, por lo general, un carácter oculto y busca disfrazar la operación con visos de legalidad, **el exigir una maniobra engañosa**, implicaría dejar al margen del tipo penal los casos de colusión desnudos o abiertos, en los que no se ofrece siquiera una operación aparentemente acorde con el Derecho. Esto además llevaría consecuentemente a reconducir estos casos a través del delito de peculado, lo cual presentaría el inconveniente de castigar estos supuestos con un marco penal máximo considerablemente inferior, es decir con un máximo de pena privativa de libertad de 8 años, en lugar de 15 años previstos para el delito de colusión. Por lo demás una relación de concurso con el delito de estafa solamente se producirá si resulta necesario un engaño para conseguir la defraudación al Estado, por ejemplo, si hay que engañar a otro funcionario público para conseguir la disposición patrimonial. Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 38-40.

²⁸ REATEGUI SANCHEZ, James, *Ob. Cit.*, p. 365.

²⁹ Ejecutoria Suprema R.N.N° 3611-2002, del 16 de mayo del 2003, en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Ob. Cit.*, p.176.

³⁰ Cfr. REQUEJO SANCHEZ, Césil. *Ob. Cit.*, p. 128

³¹ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 39

³² *Ibidem*, p. 40.

³³ *Ibidem*, p. 40-41

Asimismo, se discute entorno al tipo penal de colusión, si éste admite la modalidad omisiva o es acaso que sólo puede realizarse la conducta típica a través de la comisión. Al respecto Salinas Siccha, sostiene comentando lo manifestado por Abanto Vásquez, que la concertación solamente puede realizarse por comisión, debido a que no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante actos de omisión, el agente, necesariamente y de manera activa, debe concertar o ponerse de acuerdo con los interesados en negociar con el Estado³⁴.

Por su parte, García Caveró sostiene que la conducta de un funcionario público de un comité de selección de no hacer nada ante una licitación arreglada por otros miembros, no es equiparable a una concertación con los interesados tal como exige el tipo penal, en todo caso, aquel funcionario público omitente podrá ser imputado del delito de omisión de denuncia u omisión de deberes funcionales³⁵, pero no por el delito de colusión desleal³⁶. Se propugna esta posición, pues a fin de cuentas el acuerdo implica necesariamente un comportamiento activo, siendo imposible que actos

omisivos impliquen o representen acuerdo o concertación alguna.

Posición distinta es la sostenida por Fidel Rojas Vargas, para quien en el supuesto 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 configurar un estado de coautoría 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, pero sí la omisión le es atribuida a cualquier otro funcionario o servidor público que no estaba vinculado funcionalmente, entonces se configurará el delito de omisión de denuncia³⁷; no compartimos esta opinión, debido a que el guardar silencio no se semeja, desde el punto de vista normativo y estructural, a la concertación exigida por el tipo penal, la concertación es una acción esencialmente activa, por tanto quien guarda silencio, no está concertándose para perjudicar al Estado, sino únicamente realiza un comportamiento omisivo que facilita la comisión del delito por otros³⁸

³⁴ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.*, p. 248

³⁵ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *Ob. Cit.*, p.51. Resulta de criterio errado la ejecutoria suprema del 11 de octubre de 2005, cuando en un caso de omisión de deberes funcionales debidamente tipificado en el artículo 377° del Código Penal confirmó una sentencia que condenó por colusión a personas que sin concertación alguna (al menos del tenor de la sentencia, no se advierte que se haya acreditado que los sentenciados se hayan concertado para perjudicar al Estado) omitieron dolosamente sus deberes funcionales. Así en el considerando tercero de la dicha ejecutoria se sostiene que “aparece de lo actuado que en representación de la jefatura de infraestructura del MBJ- Programa MAJ de la GCR-PJ e integrantes de la comisión de recepción, ambos mostraron su conformidad con la obra que se les hacía entrega y expresaron que la misma había sido ejecutada de acuerdo al expediente técnico y levantadas las observaciones que se le formulara en su oportunidad, por lo que declaraban su conformidad a la obra y procedían a su recepción, pese a que las observaciones formuladas primigeniamente no habían sido subsanadas en su totalidad; que si bien los citados acusados han alegado que suscribieron dicha acta de favor, pues se les había informado que las observaciones habían sido subsanadas dada su calidad de profesionales de ingeniería tenían la obligación de verificar que en realidad la obra se encontrara operativa y ejecutada conforme a lo establecido en el correspondiente expediente técnico, situación que permite inferir la concertación entre los encausados y el contratista a fin de hacer aparecer como cabalmente ejecutada una obra que no se ajustó a los acuerdos previamente adoptados por la entidad contratante, encontrándose acreditada de esta manera la culpabilidad de los recurrentes

³⁶ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *Ob. Cit.*, p.51. Por su parte Castillo Alva, considera que en el caso que un funcionario que participa de las negociaciones- pero no obra por razón al cargo o por comisión especial- solo guarda silencio y con ello permite que haya un comportamiento defraudatorio a los

intereses del Estado, estaremos ante un caso de “**complicidad primaria omisiva**”. El guardar silencio no equivale desde el punto de vista normativo y estructural, a concertar que exige el tipo penal. Concertar es una acción eminentemente activa. Quien guarda silencio o calla, no obra en concierto para perjudicar al Estado, simplemente realiza un comportamiento omisivo que facilita la comisión del delito por otros. Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *Ob. Cit.*, p.122

³⁷ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Ob. Cit.*, p. 409. Por su parte el jurista Abanto Vásquez, se pronuncia por la tesis de un abuso de autoridad omisivo previsto en el Art. 377 del Código Penal, precisando que si ese silencio constituye un acto concluyente positivo (dejar solamente que el otro funcionario realice las actividades ilícitas), en ese caso ya no habrá omisión, sino comisión. Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Ob. Cit.*, p.311

