

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



UPLA
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

TESIS

**EL GRADO DE INTERVENCION DELICTIVA DEL
EXTRANEUS PARA LA CONFIGURACION DEL
DELITO DE COLUSION EN LA LEGISLACION
PERUANA**

Para optar	: El título profesional de abogado
Autor(es)	: Bach. Moran Pimentel Cris : Bach. Salas Yancan Kihalil Eduardo
Asesor	: Mg. Maravi Zavaleta Glenda Lindsay
Línea de investigación institucional	: Desarrollo Humano y derechos
Área de investigación institucional	: Ciencias Sociales
Fecha de inicio y culminación	: 01-03-2022 a 28-02-2023

HUANCAYO - PERÚ

2023

HOJA DE JURADOS REVISORES

DR. POMA LAGOS LUIS ALBERTO

Decano de la Facultad de Derecho

DR. OCHOA DIAZ FELIPE EFRAIN

Docente Revisor Titular 1

MG. CUNYAS ENRIQUEZ PEDRO SAUL

Docente Revisor Titular 2

ABG. ILAVE GARCIA LORENZO PABLO

Docente Revisor Titular 3

MG. LLANOS GAMARRA RAFAEL OMAR

Docente Revisor Suplente

DEDICATORIA

A mi madre y hermana Sue, por su apoyo incondicional en cada uno de mis pasos. A mi papá Francisco por incentivar en mí la carrera del Derecho y ser artífice de mi dedicación hacia ella. **CRIS MORAN**

A mi madre, por su apoyo constante e incondicional, y ser pieza fundamental para la culminación de mi carrera profesional. **EDUARDO SALAS**

AGRADECIMIENTO

Agradecemos a nuestra alma mater, Universidad Peruana Los Andes, porque en sus aulas universitarias adquirimos todos los conocimientos necesarios para ser grandes profesionales. Gracias a nuestros familiares, por su apoyo constante, confianza y amor a lo largo de nuestra vida universitaria, para lograr culminar una carrera profesional. Gracias a cada una de las personas que brindaron gustosamente apoyo en cada una de las etapas del proceso de investigación para realizar este trabajo.

CONSTANCIA DE SIMILITUD



NUEVOS TIEMPOS
NUEVOS DESAFIOS
NUEVOS COMPROMISOS

CONSTANCIA DE SIMILITUD

N ° 0001- FDCP -2024

La Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones, hace constar mediante la presente, que la **Tesis** Titulada:

EL GRADO DE INTERVENCION DELICTIVA DEL EXTRANEUS PARA LA CONFIGURACION DEL DELITO DE COLUSION EN LA LEGISLACION PERUANA

Con la siguiente información:

Con Autor(es) : **BACH. SALAS YANCAN KLHALIL EDUARDO
BACH. MORAN PIMENTEL CRIS**

Facultad : **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Escuela profesional : **DERECHO**

Asesor(a) : **Mg. MARAVI ZAVALETA GLENDA LINDSAY**

Fue analizado con fecha **04/01/2024** con **226** pág., en el Software de Prevención de Plagio (Turnitin); y con la siguiente configuración:

Excluye Bibliografía.

Excluye Citas.

Excluye Cadenas hasta 20 palabras.

Otro criterio (especificar)

El documento presenta un porcentaje de similitud de **30**%.

En tal sentido, de acuerdo a los criterios de porcentajes establecidos en el artículo N° 11 del Reglamento de Uso de Software de Prevención de Plagio. Se declara, que el trabajo de investigación: **Si contiene un porcentaje aceptable de similitud.**

Observaciones:

En señal de conformidad y verificación se firma y sella la presente constancia.

Huancayo, 04 de enero de 2024



MTRA. LIZET DORIELA MANTARI MINCAMI
JEFA

Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones

CONTENIDO

HOJA DE JURADOS REVISORES	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
CONSTANCIA DE SIMILITUD	v
CONTENIDO	vi
RESUMEN.....	xv
ABSTRACT.....	xvi
INTRODUCCIÓN	xvii

CAPÍTULO I

DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática	20
1.2. Delimitación del problema.....	25
1.2.1. Delimitación espacial.....	25
1.2.2. Delimitación temporal.	25
1.2.3. Delimitación conceptual.	25
1.3. Formulación del problema	26
1.3.1. Problema general.	26
1.3.2. Problemas específicos.....	26
1.4. Justificación de la investigación.....	26
1.4.1. Justificación teórica.	26

1.4.2. Justificación práctica.	27
1.4.3. Justificación social.....	28
1.4.4. Justificación metodológica.	28
1.5. Objetivos de la investigación	28
1.5.1. Objetivo general.....	28
1.5.2. Objetivos específicos.	29
1.6. Supuestos de la investigación.....	29
1.6.1. Supuesto general.....	29
1.6.2. Supuestos específicas.....	29
1.6.3. Operacionalización de categorías.	29
1.7. Propósito de la investigación	30
1.8. Importancia de la investigación	30
1.9. Limitaciones de la investigación.....	30

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación	31
2.1.1. Antecedentes internacionales.....	31
2.1.2. Antecedentes nacionales.	36
2.2. Bases teóricas de la investigación.....	45
2.2.1. Algunas consideraciones sobres los Delitos de Infracción de Deber.	45
2.2.1.1. <i>La Coautoría en los delitos de infracción de deber.</i>	46

2.2.1.2. Autoría mediata en los delitos de infracción de deber.	47
2.2.1.3. La participación en los delitos de infracción de deber.	48
2.2.2. El delito de colusión en la legislación peruana.	48
2.2.2.1. Evolución legislativa del delito de colusión.	48
2.2.2.1.1. El delito de colusión en el Código Penal de 1924.	48
2.2.2.1.2. El delito de colusión en el Código Penal de 1991	50
2.2.2.2. Concepto de funcionario público.	57
2.2.2.3. Concepto de servidor público.	58
2.2.2.4. Concepto del funcionario y servidor público en la Convención Americana Contra La Corrupción.	60
2.2.2.5. Colusión simple.	62
2.2.2.6. Colusión agravada	63
2.2.2.7. Delitos de resultado (delitos de peligro y lesión).	64
2.2.2.8. Delito de colusión simple como delito de peligro concreto.	67
2.2.2.9. Delito de colusión agravada como delito de lesión.	69
2.2.2.10. Diferencias.	70
2.2.2.11. Bien jurídico protegido.	71
2.2.2.11.1. Bien jurídico general.	71
2.2.2.11.2. Bien jurídico específico.	71
2.2.2.12. Tipicidad objetiva.	74
2.2.2.12.1. Peligro potencial de la defraudación.	74

2.2.2.12.2. Perjuicio real de la defraudación al estado.	75
2.2.2.12.3. Relación funcional.	76
2.2.2.12.4. Concertación en las contrataciones con el estado.	77
2.2.2.13. Tipicidad subjetiva.	78
2.2.2.13.1. Concurrencia del dolo entre el intraneus y extraneus para la configuración del injusto penal.	79
2.2.2.14. Sujetos en el delito de colusión.	80
2.2.2.14.1. Sujeto activo.	80
2.2.2.14.2. Sujeto pasivo.	81
A. Agraviado.	81
B. La posibilidad de otros perjudicados.	82
2.2.2.15. Actuales consideraciones sobre Autoría y Participación en el Delito de Colusión en la legislación peruana.	83
2.2.3. Intervención necesaria en el delito de colusión desleal.	84
2.2.3.1. Delitos de intervención necesaria.	84
2.2.3.1.1. Delitos de convergencia.	84
2.2.3.1.2. Delitos de encuentro.	85
A. Complementariedad de la intervención delictiva.	88
B. El delito de colusión como delito de encuentro.	89
2.2.3.2. La intervención delictiva del extraneus en el delito de colusión.	91
2.2.3.3. Complementariedad del extraneus en el delito de colusión.	92

2.2.4. Los roles generales y los roles especiales.....	92
2.2.4.1. <i>El deber general (nebidem laedere)</i>	94
2.2.4.2. <i>El deber especial de responsabilidad institucional.</i>	96
2.2.4.2.1. <i>La relación institucional paterno-filial.</i>	97
2.2.4.2.2. <i>La relación institucional del Estado.</i>	98
2.2.4.2.3. <i>El deber especial del funcionario público.</i>	98
A. <i>Deberes especiales positivos del intraneus.</i>	98
B. <i>Deberes especiales negativos del extraneus.</i>	99
2.2.5. Fundamentos dogmáticos entorno a las clases de colusión.	101
2.2.5.1. <i>Colusión pasiva.</i>	101
2.2.5.1.1. <i>Autoría de la colusión pasiva.</i>	102
2.2.5.1.2. <i>Participación.</i>	103
2.2.5.1.3. <i>Fundamento político – criminal de la pena.</i>	104
2.2.5.2. <i>Colusión activa.</i>	105
2.2.5.2.1. <i>Alcances dogmáticos sobre la autoría del extraneus.</i>	107
A. <i>Fundamentos.</i>	107
A.1. <i>La unidad o complementariedad delictiva con el delito de colusión pasiva.</i>	107
A.2. <i>Deficiencia de la teoría del título de la unidad del título de imputación.</i>	108
A.3. <i>Aplicación unitaria de los delitos de encuentro.</i>	109

A.4. <i>Solución a una complicidad en cadena (Objeciones a los fundamentos de la Casación N° 661-2016-Piura).</i>	110
B. <i>Requisitos para su aplicación.</i>	112
B.1. <i>Incorporación de la colusión activa.</i>	112
B.2. <i>Concurrencia delictiva de la colusión activa con la colusión pasiva.</i>	112
B.3. <i>La concurrencia del dolo directo del intraneus y extraneus.</i>	113
2.2.5.2.2. <i>Participación en la colusión activa.</i>	113
2.2.5.2.3. <i>Fundamento político – criminal de la pena.</i>	113
2.2.5.2.4. <i>Colusión activa simple (delito de peligro).</i>	114
2.2.5.2.5. <i>Colusión activa agravada (delito de lesión).</i>	115
2.2.5.2.6. <i>Concertación con el funcionario público.</i>	117
2.2.5.2.7. <i>Bien jurídico protegido.</i>	118
2.2.5.2.8. <i>Sujeto activo.</i>	119
2.2.5.2.9. <i>Sujeto pasivo.</i>	119
A. <i>Agraviado.</i>	119
B. <i>Perjudicado.</i>	119
2.2.5.2.10. <i>Tipicidad subjetiva.</i>	120
2.2.5.2.11. <i>Tentativa.</i>	120
2.2.5.2.12. <i>Consumación.</i>	121
2.3. <i>Marco conceptual</i>	122

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica	126
3.1.1. Enfoque metodológico.....	126
3.1.2. Postura Epistemológica jurídica.	128
3.2. Metodología paradigmática.....	129
3.3. Diseño del método paradigmático.....	130
3.3.1. Trayectoria del estudio.	130
3.3.2. Escenario de estudio.	131
3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.....	132
3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	132
3.3.4.1. <i>Técnica de recolección de datos.</i>	132
3.3.4.2. <i>Instrumento de recolección de datos.</i>	133
3.3.5. Tratamiento de la información.....	133
3.3.6. Rigor científico.	134
3.3.7. Consideraciones éticas.....	134

CAPITULO IV

RESULTADOS

4.1. Descripción de los resultados.....	136
4.2. Contrastación de supuestos	149
4.3. Discusión de resultados.....	158

4.4. Propuesta de mejora	187
CONCLUSIONES	197
RECOMENDACIONES	199
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	203
ANEXOS	213
Anexo 1: Matriz de consistencia.....	214
Anexo 2: Matriz de operacionalización de categorías	215
Anexo 3: Matriz de operacionalización del instrumento (solo cualitativo empírico)	216
Anexo 4: Instrumento de recolección de datos.....	217
Anexo 5: Validación de expertos del instrumento (solo para el enfoque cualitativo empírico)	219
Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolectó datos (solo para el enfoque cualitativo empírico)	220
Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectara los datos (solo para el enfoque cualitativo empírico)	221
Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas (solo para el enfoque cualitativo empírico).....	222
Anexo 9: Constancia de que se aplicó el instrumento de recolección de datos por parte de la entidad donde se debía recolectar los datos (solo para el enfoque cualitativo empírico)	223
Anexo 10: Evidencias fotográficas (solo para el enfoque cualitativo empírico).224	

Anexo 11: Compromiso de autoría.....225

Anexo 11: Compromiso de autoría.....226

RESUMEN

La investigación partió del **problema general**: ¿De qué manera el grado de intervención delictiva del extraneus incide en la configuración del delito de colusión en la legislación peruana?, **objetivo general** fue: Determinar que el grado de intervención delictiva del extraneus incide en la configuración del delito de colusión en la Legislación Peruana. La **metodología** aplicada fue cualitativa - dogmática jurídica de corte propositivo y postura epistemológica iuspositivista, metodología paradigmática: teórica – jurídica, diseño paradigmático: argumentación y hermenéutica jurídica; escenario de estudio: ordenamiento jurídico nacional; caracterización de sujetos: artículo 384° del Código Penal; técnica aplicada: análisis de contenido documental e instrumento: fichas. El **resultado** fue: el extraneus es autor del delito de colusión en su modalidad simple y agravada por considerarse su intervención delictiva como necesaria para configurar el delito de colusión como delito de encuentro. La **conclusión** es: El extraneus tiene intervención delictiva necesaria en grado de autor para la configuración del delito de colusión como delito de encuentro. La **recomendación** fue: Incorporar el artículo 384-A°, para prescribir la autoría del extraneus, quien será considerado autor no cualificado del delito de colusión activa en su modalidad simple y agravada, y mediante el artículo 384° se regule el delito de colusión pasiva, donde el intraneus sea considerado autor cualificado de este delito en su modalidad simple y agravada.

Palabras claves: Grado de intervención delictiva del extraneus, configuración del delito de colusión, intervención necesaria, deber especial negativo, complementariedad de la intervención delictiva, delito de encuentro, colusión activa, unidad delictiva.

ABSTRACT

The research project started from the **general problem**: How does the degree of criminal intervention of the “extraneus” affect the configuration of the crime of collusion in Peruvian legislation? The **general objective** was: To determine that the degree of criminal intervention of the “extraneus” affects the Configuration of the crime of collusion in the Peruvian Legislation. The applied **methodology** was a methodological approach: qualitative research - legal dogmatic, purposeful, with a iuspositivist epistemological position, paradigmatic methodology: theoretical - legal, paradigmatic design: legal argumentation and hermeneutics; study scenario: national legal system; characterization of subjects: article 384 of the Peruvian Penal Code; applied technique: documentary content analysis and instrument: files. The **result** was: the extraneus is the author of the crime of collusion in its simple modality and aggravated by considering his criminal intervention as necessary to configure the crime of collusion as an encounter crime. The **conclusion** is: the “extraneus” have a necessary criminal intervention, as the author, for the configuration of the crime of collusion as a meeting crime. The **recommendation** was: Incorporate article 384-A°, to prescribe the authorship of the “extraneus”, who will be considered the unqualified author of the crime of active collusion in its simple and aggravated modality, and through article 384° the crime of passive collusion is regulated, where the “intraeus” is considered a qualified author of this crime in its simple and aggravated modality.

Keywords: Degree of criminal intervention of the “extraneus”, configuration of the crime of collusion, necessary intervention, special negative duty, complementarity of criminal intervention, crime of encounter, active collusion, criminal unit.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación titulada “El grado de intervención delictiva del extraneus para la configuración del delito de Colusión en la legislación peruana” tiene como objetivo analizar que el grado de intervención delictiva del extraneus incide en la configuración del delito de colusión en la legislación peruana, puesto que el delito de colusión es uno de los injustos penales cometidos con mayor reiteración dentro de la Administración pública, de manera específica en los procedimientos de contratación con el Estado. Ello a razón de que el interesado, en calidad de extraneus, interviene delictivamente de manera necesaria y complementaria en la formación del pacto colusorio, ya que, al anular su intervención, el delito de colusión no podrá ser configurado.

Es así, que la colusión tiene la naturaleza de ser un delito de intervención necesaria en su modalidad de delito de encuentro, donde necesariamente importa que la intervención delictiva del interesado sea en calidad de autor a fin de cumplir con la complementariedad de la intervención necesaria que solicita el tipo penal para su consumación. Es aquí, donde el tipo penal del delito de colusión se encargó de obligar al extraneus, en el procedimiento de contratación estatal, de no defraudar a la institución Estado a través de la concertación, extendiéndole con ello un deber especial negativo al cual debe estar sujeto al momento de incorporarse en la contratación pública como postor. A través de dicho postulado, se tiene como propósito indispensable individualizar un tipo penal concerniente a la conducta delictiva del extraneus en calidad de autor, conocida por parte de la doctrina como colusión activa, para así tener un lineamiento adecuado sobre la unidad delictiva del delito de colusión en la legislación peruana.

Frente a la descripción planteada, se formula como **problema general**: ¿De qué manera el grado de intervención delictiva del extraneus incide en la configuración del delito de colusión en la legislación peruana?, teniendo como **objetivo general**: Determinar que el grado de intervención delictiva del extraneus, sin su intervención incide en la configuración del delito de colusión en la Legislación Peruana, y como **supuesto general**: El grado de intervención delictiva del extraneus incide positivamente en la configuración del delito de colusión en la legislación peruana.

Para cuestionar el artículo 384° del Código Penal peruano, la investigación aplicó en la metodología un enfoque metodológico propio de una investigación cualitativa - dogmática jurídica, de corte propositivo, con una postura epistemológica de la escuela iuspositivista y con una metodología paradigmática teórica - jurídica. Para la recolección de datos, se aplicó la técnica del análisis documental y como instrumento el fichaje.

Conforme a lo señalado, la investigación se encuentra organizada de la siguiente manera:

El capítulo I, denominado PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, desarrolla la descripción de la realidad problemática, la delimitación del problema, formulación del problema, la justificación de la investigación, los objetivos, el supuesto de la investigación, el propósito, importancia y límites de la investigación.

En capítulo II, nombrado MARCO TEÓRICO, se subdivide en los antecedentes de la investigación con los cuales se presentan las investigaciones precedentes, las bases teóricas que desarrollan la doctrina vinculada a la materia de investigación y el marco conceptual que presenta los términos indispensables para entender la investigación.

El capítulo III, llamado METODOLOGÍA abarca el enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica que consiste en una investigación cualitativa - dogmática jurídica, de corte propositivo y con postura ius positivista, la metodología paradigmática es teórico - jurídico, culminando con el diseño del método paradigmático.

El capítulo IV, titulado RESULTADOS, contiene la descripción de resultados que consistió en la sistematización de los hallazgos encontrados a través de la teorización de conceptos y aplicación de tópicos, los cuales fueron utilizados para la contrastación de supuestos y discusión de resultados; para lo cual se tomó en consideración los objetivos específicos y supuestos específicas, la recolección de datos a través del instrumento “fichaje”, antecedentes de la investigación y argumentación jurídica. También, se indica que se a través de la discusión de resultados se propuso la propuesta de mejora a través de un proyecto de ley,

anexado a la presente investigación. Consecuentemente, se realizaron las conclusiones de la investigación y se expuso las recomendaciones.