³⁸ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Ob. Cit.*, p. 249. Asimismo Ramiro Salinas Siccha cita la ejecutoria suprema del 11 de octubre de 2005, la cual adopta un criterio errado y equipara la omisión de deberes funcionales (Art. 377° del Código Penal) a la concertación exigida por el delito de colusión, así en este caso, se confirmó una sentencia que condenó por colusión a personas que sin concertación alguna omitieron dolosamente sus deberes funcionales. En el considerando tercero de la citada ejecutoria se señala “aparece de lo actuado que en representación de la jefatura de infraestructura del MBJ- Programa MAJ de la GCR-PJ e integrantes de la comisión de recepción, ambos mostraron su conformidad con la obra que se les hacía entrega y expresaron que la misma había sido ejecutada de acuerdo al expediente técnico y levantadas las observaciones que se le formulara en su oportunidad, por lo que declaraban su conformidad a la obra y procedían a su recepción, pese a que las observaciones formuladas primigeniamente no habían sido subsanadas en su totalidad; que si bien los citados acusados han alegado que suscribieron dicha acta de favor pues se les informó que las observaciones habían sido subsanadas, dada su calidad de profesionales de la ingeniería tenían la obligación de

Ahora bien, teniendo en claro que la concertación ilegal debe realizarse entre el funcionario público y los interesados, es imperioso aquí, desarrollar qué implica el término interesados al que hace alusión la norma penal³⁹. El término “interesados” es una locución que engloba a todos quienes contratan (vía las diferentes negociaciones u operaciones nominadas o innominadas establecidas en el tipo) con el Estado, sean estos contratistas extraneos absolutos (extraños a la Administración Pública) o relativos, en este último caso cuando los contratistas son empresas estatales o mixtas⁴⁰.

Los interesados pueden ser las empresas privadas ya sean nacionales o internacionales, aunque también en determinados casos de selección pueden ser sujetos particulares, que se presentan a las convocatorias públicas de licitaciones para realizar obras de interés nacional, regional, municipal; de igual forma, pueden ser las firmas comerciales que intentan proveer- vía licitaciones, adjudicaciones directas o de menor cuantía- de bienes diversos a las distintas entidades de la Administración Pública, así como todos aquellos que participen con sus propuestas en los remates públicos de bienes, como los que acudan a concursos públicos para brindar servicios o consultorías⁴¹.

Naturalmente, la noción jurídico penal de “interesados” sólo podrá ser aplicada a quienes hayan calificado y obtengan los acuerdos que siguen a los procesos de selección a través de las licitaciones, suministros, concursos públicos, subastas y otras operaciones semejantes; no comprendiéndose en dicho componente del tipo de colusión defraudatoria, quienes en general, pese a participar en las convocatorias no resultan beneficiados con los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, pues en tal supuesto no será susceptible de producirse defraudación a los intereses patrimoniales⁴².

verificar que en realidad la obra se encontrara operativa y ejecutada conforme a lo establecido en el correspondiente expediente técnico, situación que permite inferir la concertación entre los encausados y el contratista a fin de hacer aparecer como cabalmente ejecutada una obra que nos e ajustó a los acuerdos previamente adoptados con la entidad contratante, encontrándose acreditada de esta manera la culpabilidad de los recurrentes”.

³⁹ Debido a que lo relativo al funcionario público ya fue desarrollado al tratarse sobre el sujeto activo.

⁴⁰ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Ob. Cit.*, p. 415.

⁴¹ *Ibidem*

⁴² Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Ob. Cit.*, p. 415. Asimismo señala Rojas Vargas que en tales supuestos, podrá configurarse, de acuerdo a lo que reporte el análisis concreto de la situación concreta, hipótesis de cohecho pasivo o activo, u otras figuras delictivas, tales como el delito de “concertación en licitaciones, subastas o concursos públicos” del art. 241.3.

⁴³ *Ibidem*

Por último, es muy debatible que puedan comprenderse dentro del tipo penal las contrataciones no patrimoniales, así como la contratación de personal, debido a que en las mismas es difícil percibir o verificar el perjuicio defraudatorio al Estado⁴³. En este sentido, no se encuentran comprendidos dentro del tipo penal, los concursos públicos para cubrir plazas, vía nombramiento de Magistrados, Fiscales, profesores, ejecutores coactivos, etc., procesos técnicos entre otros, que se reconducen vía normativa especial y propia, tal como lo establece el Art. 2.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado⁴⁴.

b. Defraudación

Otro de los elementos típicos del delito de colusión desleal, conforme se desprende de la norma penal es la defraudación, término que tiene muy diversas y singulares interpretaciones⁴⁵, por lo que en principio conviene determinar cuál es el verdadero significado de la expresión defraudar.

Un primer significado que tiene el término “defraudar” es el que le atribuye la Real Academia Española la que lo define como “el privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho”⁴⁶, así también puede entenderse como el “frustrar, desvanecer la confianza o la esperanza que se ponía en alguien o en algo”⁴⁷.

En la misma línea un sector de la doctrina sostiene que defraudar, estafar o timar al Estado significa el quebrantamiento del rol especial asumido por el agente y la violación del principio de confianza en él depositado, con el consiguiente engaño al interés público, al comportarse el sujeto activo en su beneficio, asumiendo roles incompatibles a las expectativas del Estado⁴⁸.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 415- 416.

⁴⁵ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 134.

⁴⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. [ubicado el 9.IX. 2009]. Obtenido en: <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPOBUS=3&LEMA=defraudar>

⁴⁷ *Ibidem*

⁴⁸ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Ob. Cit.*, p. 243- 244. Citando a Fidel Rojas Vargas. En la ejecutoria Suprema del 26 de octubre de 2005 de la Sala Penal Permanente establece en forma pedagógica que el delito de colusión ilegal como delito especial “comprende todos los elementos del tipo legal de estafa más algunos elementos adicionales- el autor del ilícito es un funcionario, el ámbito típico del negocio jurídico concertado es un contrato, el sujeto pasivo solamente puede estar constituido por el Estado”. R.N.º 956-2005-Junín. Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 279; Fidel Rojas Vargas comenta que la defraudación implica toda una flagrante violación de los deberes inherentes al cargo a los

Esta definición conlleva a entender a la defraudación en un sentido básicamente abstracto e ideal, es decir, como una infracción a los deberes del cargo o como la defraudación a las expectativas que el ordenamiento jurídico y el Estado tiene, por medio de la entidad concreta, respecto a la actuación del funcionario⁴⁹. De este modo, bastaría entonces con la verificación de que el funcionario incumplió sus deberes funcionales o no respetó el procedimiento administrativo exigido para la contratación estatal, para entender consumado el ilícito de colusión desleal, no siendo necesario comprobar el perjuicio económico causado al Estado, pues basta demostrar que se ha defraudado las expectativas y las normas estatales⁵⁰.

Este parecer fue asumido además por diversas resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, la cual en diversos casos conceptuó a la defraudación como el quebrantamiento de la confianza depositada en el funcionario público o el incumplimiento de los deberes funcionales, siendo únicamente necesario para entender consumado el ilícito la verificación de la defraudación a las expectativas y las normas estatales. Al respecto, debe señalarse que no se considera correcta esta posición, debido a que en estricto una definición de defraudación como la antes esbozada, no permite diferenciar el ilícito penal de meras irregularidades o infracciones administrativas en las que también se infringen deberes funcionales. Más aún, una posición como la señalada transgrediría principios

constitucionales básicos del Derecho Penal como el Principio de Fragmentariedad, que es una vertiente del Principio de Intervención mínima, provocando finalmente una descomunal intervención punitiva del Derecho Penal.

El segundo sentido que se asigna al término “defraudar” es como símil de perjuicio patrimonial, así Cabanellas señala que la defraudación, significa en sentido amplio cuanto perjuicio económico se infiere abusando de la ajena buena fe⁵¹. Raúl Goldstein sostiene que defraudar

es privar a otro con abuso de confianza o con infidelidad de aquello que en derecho le corresponde⁵². De igual modo Castillo Alva refiere que “defraudar más que poseer un sentido espiritual, a modo de infracción de deberes funcionales, significa que la concertación causa un daño al patrimonio del Estado, menoscabándolo”⁵³.

Esta segunda tesis propone entender al defraudar como sinónimo de perjuicio patrimonial o menoscabo económico que se causa al patrimonio de la entidad pública, asimismo esta postura permite armonizar mejor la relación del delito de colusión con los principios constitucionales de lesividad y de mínima intervención que inspiran y fundamentan la base de nuestro ordenamiento penal.

Debe añadirse también que esta posición no implica la impunidad de los casos en los que no se cause efectivamente un perjuicio patrimonial a la entidad estatal, pues aun se tendrá la posibilidad de recurrir al art. 16 del Código Penal y castigar la conducta a título de tentativa.

c. Perjuicio

Rojas Vargas señala “el perjuicio es un elemento intrínseco a la defraudación, es un componente material que lo objetiviza y diferencia del simple engaño”⁵⁴.

Tal como hemos desarrollado en la definición sobre defraudación, el perjuicio es un elemento que se encuentra comprendido dentro de la “defraudación”, el cual debe entenderse como aquel daño o menoscabo causado a los intereses del Estado como consecuencia de la contratación entre el funcionario público e interesado.

En la misma línea Salinas Siccha considera que el perjuicio es un elemento intrínseco de la defraudación, que se manifiesta como un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales⁵⁵.

Postura discrepante es la defendida por James REATEGUI, quien sostiene que la exigencia del perjuicio

encargos de la comisión especial confiada a los funcionarios y servidores públicos. Estos se valen de las atribuciones poseídas para variar, soslayar o sustituir ilícitamente los intereses y pretensiones estatales o paraestatales, los cuales por ley deben asegurar o cautelar, optando en cambio por preferir intereses diferentes e incluso por priorizar pretensiones particulares lesivas a los que son propios de la administración pública. Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Ob. Cit.*, p. 411.

⁴⁹ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 134

⁵⁰ *Ibidem*, p. 135

⁵¹ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo III. DE*, 18 edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1981, p.50. Señala también que por defraudar se entiende la

sustracción o abstención dolosa del pago de impuestos, o la apropiación indebida de cosa muebles recibidas con obligación de restituirla o cualquier fraude (v.) o engaño en las relaciones con otro. Significa además privar con infidelidad, engaño o abuso de confianza, de lo que a otro pertenece por derecho. Estafar. Engañar. Eludir el pago de los impuestos, sea por el total o parcial. Frustrar. Hacer inútil algo, o dejarlo sin efecto.

⁵² Cfr. GOLDSTEIN, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Ameba, 1962, p. 141.

⁵³ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. Cit.*, p.141.

⁵⁴ ROJAS VARGAS, Fidel, *Ob. Cit.*, p. 412

⁵⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.*, p. 245

resulta discutida en la medida que no se encuentra explícitamente indicada en el tipo penal⁵⁶. Al respecto, debe señalarse que si bien el perjuicio no se encuentra expresamente comprendido en el tipo penal, este se infiere de una correcta interpretación del vocablo “defraudar”.

Por su parte la jurisprudencia peruana a través de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso de nulidad N° 3611-2002, ha señalado que para el delito de colusión desleal “... es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos que son a) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, b) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado, c) mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial...”.

Asimismo, debe precisarse que el perjuicio al Estado tiene que ser consecuencia del concierto confabulatorio con los interesados, el perjuicio realizado por acto propio del sujeto activo sin nexo de concertación con el contratista no es típica de este delito, como tampoco lo es la sola concertación entre funcionarios públicos que deciden defraudar, así el juez tiene la obligación, pese a que la defraudación material haya sido acreditada, de verificar que ésta sea resultado de la concertación ilegal entre el funcionario público vinculado y el particular interesado y no resultado de irregularidades administrativas, negligencias del negociador o de fuerza mayor, etc.⁵⁷

Así, entre la concertación y el perjuicio efectivo debe existir una vinculación objetiva, vinculación que no puede ser puramente causal, sino que conforme a la teoría de la imputación objetiva se exige un nexo normativo entre la conducta colusoria y el perjuicio ocasionado al Estado, de este

modo el perjuicio al Estado debe ser la realización del riesgo creado por la infracción del deber del funcionario público coludido⁵⁸.

Es necesario precisar también que el perjuicio debe interpretarse en clave exclusivamente patrimonial, en cuanto detrimento o daño económico sufrido por la entidad estatal en concreto, como resultado del acto ilícito de la concertación⁵⁹, lo cual lleva a excluir del ámbito de protección de la norma otra clase de daños, como el daño al prestigio estatal, a las simples expectativas de mayor utilidad o a un supuesto daño moral⁶⁰.