A través de esta investigación, se logró aportar doctrinariamente nuevos fundamentos que sustentan la autoría del extraneus en el delito de colusión, con lo cual se aporta al conocimiento de estudiantes universitarios de la Facultad de Derecho y futuros estudiantes interesados propiamente en el Derecho Penal e incluso investigadores direccionados al mejoramiento de la regulación normativa penal actual.

Los autores

CAPÍTULO I

DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

La presente investigación parte del **paradigma cualitativo metodológico interpretativo**, planteando otorgar un nuevo enfoque dogmático en materia de autoría del extraneus en el delito de colusión al ostentar dicho sujeto el deber especial negativo de no dañar a la institución Estado, entiendo que su intervención delictiva para la configuración del delito de colusión es necesaria y complementaria a la intervención delictiva del intraneus para el perfeccionamiento del injusto penal. Asimismo, la investigación consigna **como postura epistemológica jurídica la escuela del iuspositivismo**, partiendo del planteamiento que la intervención delictiva del extraneus regulada actualmente mediante el artículo 384 del Código Penal es en grado de cómplice, lo cual al ser una inadecuada tipificación de su intervención delictiva debe ser modificado a través de la incorporación de la colusión activa. Ello permite que las conductas de los sujetos que ayudan, tanto a extraneus como intraneus, sean sancionados penalmente, ampliando el ratio punitivo en temas de corrupción dentro de las contrataciones estatales y haciendo un control más eficiente del adecuado funcionamiento de la Administración Pública y de la intervención de la ciudadanía sobre esta.

En nuestra Legislación Penal Nacional, se encuentra regulado el delito de colusión a través del artículo 384° del Código Penal, atribuyendo que su

intervención delictiva es en grado de cómplice y, a través de la jurisprudencia, dicha intervención delictiva es sancionada en grado de cómplice primario, sin embargo, esa clasificación es propia de los delitos de dominio al valorarse el aporte cuantitativo que realiza el cómplice hacia el autor del delito. Siendo así, el delito de colusión no puede fundamentar la intervención delictiva del extraneus en base a una complicidad, debido a que su aporte no tiene carácter cuantitativo, al advertirse que la naturaleza del delito es el de ser un “delito de encuentro”, lo cual supone que el extraneus tiene una intervención delictiva necesaria para el perfeccionamiento del delito y por ello quebranta conjuntamente con el intraneus el injusto penal del delito de colusión. Entonces, se puede advertir, que existe una inadecuada determinación del grado de intervención delictiva del extraneus, lo cual provoca que la conducta del cómplice del extraneus o el cómplice de intraneus, no pueda ser sancionada jurídicopenalmente al no existir en nuestra legislación la complicidad en cada para los delitos de infracción del deber.

El **diagnóstico del problema de la investigación** parte del incorrecto entendimiento de la autoría y participación en los delitos de encuentro. En nuestra legislación los delitos de encuentro son tratados sin tomar en consideración las reglas de las teorías de autoría y participación que nuestra legislación misma ha adoptado, es así que, se ha tipificado erróneamente dichos delitos dentro de la legislación nacional que lo regula.

Una de las malas tipificaciones establecidas en nuestro código penal es el delito de colusión establecido en el art 384, pues según la descripción del texto, es autor el funcionario o servidor público “intraneus” que concierta con el interesado “extraneus” en cualquier etapa de los modos de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado con la finalidad de defraudar a este último patrimonialmente. Según la tipificación de nuestro Código Penal, en el delito de colusión el extraneus debe responder jurídico-penalmente en calidad de cómplice. Es entonces que, parte de la doctrina entiende que el extraneus debe responder en dicha calidad según el grado de intervención delictiva, sin embargo, no se ha analizado si el extraneus con su intervención quebranta conjuntamente con el intraneus el injusto penal “concertar” que de por sí, es un acto bilateral.

Es así, que dentro del **pronóstico del problema** tenemos que se genera una mala interpretación en la Legislación Peruana sobre la comprensión del grado de intervención delictiva del “extraneus” en el delito de colusión, determinando que “se condene como cómplices” a los particulares acusados por el delito de colusión que concierten con el intraneus. De la misma forma, la aplicación errónea del grado de intervención delictiva del extraneus en el delito de colusión genera que no exista una aplicación sistemática unitaria para el tratamiento de los delitos de encuentro.

Asimismo, la inadecuada individualización de la conducta delictiva del extraneus como partícipe en el delito de colusión conlleva que el imputado sea considerado como partícipe, generándose contradicciones dogmáticas en el entendimiento de la intervención de la conducta del extraneus al ser consideradas como accesorias y no como complementarias y necesarias para la configuración del tipo penal del delito de colusión. La intervención delictiva del extraneus debe ser entendida como complementaria y esencial a la conducta delictiva del funcionario público (intraneus) para no generar contradicciones dogmáticas.

Es así que, el delito de colusión, al ser un delito de encuentro requiere la intervención delictiva necesaria de dos conductas para su configuración. Para que exista el delito de colusión entonces debe haber la intervención delictiva tanto del funcionario o servidor público y del interesado, sin la intervención de uno de ellos es imposible la configuración del mencionado delito. Ahora, debemos entender la complementariedad de ambas conductas delictivas, pues es ahí donde existe la problemática por parte de la doctrina que considera al extraneus como partícipe y no como autor del delito de colusión. La doctrina establece que el extraneus bajo la aplicación de la teoría de la unidad del título de la imputación debe responder en calidad de cómplice, sin embargo, no se ha tenido en consideración el grado de complementariedad de ambas conductas delictivas para la configuración del injusto penal.

Por lo que, a fin de realizar un adecuado **control del pronóstico** señalamos que se debe individualizar el grado de intervención delictiva del extraneus como autor del delito de colusión, otorgándole dicho grado no por la infracción de un deber especial positivo, sino por infringir un deber especial negativo. Ello, a fin de

estructurar sistemáticamente los delitos de infracción del deber considerados como delitos de encuentro. Siendo necesario establecer la individualización del grado de intervención delictiva del extraneus como autor del delito de colusión, sancionándolo por configurar el delito conjuntamente con el intraneus, tal y como sucede en el delito de cohecho, donde se divide las intervenciones del intraneus y extraneus en una modalidad activa y pasiva.

Es decir, tanto funcionario público como el interesado son obligados a la protección de la esfera patrimonial, evitándose *actos de corrupción* en el desarrollo de las contrataciones del Estado. El deber especial negativo de no concertar en el ejercicio de las contrataciones estatales, no sólo alcanza al intraneus, sino también al extraneus. Ello es el fundamento punitivo de su participación, de lo contrario no podría sancionarse jurídico-penalmente a una persona que no está obligada a la protección de una institución (Estado).

Asimismo, ante lo establecido por la Casación N° 661-2016-Piura, señala que no puede sancionarse jurídico-penalmente al extraneus que no sea el interesado, absolviendo de esta manera conductas relevantes para llevar a cabo la concertación entre funcionario público e interesado. Debido que no se acepta la complicidad en cadena, esto es, no se admite la complicidad del extraneus que ayude al interesado (también cómplice) en el delito de colusión. Sin embargo, con los alcances dogmáticos del presente trabajo que sustentan una modalidad activa y pasiva del delito de colusión, si será posible la sanción jurídico-penal del extraneus que coadyuve al interesado en el delito de colusión. Ampliando el alcance punitivo de los demás intervinientes en el delito de colusión, aportándose con el presente trabajo de manera eficiente en la lucha contra la corrupción.

Teniendo en cuenta lo señalado, se tiene investigaciones relacionadas a nuestro trabajo de investigación. A nivel nacional Martínez (2017) en su investigación titulada “El delito de colusión: consideraciones sobre los sujetos intervinientes en el delito” se propuso analizar el delito de colusión a partir de la intervención delictiva del extraneus e intraneus en base a los desarrollado en la Casación N°661-2016-PIURA estableciendo la posición de que se incluya al interesado como autor del delito mencionado; también se tiene como referencia de este mismo autor la investigación “Delito de colusión: responsabilidad penal de

tercero interesado”, dicho trabajo tuvo como objetivo demostrar la importancia del partícipe necesario (tercero) para la constitución de la colusión.

Tenemos la investigación realizada por Abanto (2004) titulada “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”, cuyo propósito fue discutir la autoría y participación de los llamados delitos especiales, analizando las tendencias en dos grandes grupos: los que tradicionalmente aplican la tesis y las consecuencias del dominio del hecho, y los que parten de una concepción distinta abandonando el dominio del hecho para este grupo de delitos y centrándose más bien en la infracción del deber. Finalmente, Vidal (2018) realizó la investigación denominada “La ilegitimidad de la Colusión” teniendo como propósito determinar si la colusión es una norma necesaria en nuestra regulación y si su vigencia no conlleva mayores costos que beneficios, en base a la figura de la concertación.

Las investigaciones citadas, se encuentran vinculadas con la categoría grado de intervención delictiva del extraneus, haciendo énfasis de la problemática que existe en establecer si el tercero interesado responde como autor, cómplice o instigador en el delito de colusión, considerando el sentido de su aporte para la afectación del bien jurídico protegido es en calidad de autor. Sin embargo, la doctrina nacional peruana y jurisprudencia no ampara dicho postulado, generándose con ello que la problemática de complicidad en cadena siga vigente, disminuyendo la protección penal que se le debe brindar a los procesos de contratación estatal.

En cuanto a las investigaciones internacionales, tenemos la investigación realizada por Abanto (2003) denominada “La participación necesaria como problema doctrinario y practico”, cuyo propósito fue discutir si la punibilidad del partícipe deriva de su propia contribución en la realización por otro de un injusto penal concreto, teniendo como fundamento la participación necesaria del sujeto no cualificado. Y, Díaz (2016) nos presenta la investigación titulada “El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano” estableció como propósito otorgar para la determinación del tipo de injusto penal en los delitos de colusión y negociación incompatible, es decir establecer las condiciones bajo las cuales la concertación entre el funcionario público y el privado, como el interés para el beneficio particular, adquieren relevancia penal más allá de la descripción típica.

Los trabajos de investigación citados guardan relación con la categoría el delito de colusión como delito de encuentro, hallándose que en el delito de colusión solo será autor quien cumpla con las cualidades prescritas en el tipo penal. Entendiéndose que el delito de colusión es un delito de encuentro que para su configuración necesita obligatoriamente la intervención delictiva del extraneus e intraneus para perfeccionar el pacto colusorio, infringiendo el primero un deber especial negativo en calidad de representante de la empresa postora y el segundo un deber especial positivo como funcionario o servidor público.

En suma, se plantea el siguiente problema: ¿De qué manera el grado de intervención delictiva del extraneus incide en la configuración del delito de colusión en la legislación peruana?

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial.

La presente investigación opta por aplicar la autoría del extraneus en el delito de colusión regulado en el artículo 384° del Código Penal Peruano, ello en base a una adecuada regulación e interpretación, otorgando un coherente tratamiento normativo al grado de intervención delictiva del extraneus en el delito de colusión a fin de contemplar una colusión activa y pasiva dentro del ordenamiento jurídico peruano, por razón de la complementariedad de las conductas del extraneus e intraneus, en base a los deberes que cada uno tiene para con el adecuado funcionamiento de la institución “Estado”. En consecuencia, tanto los problemas y supuestos propuestos serán *aplicados en territorio peruano*.

1.2.2. Delimitación temporal.

La delimitación temporal de la investigación se realizó en torno al problema planteado, el cual se realiza en base al delito de colusión, regulado a través del artículo 384° del Código Penal peruano, siendo este un precepto penal vigente a la fecha, por lo que, la investigación se enmarca a estudiar la normativa señalada durante el año 2022 con el fin de encontrar una fórmula legal adaptable a la autoría del extraneus propuesta para los siguientes años.

1.2.3. Delimitación conceptual.

El presente trabajo de investigación desarrollara los siguientes conceptos: grado de intervención delictiva del extraneus, intervención delictiva, deber especial

negativo, complementariedad de la intervención delictiva, configuración del delito de colusión, delito de encuentro, colusión activa, colusión pasiva, unidad delictiva, delitos de infracción del deber, autoría y participación en delitos de infracción del deber, autoría y participación en delitos de encuentro, complementariedad del extraneus en el delito de colusión, roles generales y roles especiales, el deber general y especial, deberes especiales negativos del extraneus, deberes especiales positivos del intraneus, fundamentos dogmáticos de la autoría del extraneus.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general.

¿De qué manera el grado de intervención delictiva del extraneus incide en la configuración del delito de colusión en la legislación peruana?

1.3.2. Problemas específicos.

1. ¿Cómo la intervención necesaria del extraneus incide en la configuración del delito de colusión como delito de encuentro en la legislación peruana?
2. ¿De qué manera la determinación del deber especial negativo del extraneus influye en el fundamento de la colusión activa en la legislación peruana?
3. ¿De qué manera la complementariedad de la intervención delictiva del extraneus e intraneus incide en la configuración de la unidad delictiva del delito de colusión en la legislación peruana?

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Justificación teórica.

La presente investigación dará aportes a un *nuevo enfoque teórico* sobre la comprensión de los delitos de infracción del deber considerados como delitos de encuentro o intervención necesaria. Determinando así una nueva perspectiva sobre el grado de intervención delictiva y título de imputación del extraneus a propósito del *delito de colusión*, estableciendo así reglas dogmáticas para la determinación de la colusión pasiva y colusión activa, ayudando así a la comprensión sobre la autoría y participación del delito de colusión y no cometer errores dogmáticos aplicando la teoría de la Unidad del Título de Imputación que sanciona como cómplice al extraneus en el delito materia de investigación.

Asimismo, pretendemos realizar aclaraciones sobre la interpretación errónea de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación y su consecuente inaplicación por presentar contradicciones dogmáticas sobre autoría y participación en delitos de encuentro, propósito del delito de colusión. Tal errónea interpretación surge como consecuencia de la inadecuada tipificación del delito de colusión que ha dejado como vacío normativo a la intervención delictiva del extraneus en este delito. Es así, que la doctrina y jurisprudencia, ante la inadecuada tipificación, ha tratado de solucionar la punibilidad de la conducta delictiva del extraneus a título de cómplice. Por lo cual, pretendemos darle un enfoque distinto a lo establecido de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación para explicar y fundamentar el grado de intervención delictiva del extraneus en calidad de autor en el delito mencionado.

Si bien es cierto, la teoría dominante que fundamenta el Título de Imputación en los delitos de infracción del deber es la Teoría de la Unidad del Título de Imputación, sin embargo, el planteamiento que realizamos opera como una excepción a la teoría mencionada. Planteando la aplicación de una modalidad de colusión activa que fundamenta para la sanción jurídico penal del extraneus en calidad de autor.

En ese sentido, pretendemos dar un aporte dogmático para el esclarecimiento de la interpretación y aplicación errónea de participación de la intervención delictiva del extraneus en el delito de Colusión. Determinando así, que la intervención delictiva del extraneus es complementaria y esencial para la configuración del delito de Colusión.

1.4.2. Justificación práctica.

La investigación plantea dar aportes legislativos sustanciales a la normativa penal, contribuyendo a que se incorpore el artículo 384-A denominado colusión activa. Lo cual, permitirá determinar la autoría del extraneus en el delito de colusión, ayudando así a resolver la problemática de la inobservancia de la complementariedad delictiva que existe en la relación entre intraneus y extraneus. De esta manera, se individualizará la intervención delictiva del extraneus en un tipo penal independiente del prescrito por el art. 384 del Código Penal. Y así, se

determine en el proceso penal su autoría por tener también el deber especial de protección de la institución “Estado” desde su posición como ciudadano.

Asimismo, se dará solución a lo establecido por la Casación N° 661-2016-Piura, que señala que no puede sancionarse jurídico-penalmente al extraneus que no sea el interesado, absolviendo de esta manera conductas relevantes para llevar a cabo la concertación entre funcionario público e interesado. Ello en razón de que, no se admite la complicidad en cadena del extraneus que ayuda al interesado a coludirse con el intraneus. Sin embargo, con la propuesta dogmática de dividir el delito de colusión en una modalidad activa y pasiva, si será posible fundamentar la punición del extraneus que colaboré con el interesado en el delito materia de investigación. De igual manera, sucederá con el extraneus que coadyuve con el intraneus para llevar a cabo la concertación con el interesado. De esta manera se amplía el radio punitivo de los intervinientes en el delito de colusión, siendo más eficiente la lucha contra la corrupción.

1.4.3. Justificación social.

La investigación una vez ejecutada y comprobada el supuesto ayudara a la sociedad y a los operadores del derecho para una mejor comprensión sobre la determinación del grado de autoría del extraneus en el delito de colusión, a fin de que no quede impune su intervención delictiva necesaria, que como consecuencia de ello, perjudican la transparencia e imparcialidad en las contrataciones con el Estado al realizar el pacto colusorio con el funcionario público para que lo favorezca en alguna contratación.

1.4.4. Justificación metodológica.

En el desarrollo de la investigación no habrá aportes en el ámbito metodológico, ello en razón, de que la naturaleza de la investigación es eminentemente dogmática, el cual, se basará en la revisión teórica de bibliografía de distintos autores relacionados al tema de investigación. Por lo que, ***no se usará técnicas ni instrumentos*** propios de las investigaciones **fácticas**.

1.5. Objetivos de la investigación

1.5.1. Objetivo general.

Determinar que el grado de intervención delictiva del extraneus incide en la configuración del delito de colusión en la Legislación Peruana.

1.5.2. Objetivos específicos.

1. Establecer que la intervención necesaria del extraneus incide en la configuración del delito de colusión como delito de encuentro en la legislación peruana.
2. Establecer que la determinación del deber especial negativo del extraneus influye en el fundamento de la colusión activa en la legislación peruana.
3. Establecer que la complementariedad de la intervención delictiva del extraneus e intraneus incide en la configuración de la unidad delictiva del delito de colusión en la legislación peruana.

1.6. Supuestos de la investigación

1.6.1. Supuesto general.

El grado de intervención delictiva del extraneus **incide** positivamente en la configuración del delito de colusión en la legislación peruana.

1.6.2. Supuestos específicas.

1. La intervención necesaria del extraneus incide positivamente en la configuración del delito de colusión como delito de encuentro en la legislación peruana.
2. La determinación del deber especial negativo del extraneus influye significativamente en el fundamento de la colusión activa en la legislación peruana.
3. La complementariedad de la intervención delictiva del extraneus e intraneus incide significativamente en la configuración de la unidad delictiva del delito de colusión en la legislación peruana.

1.6.3. Operacionalización de categorías.

CATEGORIAS	SUB-CATEGORIAS
EL GRADO DE INTERVENCIÓN DELICTIVA DEL EXTRANEUS	Intervención necesaria
	Deber especial negativo
	Complementariedad de la intervención delictiva
	Delito de encuentro.

CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE COLUSIÓN	Colusión activa
	Unidad delictiva

Al ser una investigación **cuantitativa**, del tipo teórico – jurídico y de corte propositivo, se prescinde de la utilización de indicadores, **ítems** y escala del instrumento que propiamente se utilizan en las investigaciones cuantitativas.