El perjuicio que se cause al Estado puede consistir en pérdidas directas o en la privación de un lucro legítimo, así por ejemplo cuando el Estado realice un pago, un acto de disposición patrimonial, una prestación de servicios a la que no estaba obligado, y por la que no se le paga suma alguna o pagándolo no se trata de monto un equitativo y justo, o se estipule un contrato en condiciones económicas poco ventajosas para la entidad estatal⁶¹. En este sentido la afectación patrimonial del Estado puede recaer en actos de compraventa y adquisición de bienes como de prestación de determinados servicios⁶².

Conviene añadir que “el perjuicio patrimonial estatal no sólo puede provenir de una sobrevaluación del bien o del servicio o una cotización atípica, sino también posee como causa productora el derroche de recursos públicos contratando servicios innecesarios que pueden ser cubiertos por otras áreas de la entidad, por sus profesionales o porque sencillamente estos servicios por su facilidad en su ejecución no requieren de un profesional externo”⁶³.

Debe también descartarse la idea de que el perjuicio debe ser interpretado como el rechazo a la oferta más

⁵⁶ Cfr. REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Ob. Cit.*, p. 390

⁵⁷ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Ob. Cit.*, p. 413 - 414.

⁵⁸ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 49 y 142; De igual modo Castillo Alva sostiene que aquí se aplican las reglas comunes de la imputación objetiva: la concertación implica la conducta de creación de un riesgo típicamente relevante y el perjuicio supone la concreción o la realización de dicho riesgo, lo cual conduce a negar el delito cuando el daño o perjuicio patrimonial se deben a otras causas o factores distintos del acto de concertación como puede ser un desastre natural el poco cuidado de los almacenes de la entidad pública Estado en la preservación del producto. Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. Cit.*, 143 -144

⁵⁹ *Ibidem*, p. 141-142; Castillo Alva señala además que debe desterrarse la idea de que el delito de colusión ilegal supone siempre el perjuicio económico al Estado porque no se aceptó la oferta más económica para la adquisición de producto, en el sentido de más barata o más cómoda, debido a que las compras y adquisiciones estatales también se guían por otros principios que dado el caso pueden llegar a adquirir mayor peso y valor como la

ponderación de la calidad del bien, su duración, el mantenimiento que se ofrece, las condiciones de entrega, cuando se trata de productos de alta sensibilidad, porque cumple la finalidad que se propuso al convocar a licitación o concurso público. Asimismo señala que no siempre la compra de un bien a un precio menor es una buena compra, puesto que a dicho bien le puede faltar las condiciones de calidad apropiada. El pago de un precio superior por un bien puede estar justificado según las circunstancias.

⁶⁰ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 144.

⁶¹ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Ob. Cit.*, p. 412. Fidel Rojas Vargas comenta lo dicho por Luis Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandón Widow en su libro *Delitos contra la función pública, el derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*.

⁶² Cfr. MIR PUIG, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 337.

⁶³ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 148.

económica, pues en las contrataciones no sólo se evalúan los datos económicos, sino una serie de variables (como calidad, duración, mantenimiento) que al final determinarán cuál es el verdadero precio del producto o servicio⁶⁴.

Por tanto, de lo expuesto puede concluirse que el perjuicio al que hace referencia el tipo penal debe ser siempre referido a un detrimento o menoscabo patrimonial que sea consecuencia inmediata del acuerdo colusorio⁶⁵.

Por otra lado, se discute también en la doctrina y jurisprudencia, si es necesaria o no, la materialización del perjuicio para la consumación del tipo penal o basta sólo la configuración de un perjuicio potencial o un peligro de perjuicio. Así existen hasta tres posturas que intentan dar solución a esta disyuntiva:

a. Perjuicio Potencial

Un sector importante de la doctrina y jurisprudencia nacional, considera que el perjuicio en el tipo penal de colusión desleal, requiere únicamente ser potencial, el que debe ser entendido como la generación de un peligro concreto de perjuicio, esto es, que en el caso específico, hayan concurrido todos los factores necesarios para la realización del perjuicio⁶⁶, sin importar si el perjuicio efectivamente se materializó o no, pues el tipo penal se habría consumado al configurarse esa peligro potencial de perjuicio.

Bajo esta tesis, el delito de colusión constituiría un delito de peligro concreto, en el que deberán verificarse dos cuestiones, en primer lugar que la concertación sea ilegal y defraudatoria, y en segundo lugar que la afectación al patrimonio estatal no se produjo por casualidad⁶⁷.

Esta posición fue adoptada además en algunas resoluciones de la Corte Suprema, así en la R. N. N° 350-2005- Tumbes se establece *“que el delito de colusión importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo se concerta con los interesados defraudando al Estado (...) que la defraudación, en tanto medio comisivo, ha tenido como objetivo afectar el gasto público a través de un proceso licitatorio indebido, el cual incluso- como una*

*exigencia adicional a la consumación típica, que sólo requiere **peligro potencial**- en el presente caso resultó dañado no sólo (...)*⁶⁸.

De igual modo, en el Exp. N° 20-2003 -A.V.- Lima, se señala *“en su ámbito objetivo, el delito de colusión desleal incorpora dos elementos necesarios: i) la concertación (...) ii) En cuanto a la defraudación, la conducta que la define está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal (...) El **peligro potencial** que se requiere, es que deben darse ciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos*⁶⁹.

No se considera acertada esta tesis, pues ésta no se condice al tenor del tipo penal, el cual hace referencia a la situación objetiva de “defrauda al Estado”, lo cual supone la materialización de un perjuicio patrimonial a la entidad pública y refleja una situación actual, no ulterior ni potencial⁷⁰. Totalmente distinto sería si nuestra legislación en lugar de “defrauda” hubiese incluido la expresión “para defraudar”, como lo hace la legislación española, en cuyo caso no sería necesario la verificación de un perjuicio real o efectivo⁷¹.

b. Perjuicio Efectivo

Según esta tesis, el delito de colusión es un delito de resultado. En los delitos de resultado es imaginable teóricamente- y por ello distan de los de mera actividad- la existencia de una distancia espacio-temporal entre movimiento corporal y resultado material⁷².