1.7. Propósito de la investigación

La investigación tiene como propósito directo la elaboración **de un proyecto de ley** a fin de modificar el artículo 384 del Código Penal, incorporando el delito de colusión activa mediante el artículo 384-A, siendo considerado como un delito contra la administración pública cometido por particulares, donde se le otorgue al extraneus la posibilidad de ser considerado autor del delito de colusión activa por *infringir un deber especial* negativo (deber de no quebrantar el funcionamiento adecuado de la Administración Pública).

1.8. Importancia de la investigación

La importancia de la presente investigación radica en la adecuada regulación e **interpretación del artículo 384°** del Código Penal, a fin de individualizar la intervención delictiva del extraneus, incorporando un tipo penal independiente que regule la colusión activa y colusión pasiva, en base al deber especial de protección que tiene el extraneus como ciudadano para con la institución “Estado”. Asimismo, con ello se soluciona el problema de complicidad en cadena al sancionar jurídicamente conductas relevantes de extraneus que no tienen la condición de interesado, pero que colaboran con este último o con el intraneus. En consecuencia, se genera mayor eficacia para la lucha contra la corrupción en las contrataciones con el Estado.

1.9. Limitaciones de la investigación

Para la presente investigación se realizó la recopilación de referencias **bibliografías** para elaborar el desarrollo doctrinal que sustenta la autoría del extraneus en el delito de colusión, encontrando en dicha labor como principal limitación el difícil acceso directo y rápido a material bibliográfico internacional.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

2.1.1. Antecedentes internacionales.

Díaz, I. (2016), *“El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano”*. [Tesis posgrado], para optar el grado de académico de doctora en Derecho Penal en la Universidad de Salamanca, Salamanca - España.

La tesis citada señaló como objetivo: “otorgar criterios para la determinación del tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible. Es decir, establecer las condiciones bajo las cuales la concertación entre el funcionario público y el privado, como el interés para el beneficio particular, adquieren relevancia penal más allá de la mera descripción típica.” No se advierte la metodología utilizada por la investigadora.

Arribo a las siguientes conclusiones:

“(…)

- Finalmente, los delitos de colusión y negociación incompatible constituyen delitos especiales, es decir, cualquiera no puede ser autor de aquellos sino sólo quienes cumplan con la cualificación establecida en el tipo. Con el fin de poder sancionar a quienes no poseen dicha cualidad, la determinación de la autoría y

participación sigue los criterios de la Teoría de la Unidad de la Imputación”. (p. 366)

La investigación citada tiene relación con el presente trabajo al establecer los parámetros de autoría y participación en el delito de colusión. La tesista llegó a la conclusión de establecer que, en el delito de colusión solo es autor quien cumple con las cualidades prescritas en el tipo penal. Asimismo, precisa que los criterios para establecer el título de imputación en el delito de colusión son los que sostiene la Teoría de la Unidad de Imputación. Sin embargo, según la regulación de la legislación española el interesado también es considerado como autor del mencionado delito. Debido que, su conducta delictiva es prescrita de forma autónoma a la del funcionario público. Ello según lo establecido en el segundo párrafo del art. 436 de la Ley Orgánica 05/2010 que regula el Código Penal español.

La presente investigación está relacionada con lo establecido con la legislación española. Fundamentando la intervención delictiva del interesado como autor, pero en una modalidad de colusión activa. Postura que se fundamentará detalladamente líneas abajo.

Abanto, M. (2003), “*Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos*”. [Artículo de Investigación], Revista Jurídica de Castilla – La Mancha N° 34, España:

La tesis citada tuvo como objetivo: “Si, como es aceptado por la amplia mayoría en la doctrina, la punibilidad del partícipe deriva de su propia contribución en la realización por otro de un injusto penal concreto, ¿habría que dudar de la punibilidad como partícipe de aquél cuya conducta no puede ser vista como una contribución autónoma, sino es ya presupuesta por el propio tipo penal como parte necesaria de los sucesos en los cuales se enmarca la conducta del autor?” No se advierte la metodología utilizada por el investigador.

Arribo a la siguiente conclusión

“2. (...) En lo que toca a la clase de delitos de encuentro existe la llamada cooperación necesaria. Siendo la consideración del delito de colusión como delito de cooperación necesaria se refiere al hecho de la intervención de dos partes fundamentales, por un lado, el funcionario público con deberes especiales y, por otro lado, la

participación del interesado sin deberes especiales. En conjunto, perfeccionan al delito, resultando atípicas las conductas unilaterales, pues la concertación supone la participación de dos o más personas.”
(p. 43)

La relación de artículo bibliográfico con el trabajo de investigación es que el delito de colusión es considerado un delito de encuentro, esto quiere decir, que para su configuración es necesaria y fundamental la intervención delictiva del intraneus y extraneus desde direcciones distintas, pero que ambas conductas delictivas se encuentran ya que tienen la misma finalidad de “concertar”. Este delito es cometido por el intraneus y extraneus desde posiciones distintas, el primero, interviene en el delito infringiendo su deber especial positivo, como funcionario o servidor público. Mientras que, el segundo infringe su deber especial negativo, desde su posición como interesado “representante de la empresa postora”. Siendo, la concurrencia de estas dos conductas, necesarias para la configuración del delito de colusión.

Lozano, A. (1998), *“La autoría y participación en el delito. Análisis comparado de los ordenamientos español, francés e italiano desde la perspectiva de un Derecho común europeo”*. [Tesis posgrado], para optar el grado académico de doctor en Derecho en la Universidad Complutense, Madrid – España.

La tesis citada tuvo como objeto: “El análisis comparado de las distintas técnicas normativas aplicadas a la regulación de la autoría y la participación y la búsqueda de modelos normativos a los que reconducir las regulaciones legales de los Estados miembros de la Comunidad Europea.” No se advierte la metodología utilizada por la investigadora.

Arribo a las siguientes conclusiones:

“(…)

13.- La participación de un extraño en un delito especial está regulada expresamente por el Código penal italiano en el artículo 117, que, según la doctrina mayoritaria, se refiere sólo a los casos en los que el extraño no conoce la calidad del intraneus del otro partícipe. Se trata de otra hipótesis de responsabilidad objetiva que debería reformarse o suprimirse. En Francia, en el anterior Código

penal regía el criterio de emprunt absolu de crininalité y de pénalité, en función del cual la posición de cómplice dependía totalmente de la del autor. Con el nuevo Código rige sólo el emprunt de criminalité, por lo que ahora al cómplice extraneus se le aplicará la pena que correspondería al autor del delito común, o la correspondiente al autor del delito especial si posee la cualidad de intraneus. En España, al no existir una orientación legislativa se discute acerca de si debe mantenerse o romperse el título de imputación. Actualmente la mayoría de la doctrina está orientada hacia el mantenimiento del título de imputación. Este criterio es sustancialmente válido como regla general, pero deben admitirse excepciones para determinados supuestos, pues el principio de accesoriadad encuentra su límite en el de culpabilidad. Por eso, donde no exista previsión legislativa, y no sean aplicables los principios que rigen en general la participación en el delito, no corresponde al intérprete forzar categorías y calificaciones que se traduzcan en una violación de los principios de legalidad y de culpabilidad que son la garantía del sistema penal”. (p. 339-340).

La tesis citada se relaciona con la presente investigación al establecer que los criterios que rigen la teoría de la Unidad del Título de Imputación están sujetos a excepciones. Esta corriente sigue la doctrina española, mediante el cual, se establece criterios de imputación de manera autónoma en el delito de colusión, llamado “delito de fraude”. Siendo la línea de nuestro postulado establecer la intervención delictiva de manera autónoma como lo establece la legislación española en su ley orgánica 05/2010.

Cubertorer, M (2020), “*Autoría y participación. Notas jurisprudenciales sobre la distinción entre cooperación necesaria y complicidad*”, [Tesis posgrado], para optar el grado académico de Máster Universitario en Abogacía en la Universitat Jaume, Valencia – España.

La tesis citada tuvo como objeto: “La distinción entre las figuras de la cooperación necesaria y la complicidad en el ordenamiento jurídico español.” No se advierte la metodología utilizada por el investigador.

Arribo a las siguientes conclusiones:

“(…)

SEGUNDA: Teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, la aplicación de la misma pena para el cooperador necesario que para el autor del ilícito penal resulta, en muchas ocasiones, desproporcionada, debido a que se está aplicando la pena de autoría a quien se limita a realizar una conducta de favorecimiento del hecho principal por encima del riesgo permitido. No obstante, creemos que, en aquellos casos más graves, en los que la contribución del cooperador sea realmente imprescindible, se deberá equiparar la pena aplicable”. (p. 29).

La tesis citada guarda relación con la presente investigación al establecer los parámetros de la cooperación necesaria, y su importancia en ciertos delitos de infracción de deber como es el caso del delito de colusión. Sin embargo, la aplicación de la cooperación necesaria como fundamento del título de imputación es cuestionada por nuestra investigación, planteando una autoría del particular interesado por su imprescindible intervención para la configuración del delito de colusión en una modalidad de colusión activa.

Heras, R (2020), *“Delitos Societarios: la lesión de derechos sociales”*, (tesis posgrado), para optar el grado académico de doctor por la Universidad de Valladolid, Valladolid – España.

La tesis citada tuvo como objeto: “El análisis de disposiciones nacionales relativas a cuestiones de las sociedades mercantiles, en particular, en cuanto a la protección de los socios y a la necesaria veracidad de las informaciones financieras que se han de poner en conocimiento del público; concretamente, en el aspecto sancionador.” No se advierte la metodología utilizada por el investigador.

Estableció las siguientes conclusiones:

(…)

- “Respecto de la Participación comenzamos con la Inducción, que no tiene particularidades dignas de mención. Al respecto se va a exigir que la conexión psíquica, personal e inmediata entre inductor e inducido tenga la entidad suficiente para causar la decisión de delinquir. La

Cooperación necesaria exigirá que la aportación sea eficaz y relevante, pero sin tener el dominio del hecho, pues realizan su aportación al hecho del autor. Y siempre atendiendo a la necesaria concurrencia de la doble referencia al dolo, tanto en la referencia al peligro concreto de la realización de la conducta típica por el autor principal, como a lo significativo de la aportación. La complicidad alude a una participación secundaria, de menor entidad material, con eficacia causal y cierta peligrosidad. Es una ejecución de actos accesorios o periféricos, con conocimiento del propósito criminal del autor y una voluntad de contribuir con sus hechos de una manera consciente y eficaz.” (p 192).

La tesis citada guarda relación con la presente investigación al establecer los lineamientos sobre la cooperación necesaria. La mayoría de la doctrina peruana ha establecido que el delito de colusión es un delito de cooperación necesaria, por ser relevante el aporte del interesado para la configuración de la concertación con el funcionario público, sin embargo, establecemos que la cooperación necesaria solo es de relevancia en un aporte factico, pero la intervención delictiva del particular interesado es necesaria para el quebrantamiento del injusto penal, por lo cual postulamos la autoría del interesado en una modalidad de colusión activa.

2.1.2. Antecedentes nacionales.

Martínez, E. (2021), *“Delito de colusión: responsabilidad penal del tercero interesado”*. [Tesis posgrado], para optar el grado de académico de doctor en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima -Perú,

La tesis citada tuvo como objetivo: “Demostrar la importancia del partícipe necesario (tercero) para la constitución de la colusión.” Utiliza una metodología del tipo jurídico – comparativo, diseño no experimental y métodos dogmático, deductivo y estructural.

Arribo a las siguientes conclusiones:

“(…)

4. Una vez establecido que se encuentra ante un delito de encuentro, el problema radica en establecer si el tercero interesado responde como autor, cómplice o instigador. Así, en un inicio se considera que

debería responder como autor, por el sentido de su aporte para la afectación al bien jurídico penalmente protegido, pero como nuestra regulación, a diferencia de España, no ha regulado una sanción autónoma del tercero, no podría responder como autor. A pesar de ello, considerando que se encuentra desde la lógica de la comunidad delictiva, el tercero interesado debería responder en calidad de partícipe primario, debido a que su aporte es muy relevante para la constitución de la colusión, situación que es respaldada por la jurisprudencia y doctrina.” (p. 331-332)

La tesis citada tiene relación con nuestra investigación al establecer que el delito de colusión es un delito de encuentro. El tesista menciona que, la problemática recae en establecer cuál es el grado de intervención delictiva del extraneus, si responde como autor, cómplice o instigador. Observación que también planteamos en la presente investigación.

La relación más relevante que va con la esencia de nuestra investigación es la consideración que el tesista plantea respecto al título de imputación del interesado, considerando su intervención delictiva como autor. Ello debido a su afectación al bien jurídico penalmente protegido, pues, es esencial el aporte delictivo que realiza el extraneus (concertarse con el funcionario público) para quebrantar el bien jurídico protegido en el delito de colusión. Sin embargo, el tesista observa un problema en la regulación del delito de colusión en nuestra legislación. Esto es, que la descripción típica de la conducta del interesado está englobado en el tipo penal (art. 384 del Código Penal) que fundamenta la autoría del intraneus (funcionario público) en el delito materia de análisis.

Por otro lado, el tesista advierte que, en la legislación española, la conducta delictiva del extraneus está regulada de manera autónoma a la del intraneus (funcionario público). Ello se puede observar en la prescripción del art. 436 de la Ley Orgánica 05/2010 de la legislación española.

Ante las ideas precisadas, el tesista Martínez llega a la conclusión que, el tercero interesado debe responder en calidad de cómplice primario, por ser su aporte delictivo esencial, ello según lo establecido por nuestra legislación peruana. Idea con la que compartimos, sin embargo, es necesario hacer una incorporación

legislativa para fundamentar la autoría del extraneus en un delito independiente del art. 384 del Código Penal. Sosteniendo y fundamentando una modalidad de colusión activa y pasiva que serán detallados en la presente investigación.

Vidal, E. (2018), *“La ilegitimidad de la Colusión”*. [Tesis posgrado], para optar el grado de académico de magíster en Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima -Perú.

La tesis citada tuvo como objetivo: “Determinar si la colusión es una norma necesaria en nuestra regulación y si su vigencia no conlleva mayores costos que beneficios.” No se advierte la metodología utilizada por el investigador.

Arribo a las siguientes conclusiones:

“(…)

C. La conducta típica de la colusión exige concertación. Esto provoca que el delito siempre se deba ejecutar con un partícipe necesario que, generalmente, tiene el rol del postor o contratista. La participación necesaria tiene un efecto importante, condiciona la sanción del autor a la sanción del partícipe. Esto quiere decir que por más pruebas de cargo que se tenga contra un funcionario corrupto, si es que no se logra probar la voluntad defraudatoria del extraneus, ambos quedarán libres de los cargos por colusión”. (p. 84)

Los postulados del tesista tienen relación con nuestra investigación, debido que el tesista establece que la existencia de la concertación entre funcionario público e interesado es necesario para configurar el delito de colusión. Es esencial la conducta delictiva aportada por el extraneus, quien por lo general es contratista o postor en un proceso de contratación con el Estado.

La relación con nuestro postulado recae en establecer que la intervención delictiva del extraneus es necesario para configurar el injusto penal. Dicha conducta es necesario para fundamentar la autoría del intraneus, en razón que la concertación es un acto bilateral realizado por el intraneus y extraneus. Es por ello, que la prueba de la concertación es esencial para fundamentar la configuración del delito de colusión. De lo contrario no será posible establecer la comisión del ilícito penal.

Para el tesista el funcionario público es sancionado en calidad de autor y el interesado como cómplice. Dicha conclusión es aceptable, debido que según la

técnica legislativa establecida en el artículo 384 del Código Penal nos llevan a dicha conclusión. Sin embargo, tenemos que precisar que al ser necesaria la intervención del interesado en el delito en cuestión, se debe de optar por la autoría del interesado.

Para ello, es necesario que se incorpore su conducta delictiva en un tipo penal independiente a lo regulado por el artículo 384 del Código Penal, que fundamenta la autoría del intraneus. Tal y como se ha prescrito con el delito de cohecho, donde se ha regulado una modalidad activa y pasiva. Siendo dicha modalidad de esencial incorporación en nuestra legislación peruana.

Mandujano, J. (2017), *“Problemas de imputación y prueba en el delito de colusión”*. [Tesis posgrado], para optar el grado de académico de magíster en Derecho Penal, en la Universidad de Huánuco, Huánuco -Perú.

La investigación citada estableció como objetivo: “Identificar y conocer el impacto de la imputación y prueba del delito de colusión y su relación con respecto a la impunidad.” En cuanto a la metodología, utiliza el método dogmático, no se advierte el enfoque, nivel, población y muestra, se establece como técnicas a la recolección de información al registro documental, se utiliza como instrumentos al fichaje jurídico, recopilación y análisis documental, trabajo de gabinete y observación de campo.

Arribó a las siguientes conclusiones:

“(…)

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

o participe, es más, la actuación de interviniente necesario constituye por sí en ilícita ya que toda persona debe actuar sujeta a derecho por lo que concertar en negociaciones o contrataciones estatales deviene en ilícitas sin embargo no es posible imputárseles la comisión del cómplice primario delito de colusión, en razón que solo se considera cómplice al que aporta esencialmente en la comisión del delito y en este caso el privado o interesado no coadyuva al autor o coautores sino que constituye en sí autores del fraude contractual por ende el criterio del uso de la teoría de la unidad de título de imputación deviene en ilógica en caso de imputación del delito de colusión en caso de extraneus, por lo que se debe prever la tipificación específica de dicha conducta en caso de particulares con un tipo penal de extensión de responsabilidad conforme se realizó en el caso del artículo 392° del Ordenamiento jurídico penal”. (p. 183-184)

El postulado del tesista Mandujano se relaciona con nuestra investigación. En razón que, sostiene la existencia de deficiencias en la regulación del tipo penal que fundamenta la punibilidad del interesado llamado “extraneus”. Intervención delictiva que puede ser cometido por cualquier persona que tenga capacidad realizar contratos con el Estado, por lo cual, puede ser cualquier persona natural o ente corporativo del derecho privado “empresa”, que tenga intereses de defraudar al Estado.

El tesista sostiene que el fundamento señalado es errado, en razón que, el interesado no es el sujeto cualificado que prescribe el art. 384 del Código Penal, es decir, el extraneus al no ser funcionario o servidor público, no puede asumir la responsabilidad jurídico-penal del delito de colusión. El tesista sostiene que el delito mencionado es un delito especial propio, por ende, la conducta del interesado como autor o cómplice es atípica. Este delito al ser un delito especial propio sólo puede ser cometido por el sujeto con cualidades específicas descritas en el tipo penal.

Asimismo, el tesista establece que la conducta realizada por el extraneus es ilícita, ya que su actuar en los procesos de contratación con el Estado, no se ajusta al “actuar conforme a derecho”. Sin embargo, precisa que su conducta a pesar de

ser ilícita, no puede imputarse a la comisión del delito. En razón que, se considera cómplice al sujeto que aporta de manera esencial para la configuración del delito. En esa línea de ideas, concluye el tesista que, el interesado no coadyuva al funcionario o servidor público (autor del delito). sino que, su actuar es constitutivo como autoría en el fraude en la contratación estatal. Por ello, los fundamentos de la teoría de la Unidad del Título de Imputación devienen en aplicación ilógica para sustentar la imputación del extraneus en el delito de colusión.