La comprobación del perjuicio efectivo al patrimonio estatal como elemento constitutivo del tipo penal de colusión, es también una posición que de manera frecuente ha asumido la Corte Suprema. En tal sentido, la ejecutoria R. N. N° 310- 2003-Apurimac, establece “el tipo objetivo del delito de colusión desleal exige que el funcionario o servidor público, en el ejercicio de su cargo, ilegalmente, acuerde de modo subrepticio, con los interesados, determinadas adquisiciones, servicios o negociaciones en perjuicio

⁶⁴ Cfr. REQUEJO SÁNCHEZ, Césil Hedelmar, *El delito de colusión*, en Actualidad Jurídica, p.129; GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 143. Castillo Alva manifiesta que el pago de un precio superior por un bien puede estar justificado según las circunstancias

⁶⁵ Cfr. REQUEJO SÁNCHEZ, Césil, *Ob. Cit.*, p. 129.

⁶⁶ Cfr. REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Ob. Cit.*, p. 391

⁶⁷ Cfr. REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Ob. Cit.*, p. 391

⁶⁸ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *Ob. Cit.*, 337. El resaltado es nuestro.

⁶⁹ Cfr. MURO ROJO, Manuel, *El Código penal en su jurisprudencia*. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del código penal, Lima, Gaceta jurídica. 2007, p. 400. El resaltado es nuestro

⁷⁰ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. Cit.*, p.139

⁷¹ El Art. 436 del Código Penal Español que establece “(...) se concertara con los interesados o usase cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público”.

⁷² Cfr. REATEGUI SÁNCHEZ, James, *Ob. Cit.*, p. 393-394

patrimonial de una entidad del Estado. El perjuicio importa un atentado efectivo al patrimonio estatal⁷³.

La ausencia de perjuicio efectivo para el patrimonio del Estado, no generará tampoco impunidad, sino que podrá castigarse a título de tentativa si es que se demuestra la configuración de un acuerdo colusorio entre funcionario público y particular interesado, que finalmente no produjo un perjuicio efectivo, por causas no atribuibles a los partícipes⁷⁴.

Asimismo, es preciso resaltar la importancia y necesidad de la práctica de una pericia contable o de otro tipo, en la prueba o comprobación del delito de colusión desleal, pues a través de ella podrá acreditarse que existió de manera objetiva y tangible un perjuicio económico al patrimonio del Estado⁷⁵, lo cual aunado a la verificación de la conexión del perjuicio con los acuerdos ilícitos entre funcionario y particular interesado, permitirán demostrar irrefutablemente la consumación del delito de colusión.

Por último y como ya se ha señalado, en igual sentido que Castillo Alva, consideramos que esta posición concuerda mejor con principios constitucionales de enorme valor como es el **principio de lesividad y el principio de intervención mínima**⁷⁶.

73 Cfr. MURO ROJO, Manuel, *Ob. Cit.*, 400. El resaltado es nuestro; esta línea doctrinal también fue defendida por cierto sector del Ministerio Público, que exigía un resultado-perjuicio efectivo- a los intereses del Estado, para configurar el delito de colusión desleal, así en la acusación fiscal recaída en el Expediente 049-2001 expedido por la Quinta Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios se señala lo siguiente: "A) El 11 de mayo de 1995, en sesión del directorio N° 19, integrado por Danfer Suárez Carranza (Presidente), Javier Manuel Revilla Palomino, Mario Rodolfo Gálvez Pinillos, Alberto Zarak Alvarado, Luis Enrique Duthurburu Cubas, Juan Silvio Valencia Rosas y Alejandro Vigo Gallirgos, financiera Regional del Sur- FINSUR, aprobó la compra del hotel Tampu Diplomata; a mérito de esto el 16 de mayo de 1995 se concretó esta operación por la suma de US\$ 2700 000.00 a través de la respectiva escritura pública suscrita ante el notario Alfredo Paino Scarpati. B) De esa cantidad, US\$ 2070071.00 fueron utilizados para el pago de la obligación que tenía Palm Suite SA con la caja no sólo recobró su inversión del orden de US\$ 1650 000.00, sino que además obtuvo los correspondientes ingresos por los intereses pactados y por la mora incurrida, en consecuencia desde esta perspectiva se tiene que la de esta operación no se deriva ningún perjuicio económico para la Caja, toda vez que la obligación pendiente de saldarse a su favor, lo fue justamente con el producto de la venta; C) En ese orden de ideas tenemos que por una lado la Caja de Pensiones Militar Policial satisfizo sus interés y por otro lado que FINSUR incrementó su patrimonio con la adquisición de aquel inmueble, que además fue comprado a un valor por debajo del monto al que fue tasado (US\$ 4062 500.00) al momento de garantizar el crédito a favor de Palm Suite SA; D) Es por estas consideraciones que la conducta de los miembros del Consejo Directivo de FINSUR que aprobó la compra del Hotel Tampu Diplomata no resultó lesiva a los intereses de la Caja de Pensiones

c. Opción Mixta

Finalmente debe agregarse, que existe también otra postura respecto al elemento "perjuicio", la cual se recoge en diversas ejecutorias de la Corte Suprema, así en la R. N. N° 238-2005 se señala "Que la conducta de los citados encausados fue tipificada en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, que sanciona al funcionario o servidor público- delito especial- que con ocasión, entre otros, de subastas en la que intervengan por razón de su cargo o comisión especial defraudan al Estado o entidad u organismo del Estado concertando con los interesados; que como premisa fluye que se trata de un injusto penal de resultado cuyo núcleo rector típico es **defraudar al Estado, real o potencialmente (...)**"⁷⁷.