El tesista menciona que la solución para fundamentar la imputación del extraneus, consiste en regular su conducta delictiva en un tipo penal de “extensión de responsabilidad” como se ha regulado en el artículo 392 del Código Penal.

La relación con nuestra investigación recae en incorporar la intervención delictiva del extraneus en un tipo penal específico, sin embargo, no optamos por la técnica legislativa de establecerlo mediante una “extensión de responsabilidad”, sino incorporar una modalidad de colusión activa donde se describa la conducta del interesado como autor.

Arzapalo, J. y Coquel, R. (2021), *“La infracción del deber en la fundamentación de sentencias condenatorias: Delito de Colusión quinto Juzgado Penal Unipersonal de Huancayo”*. [Tesis pregrado], para optar el título profesional de Abogado, en la Universidad Peruana Los Andes, Huancayo -Perú.

La investigación citada estableció como objetivo: “Determinar de qué manera la teoría de infracción del deber influye, en la fundamentación de sentencias condenatorias recaídas en el delito de colusión, expedidas por el Quinto Juzgado Penal Unipersonal de Huancayo 2018.” En cuanto a la metodología, se precisa que utiliza como métodos generales al inductivo-deductivo y analítico-sintético, y como métodos particulares al método sistemático y dogmático, no se advierte el enfoque, utilizando el nivel explicativo, obteniendo como población y muestra a 20 sentencias condenatorias, se establece como técnicas e instrumentos de recolección de datos al análisis documental y a la observación no participantes.

Arribo a las siguientes conclusiones:

“(…)

1. Estando a lo planteado en nuestros objetivos, se ha establecido que: dentro del esquemas de la teoría del dominio, nuestro Código

Penal, describe e identifica al sujeto infractor, a quien hay que atribuirle una responsabilidad, a dicha persona se le identifica como autor, pero, en un hecho delictivo, no solamente interviene una persona, sino, muchas veces requiere de la intervención de un tercero, el partícipe. Ahora bien, en los delitos de infracción de deber, las consideraciones de la teoría del dominio no representan aporte alguno. Sin embargo, dicha teoría, esto es, del dominio del hecho, ha dado lugar a dos teorías, i. La teoría de la ruptura del título de imputación y, ii. la teoría de la unidad del título de imputación.

2. Según lo establecido en nuestros objetivos, la teoría de la infracción del deber ha adquirido una especial importancia en estos últimos años, pues, desde el campo de la academia, sus aportes ha sido cada vez más consistentes. Aportes que tiene como eje central la concepción del funcionalismo, principalmente de los aportes del profesor Jakobs. El profesor alemán identifica dos ámbitos de deberes. El primero es el deber en virtud de competencia de organización, (delitos de dominio); y, en segundo lugar, los deberes en virtud de una competencia institucional, (infracción de deber).”
(p. 140)

Las conclusiones de los tesisistas, se relacionan con la presente investigación al sostener que en la teoría de infracción de deber fundamenta el ámbito de dos deberes que pueden tener las personas. El primero, pertenece al ámbito de delitos cometidos por competencia de organización (delitos de dominio), este tipo de delitos son configurados por quebrantar el deber general de no dañar a nadie “*nebidem laeder*”. El segundo, pertenece al ámbito de delitos cometidos por competencia institucional (delitos de infracción de deber), estos delitos son configurados por quebrantar el deber especial que tiene el sujeto cualificado, obligado especial de proteger una institución.

Consideramos que el intraneus (funcionario o servidor público) no es el único obligado a la protección de ciertas instituciones, sino que también los ciudadanos son obligados a no quebrantar dicha institución en su actuar en conjunto con el funcionario o servidor público. Ello es el fundamento punitivo del extraneus,

de lo contrario no podría sancionarse a una persona “que no está obligado negativamente a quebrantar una institución”.

Martínez, E. (2017), *“El delito de colusión: consideraciones sobre los sujetos intervinientes en el delito”*. [Artículo de Investigación], Revista Gaceta Penal & Procesal Penal N° 96, Lima – Perú.

La investigación citada estableció como propósito: “Analizar el delito de colusión a partir de la intervención delictiva del extraneus e intraneus en base a los desarrollado en la Casación N°661-2016-PIURA estableciendo la posición de que se incluya al interesado como autor del delito mencionado” No se advierte la metodología utilizada.

Arribo a las siguientes conclusiones:

“1. Dentro del estudio del delito de colusión, se determinó que este se configura como un delito de convergencia, donde la guía para la comprensión del hecho delictivo la marca el verbo rector concertar, de modo que se requiere del aporte conjunto de funcionario público y del interesado para establecer la unidad de sentido jurídico-penal del ilícito. En tal línea, somos de la posición de que se modifique el Código Penal peruano para incluir, como hace el texto español, el interesado como autor del delito –y no como partícipe-, lo cual generará consecuencias (como la instigación y complicidad) favorables en la lucha contra la corrupción.” (p. 132)

El autor menciona que el delito de colusión requiere de un aporte delictivo de dos partes (funcionario público e interesado), conformando sus conductas una unidad delictiva. En ese sentido, al ser conformado el injusto penal por las intervenciones necesarias del intraneus y extraneus, es necesario considerar al extraneus como autor del delito de colusión, pero no a tenor de lo establecido por el art. 384 de nuestro Código Penal, sino que es necesario modificar la figura jurídica del mencionado delito, para individualizar su actuar delictivo como autor. Asimismo, ello conlleva a salvaguardar las impunidades de la persona que ayuda al interesado, debido que estaríamos ante una “complicidad en cadena”, ya que el interesado en el delito de colusión es considerado como cómplice.

Los postulados de la presente investigación tienen relación con el artículo del autor citado, en considerar al interesado (extraneus) como autor del delito de colusión y no como cómplice, que serán fundamentados en la presente investigación.

Abanto, M. (2004), “*Autoría y Participación y la Teoría de los delitos de Infracción del deber*”. [Artículo de Investigación], Revista Penal N° 14, Lima – Perú.

La investigación citada estableció como propósito: “Discutir la autoría y participación de los llamados delitos especiales, analizando las tendencias en dos grandes grupos: los que tradicionalmente aplican la tesis y las consecuencias del dominio del hecho, y los que parten de una concepción distinta abandonando el dominio del hecho para este grupo de delitos y centrándose más bien en la infracción del deber.” No se advierte la metodología utilizada.

Arribo a las siguientes conclusiones:

“1. Hasta la actualidad no se ha encontrado todavía una solución plenamente satisfactoria para tratar con justicia todos los casos de autoría y participación en delitos especiales (o de “infracción del deber”). La teoría del “dominio del hecho”, por sí sola, ha demostrado ser insuficiente pues, aplicada consecuentemente, llega a soluciones político-criminalmente intolerables, en especial: la impunidad para intraneus y extraneus, cuando este último ejecute los hechos como un “instrumento doloso no cualificado”, o la impunidad del extraneus que emplee al intraneus como “instrumento cualificado no doloso”. Las tesis que modifican el entendimiento del “dominio del hecho” para lograr la punibilidad de ambos sujetos tienden a desnaturalizar el concepto y más bien dan la impresión de ser “soluciones de emergencia.” (p. 21)

El autor señala en el desarrollo de su artículo respecto al grado de intervención delictiva del extraneus que: se ha venido aplicando el título de imputación de los cómplices realizando en un análisis erróneo de los lineamientos de la “Teoría de la unidad del título de imputación”. La relación que tiene el artículo con esta presente investigación es cuestionar las debilidades teóricas de la “Teoría

de la unidad del título de imputación”, al no cumplirse con las líneas que enmarcan el principio de acesoriedad para sustentar la intervención delictiva del extraneus en el delito de colusión. Además de ello, se debe tener en consideración que ya existe una regulación legislativa que tipifica al “extraneus” como autor de un delito de infracción del deber, estamos hablando del delito de cohecho que se divide en cohecho pasivo que sanciona como autor al funcionario o servidor público y en el caso del cohecho activo se sanciona como autor al extraneus que soborno con el funcionario público. El delito de “cohecho” es un delito de encuentro que tiene una mejor regulación legislativa y consideramos que el delito de colusión debe seguir la misma línea.

2.2. Bases teóricas de la investigación

2.2.1. Algunas consideraciones sobre los Delitos de Infracción de Deber.

Pariona (2021) nos menciona que:

La teoría de los delitos de infracción de deber fue creada por Claus Roxín. En 1963, en su libro *Autoría y dominio del hecho*, él desarrolló la infracción de deber como criterio para la determinación y delimitación de la autoría. (p.77)

El fundamento de la autoría en los delitos de infracción deber recae sobre los deberes especiales. Aquellos deberes solo lo ostentan las personas obligadas por la descripción del tipo penal. En los delitos de infracción de deber, ante la intervención de varias personas en un hecho delictivo, sólo será autor aquella persona que quebranta su deber especial, sin ser relevante el dominio del hecho que tuvo sobre el acontecer delictivo.

Caro (2021) establece que:

Según el planteamiento de Roxin, el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización. (p.4)

Para Roxin, el autor de un delito de infracción de deber es aquella persona que lesiona su deber especial, el cual, está previsto en el tipo penal. Ahora, el fundamento de Jakobs, así lo establece Caro (2021) recae en “La infracción de aquellos deberes por una incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta la responsabilidad jurídico-penal.” (p. 31). Los deberes especiales para el fundamento de la autoría en los delitos de infracción de deber están relacionados con instituciones jurídicas. Estas instituciones son: la familia, el Estado, entre otros, que relacionan a la persona, obligando a tutelar aquella institución. Siendo jurídico-penalmente responsable la persona que quebrante la institución que está bajo su esfera de protección.

Jakobs citado por Caro (2004) nos menciona que “Una institución es entendido en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída a la disposición del hecho individual y que más bien la constituye.” (p. 6-7).

Las instituciones tienen un contenido positivo. La persona obligada por un deber especial no sólo está obligada a “no dañar” aquella institución, sino que, sobre ella recae el deber de tutelar y mantener en resguardo los bienes jurídicos que engloban a la institución tutelada. Verbigracia: en la institución de la familia, la madre de su menor hijo tiene el deber en sentido positivo de brindarle protección ante diversos acontecimientos de peligro y amenazas para el menor. De igual forma sucede con la institución del Estado, donde el funcionario o servidor público tiene el deber especial de decidir y dirigir sobre el normal y correcto funcionamiento de la administración pública, resguardando su acontecer correcto y alejándola de actos de corrupción que desvíen el correcto funcionamiento de la administración estatal.

2.2.1.1. La Coautoría en los delitos de infracción de deber.

Sobre los delitos de infracción de deber, Roxin (2016) nos menciona que, si una persona interviene “cooperando en división de trabajo con otro, realiza el tipo de un delito de infracción de deber, no por eso tiene que ser coautor” (p. 345).

No puede sustentarse la coautoría ante la intervención de varias personas en un acontecer delictivo, ya que la obligación especial es personal. Lesch (1995) nos dice que “El deber institucional es un deber altamente personal” (p. 944). En ese sentido, el fundamento de la autoría en los delitos de infracción de deber recae en

el quebrantamiento del deber institucional, el cual es personal. Por lo que, no se puede fundamentar un dominio funcional del hecho delictivo, es decir, aunque varias personas hayan intervenido en un delito de infracción de deber, sólo será autor aquella persona que esté obligado a la protección de la institución quebrantada.

Ahora, puede darse dos supuestos, la intervención delictiva del sujeto cualificado en conjunto con un interesado (sin deberes especiales), en esta situación, aunque el interesado domine conjuntamente con el sujeto cualificado el hecho delictivo, éste no será autor, ya que, sobre él no recaen aquellos deberes especiales, siendo responsable jurídico-penalmente como cómplice (por coadyuvar al sujeto cualificado a cometer el delito de infracción de deber). Ahora, si dos funcionarios públicos cometen el delito de infracción de deber, aquí tampoco puede fundamentarse la coautoría, debido que como ya se mencionó, cada uno quebranta su deber especial, el cual, es “personalísimo”. Es decir, no pueden dividirse roles para la comisión delictiva, pues en los delitos de infracción de deber no es relevante el dominio del hecho delictivo, sino el quebrantamiento del deber especial. En ese sentido, cada uno será autor por quebrantar su deber especial “personal”.

2.2.1.2. Autoría mediata en los delitos de infracción de deber.

Roxin (2016) nos establece que:

En los delitos de dominio un sujeto es autor mediato si dirige, dominándolo, el acontecer, mediante coacción o engaño a otro, o en el marco de las maquinarias organizadas de poder. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber, para la autoría mediata no se requiere el dominio del hecho. Basta que el individuo, que está sujeto a una relación de deber, deje la ejecución de la acción en una persona que se encuentre al margen de la posición de deber que fundamentan la autoría. (p. 350).

Al igual que en el rechazo de la coautoría, aquí no es relevante si es que el funcionario público (intraeus) perfecciona el delito por sí mismo o mediante otra persona ajena al deber especial, sino que el fundamento de su autoría recae en el alejamiento de su deber especial encomendado. Es entonces, irrelevante para los

delitos de infracción de deber el dominio que tenga el intraneus sobre el hecho delictivo.

Sánchez-Vera (2014) nos dice que “Si un obligado especial (intraneus) utiliza a un tercero, extraneus, para cometer la infracción de un deber, responderá como autor igual que si hubiese omitido impedir el hecho.” (p. 307).

Asimismo, el quebrantamiento del deber especial que relaciona al intraneus con la institución (vrg: Estado) materia de protección no son comunes entre el intraneus y extraneus. En ese sentido, no es esencial analizar el dominio del sujeto de atrás respecto al ejecutor del delito como sucede en los delitos de dominio del hecho / delitos de organización. Pues en los delitos de infracción de deber basta con determinar el vínculo y quebrantamiento del deber especial del intraneus para fundamentar su autoría.

2.2.1.3. La participación en los delitos de infracción de deber.

En los delitos de dominio de hecho el cómplice no tiene bajo su dominio el acontecer del hecho delictivo, en cambio en los delitos de infracción de deber, lo relevante es analizar cómo coadyuva con su intervención en el quebrantamiento del deber especial que posee el intraneus.

Roxin (2016) nos menciona que el cómplice es caracterizado “(...) ya no mediante la cooperación sin dominio del hecho, sino mediante la intervención sin infracción de deber.” (p. 357). Como ya se precisó, si es que el extraneus no posee el deber especial de protección, será sancionado por coadyuvar al intraneus al quebrantamiento de su deber especial.

2.2.2. El delito de colusión en la legislación peruana.

2.2.2.1. Evolución legislativa del delito de colusión.

2.2.2.1.1. El delito de colusión en el Código Penal de 1924.

El Código Penal Peruano de 1924, en su artículo 344 prescribía el delito de colusión de la siguiente forma:

El funcionario o servidor público que en los contratos, suministros, licitaciones, subastas o cualquier otra operación semejante, en que interviniere, por razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado o a empresas del Estado o a sociedades de economía mixta o de organismos sostenidos por el Estado,

concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión no mayor de 6 años, e inhabilitación especial conforme a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27, por tiempo no menor de 5 años.

Este precepto legal señalaba en la estructura típica al “funcionario o servidor público” como autor del delito de colusión, siendo su conducta ilícita consumada con la concertación con los interesados en las contrataciones del Estado, considerada como un delito de encuentro, como viene siendo tratada hasta ahora por la legislación peruana. Ahora, no solo se exigía la calidad de “funcionario o servidor público” para ser autor del delito de colusión, sino que además de ello el “funcionario o servidor público” debía de tener una relación funcional para la configuración del delito, es decir, debía intervenir en los contratos del Estado por “razón de su cargo o por comisión especial”, en ese sentido, el “funcionario o servidor público” que no contare con aquel cargo especial para poder conducir y decidir en los contratos del Estado no podía ser autor del delito de colusión por no ser un sujeto cualificado acorde a las exigencias de la descripción típica.

Respecto al extraneus según la descripción típica era considerado como partícipe del “funcionario o servidor público” que era el autor de este delito. Siendo errónea la interpretación respecto al grado de intervención delictiva del extraneus, puesto que no se consideraba su complementariedad para la configuración del injusto penal, delito que comete el intraneus conjuntamente con el extraneus, siendo necesaria la intervención de ambos para cometer el injusto penal.

Esta descripción típica es abierta al precisar todo tipo de contratos que realice el Estado, pues deja abierta esta posibilidad al señalarse “cualquier otra operación semejante” a los contratos de suministro, subasta, licitación, etc. Ello con la finalidad de cubrir todos los medios de corrupción que se den un contrato en el que se pueda perjudicar económicamente al Estado.

Asimismo, este precepto penal consideraba al delito de colusión como un delito de resultado, en su modalidad de delito de lesión, ya que se precisa la descripción “defraudare al Estado o a empresas del Estado o a sociedades de economía mixta o de organismos sostenidos por el Estado”, es decir, el delito de colusión en el presente Código Penal materia de análisis, exigía como injusto penal

que se defraude en un sentido material al Estado o cualquier empresa sostenida por el Estado. Contrario sensu, no era considerada como delito aquel acuerdo colusorio realizado entre el intraneus y extraneus, que no haya causado como consecuencia un perjuicio a la esfera patrimonial del Estado, es decir, el delito de colusión se configuraba con la existencia real de la lesión al patrimonio del Estado como consecuencia del pacto colusorio.

Este delito tenía como consecuencia jurídica a la prisión de 6 años para los intervinientes que cometan el injusto penal que establecía el artículo 344 del Código Penal de 1924, asimismo, se tenía como pena accesoria “la inhabilitación especial, por tiempo no menor de 5 años”

2.2.2.1.2. El delito de colusión en el Código Penal de 1991

El Código Penal Peruano de 1991, señalaba en su artículo 384 el delito de colusión la siguiente normativa:

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

Este precepto penal, describía como autor al “funcionario o servidor público” que intervenía por razón de su cargo o comisión especial para defraudar al Estado mediante la concertación llevada con el interesado. Siendo también considerada como un delito de encuentro, ya que se prescribía la intervención delictiva del “funcionario o servidor público” conjuntamente con el interesado “extraneus”, quienes configuraban el delito defraudando al Estado en los contratos públicos, subastas, liquidaciones o cualquier otra operación semejante, dejando abierta otras formas de corrupción que puedan generar perjuicios económicos al Estado.

En este precepto materia de análisis, el extraneus era considerado como partícipe, siendo solo “funcionario o servidor público” el autor del delito,

considerándose accesoria a la intervención delictiva del extraneus, y no fundamental para configuración del injusto penal, siendo ello erróneo, al no comprender que el injusto penal requiere la intervención necesaria del intraneus y extraneus para configurar el ilícito penal.

Este precepto penal consideraba al delito de colusión como un delito de resultado, en su modalidad de delito de lesión, puesto que describía que aquella concertación debe de “defraudar al Estado o empresa del Estado o sociedades, de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado”, ello quiere decir que, el delito de colusión, regulaba que se defraude en un sentido material al Estado o cualquier empresa sostenida por el Estado. Pues no era considerada como delito aquel acuerdo colusorio realizado entre el intraneus y extraneus, que no haya causado como consecuencia un perjuicio al patrimonio del Estado, es decir, el delito de colusión se configuraba con la existencia real, que consiste en causar una lesión al patrimonio del Estado como consecuencia del pacto colusorio.

Este Código Penal de 1991 aumentó la pena privativa de libertad, teniéndose como pena de 3 a 15 años de pena privativa de libertad, sin embargo, no se precisa en la descripción típica una pena de inhabilitación para el “funcionario o servidor público”, que si era regulado por el Código Penal peruano de 1994.

Este ilícito penal tuvo una serie de modificaciones que serán descritas y analizadas. Es así, que la primera modificatoria que se dio del texto original del artículo 384 del Código Penal de 1991 fue mediante la Ley N°26713 en su artículo 2 en el año 1996 que modificó el precepto normativo de la siguiente manera:

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

Este precepto penal establece como autor del delito de colusión al “funcionario o servidor público” que interviniendo por “razón de su cargo o comisión especial” en los contratos del Estado se colude con el interesado para

defraudar al “Estado u organismo del Estado”. Siendo un delito de encuentro, que requiere la intervención del interesado y el “funcionario o servidor público”, quienes se coluden defraudando al Estado.

Respecto al extraneus, se sigue considerando como partícipe del delito de colusión, considerando su conducta ilícita como accesoria y no necesaria, siendo errónea la tipificación y comprensión sobre la autoría y participación en este delito, ya que la conducta delictiva del extraneus es esencial y necesaria para configurar el delito de colusión, pues es el intraneus quien conjuntamente con el extraneus comete el ilícito penal, siendo imposible cometer el delito sin la intervención delictiva de uno de los dos.

Este delito es un delito de resultado, en su modalidad de delito de peligro concreto, ya que es necesario que el entre “funcionario público” e interesado generen con la “concertación” un peligro potencial a la esfera patrimonial del Estado, ya que la descripción del tipo penal exige solo la concertación entre intraneus y extraneus, adelantándose la barrera punitiva y no esperar que haya una vulneración material (perjuicio económico). Aquí la expectativa esperada, es “actuar de manera correcta en las contrataciones públicas”, no siendo necesaria alguna defraudación real y concreta que pueda sufrir la administración pública.

Este precepto normativo sanciona con una pena privativa de libertad de 3 a 15 años de pena privativa de libertad, sin embargo, no se previó una pena de inhabilitación para el funcionario o servidor público que cometió el injusto penal. Mediante el artículo 1 de la Ley N° 29703 publicada el 10 de junio del 2011 se establece la siguiente modificatoria:

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

Este tipo penal señalaba como autor al “funcionario o servidor público” que interviniendo “por razón de su cargo o comisión especial” defraude a la esfera patrimonial del Estado como consecuencia de la concertación ilegal con los

interesados, siendo también un ilícito penal con estructura típica de delito de encuentro, ya que requiere la intervención delictiva del interesado que conjuntamente con el intraneus se coluden y perjudican patrimonialmente al Estado por haberse beneficiados ilícitamente en los contratos del Estado.

El interesado “extraneus” es considerado como partícipe del este delito materia de análisis, sin embargo, no se ha tenido en consideración que su conducta es esencial y necesaria para consumar el delito de colusión, ello quiere decir, que necesariamente tiene que intervenir el intraneus y extraneus para cometer el delito, siendo dichas conductas complementarias para configurar el pacto colusorio.

El tipo penal del delito de colusión modificada por la Ley N° 29703 en el año 2011 consideraba al delito de colusión como un delito de resultado, en su modalidad de delito de lesión, ello en razón de que, prescribía la descripción típica “defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado”, siendo necesario que el Estado se perjudique económicamente con la concertación llevada entre intraneus y extraneus. No era sancionada aquella concertación que no generaba algún perjuicio económico al Estado, generando una esfera de protección para cometer más actos de corrupción en los contratos del Estado.

Este precepto normativo, establecía como consecuencia jurídica una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de 15 años para aquel “funcionario o servidor público” que generaba perjuicio patrimonial con el pacto colusorio en los contratos del Estado que intervenía por razón de su cargo, sin embargo, no se había considerado una pena de inhabilitación para el “funcionario o servidor público” que configuraba el injusto penal.

Según la descripción del único artículo de la Ley N° 29758 de fecha 21 de julio del 2011, se modificó el delito de colusión de la siguiente manera:

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

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

La Ley N° 29758 trajo algunas novedades en el tipo penal del delito de colusión delimitando al delito de colusión en simple y agravada, siendo establecida la colusión simple en el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal, y la colusión agravada en el segundo párrafo del artículo en mención.

Según la prescripción típica se siguió considerando como autor al “funcionario o servidor público” interviniendo directa o indirectamente “por razón de su cargo” conierta con los interesados para “defraudar al Estado”. El autor no solo debe tener esa calidad de “funcionario o servidor público”, sino que además de ello, se requiere que este intervenga “por razón de su cargo”, es decir, se exige que el intraneus tenga relación funcional para representar y decidir en los contratos del Estado.

El extraneus sigue siendo considerado en este tipo penal como cómplice, sin tener en consideración su grado de complementariedad para cometer el delito de colusión, análisis que realizaremos y explicaremos a lo largo de esta investigación.

El delito de colusión simple prescrito en el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal, añadió una política criminal para adelantarse y sancionar los acuerdos colusorios, no siendo necesario la exigencia de un resultado lesivo a la esfera patrimonial del Estado, ya que bastaba con el pacto colusorio entre intraneus y extraneus para defraudar al Estado.

Este delito de colusión simple es un delito de resultado, su modalidad de delito de peligro concreto, ya que el pacto colusorio genera un peligro potencial y un alto grado de proximidad en la vulneración del patrimonio estatal.

En cuanto al delito de colusión agravada prescrita en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal, se sanciona por cumplirse dos verbos rectores, el primero, “concertar”, y el segundo, que aquella concertación genere “defraudación

patrimonial al Estado”. Siendo aquí el injusto penal mayor al de la colusión simple, es por ello que se sanciona con una consecuencia jurídica-penal mayor.

Este precepto jurídico-penal, sanciona como consecuencia jurídica en el delito de colusión simple con “pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”, y en el delito de colusión agravada, con “pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”. Sin embargo, este tipo penal no consideró una pena de inhabilitación para el “funcionario o servidor público” que configurara el ilícito penal.

Por último, el único artículo de la Ley N° 30111 que fue publicada el día 26 de noviembre del 2013, se introdujo la siguiente modificación:

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

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

La Ley N° 30111 publicada el año 2013, considera como autor del delito de colusión al “funcionario o servidor público” que por “razón de su cargo” interviene en los contratos del Estado, concertándose con el interesado para defraudar al Estado.

Este tipo penal siguió considerando al extraneus como partícipe, sin considerar el grado de complementariedad que requiere su intervención para configurar el delito.

Se siguió preservando la distinción entre colusión simple y colusión agravada, configurándose el delito en el primero, cuando el intraneus concertó con el extraneus para defraudar al Estado; y en el segundo, exigiendo que esta concertación genere una defraudación patrimonial para el Estado. Siendo el delito de colusión simple un delito de resultado, en su modalidad de delito de peligro concreto, y en el delito de colusión agravada establecido como delito de resultado, en su modalidad de delito de lesión, ante la exigencia del perjuicio patrimonial del Estado.

Este tipo legal, en el primer párrafo (colusión simple), prescribió como consecuencia jurídica una “pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años” e “inhabilitación y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”. Siendo incorporado nuevamente la pena accesoria de inhabilitación para el “funcionario o servidor público” y se añadió por primera vez en este delito la pena “pecuniaria” de pago de días-multa. El delito de colusión agravada, establecida en el segundo párrafo, prescribió como consecuencia jurídica una “pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años” y como pena accesoria “inhabilitación y pago de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”

El artículo 384 del Código Penal fue modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243 publicada el 22 de noviembre de 2016, siendo el texto el siguiente:

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

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

Esta última modificatoria será analizada con mayor detenimiento en lo que resta de la presente investigación.

2.2.2.2. Concepto de funcionario público.

Rojas citado por Rímac (2021) señala que:

El funcionario público es la persona que se vincula a través de sus actividades con el Estado ya sea por nombramiento, designación, delegación o elección popular; el cual, provisto de poder de decisión, ejecuta la voluntad estatal con fines de interés social. (p. 283).

El funcionario público es una persona que ejerce representación del Estado, realiza actividades de funcionamiento en la administración pública. El funcionario público tiene poder de dirección y decisión sobre la administración pública. Esta actividad realizada por los funcionarios públicos representa una función pública con la finalidad de satisfacer las necesidades de la sociedad.

El funcionario público tiene dos elementos:

- Elemento subjetivo, que es aquel título otorgado por el Estado, por el cual se genera un vínculo entre el funcionario público y la administración pública.
- Elemento objetivo, consiste en la intervención ejercida de manera directa o indirecta en el entorno de la administración pública.

Es entonces que, se exige estos dos elementos para que la intervención del funcionario público tenga relevancia dentro del marco jurídico-penal.

2.2.2.3. Concepto de servidor público.

Salinas citado por Rímac (2021) nos precisa que “El servidor público, al igual que el funcionario público, sirve al Estado al cumplimiento de sus fines. Sin embargo, no representa la voluntad estatal, ya que es un agente sin mandato, en relación de subordinación con los funcionarios públicos.” (p. 283-284)

El servidor público es aquella persona con existencia de un vínculo subjetivo, que tiene un título otorgado por el Estado que lo vincula a su persona “servidor público” con la “administración pública”, asimismo, tiene un vínculo objetivo, que consiste en ejercer actividades dentro de la administración pública.

El servidor público a diferencia del funcionario público no tiene poder de decisión y dirección sobre el camino que debe seguir la administración pública, sino que su labor es limitada por la subordinación y dirección emanados del funcionario público, es decir, el servidor público debe de cumplir las órdenes encomendadas por el funcionario público. Sin embargo, cabe precisar que en la practicidad el servidor público puede tener una cuota de decisión y dirección sobre la administración pública, ello es posible cuando aquel poder es delegado por el funcionario público.

El funcionario y servidor público son las personas provistas de poderes otorgados por el Estado, sea está encomendada por nombramiento, delegación, voto popular, designación, etc. Aquel poder otorgado para el Estado no debe ser entendida como una libertad de realizar decisiones y direccionar la administración pública con fines particulares, sino que este poder delegado al “funcionario o servidor público” debe ser utilizado para alcanzar los fines perseguidos por el Estado, pues de lo contrario podría llevar a ejercer una sanción administrativa e incluso jurídico-penal.

El análisis típico y observancia de los elementos constitutivos del “funcionario o servidor público”, son esenciales para el cumplimiento de los elementos valorativos del tipo penal, sobre todo si estamos ante un delito de infracción de deber, siendo esencial la observancia del vínculo funcional o relación funcional del intraneus para determinar si se está ante la presencia de una infracción

de deber de representación Estatal y ser sancionado jurídico-penal por la comisión de un delito de infracción de deber.

El concepto de “funcionario y servidor público” tiene diversas connotaciones en las diversas ramas del derecho, siendo así que no debe ser confundida por los conceptos que le da el derecho administrativo, ya que para efectos de una sanción jurídico-penal es distinta la connotación que le otorga el derecho penal al “funcionario y servidor público”. Siendo así que, el Código Penal en su artículo 425 regula los siguientes conceptos:

Artículo 425 del Código Penal Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Esta delimitación regulada por el Código Penal es de numerus apertus, dando un concepto más amplio según lo prescrito por la constitución y demás leyes. Cabe precisar que el mismo Código Penal le da un sentido más amplio respecto al “funcionario y servidor público”. Ello en concordancia con lo establecido en el artículo 386 del Código Penal:

Las disposiciones de los Artículos 384 y 385 son aplicables a los Peritos, Árbitros y Contadores Particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarías.

Ello quiere decir, que el concepto sobre “funcionario o servidor público” en los delitos de colusión y patrocinio ilegal se extiende a lo señalado por el artículo en mención.

Asimismo, el artículo 392 del Código Penal amplía el radio conceptual sobre el “funcionario y servidor público”, respecto al delito de peculado (art. 387) y malversación de fondos (art. 389) al precisar que:

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

Bajo esta descripción, el concepto de funcionario y servidor público se amplía aquellas personas que son particulares y ajenas a la administración pública, sin embargo, están vinculados con la administración pública, debido que están encargados indirectamente de custodiar bienes protegidos por el aparato estatal.

2.2.2.4. Concepto del funcionario y servidor público en la Convención Americana Contra La Corrupción.

Conforme al literal a) y b) del artículo 2 de la Convención de la Naciones Unidas Contra la Corrupción del año 2004 en Nueva York dispone la definición de funcionario público, estableciendo lo siguiente

Artículo 2. Definiciones.

A los efectos de la presente Convención: a) Por “funcionario público” se entenderá: i) todo persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte,

ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda persona que desempeñe un función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el Capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; (...)

Es importante precisar según lo regulado por la Convención Americana Contra la Corrupción, no es necesario que el “funcionario o servidor público” se encuentre desempeñando su cargo en la función pública para cometer un delito contra la administración pública, ello generaría un escudo para la defensa del funcionario público que cometa actos de corrupción. Ante ello, lo regulado por la Convención amplía el alcance de la delimitación del “funcionario y servidor público” desde su designación o elección, ello es correcto, ya que puede darse la posibilidad de que el “funcionario o servidor público” cometa actos de corrupción ante su elección, por ejemplo, concertarse con el representante de una empresa para favorecerlo en una contratación pública, cuando éste es elegido como “funcionario o servidor público”.

Es entonces, bajo esta línea interpretativa que el funcionario público puede ser sancionado por concertar con el interesado, sin aún estar ejerciendo su cargo público, siendo esta interpretación pertinente para cubrir todo tipo de actos de corrupción y que no se genere ningún tipo de impunidad.

Nuestra legislación peruana en las últimas décadas se ha visto fuertemente afectada por los diversos casos de corrupción de funcionarios que trajeron a colación el perjuicio patrimonial del Estado. Ante esas situaciones el poder

legislativo ha previsto establecer una serie de dispositivos normativos que prohíben los actos de corrupción, siendo uno de ellos, el delito de colusión desleal establecido en el art. 384 del Código Penal. Mediante este delito se prohíbe la concertación entre funcionarios públicos y representante de la empresa postora que pueda ocurrir en cualquier etapa de las Contrataciones con el Estado. Esto con el fin de que los funcionarios públicos respeten sus deberes de representación que tienen para con el Estado.

El delito de “colusión desleal” es un “delito de infracción de deber plurisubjetivo” regulado en el art 384 del Código Penal, este tipo penal se divide en dos formas de colusión:

2.2.2.5. Colusión simple.

El delito de colusión simple ha sufrido una serie de modificatorias en las últimas décadas, este tipo penal está regulado en el art 384 de nuestro Código Penal, siendo el texto actual de la siguiente manera:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. (p.267)

El delito de “colusión simple” se configura con la "concertación" realizada entre “funcionario Público” y “interesado”. Aquí el verbo rector eje del delito es la concertación. Es entonces, esencial determinar la figura de la concertación para la consumación del tipo penal.

Pariona (2017) indica que “El delito de colusión simple supone una puesta en peligro del patrimonio del Estado. No estamos ante un delito de lesión, sino de peligro.” (p. 89). La descripción del tipo penal del primer párrafo del art 384 del Código Penal no exige la lesión de un bien jurídico (entendiéndose a esta al perjuicio del patrimonio del Estado), sino que el legislador ha optado por política

criminal sancionar aquellas conductas que pongan en "peligro potencial" al patrimonio del Estado, adelantándose a aquel perjuicio patrimonial que pueda sufrir el Estado como consecuencia de los actos de corrupción cometidos en las contrataciones del Estado. Es entonces, que mediante la tipificación del delito de colusión simple se busca que no se cometan actos de corrupción "pactos colusorios" que conlleven al perjuicio del patrimonio del Estado.

Cancho (2012) nos hace mención que "La política criminal se encarga de determinar la mejor manera de prevenir satisfactoriamente la realización de delito". (p.461). El legislador peruano ha considerado sancionar jurídicamente el acuerdo colusorio realizado entre funcionario público e interesado en las contrataciones del Estado que tengan la finalidad de defraudar patrimonialmente al Estado, dicha sanción tiene la finalidad de adelantarse a una posible vulneración del patrimonio del Estado.

Es entonces, que para la configuración del delito de "colusión simple" debe existir "pacto colusorio" [*Concertación realizada entre funcionario público e interesado de forma clandestina con la final de favorecer al interesado en cualquier etapa de Contratación con el Estado y defraudar patrimonialmente al Estado*] que cree un riesgo no permitido, siendo esta puesta en peligro el idóneo para generar perjuicio patrimonial al Estado como consecuencia de la existencia de la concertación en cualquier etapa de Contratación. Esto es, en los contratos de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier tipo de operación que el funcionario o servidor público intervenga por razón del cargo que desempeña.

2.2.2.6. Colusión agravada

Ante la existencia de un acto colusorio que genere como consecuencia perjuicios patrimoniales al Estado, el legislador en el segundo párrafo del art 384 del Código Penal ha regulado este comportamiento de la siguiente manera:

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

organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. (p. 268)

La descripción del ilícito penal encontrada en el art. 384 del Código Penal es la conocida como la colusión agravada. Siendo aquí el verbo rector eje para la configuración del tipo penal a la "defraudación patrimonial" sufrida por parte del Estado, sin embargo, no se debe obviar que aquel perjuicio patrimonial debe ser consecuencia del pacto colusorio llevado a cabo entre intraneus y extraneus.

Al respecto, Salinas (2019) nos señala que “La colusión agravada se perfecciona cuando el agente por medio de concertación con los terceros interesados defrauda el patrimonio del Estado.” (p. 351). Siendo esta defraudación patrimonial la generada por la concertación entre funcionario público e interesado en cualquier etapa de los contratos de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier tipo de operación que el funcionario o servidor público intervenga por razón de su cargo.

2.2.2.7. Delitos de resultado (delitos de peligro y lesión).

Los delitos de resultado se dividen en delitos de peligro y delitos de lesión, los delitos de peligro se subdividen en peligro abstracto y peligro concreto. En los delitos de peligro abstracto el peligro generado no está en un alto de grado de probabilidad de vulnerar en sentido material un bien jurídico protegido, es decir, aquí lo que se sanciona es generar un peligro, sin embargo, este peligro no está próximo a vulnerar un bien jurídico. En este tipo de delitos no se sanciona aquellas conductas que generan un peligro potencial para el bien jurídico, sino que aquí a criterio del legislador por política criminal se sancionan aquellas conductas que son consideradas negativas para la sociedad. En cambio, en los delitos de peligro concreto, el desvalor de la acción genera una proximidad a vulnerar un bien jurídico protegido, aquí existe un alto grado de probabilidad que el bien jurídico sea afectado.