Asimismo en la R.N.N° 3250-2005- Ayacucho, la Sala Penal Permanente señaló "En lo atinente al delito de concusión en su modalidad de colusión, previsto y normado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código sustantivo, es de puntualizar que esa figura penal se caracteriza porque el núcleo rector del comportamiento ilícito es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por este, mediante la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, entendiéndose el

Militar Policial y por consiguiente tampoco a los intereses del Estado, razón por la cual la conducta de los procesados en este extremo se encuentre desprovista de contenido penal al no presentarse la defraudación como elemento componente del tipo penal previsto y penado por el artículo 384º del Código Penal. En ese sentido, esta Fiscalía Superior Especializada, en aplicación del artículo 221º del Código de Procedimientos Penales, PROPONE a la Sala el SOBRESEIMIENTO de lo actuado en cuanto a este extremo se refiere, ARCHIVÁNDOSE DEFINITIVAMENTE". Lo cual evidencia que para el Ministerio Público el perjuicio real en el delito de colusión desleal resulta ser el elemento crucial a la hora de cerrar la tipicidad penal de este delito, es claro por tanto que el Fiscal Superior se adhiere a la concepción real del perjuicio para el delito de Colusión. Cfr. REATEGUI SÁNCHEZ, James, *Ob. Cit.*, p. 394-395.

74 Cfr. REATEGUI SÁNCHEZ, James, *Ob. Cit.*, p. 395; GARCÍA CAVERO, Percy, *Ob. Cit.*, p. 49

75 De igual modo Rojas Vargas considera que es de primera importancia para verificar el perjuicio los informes y dictámenes técnicos de ley, que al respecto se hayan realizado administrativamente, vía control o ya en sede judicial. Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Ob. Cit.*, p. 412. Reyna Alfaro señala también que "justamente por su carácter patrimonial, el perjuicio debe ser valorable y cuantificable económicamente, lo que supone que su determinación debe ser objeto de prueba en el proceso penal en miras a la efectiva comprobación de la existencia de la acción típica". Cfr. REYNA ALFARO, Luis. Estructura atípica del delito de colusión. En *Actualidad Jurídica N° 130*, Gaceta Jurídica, Septiembre, 2004, p. 68

76 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 141-142.

77 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 274. El resaltado es nuestro

fraude como el “perjuicio patrimonial” potencial o real para la administración”⁷⁸.

De igual modo en la R.N. Nº 3017-2004, expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria en la que se establece “que el delito de colusión previsto 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, 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 al Estado, constituyendo el fraude el perjuicio patrimonial potencial o real para la administración”⁷⁹.

No consideramos acertada esta postura, pues si postulamos y defendemos que el delito de colusión desleal es un delito de resultado material, debe exigirse hasta al final la comprobación del perjuicio patrimonial a la entidad estatal, sin vacilar en dicho fin, y proponer tesis como la aquí comentada, que no define cuál es su orientación, creando finalmente una situación de incertidumbre sobre el momento consumativo del ilícito penal.

1.1.3. Diversas modalidades contractuales: contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas u operación semejante

“El ilícito previsto en el artículo 384º del Código Penal, exige que el funcionario o servidor público a cargo de las adquisiciones, concierte con las empresas proveedores, con la finalidad de favorecerlos indebidamente con el otorgamiento irregular de tratos de provisión en menoscabo del patrimonio estatal”⁸⁰.

La intervención del funcionario público, en estas específicas áreas de actuación de gestión económica puede realizarse en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública⁸¹.

La descripción típica- como acertadamente comenta Polaino Navarrete- hace un exagerado alarde superfluo y contraproducente pleonasma legislativo, bastando únicamente una alusión a la intervención en “contrataciones públicas”, no teniendo sentido indicar las “modalidades” de la contratación como si de ellas

derivara alguna relevancia penal, el inoportuno circunloquio legal contribuye sólo a problematizar la determinación del sentido de la norma y la delimitación de la materia de la prohibición⁸².

De este modo, en el tipo penal se hace alusión a los actos jurídicos o modalidades contractuales, en los cuales el Estado es parte.

- **Contratos**, son acuerdos escritos formalizados que celebra el Estado con los particulares para la ejecución de obras, provisión de bienes, prestación de servicios⁸³, entre otros⁸⁴.
- **Suministros**, son acuerdos a los que llega la entidad estatal con los particulares para que estos se encarguen de proporcionarle prestaciones de bienes y/o servicios⁸⁵. En este contrato, el particular, mediante una remuneración pagada por la administración, se encarga de proporcionar prestaciones mobiliarias, así por ejemplo, combustibles para vehículos del Estado, alimentos para un regimiento, armas, ropas, mercaderías, u otras⁸⁶.
- **Licitaciones**, se trata de un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad o conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras⁸⁷.

La utilidad de las licitaciones reside en que permite elegir al proveedor particular que ofrece las condiciones económicas más ventajosas, prescindiendo de consideraciones de otra naturaleza; la licitación se realiza atendiendo a las condiciones incluidas en las bases publicadas por el organismo licitante y con sujeción a dos principios fundamentales, el principio de publicidad, que debe mantenerse en toda la convocatoria, y el principio de solemnidad del acto de licitación⁸⁸; de este modo la administración pública invita a los interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, planteen sus propuestas, de las cuales se elegirá la más favorable⁸⁹.

Se señala asimismo que a través de la licitación pública, se protege el interés público, esto en razón

⁷⁸ GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 305-306. El resaltado es nuestro

⁷⁹ *Ibidem.*, p. 349. El resaltado es nuestro.

⁸⁰ *Ibidem.*, p. 325. Ver considerando sétimo de la ejecutoria suprema del 14 de febrero de 2005, R.N. Nº 1016-2004- Ayacucho

⁸¹ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Ob. Cit.*, p. 419.

⁸² *Ibidem.*, *Ob. Cit.*, p. 418-419.

⁸³ Así tenemos por ejemplo el transporte de bienes, programas de asesoramiento nacional o internacional, etc. Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Ob. Cit.*, p. 417

⁸⁴ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Ob. Cit.*, p. 251.

⁸⁵ *Ibidem*

⁸⁶ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Ob. Cit.*, p. 417- 418.

⁸⁷ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Ob. Cit.*, p. 251

⁸⁸ Cfr. HUGO ALVAREZ, Jorge. *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, 2da edición, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2002, p. 86.