Barbero citado por Mir (1996) nos dice que

Los delitos de peligro se dividen en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Suele decirse que en los primeros requiere expresamente la ley la creación de una efectiva situación de peligro (resultado de peligro), mientras que en los delitos de peligro abstracto no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo: sólo serían delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro. (p. 208)

En los delitos de peligro concreto se considera el efectivo peligro que se genera sobre el bien jurídico protegido, pero en los delitos de peligro abstracto se fundamenta la conducta desvalorada con otro criterio, el sustento recae en razones de política criminal. Estos fundamentos son considerados por el legislador para sancionar conductas consideradas peligrosas, que no necesariamente generen un real y efectivo peligro sobre un bien jurídico.

Mir (1996) nos menciona que

En los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión (así, que la acción haya estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal resultado de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta con la peligrosidad de la conducta. (p. 209-210)

En los delitos de peligro concreto el desvalor de la acción genera una proximidad de vulnerar el bien jurídico protegido, aquí se considera delictiva una conducta que ha creado un peligro, y que este muy cercano a quebrantar el bien jurídico. En cambio, en el delito de peligro abstracto, no se requiere la proximidad de lesionar un bien jurídico, sino que este tipo de conductas son consideradas de delictivas al generar un peligro, que para la sociedad es negativa.

Bajo esta línea de ideas, Rodríguez (1977) nos dice que "Los delitos de peligro concreto son, pues, delitos de resultado (de proximidad de la lesión), mientras que en los delitos de peligro abstracto son delitos de mera actividad (peligrosa)." (p. 55). El sustento de considerar a los delitos de peligro abstracto como delitos de mera actividad, es que no es necesario la producción de un

resultado próximo o lesivo al bien jurídico, sino que aquí el eje central del delito recae en el desvalor de la acción, ello quiere decir, que se valora la peligrosidad de una conducta, sin importar que este peligro se aproxime o lesione un bien jurídico. Respecto al delito de peligro abstracto, Jakobs (1996) nos hace referencia que:

La seguridad del tráfico rodado, en el medio ambiente (intacto) y situaciones similares no son, evidentemente, estados naturales, sino son los resultados de ciertas decisiones sociales, y esto significa que quien quiera orientarse deberá fijarse en la vigencia de las normas que han configurado esas decisiones. Por lo tanto, de lo que se trata aquí, en los delitos de peligro abstracto, y ello de modo más claro que en el caso de los bienes jurídicos <<clásicos>>, es el mantenimiento de la vigencia de la norma, y no del mantenimiento de determinados objetos. (p. 46)

Jakobs nos señala que con la tipificación de los delitos de peligro abstracto no se tutelan bienes jurídicos en sentido material, es decir, el derecho penal no tutela objetos, sino lo que protege el derecho penal es la vigencia de la norma, ello en razón de que al sancionar una conducta delictiva ya han sido vulnerados aquellos bienes jurídicos “clásicos” como son la vida, integridad física, etc. El sustento bajo este orden de ideas, es que con los delitos de peligro abstracto no se protegen objetos, ni mucho menos se sancionan aquellas conductas que han vulnerado materialmente estos bienes, por lo que no tendría sustento que el derecho penal proteja bienes jurídicos en un sentido material, sino que el derecho penal solo se encarga de proteger la vigencia de la norma, y ello se obtiene sancionando aquellas conductas delictivas enmarcadas dentro de la ley penal.

Roxin (1997) nos menciona que

Los delitos de lesión son llamados delitos cualificados por el resultado. En estos casos, el tipo penal contiene un tipo penal básico, cuya penalidad se agrava si es que se produce un resultado adicional que intensifica el desvalor de la conducta. (p. 108)

Los delitos de lesión se configuran cuando el desvalor de la acción genera un vulneración real y efectiva al bien jurídico protegido, aquí lo que se tiene en consideración es que el desvalor de la acción (peligrosidad de la conducta) ha

generado un daño lesivo al bien jurídico (desvalor del resultado). En otras palabras, este tipo de delitos se configura cuando existe una lesión real al bien jurídico protegido, por ende, aquellos delitos de lesión deben sancionarse con una pena más alta, ya que el resultado del delito es más grave que en los delitos de peligro, donde solo se ha puesto en peligro el bien jurídico protegido. Estos delitos se diferencian de los delitos de mera actividad, basado en criterio temporal y espacial de la acción y el resultado. En los delitos de lesión, la conducta está separada espacial y temporalmente del resultado lesivo, en cambio, en los delitos de mera actividad, la acción y el resultado conforman una sola unidad, aquí se considera que la mera acción produce un resultado lesivo, no deseado, considerando injusto o negativo para la sociedad.

2.2.2.8. Delito de colusión simple como delito de peligro concreto.

El delito de “colusión simple” se configura con la concertación ilícita llevada entre intraneus y extraneus, siendo a tenor de lo prescrito que esta concertación sea realizada para defraudar al Estado, es decir, el pacto colusorio está dirigido a quebrantar el patrimonio del Estado.

Pariona (2017) nos dice que “Para la consumación de la modalidad simple, basta la creación de un peligro potencial para el patrimonio del Estado.” (p. 89). Es por ello, que la doctrina mayoritaria considera al delito de colusión simple como un delito de peligro, siendo denominado por algunos autores como el delito de colusión de peligro para diferenciarlo del delito de colusión agravada que líneas abajo analizaremos detenidamente. El peligro potencial en el delito de colusión simple es aquella puesta en peligro con alto grado de probabilidad de generar perjuicio patrimonial al Estado, siendo innecesario causar daños patrimoniales para su configuración. De ser el caso que el pacto colusorio cause perjuicio a la esfera patrimonial del Estado será considerado como colusión agravada.

Ahora, cabe precisar qué tipo de “delito de peligro” es perteneciente al delito de “colusión simple”. García (2021) señala que:

La concertación debe tener objeto de defraudar al Estado, esto es pactar las condiciones más desventajosas, menos desfavorables para la entidad – para su patrimonio – de modo que la defraudación no tendría un sentido de deslealtad, parcialidad, ilegalidad, objetividad

por existir un concierto, sino que su naturaleza es defraudadora por el pacto de perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. Por lo tanto, es para nosotros la colusión un delito de colusión es un delito de peligro concreto y no un delito de peligro abstracto, como advierten algunos sectores de la doctrina. (pág. 368-369)

El delito de “colusión simple” requiere una concertación idónea, ello quiere decir, que aquella concertación es lo suficientemente peligrosa para quebrantar el patrimonio del Estado. La concertación idónea está dirigida a que se defraude al Estado, no basta con un simple acuerdo colusorio, sino que se debe de realizar otros actos encaminados que harán de este pacto colusorio efectivo para el provecho particular del intraneus y extraneus, y como consecuente, perjudicar patrimonialmente al Estado.

Bajo esta línea de ideas, aquella concertación idónea genera un alto de grado de peligrosidad para vulnerar defraudar al Estado, y que este se afecte en su patrimonio. Es así que, la concertación idónea genera per se un grado de proximidad de que el Estado sea desfavorecido en su esfera patrimonial, pues esta concertación está dirigida a perjudicar el patrimonio del Estado, viéndose este desfavorecido y favorecer por lo cual, al intraneus y extraneus que se alejan de proteger los intereses del Estado, para verse beneficiados particularmente.

Reátegui (2017) nos hace mención que

En la colusión simple se habla del perjuicio potencial, el cual debe ser entendida como la generación de un peligro concreto de perjuicio; es decir, que en el caso concreto se han presentado todos los factores para la materialización del perjuicio, pero este no se ha producido por razones fortuitas. (p. 422)

En el delito de colusión simple, aquella concertación genera una creación efectiva y potencial dirigida a vulnerar el patrimonio Estatal. Con la concertación idónea se realizan actos suficientes y efectivos para generar el perjuicio patrimonial del Estado, este perjuicio normalmente se hace efectivo con el desembolso que realiza el Estado para la empresa contratista, que fue elegida por actos alejados a la transparencia imparcialidad del “funcionario o servidor público”.

2.2.2.9. Delito de colusión agravada como delito de lesión.

El delito de colusión agravada es un delito de lesión, ya que para que se configure el delito debe existir; primero, el pacto colusorio y, como consecuencia de ésta, la defraudación patrimonial sufrida por el Estado. Este delito también es conocido como la colusión de resultado, ello en razón a la necesaria defraudación patrimonial para su consumación delictiva.

La Casación N° 661-2016, Piura, citado por Martínez (2019) señala que

En la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado -desvalor de resultado. (p. 249)

En el delito de “colusión agravada”, requiere que aquella concertación ilícita (desvalor de la acción) genere una defraudación patrimonial al Estado (desvalor del resultado). Es decir, que el pacto colusorio (desvalor de la acción), genera un peligro concreto al patrimonio del Estado, siendo luego afectada la esfera patrimonial del Estado, concretándose un perjuicio real y lesivo (desvalor del resultado).

Este delito de resultado lesivo se caracteriza porque el desvalor de la acción esta separa temporal y espacialmente del desvalor del resultado. Por ejemplo: los miembros de la comisión de contrataciones (intraneus) se colude (etapa de selección) el 20 de abril de 2022 con el representante de la Empresa “Z” (extraneus), siendo contratada dicha empresa el 30 de abril del mencionado año, para efectuar una obra pública en la ciudad de Huancayo, el 05 de julio del año en mención, se procede a liquidar a la empresa “Z” (etapa de ejecución) para la ejecución del contrato. Es entonces, en la etapa de ejecución, cuando se efectúa la liquidación a la empresa contratista se produce la defraudación patrimonial (desvalor del resultado), aquí es donde se genera el resultado lesivo para el patrimonio del Estado. En conclusión, el desvalor de la acción (concertación) está separada temporal y espacialmente con el desvalor del resultado (defraudación patrimonial del Estado), la concertación se realizó el 20 de abril de 2021 (en la etapa de selección), y el

perjuicio económico estatal se causó el 05 de julio de 2021 (en la etapa de ejecución).

2.2.2.10. Diferencias.

De acuerdo a Rojas (2016):

Tenemos dos modalidades de colusión: una colusión de peligro y una colusión de resultado, que se diferencian sobre la base de la defraudación patrimonial que se produzca en contra del Estado. Sin embargo, el elemento común de la colusión, sea de peligro o de resultado, es la concertación. (p. 195)

El delito de colusión simple se configura con el pacto colusorio realizado entre funcionario público “intraeus” e interesado “extraneus”, siendo el verbo rector aquí la "concertación". En cambio, en el delito de “colusión agravada”, se sanciona la concertación entre funcionario público e interesado que genere como consecuencia algún perjuicio patrimonial al Estado, siendo aquí el verbo rector no solo la "concertación", sino también el de "defraudar" patrimonialmente al Estado.

Otra de las diferencias es el tipo del delito. Ambas figuras delictivas, tanto la colusión simple y agravada son delitos de resultado, sin embargo, los delitos de resultado se dividen en delitos de peligro y de lesión. En este sentido daremos las siguientes diferencias. El delito de colusión simple, es un delito de peligro, ya que se configura ante la existencia de un peligro potencial para perjudicar económicamente al estado. En cambio, el delito de colusión agravada, requiere de una lesión, esto es, que se produzca algún perjuicio al patrimonio del Estado como consecuencia de la concertación ilícita realizada entre funcionario público e interesado. Es entonces, bajo este orden de ideas, que el delito de colusión simple el patrimonio del Estado está en peligro potencial de ser vulnerado. Mientras que en el delito de “colusión agravada” existe un peligro real de que sea vulnerado el patrimonio del Estado.

El elemento común que existe tanto en la “colusión simple” y la “agravada” es la “concertación”. Siendo sancionada en el delito de colusión simple por existencia de la concertación y en el delito de colusión agravada porque esta concertación ha generado perjuicio al patrimonio del Estado. Siendo sancionado el delito de colusión simple con pena privativa de libertad de no menor de tres ni

mayor de seis años, y en la colusión agravada se sanciona con una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años. Ello en razón que por política criminal se ha considerado sancionar con más años de pena privativa de libertad al pacto colusorio que genere perjuicio patrimonial al Estado, pues aquí el desvalor del resultado es mayor que en la descripción del tipo penal del delito de colusión simple.

2.2.2.11. Bien jurídico protegido.

Binding citado por García (2019) señala que el bien jurídico abarca "todo lo que, a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para esta." (p.115). El bien jurídico es el interés que para el legislador es esencialmente importante proteger, ello con la finalidad de vivir en armonía social y sobre todo proteger la economía del Estado en delito materia de análisis. Es así que, ante la presencia de corrupción de funcionarios públicos, el aparato legislativo se ha visto con la necesidad de proteger el normal funcionamiento de la administración pública a fin de erradicar los actos de corrupción realizados por los funcionarios públicos, así como sucede en las contrataciones del Estado. Siendo uno de estos el delito de colusión que quebranta el normal funcionamiento de la Administración Pública.

2.2.2.11.1. Bien jurídico general.

Salinas (2019) nos señala que "El bien jurídico genérico es el normal y recto funcionamiento de la administración pública que es manifestación material de estado" (p. 361). El bien jurídico general en el delito de colusión, es el recto y normal desarrollo de la Administración Pública, esto porque es un delito que atenta al funcionamiento de la Administración Pública.

2.2.2.11.2. Bien jurídico específico.

Pariona (2017) nos dice que en el delito de colusión:

Los bienes jurídicos protegidos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con la que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas. También lo es el patrimonio por el Estado.
(p. 25)

Consideramos que el delito de “colusión” al ser un “delito de infracción de deber”, lo que se protege aquí es el “funcionario o servidor público” cumpla con sus deberes institucionales. Sin embargo, no debe ser confundido la protección del patrimonio del Estado con el bien jurídico del delito que es la protección del cumplimiento de los deberes que tiene los funcionarios públicos con el Estado para su normal desarrollo en los contratos del Estado.

El delito de colusión tiene como finalidad proteger la transparencia de la Contrataciones y adquisiciones que realicen los funcionarios públicos en representación del Estado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional nos prescribe en la sentencia del Expediente N° 020-2003-AI/TC que:

La función Constitucional de esta disposición (art. 76 de la Constitución) es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo a los potenciales proveedores (...). (p. 12)

El bien jurídico específico bajo este orden de ideas es que el “funcionario o servidor público” realice las contrataciones del Estado no solo de manera más eficiente tanto técnica como económicamente, sino también respetando la transparencia, imparcialidad, libre competencia entre otros principios que se deben de cumplir en las Contrataciones con el Estado. Sin embargo, no debemos confundir los deberes de contenidos administrativos con los deberes de contenido jurídico-penal. El derecho penal busca la protección de las expectativas que se tienen en las contrataciones públicas, esto es, que el funcionario público no se coluda con el interesado.

El objeto de regulación del delito de colusión desleal en un sentido administrativo es que se protejan y respeten los principios que orientan a una contratación lícita, es por ello, que la “Ley de Contrataciones con el Estado, Ley N° 30225”, en su artículo 2 establece una serie de principios de las contrataciones con el Estado que el “funcionario público” o “intraeus” que interviene directa o

indirectamente por razón de su cargo debe observar, pues su incumplimiento conllevará a una responsabilidad tanto administrativa como jurídico penal.

Los principios fundamentales que deben cumplirse para evitar la corrupción de funcionarios (colusión desleal) en las Contrataciones con el Estado son los principios de libre concurrencia, principio de integridad, principio de transparencia, el principio de igualdad de trato a los postores y demás principios establecidos en el artículo 2 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

El principio de integridad está regulado por el artículo 2, literal j de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que "La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida..." Este principio no solo obliga a los "funcionarios o servidores públicos" a actuar con la debida transparencia, honestidad y veracidad en los contratos del Estado, sino que este principio también alcanza a los interesados que contratan con el Estado.

El principio de transparencia está regulado por el artículo 2, literal c de la Ley de Contrataciones del Estado, este principio en análisis regula que las informaciones de los procesos de los contratos con el Estado deben de ser claro y coherentes, sin ningún tipo ambigüedades, evitándose así la presencia de actos de corrupción en las contrataciones del Estado. La aplicación de este principio garantiza la libre concurrencia, igualdad de trato e imparcialidad para evitar que los funcionarios o servidores públicos que representan al Estado se aprovechen del cargo y poder de decisión que tiene en las contrataciones en las que intervienen.

El principio de igualdad de trato está regulado por el artículo 2, letra b de la Ley de Contrataciones del Estado. Mediante este principio los "funcionarios y servidores públicos" tienen el "deber" ofrecer las mismas condiciones y oportunidades a las empresas postoras que buscan contratar con el Estado. Este deber especial impide que los funcionarios y servidores públicos otorguen ciertos privilegios o ventajas a una empresa o empresas postoras, pues todos deben de tener las mismas oportunidades para obtener la buena pro y ser contratados. Este principio se ha visto vulnerado con los pactos colusorios entre intraneus y extraneus que dejan a los demás postores en un estado de desventaja, por lo que aquellas

conductas que incumplan con la observancia de estos principios como consecuencia del pacto colusorio serán sancionados jurídico-penalmente.

Barandiarán y Nolasco (2006) nos menciona respecto al gasto público que “La Corte Suprema en algunas ocasiones solo ha considerado dentro de la cobertura del delito de colusión ilegal la conducta que perjudica al gasto público en el marco de una negociación o contratación estatal que genera una erogación presupuestal.” (p. 43). Para no verse afectado el presupuesto del Estado, se ha tipificado el delito de colusión para que los “funcionarios o servidores públicos” cumplan con sus deberes de representación que tienen con el Estado, pues es su deber llevar a cabo las Contrataciones del Estado sin perjudicarlo económicamente. Es así que, aquel funcionario o servidor público que realizase actos de concertación con la finalidad de perjudicar económicamente al Estado será sancionado jurídico-penalmente bajo la aplicación del art 384 de nuestro Código Penal.

Cabe precisar que lo que protege el derecho penal no son bienes jurídicos, sino expectativas normativas. Martínez (2016)

En el delito de colusión no se protege propiamente el bien jurídico patrimonio estatal, pues cuando el delito tiene lugar el patrimonio ya se encuentra afectado, con lo que la función del Derecho Penal fracasaría. Por ello, lo que se protege es la vigencia de la expectativa que la sociedad tiene de que los intervinientes, y específicamente el funcionario a quien se le ha confiado la administración del patrimonio estatal, en el marco de contrataciones públicas, no abusará de sus facultades para poner en peligro el patrimonio público (expectativa normativa). (p. 108)

En ese sentido, el derecho penal no protege la afectación patrimonial del Estado, sino el quebrantamiento de las expectativas que se tienen sobre el intraneus y extraneus de no coludirse en el acontecer de las contrataciones públicas.

2.2.2.12. Tipicidad objetiva.

2.2.2.12.1. Peligro potencial de la defraudación.

De acuerdo al Recurso de Nulidad N° 1296-2007 Lima citado por Salinas (2019) se menciona que “(...) lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para

perjudicar el patrimonio del estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos.” (p. 351)

El delito de “colusión simple” se sanciona ante la existencia de un peligro potencial. Siendo ésta generada por la concertación realizada entre “funcionario público” (intraeus) y “interesado” (extraneus). Al haber “concertación” entre funcionario público e interesado se pone en riesgo el patrimonio del Estado. Esto sucede cuando una empresa postora no cumple con los requisitos exigidos por la “Ley de Contrataciones del Estado” para darle la buena pro, ante este suceso el representante de la empresa decide corromper al funcionario público para que le dé la buena pro.

Ante la aceptación del “funcionario público” representante de la contratación se pone en peligro potencial el patrimonio del Estado. Si bien es cierto, no existe lesión alguna a la economía del Estado, sin embargo, estas conductas que tienen como finalidad perjudicar el patrimonio del Estado no deben de quedar impunes. Es por ello que el legislador ha optado por sancionarlas jurídico-penalmente.

El delito de “colusión simple” es un delito de “peligro concreto”, porque con la “concertación” existe un alto grado de probabilidad de que se produzca un perjuicio real al patrimonio del Estado. Ahora, para ser considerado un peligro potencial para vulnerar el patrimonio del Estado, la concertación del intraeus y extraneus debe ser idónea, es decir, debe aquel pacto colusorio que pueda perjudicar económicamente al Estado de manera efectiva y que comprometan a la lesión de los recursos del Estado.

Este peligro potencial es configurado en el delito de colusión simple cuando el funcionario o servidor público concierta con el interesado para defraudar a la esfera patrimonial del Estado.

2.2.2.12.2. Perjuicio real de la defraudación al estado.

En el delito de “colusión simple” el verbo rector es el de "concertar". En la “colusión agravada” no solo tenemos que probar el cumplimiento del verbo rector "concertar", sino también "defraudar".

Según Salinas (2019) haciendo referencia a los delitos de colusión nos dice que “En la simple, el perjuicio de afectación al patrimonio es potencial, en tanto

que, en la agravada, el perjuicio es real y efectivo. (...)” (p. 349). Las dos modalidades del delito de colusión son delitos de resultado, pero es de saber que los delitos de resultado se dividen en “delitos de lesión” y “delitos de peligro”, y esta última se subdivide en delitos de “peligro concreto” y delitos de “peligro abstracto”. Cabe precisar que el en la primera modalidad “colusión simple” es un delito de “peligro concreto” [*Se configura cuando se cumple con todas las condiciones que puedan causar alguna lesión al objeto sobre el que recae la conducta ilícita, sin embargo, no se produce lesión alguna por causales fortuitas*], ya que existe un peligro potencial de que se cause lesión al patrimonio del Estado mediante el pacto colusorio. En cambio, el delito de “colusión agravada” es un “delito de lesión”, ya que se configura cuando aquel acto colusorio cause lesión (perjuicio) patrimonial al Estado.

Pariona (2017) nos menciona que:

La defraudación se hace más evidente durante la ejecución, ya que es donde se aplica y se dispone los recursos del Estado para la consecución de los fines públicos (...) ya por si trae consigo la creación de un perjuicio patrimonial al estado, pues implican la disposición o entrega de recursos para su ejecución. (pp. 77-78)

En el momento de que el Estado realice la entrega de los recursos patrimoniales al interesado, es en ese momento donde se configura el injusto penal de “colusión agravada”, ya que en esta etapa de la contratación con el Estado se dispone de los recursos del Estado para la ejecución del contrato.

2.2.2.12.3. *Relación funcional.*

El delito de colusión puede ser cometido, según Pariona (2017), “Solo por aquellos que intervienen en el proceso de contratación pública por razón de su cargo, es decir, aquellos funcionarios que ostentan un vínculo o relación funcional directa con el objeto de protección de la norma penal.” (p.56). El delito de colusión no puede ser cometido por cualquier “funcionario o servidor público”, sino solo por aquel que intervenga “directa o indirectamente” por razón de su cargo. Ello significa, solo podrá cometer el delito de colusión el “funcionario o servidor público” que tenga la cualidad especial de decidir en representación del Estado sobre el destino de los contratos del Estado.

Si no se verifica la realización funcional del funcionario o servidor público, el delito no se configura. Si el funcionario o servidor público que interviene en el pacto colusorio no tiene relación funcional, no responderá en calidad de “autor” del delito, sino responderá penalmente como “cómplice” por ayudar a cometer el delito. Ello siempre que exista un “funcionario o servidor público” con relación funcional que intervenga en el delito como autor. Es por ello, que la verificación la relación funcional del funcionario o servidor público es esencial e indispensable para que el delito se configure.

Aquella relación funcional del “funcionario o servidor público” se encontrará en el MOF y ROF de la entidad pública al que pertenezcan.

2.2.2.12.4. Concertación en las contrataciones con el estado.

El pacto colusorio puede estar presente en cualquiera de las etapas del proceso de contratación pública, estos son: etapa de actos preparatorios, etapa de selección y etapa de ejecución. El delito de colusión simple puede ser cometido en cualquier etapa de la contratación con el Estado. En cambio, el delito de colusión agravada normalmente es configurada en la etapa de ejecución, ya que en esta etapa el Estado dispone del material y presupuesto con la finalidad de concretar la prestación de la empresa.

La concertación es el elemento central e indispensable para la configuración del delito de colusión simple y agravada, de lo contrario no cabrá la posibilidad de sancionar aquel acto como delito de colusión.

El delito de colusión es un delito plurisubjetivo, es un delito de intervención necesaria en su modalidad de delito de encuentro, es por ello que es necesario la intervención delictiva del intraneus y extraneus para la configuración del delito, ya que la concertación es la concurrencia de dos conductas que tienen una misma finalidad "defraudar patrimonialmente al Estado".

En la concertación deben de participar necesariamente el funcionario o servidor público con relación funcional y el interesado, de lo contrario, el delito no se configurará, ya que es un delito de encuentro que requiere la complementariedad delictiva tanto del intraneus como del extraneus para su configuración delictiva.

La concertación es entonces, aquel pacto entre “funcionario o servidor público” y el “interesado”, siendo este acuerdo llevado de manera clandestina para ocultar el contenido ilícito penal de las de la contratación.

2.2.2.13. Tipicidad subjetiva.

Morillas citado por García y Castillo (2008) señala que "Hay quienes consideran compatible su comisión solo con una forma particular e intensificada de dolo como es el dolo directo." (p. 172). Bajo la aplicación de la teoría volitiva del cual hemos adoptado, el funcionario o servidor público debe de tener conocimiento y sobre todo voluntad de que está incumpliendo con sus deberes especiales que le fueron entregado para que realice contratos con los particulares de forma transparente, imparcial, respetando la igualdad de trato a los postores, con honestidad, etc.

El dolo directo se configurará cuando el funcionario o servidor público con conocimiento y sobre todo voluntad realiza el pacto colusorio con el interesado para defraudar patrimonialmente al Estado en cualquier etapa de contratación con el Estado.

En el delito de colusión no se admite la configuración del delito mediante culpa, ya que para que sea considerada como un delito culposo debe estar expresamente señalado en la descripción del tipo penal según lo establecido en el artículo 12 del Código Penal.

El delito de colusión solo se configura con la conducta delictiva del funcionario o servidor público y del extraneus de forma activa. En ese sentido Rojas (2002) nos dice que "No es de recibo la interpretación que alega que es posible la comisión por omisión". (p. 288). La descripción del tipo penal del delito de colusión tiene como verbo rector a la concertación entre funcionario o servidor público e interesado. Para que exista concertación debe haber acuerdo de defraudar patrimonialmente al Estado entre el intraneus y extraneus, siendo imposible que tanto el intraneus como extraneus realicen una conducta activa (concertar) mediante la omisión.

Creus (1992) dice que parte de la doctrina ha señalado que el ilícito penal que requiera dolo directo, debe de cumplirse además de ello la tendencia interna trascendente. (p. 214). Siendo esta tendencia interna trascendente (dolo

trascendental) en el delito de colusión la finalidad de “defraudar” patrimonialmente al Estado, es decir, se requiere además de conocimiento y voluntad de querer cometer el delito que haya finalidad de defraudar a la esfera patrimonial del Estado.

Los “delitos de tendencia interna” trascendente se dividen en los “delitos mutilados de dos actos” y en los “delitos cortados de resultado”. Roxin (1997) nos menciona que los delitos mutilados de dos actos "el resultado ulterior se va a obtener con una acción posterior a la que apunta la primera" (p. 84). Aquí se va a esperar el resultado de una conducta inicial. Siendo en el delito de colusión el resultado esperado es la defraudación patrimonial del Estado, ello a consecuencia de la “concertación” pactada entre el “funcionario público e interesado.”

2.2.2.13.1. Concurrencia del dolo entre el intraneus y extraneus para la configuración del injusto penal.

Pariona (2017) indica que “No basta con el comportamiento doloso del funcionario, sino que se requiere igualmente el comportamiento doloso del interesado.” (p.104). El “delito de colusión” es un “delito de intervención necesaria” en su modalidad de “delito de encuentro”. Es entonces, fundamental verificar que ambos sujetos intervinientes (intraneus y extraneus) cometan el delito con dolo directo, de lo contrario no se configurará el delito.

Tanto el intraneus como el extraneus deben de cometer el delito con conocimiento y voluntad de que están concertando con la finalidad de defraudar a la esfera patrimonial del Estado. El “delito de colusión” al ser un “delito de encuentro” requiere necesariamente la intervención delictiva del intraneus y extraneus, siendo estas conductas delictivas complementarias, por lo que ambos deben de cometer en conjunto el delito con dolo directo.

No esta admitida la configuración de este delito mediante comisión por omisión, ya que estamos hablando de un delito que requiere una intervención activa para llevar a cabo la concertación. Asimismo, tampoco será admitida que uno de los intervinientes (intraneus o extraneus) cometa el delito mediante culpa, ya que la descripción del tipo penal no establece la comisión del delito por culpa según lo regulado por el artículo 12 de nuestro Código Penal.

2.2.2.14. Sujetos en el delito de colusión.

2.2.2.14.1. Sujeto activo.

Orts (1996) nos dice que “Solo puede ser autor del delito de colusión ilegal el funcionario que actúa en razón al cargo o en base a una comisión especial.” (p. 1862).

Etxebarria (1997) establece que “No puede ser autor quien carece de esta calidad especial.” (p. 210). Para la configuración del delito de colusión no solo se requiere que la cometa el funcionario o servidor público, sino además de ello, se exige que este “funcionario o servidor público” intervenga por “razón de su cargo” en aquel pacto colusorio realizado con el extraneus. Es decir, a parte de tener calidad de “funcionario o servidor público” se requiere que este tenga relación funcional para intervenir en las Contrataciones en representación del Estado.

Rojas (2007) nos señala sobre el delito de colusión que “Este delito no puede ser cometido por cualquier funcionario o servidor público.” (p. 408.). Asimismo, Pariona (2017) indica que la comisión del delito se configura “(...) únicamente por quienes ostentan un vínculo o relación funcional directa con el objeto de protección de la norma penal.” (p. 33). Parte de la doctrina señala que este delito solo puede ser cometido por “funcionarios o servidores públicos”. Pues bajo la aplicación de lo descrito por nuestro ordenamiento jurídico-penal solo podrá ser autor del “delito de colusión” aquella persona cualificada.

El “funcionario y servidor público” tienen el “deber especial” de llevar la administración pública libre sin la presencia de corrupción, al ser “funcionarios y servidores públicos” encargados de realizar los contratos del Estado. Ahora, será sujeto activo del delito de colusión aquel “funcionario o servidor público” que infringe sus “deberes institucionales” que tiene con el Estado, estos deberes son: actuar con integridad, transparencia, imparcialidad, tratar igual a los postores y demás principios prescritos en el artículo 2 de la “Ley de Contrataciones del Estado”. Estos principios tienen la finalidad de impedir que se realicen pactos colusorios entre intraneus y extraneus.

Es así que, será sujeto activo el “funcionario o servidor público” que concierte con el interesado para “defraudar” al patrimonio estatal. Sin embargo, consideramos que el extraneus también puede responder como autor del “delito de

colusión”, pero en una modalidad de “colusión activa” que desarrollaremos con mayor detenimiento líneas abajo.

Otro sujeto que puede intervenir en el delito de colusión es el árbitro. Este puede intervenir en la fase de ejecución del contrato respecto al proceso de contratación, siendo su intervención realizada en un proceso arbitral. Asimismo, su participación puede llevarse cuando existe una deuda patrimonial por parte del Estado en favor de una empresa, siendo está resuelta por el laudo arbitral. Siendo posible que esta decisión este direccionada a favorecer tanto al “funcionario público”, al “interesado” y así como también al árbitro, es entonces que el árbitro también puede estar inmerso en actos de corrupción y coadyuvar en la concertación ilícita.

No solo puede darse el caso de una deuda del Estado con la empresa contratista, sino también ante la inobservancia de algunos cumplimientos por parte de la Empresa, el Estado podrá sancionar mediante una penalidad a la Empresa que haya incumplido el contrato o cumplido de manera defectuosa, tardía o parcial. Ante estos supuestos la regulación de las penalidades se llevará ante un proceso arbitral, siendo posible que el árbitro conjuntamente con el “funcionario público” y el “interesado” se coludan para defraudar al Estado. Es por ello, que la intervención corruptora del árbitro es relevante para efectos de la configuración del delito y su sanción jurídico-penal en conjunto con los demás intervinientes.

2.2.2.14.2. Sujeto pasivo.

A. Agraviado.

Catalán (1999) nos señala que “La Jurisprudencia suprema entiende que el sujeto pasivo del delito es el Estado o el organismo público, en tanto tenga autonomía jurídica, tales como los Gobiernos Regionales, las municipalidades (...)” (p. 310).

El sujeto pasivo en el delito de colusión es el Estado. El Estado es el titular del bien jurídico afectado, ya que con el pacto colusorio se vulnera su normal y recto funcionamiento de la administración pública. Sin embargo, la institución perteneciente al Estado será el agraviado de forma directa. Por ejemplo: será agraviado directamente la Municipalidad que se ve afectada por los pactos

colusorios que realicen sus funcionarios públicos, cuando ésta ha desembolsado parte de su patrimonio en la compra de bienes sobrevalorados.

B. La posibilidad de otros perjudicados.

Si bien es cierto, el sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico afectado, no obstante, existe la posibilidad de que la comisión delictiva no sólo cause perjuicios al titular del bien jurídico afectado, sino que también se vean perjudicados otras personas o bienes como consecuencia del delito.

Haciendo referencia al delito de colusión, Pariona (2017) nos hace mención que "También se puede reconocer como perjudicados con el pacto colusorio a los potenciales proveedores de bienes o servicios. (...)" (p. 37). Los perjudicados como consecuencia del pacto colusorio son las empresas que, si cumplían con mejores condiciones de calidad, buen precio, etc., y que, sin embargo, no fueron elegidas por la preferencia a la empresa que se valió de actos colusorios para obtener la buena pro.

Peña (2019) nos hace referencia que el "Actor civil es aquel que se apersona ante la jurisdicción, como agraviado o, como directo perjudicado por la comisión del delito, quien pretende obtener un resarcimiento económico por parte del imputado o de terceros responsables." (p. 313). Asimismo, bajo este orden de ideas San Martín (2003) nos señala que "El actor civil es aquella persona, que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito, es decir, quien directamente ha sufrido un daño criminal o, el perjudicado del delito." (p. 259).

En el caso de que a una empresa postora no se le dio la buena pro, porque en el proceso de contratación con el Estado se han evidenciado actos de corrupción. En esta situación la empresa perjudicada puede intervenir en el proceso penal como actor civil, ya que la conducta delictiva "colusión ilegal" ha generado perjuicios patrimoniales a su empresa.

En el proceso penal estas empresas perjudicadas pueden solicitar una reparación civil. Esta reparación se fundamenta en que, si bien es cierto, no son titulares del bien jurídico protegido, ya que este es el Estado, sin embargo, la conducta delictiva (pacto colusorio) ha generado perjuicios económicos a la empresa que no se les dieron la buena pro pese a cumplir con los requisitos necesarios para obtenerla.

2.2.2.15. Actuales consideraciones sobre Autoría y Participación en el Delito de Colusión en la legislación peruana.

Mandujano (2018) nos menciona que “El carácter delictivo de la colusión requiere necesariamente de dos sujetos activos” (p. 171). El primero, es el funcionario o servidor público, que interviene en contrataciones del Estado por razón de su función; y el interesado en dicha contratación.

Nolasco (2011) nos establece que

El delito de colusión desleal corresponde a un tipo penal cualificado por el agente; no cualquier persona puede ser autor, sino exclusivamente los funcionarios públicos que, por razón de su cargo, representan al Estado en algunos negocios jurídicos administrativos señalados en el artículo 384 del Código de 1991. Para ser autor de colusión desleal no basta la condición de funcionario público; además de verificarse el nexo funcional entre aquél con el proceso o contrato administrativo en el que interviene por razón del cargo. (p.282)

La condición de funcionario o servidor público no basta para ser autor del delito de colusión, siendo necesario que éste intervenga en las contrataciones públicas por razón de su cargo. Es necesaria la observancia de aquella relación o nexo funcional, para determinar la obligación funcional del intraneus.

Ahora, respecto al interesado el R.N.N.º 2468-2009 del 12 de agosto del 2010 citado por Castillo (2017) sostiene lo siguiente:

El autor en los delitos contra la Administración pública – es decir, el sujeto vinculado funcionalmente a un cargo público – es también llamado intraneus, mientras que el llamado extraneus – cómplice o instigador – es aquella persona que efectúa aportes de contribución al delito cometido por el primero. El extraneus no puede en ningún caso ser autor o coautor de dicho delito de función. Solo puede ser cómplice. (p.540)

Al igual que el Dr. Castillo Alva, la doctrina mayoritaria en nuestro país considera que el interesado “extraneus” debe responder a título de cómplice por no ostentar aquel deber especial perteneciente al funcionario público “intraneus”,

quien tiene el poder de decisión y dirección sobre el acontecer de las contrataciones públicas previstas en el art. 384 del Código Penal. Sin embargo, aquellas consideraciones expuestas son materia de cuestionamientos en este presente trabajo. Pues consideramos que el interesado “extraneus”, también debe ser considerado como autor, ya que su rol en la intervención para la configuración del injusto penal del delito de colusión es necesaria. Dichos fundamentos dogmáticos serán detallados comenzando a delimitar la estructura del delito de colusión como delito de intervención necesaria en su modalidad de delito de encuentro.

2.2.3. Intervención necesaria en el delito de colusión desleal.

2.2.3.1. Delitos de intervención necesaria.

Velázquez (2019) nos hace mención que “En los delitos plurisubjetivos o de intervención necesaria (...) el tipo penal requiere necesariamente intervención de una pluralidad de personas.” (p. 308). Los delitos plurisubjetivos o también conocidos por la doctrina como delitos de intervención necesaria, se diferencian de los delitos monosubjetivos, en que, en los primeros se requiere la intervención delictiva de mínimo dos personas para configurar el delito, en cambio, en los delitos monosubjetivos puede ser cometido por una sola persona, no siendo necesario la intervención delictiva de varios sujetos para su configuración, por ejemplo, el delito de homicidio y robo, donde basta la intervención delictiva de una persona para la configuración de injusto penal.