⁸⁹ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Ob. Cit.*, p. 418

a que la licitación es un procedimiento complejo que permite evaluar la mejor propuesta en beneficio del Estado. Así la licitación como procedimiento complejo supone además una serie de actos sucesivos: autorización, publicación de pliego de condiciones y convocatoria, prestación de propuestas, garantías, apertura de propuestas, otorgamiento de la buena pro, adjudicación y aprobación⁹⁰.

- **Concurso de precios**, el término “concurso” es entendido como la convocatoria o llamamiento público, para que se proceda posteriormente a la elección de la mejor oferta de costos. Como la denominación misma indica el énfasis administrativo de la locución está situado en el mejor precio que presente la oferta dirigida a la administración pública⁹¹, oferta que se realiza previa invitación cursada por la entidad estatal que convoca al concurso⁹².
- **Subastas**: son actos de venta pública de bienes al mejor postor, puede hacerse judicial o administrativamente⁹³. La subasta pública es de carácter judicial cuando se realiza por orden de la autoridad jurisdiccional competente, y es administrativa, cuando la llevan a cabo entes estatales sin necesidad de la autorización o presencia del juez o autoridad judicial⁹⁴.
- **Operación semejante**: el tipo penal deja la posibilidad que otra operación similar a las antes mencionadas en la cual el Estado u organismo estatal sea parte, se constituya en objeto del delito de colusión desleal, no obstante estas operaciones están condicionadas a que necesariamente sean bajo una colusión o concertación ilegal. Salinas Siccha considera que estas operaciones deben enmarcarse forzosamente en los procesos de selección y contratación pública para las adquisiciones del Estado, de este modo podrían incluirse otros procesos de selección no mencionados expresamente en el tipo penal, como sería el caso de la adjudicación directa o la

adjudicación de menor cuantía, no pudiendo aplicarse este delito a cualquier tipo de operación económica que realice el Estado a través de sus funcionarios, pues esta extensión del ámbito de aplicación del tipo penal implicaría salirse de lo establecido por el artículo 384º del Código Penal⁹⁵.

Opinión distinta es la esbozada por Fidel Rojas Vargas, quien citando al jurista Alberto Millán, sostiene que situaciones donde se aduzca que no se ha contratado, así por ejemplo una expropiación, un secuestro, embargo, incautación de bienes, comiso, etc., u otras operaciones tales como la concesión de uso de bienes del dominio público, liquidaciones de empresas públicas u otras, así como diversos contratos de riesgo (exploración- prospección de probables asientos petroleros, implementación de planes pilotos, etc.), quedan comprendidas bajo la frase “cualquier otra operación semejante”⁹⁶.

1.1.2. Tipicidad Subjetiva: Elemento Subjetivo: Dolo

a. Dolo directo u otro

El delito de colusión es una infracción eminentemente dolosa⁹⁷. Un sector de la doctrina nacional, considera posible su comisión solo con una forma particular de dolo como es el dolo directo, en virtud de las características propias del tipo penal⁹⁸, lo que se infiere de la exigencia de conocer y querer los elementos “concertar”, “ilegalidad” y “fraude” que evidencian la intencionalidad del autor⁹⁹; señalándose asimismo que el concierto para defraudar, resulta impensable con dolo eventual¹⁰⁰.

En este sentido, Fidel Rojas Vargas refiere que se trata de un delito donde el dolo del funcionario o servidor público necesariamente deberá ameritar una intención defraudatoria a los intereses estatales, esto es, requerirá del dolo directo para poder perfeccionar la relevancia penal del supuesto hecho, dolo que además

negociación incompatible (o colusión desleal para nosotros) es dolosa, de modo que el error y la ignorancia esenciales, aun culpables, excluyen la aplicación del Art. 265 del Código Penal Argentino, debiendo mediar un móvil económico. Fontán Señala además que el dolo no tiene por qué abarcar un perjuicio a la administración pública, que el delito tampoco tiene por qué causar o perseguir. El móvil de lucro es perfectamente posible sin perjuicio para nadie. Cfr. FONTAN BALESTRA, Carlos, *Ob. Cit.*, p. 965-966.

⁹⁸ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. Cit.*, p. 422; SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.*, p. 263.

⁹⁹ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 316

¹⁰⁰ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. Cit.*, p. 422.

⁹⁰ *Ibidem*

⁹¹ *Ibidem*, p. 419.

⁹² Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.*, p. 251

⁹³ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.*, p. 251

⁹⁴ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. Cit.*, p. 419

⁹⁵ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.*, p. 251- 252.

⁹⁶ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. Cit.*, p. 420

⁹⁷ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 171. Por el término dolo, se entiende el querer, dominado por el saber de la realización del tipo objetivo, esto es, aquel conocimiento y voluntad de la realización del tipo. Cfr. VILLA STEIN, Javier, *Ob. Cit.*, 253; En Argentina se señala que subjetivamente la

deberá existir en quienes sean imputados a título de cómplices¹⁰¹.

Opinión distinta es la defendida por Castillo Alva, quien sostiene que “sin que pueda negarse que efectivamente el sentido social de la concertación representa un comportamiento básicamente intencional como lo puede ser el engaño en la estafa o la violencia en el robo; queda claro que bien puede aceptarse la realización del tipo penal a título de dolo eventual en la medida que haya un conocimiento de la capacidad concreta de la lesividad de la conducta respecto al perjuicio (...)”¹⁰². Para ello, es necesario- explica Castillo Alva- que el autor o partícipe conozca los alcances de su intervención en los actos concretos de contratación estatal, debiéndose acreditar cuestiones tales como si el autor conocía las circunstancias, la sobrevaluación, la mala calidad de los productos y otros supuestos, no siendo suficiente que el autor o partícipe intervenga objetivamente en el contrato estatal, es necesario que se pruebe su actuación en las maniobras colusorias y en el caso que se trate de probar su condición de cómplice, deberá demostrarse que conocía la sobrevaluación, la baja calidad de los bienes, su deterioro o que estos nunca ingresaron al almacén¹⁰³.

Al respecto, no compartimos la posición de Castillo Alva, quien resalta el conocimiento de la capacidad de lesividad de la conducta respecto al perjuicio, el cual es un factor importante en la comisión de este ilícito, sin embargo obvia destacar el conocimiento que debe tenerse sobre la concertación, la cual además constituye el principal elemento típico de la colusión desleal y es y debe ser la causa del consecuente perjuicio que se cause a la Administración Pública. Y sobre tal elemento no cabe otra clase de dolo más que el dolo directo.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha destacado la necesidad de que se pruebe **el dolo de la concertación**, de modo que si no se llega a probar el conocimiento y la voluntad respecto al concierto desleal, no se configurará el delito de colusión desleal¹⁰⁴. Similar criterio se observa en la sentencia de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Junín, del 12 de septiembre de 1996, en la que se establece

que “al aprovechar un funcionario público su intervención en los procesos de adquisición de bienes y servicios (...) para concertar dolosamente, esto es, conscientemente y con voluntad, con los proveedores, de manera secreta y para defraudar al Estado, constituye delito de colusión desleal”¹⁰⁵.

Se menciona también que el comportamiento doloso está sujeto al conocimiento de las diversas variables y condicionamientos del mercado, sin embargo existen situaciones en las que resulta sumamente difícil el conocimiento de la sobrevaloración de precios, así sucedió por ejemplo en la ejecutoria de fecha 20 de mayo del 2005 (Recurso de Nulidad N° 1070-2004) expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia la cual señaló lo siguiente: “Que, coadyuvando al dicho del procesado obran las pericias (...), que concluyen que la responsabilidad por la constatación de la calidad de los bienes adquiridos corresponde al Jefe del Almacén, quien era el servidor al cual le competía informar si dichos productos no cumplían con las condiciones necesarias. Y en cuanto a la sobrevaluación concluye que se trata de una irresponsabilidad de tipo administrativo, ante la inexistencia de un registro de proveedores en la institución agraviada, quienes debían presentar en forma permanente sus listas de precios debidamente actualizadas, ya que durante el periodo comprendido entre mayo y diciembre de mil novecientos noventa y uno el país pasaba por una inestabilidad económica como consecuencia del cambio de moneda, mal puede entonces, requerírsele al procesado un conocimiento cabal de los estándares del precio del mercado; de esta forma la inexistencia de estos documentos permiten aseverar que obra en autos duda respecto a la conducta desplegada por el procesado, duda que en aplicación del principio constitucional del in dubio pro reo, compele al juzgador a emitir sentencia absolutoria, por lo cual la resolución venida en grado se encuentra arreglada a ley”¹⁰⁶.

Asimismo un sector de la doctrina extranjera, considera que existe un elemento subjetivo adicional aparte del dolo, como es, el ánimo de lucro por parte del sujeto activo, no obstante la doctrina peruana sostiene en unanimidad que el “ánimo de lucro” ya sea propio o

fuera mayor no se probó que respondía a un acuerdo colusorio, así lo dispuso la Corte Suprema la Ejecutoria Suprema recaída en la R. N. N° 1022-2004 del 7 de diciembre de 2004. Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 173

¹⁰⁵ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.*, p. 263.

¹⁰⁶ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 224; el resaltado es nuestro

¹⁰¹ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. “Ubicación dogmático- normativa y rol que juegan los “interesados” en el delito de Colusión Desleal”, *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 34, Julio 2001, p. 68.

¹⁰² Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. Cit.* p. 172.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 172-173.

¹⁰⁴ Así José Luis Castillo Alva, pone el caso de un asesor externo que al absolver una consulta respecto a las especificaciones de las obras originales fue de opinión favorable a la misma y pese a que el gasto

ajeno, no es elemento del tipo penal, pese a que frecuentemente esté presente en el sujeto activo y sus colaboradores¹⁰⁷. De igual modo, se mantiene una opinión similar respecto al “ánimo defraudatorio”, exigido también por una parte de la doctrina extranjera¹⁰⁸.

Pero bien, en atención a lo antes expuesto es menester precisar que no sólo es necesario un conocimiento respecto a la concertación, sino que es preciso el conocimiento efectivo de cada uno de los componentes de la tipicidad objetiva debido a que la falta de conocimiento de cualquiera de estos elementos conduciría a una cancelación de la punibilidad¹⁰⁹.

Finalmente y teniendo claro que el delito de colusión desleal es un ilícito de comisión dolosa, es indudable que no cabe la modalidad imprudente incompatible estructuralmente con un comportamiento defraudatorio¹¹⁰.

Conclusiones

El delito de colusión desleal es un tipo penal de resultado que tiene como elementos conformadores el “acuerdo colusorio”, la “defraudación” y las “diversas modalidades contractuales”.

En cuanto a la concertación, ésta no es otra cosa que el ponerse de acuerdo el funcionario con el interesado, con la finalidad de defraudar al ente público. No basta, la mera solicitud o proposición dirigida a obtener un acuerdo, sino que es preciso que efectivamente se haya logrado éste. Asimismo esta concertación debe haber provocado una defraudación al Estado, defraudación que debe ser entendida como aquel perjuicio patrimonial o menoscabo económico que se cause efectivamente al patrimonio de la entidad pública, siendo por un tanto un tipo de resultado material.

Además, el acuerdo colusorio y la defraudación, deben llevarse a cabo en el marco de una contratación pública, tales como los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas u operación semejante que realizan con frecuencia las diversas entidades estatales.

Por último, debe mencionarse que el delito de colusión desleal es un tipo penal eminentemente doloso, por lo que para la configuración de la tipicidad de la conducta, debe verificarse además de la concurrencia de todos los elementos objetivos, la presencia del conocimiento y de la voluntad respecto a los elementos objetivos, es decir, debe comprobarse la presencia del dolo directo.

¹⁰⁷ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 316; GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 174; en igual sentido Rojas Vargas considera que 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 en un gran número de casos pueda producirse, configurando

concurso con el delito de cohecho. ROJAS VARGAS, Fidel, *Ob. Cit.*, p. 413

¹⁰⁸ Cfr. MIR PUIG, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 340; POLAINO NAVARRETE. *Ob. Cit.*, p. 420.

¹⁰⁹ Cfr. REATEGUI SÁNCHEZ, James, *Ob. Cit.*, p. 397.

¹¹⁰ Cfr. MIR PUIG, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 339.