Ahora, dentro de los delitos plurisubjetivos o de intervención necesaria podemos distinguir dos tipos de delitos que engloban a éste, aquellos son: los “delitos de convergencia” y los “delitos de encuentro”.

2.2.3.1.1. Delitos de convergencia.

Jescheck y Weigend (2014) nos dicen que “En los delitos de convergencia las actividades de los intervinientes se dirigen conjuntamente al mismo objetivo.” (p. 1042). En estos delitos los sujetos intervinientes realizando actos similares dirigidos hacia la misma dirección, siendo afectado el mismo bien jurídico protegido. Es decir, en estos delitos los sujetos cometen el delito realizando la misma conducta típica buscando la misma finalidad delictiva.

En nuestra legislación, por ejemplo, tenemos el delito de convergencia tipificado en el art. 349 de nuestro Código Penal que es la conspiración para una

rebelión. El texto describe que “el que toma parte de una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín”, será sancionado jurídico-penalmente (...). Este delito requiere la intervención delictiva de mínimo dos personas, que realizan actos similares (conspirar). Este al ser un delito de peligro abstracto se configura cuando dos o más personas conspiración para cometer el delito de “rebelión, sedición o motín”, siendo irrelevante la consumación de estos últimos.

Como se puede observar, se puede delimitar varios elementos para la configuración de un delito de convergencia. (Elemento personal), se requiere la conspiración de “dos personas o más”, quienes realizan actos similares, esto es, “conspirar” (elemento conductual), para cometer delitos de rebelión, sedición o motín (elemento teleológico).

2.2.3.1.2. Delitos de encuentro

Jescheck y Weigend (2014) “En los delitos de encuentro las actividades de los intervinientes, ciertamente se dirigen al mismo objetivo, pero lo hacen desde lados distintos de modo que las acciones, en cierto modo, acaban por encontrarse.” (p. 1042). En los “delitos de encuentro”, los sujetos que intervienen no realizan actos similares, sino que realizan actos distintos, desde posiciones distintas, pero lo hacen buscando el mismo fin. Es así que, sus conductas que tienen distintas direcciones terminan encontrándose y complementándose.

Bolea (2004) nos dice que “El cooperador necesario lleva a cabo una contribución capaz de hacer fracasar el plan con la simple retirada de la misma, a diferencia del cómplice o tercero que, para conseguirlo tendrían que intervenir activamente.” (p. 63). En este delito es esencial la intervención delictiva de dos personas como mínimo. En estos delitos si uno de los sujetos retira su conducta ilícita el delito no se podrá consumir.

En nuestra legislación tenemos como delitos de encuentro al delito de cohecho (art. 393 al 398), tráfico de influencias (art. 400), colusión (art. 384), entre otros delitos regulados por nuestro Código Penal peruano.

En estos delitos intervienen dos personas como mínimo, pero desde distintas posiciones, pero que buscan el mismo fin donde se encuentran sus conductas delictivas. Verbigracia, en el “delito de tráfico de influencias”, el vendedor de

influencias comete el delito desde su posición pasiva de ofrecer “influencias reales” o “simuladas” a cambio de una ventaja para interceder ante un funcionario o servidor público en un proceso administrativo o judicial.

En cambio, el comprador de influencias comete el delito desde una posición activa, siendo quien da o promete dar una ventaja o beneficio, sea éste de contenido patrimonial o no, para ser beneficiado en un proceso administrativo o judicial.

Es entonces, que el vendedor de influencias comete el delito desde una posición como vendedor de influencias y el tercero beneficiario comete el delito desde una posición de comprador de influencias. En ese sentido, ambos no realizan actividades iguales o similares como sucede en los delitos de convergencia, sino que aquí, la intervención delictiva de cada uno es distinta, ya que estas conductas se encuentran, siendo el fin de ambos la obtención un provecho ilícito. En este orden de ideas, el traficante de influencias busca recibir aquel donativo, ventaja o beneficio, y el comprador de influencias lo que busca es tener aquel beneficio en el proceso administrativo o judicial en el que interviene.

Es síntesis, estas conductas delictivas se encuentran, ya que sus conductas son complementarias para la comisión del delito. El traficante de influencias necesita de un comprador de influencias, y este último necesita al traficante de influencias para tener un provecho ilícito. Por lo cual, este delito no puede ser configurado sin la intervención delictiva del comprador y vendedor de influencias.

En este orden de ideas, se puede observar tres elementos. El primero, (elemento personal), se requiere la intervención de mínimo “dos personas” para hacer efectivo la configuración del delito de tráfico de influencias. El segundo, (elemento teleológico), es quebrantar la perspectiva que se tiene con la administración pública, esto es, hacer notar que los favorecimientos de los procesos administrativos o judiciales se obtienen a través de actos de corrupción. Ahora, individualmente cada sujeto busca algo distinto. El vendedor de influencias busca ser favorecido mediante alguna dádiva, beneficio o ventaja ante su venta de influencias reales o simuladas. Por otro lado, el comprador de influencias, busca ser beneficiado en un proceso administrativo o judicial, ante aquella compra de influencias. El tercero, (elemento conductual), a diferencia de los delitos de convergencia, en los delitos de encuentro las conductas de los sujetos son distintas.

Verbigracias: el vendedor de influencias, actúa de manera pasiva ofreciendo influencias a la persona vinculada en un proceso administrativo o judicial. En cambio, el comprador de influencias, realiza la compra de aquellas influencias que lo van a beneficiar en un proceso administrativo o judicial en el cual está vinculado. En el delito de cohecho también sucede lo parecido como en el “delito de tráfico de influencias” analizado líneas arriba. El “delito de cohecho” es un delito de encuentro, ya que requiere la intervención delictiva tanto del “funcionario o servidor público” (intraneus) y “particular” (extraneus) que paga, ofrece o promete el soborno.

Verbigracia: en el delito de “cohecho activo propio y cohecho pasivo propio”. El intraneus aquí interviene en el delito desde su posición de “funcionario o servidor público”, ya que busca aquel soborno para que incumpla con sus funciones institucionales. En cambio, el extraneus busca ser beneficiado con aquel incumplimiento de las obligaciones que realizará el “funcionario o servidor público”.

En este delito los sujetos intervinientes (intraneus y extraneus) realizan actividades distintas, ambos tienen posiciones distintas, pero ambas conductas se encuentran ya que requieren de la intervención de la otra persona para configurar el delito. Es decir, el intraneus necesita al extraneus para sobornar y éste último también necesita del intraneus para configurar el ilícito penal, pues aquí la intervención delictiva del intraneus y extraneus son complementarias para la comisión del delito.

En esta línea de ideas, se puede advertir tres elementos. El primero, (elemento personal), la intervención delictiva de mínimo “dos personas”, estos son “intraneus” y “extraneus”. El segundo, (elemento teleológico), ambos, aunque con intereses distintos buscan defraudar el normal y recto funcionamiento de la administración pública. El funcionario o servidor público está interesado en recibir aquella dádiva, beneficio, ventaja o promesa ante la inobservancia de sus funciones institucionales. En cambio, el interesado “extraneus” busca ser beneficiado por aquel incumplimiento funcional del “intraneus”. El tercero, (elemento conductual), el funcionario o servidor público, interviene en el delito incumpliendo sus funciones a cambio de recibir como medio corruptor una dádiva, beneficia, ventaja o promesa.

En cambio, el actuar del interesado “extraneus” es distinto, debido que su intervención se delimita en ofrecer, dar o prometer una dádiva, beneficio, ventaja o promesa al “intraneus” para que incumpla con sus funciones institucionales. Como se puede observar, las conductas de los intervinientes son distintas, sin embargo, sus intervenciones conforman una unidad delictiva en la configuración del delito, siendo sus conductas complementarias en el quebrantamiento injusto penal.

A. Complementariedad de la intervención delictiva.

Peña (2007) establece que “Los delitos de encuentro contemplan actos provenientes de distintas direcciones que se complementan entre ellos para la configuración del delito.” (p. 87). La complementariedad de estas conductas es fundamental para la configuración del delito, no es que una conducta dependa de la otra, como puede suceder en los delitos monosubjetivos, sino que, en estos delitos, ambas conductas delictivas se complementan para perpetrar el ilícito penal.

Es así que, si uno de los sujetos intervinientes desiste en cometer el delito no será posible el perfeccionamiento del delito. En cambio, en la figura de la complicidad si este desiste de participar en el delito, ello no impide que el autor pueda cometer el delito. Es decir, en el caso del cómplice su intervención no es necesaria para la configuración del delito, ya que solo ayuda a cometer el ilícito penal. En cambio, cuando hablamos de delitos de encuentro las personas que cometen el delito no deben ser consideradas como cómplices, ello en razón de que, estos no ayudan al otro a cometer el delito, sino que ambas conductas son indispensables para la configuración del delito.

La “intervención delictiva” en los “delitos de encuentro” es entonces “complementaria” y no accesoria como se viene interpretando erróneamente actualmente en nuestra legislación como es el caso del “delito de tráfico de influencias”.

Ahora, la intervención delictiva en los delitos de encuentro al ser complementaria, aquellos sujetos que su intervención delictiva es necesaria deberían de ser tratados como autores. Siendo lo más adecuado determinar un tipo penal para cada conducta delictiva, teniendo en consideración que al ser delitos de encuentro los intervinientes realizan conductas distintas, pero que sus conductas se encuentran al tener el mismo fin ilícito.

B. El delito de colusión como delito de encuentro.

Abanto (2003) nos dice que el delito de Colusión es un delito de cooperación necesaria. (p. 11). Bajo esta premisa, Pariona (2017) nos dice que esta cooperación necesaria:

(...) Trae como consecuencia la necesidad de la concurrencia de dos partes: de un lado, la intervención del funcionario público con deberes especiales (intraeus); y, de otro lado, la participación del interesado (extraneus: sujeto sin deberes especiales) para el perfeccionamiento del delito. Por ello, resultan atípicas las conductas unilaterales, pues la concertación supone la participación de dos o más personas. (p. 118)

El delito de “colusión desleal” al ser un “delito de intervención necesaria” en su modalidad de “delito de encuentro”, requiere la intervención delictiva de un sujeto con cualidades especiales positivas y un sujeto con deberes especiales negativos. En otras palabras, las personas intervinientes en el pacto colusorio son el “funcionario o servidor público” (intraeus) y el “interesado” (extraneus). No será posible la consumación del delito de colusión sin la “concurrencia delictiva” del funcionario público y del extraneus.

Abanto (2003) nos menciona en este delito

(...) la Colusión es un delito de encuentro. Significa que para la configuración del delito resulta necesario la realización de dos conductas de sujetos distintos que, orientándose a una finalidad común se complementan en el hecho típico. (p.427)

En este delito ambos sujetos (intraeus y extraneus) cometen el delito desde direcciones distintas, el primero, realiza la concertación ilícita desde su posición como funcionario público, quebrantando su deber institucional de llevar a cabo de manera correcta las contrataciones del Estado, y el segundo, realiza la concertación desde su posición de interesado – “postor” en un proceso de selección de contratación con el Estado, quien quebranta su deber especial de no defraudar las expectativas normativas en un proceso de contratación con el Estado. Esto es, no concertar con el “intraeus” en dicho proceso de contratación.

El funcionario o servidor público encomendado para llevar, por ejemplo, el proceso de selección, invitará o recibirá al representante de la empresa postora para concertar a cambio de un monto dinerario para que lo favorezca en dicho proceso. En cambio, el interesado, cometerá el delito desde su posición como representante de la empresa postora, siendo quien solicite o acepte la propuesta colusoria al “funcionario o servidor público” para beneficiarse, por ejemplo, en un “proceso de selección”, para que le otorguen la “buena pro” a su empresa a cambio de un donativo para el funcionario público que se aleja del cumplimiento de su deber institucional.

Es entonces, que tanto “funcionario o servidor público” y “interesado” cometen el delito de colusión desde posiciones distintas, quebrantando roles distintos, realizando actividades diferentes, pero que ambos buscan el mismo fin ilícito que es el de defraudar el patrimonio del Estado.

Se puede analizar la presencia de tres elementos: El primero, (elemento personal), es necesaria la intervención de mínimo “dos personas”, por un lado, el funcionario o servidor público “intraeus”, con aquella relación funcional para intervenir en la dirección y decisión de los contratos del Estado; y, por otro lado, el interesado “extraneus”, quien tiene aquel interés ilícito en su participación en las contrataciones del Estado. El segundo, (elemento teleológico), ambos adecuan sus conductas para quebrantar el normal y transparente funcionamiento de las contrataciones públicas. Asimismo, se puede precisar que cada individuo tiene un interés particular. El funcionario o servidor público, busca ser beneficiado con algún medio corruptor económico, que lo incentive al quebrantamiento de sus funciones institucionales. En cambio, el interesado, busca que su empresa obtenga la buena pro en la contratación estatal del cual participa. El tercero, (elemento conductual), el “intraeus” interviene quebrantando su deber especial positivo de llevar de manera correcta y transparente las contrataciones del Estado del cual interviene por razón de su cargo. En cambio, el interesado “extraneus” quebranta su deber especial negativo de no lesionar la institución “Estado”, específicamente no quebrantar el normal y transparente funcionamiento de las contrataciones estatales.

2.2.3.2. La intervención delictiva del extraneus en el delito de colusión.

Gran sector de la doctrina señala que el “extraneus” en el delito de colusión debe responder a título de cómplice, ello bajo aplicación de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación.

Abanto (2004) nos dice sobre la aplicación de la teoría de la unidad del título de imputación que “También se observa que se ha intentado legitimar la sanción a título de cómplices basado en una interpretación errada de los postulados de la teoría de la unidad del título de imputación. (...)” (p.6). La teoría de la unidad del título de imputación, ha tratado de darle solución a la siempre cuestionada participación del extraneus en los “delitos de infracción de deber”. Para esta teoría el “extraneus” debe responder jurídico-penalmente a título de cómplice, esto bajo el fundamento de que el extraneus no es un sujeto cualificado, pues éste no tiene ese deber especial institucional que solo tiene el “funcionario público” en los delitos cometidos contra la administración pública.

Dentro de los “delitos de infracción de deber”, aquellos delitos cometidos por “funcionarios públicos” debemos hacer el análisis de que si estos son delitos monosubjetivos o si son plurisubjetivos. No estamos en contra de la aplicación de la “teoría de la unidad del título de imputación” en los “delitos de infracción de deber” como el delito de “peculado”, “malversación de fondos” y otros delitos monosubjetivos. El problema surge cuando se aplica la “Teoría de la Unidad del Título de Imputación” en los delitos plurisubjetivos sobre todo en la modalidad de los delitos de encuentro.

El “delito de colusión” al ser un “delito de encuentro” requiere la participación de dos personas como mínimo para la configuración del tipo penal, estos intervinientes son el “funcionario o servidor público” (intraneus) y el “interesado” (extraneus).

La autoría del extraneus no debe ser tratada sobre la descripción del tipo penal actual del delito de colusión, pues en esta descripción típica se delimita sólo al “funcionario y servidor público” como autores del “delito de colusión”, en ese sentido cabe la necesidad de incorporar un tipo penal de una colusión activa que

regule la conducta delictiva del extraneus independiente del funcionario o servidor público.

2.2.3.3. Complementariedad del extraneus en el delito de colusión.

Pariona (2017) señala que:

“En el caso de los interesados en el delito de colusión evidentemente no estamos frente a personas que solo ayudan al funcionario público para que este cometa “su” delito de colusión. No, estamos más bien frente a personas que conjuntamente con el funcionario cometen el delito de colusión.” (p.121).

El “delito de colusión” es un “delito de encuentro”, ello quiere decir, que el “funcionario público” y “interesado” cometen el delito conjuntamente, cada uno desde posiciones y direcciones distintas, pero ambos tienen la misma finalidad de “defraudar al patrimonio del Estado”. Es entonces, que sus conductas son complementarias, pues si uno decide retirar su conducta el delito será imposible de consumarse, ya que es imposible que el funcionario público e interesado concierten sin la presencia del otro.

Esta complementariedad ayuda a explicar la razón del por qué el extraneus debe ser considerado como “autor del delito” de colusión en su modalidad de colusión activa. No sucede como el delito de peculado, donde el extraneus responde como cómplice, pues su intervención delictiva no es necesaria, ya que este delito puede ser cometido sin la “intervención del extraneus”. En cambio, en el delito de colusión es indispensable la intervención delictiva del intraneus y extraneus, por lo que ambos deben ser tratados como autores. Siendo el intraneus el autor del “delito de colusión pasiva” y el extraneus autor del “delito de colusión activa”.

2.2.4. Los roles generales y los roles especiales.

El derecho penal expresa un rol importante en la sociedad. El derecho penal se representa en las necesidades punitivas de la sociedad. Las personas tienen roles y deberes en el marco de una sociedad. Jakobs (1996) nos precisa que “Son funciones las prestaciones que – solas o junto con otras mantienen un sistema” (p. 17). Aquellas prestaciones concretadas por los ciudadanos están dirigidas a mantener la vigencia del derecho penal.

García (2019) nos señala que “La sola posesión del estatus de persona no permite, por sí sola, la imputación de un hecho concreto. Es necesario determinar si es penalmente competente por dicho hecho.” (p. 365). En una sociedad existen ciertos status que las personas tienen y que permiten a esta desenvolverse en su vida cotidiana. Es decir, cada ciudadano tiene un rol que convive con su sociedad, estos roles son generales y "especiales" según la condición de la persona.

Jakobs (1997) nos dice que debe entenderse que, en la competencia penal, la persona es imputada por el comportamiento objetivo desplegado, ello en razón de que no evitó el resultado del delito. (p. 115). Es importante tener en consideración los roles que cada persona tiene al momento de investigar a una persona para ser sancionada jurídico-penalmente. Y es que, los roles que tienen las personas determinarán si es que es competente o no en la comisión de un delito. En otras palabras, por medio de los roles que cada persona ostenta determinaremos si infringió o no su deber, sea este un deber general o especial.

Jakobs (1996) menciona que:

- 1) Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado standard.
- 2) Entre autor, víctima y terceros, según los roles que desempeñan, ha de determinarse a quién compete, por sí solo o junto con otros, el acontecer relevante, es decir, quién por haber quebrantado su rol administrándolo de modo deficiente responde jurídico-penalmente – o, si fue la víctima quien quebrantó su rol, debe asumir el daño por sí misma-. Si todos se comportan conforme al rol, sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia.
- 3) Esto rige tanto respecto de hechos dolosos como de hechos imprudentes; sólo que en el ámbito de los hechos dolosos frecuentemente el quebrantamiento del rol es tan evidente que no necesita de mayor explicación – lo cual es menos habitual en los hechos imprudentes. (p. 25)

Las personas dentro de una sociedad para convivir en armonía social, deben de cumplir con ciertos deberes, del cual son libres de organizarse para el cumplimiento de sus deberes y no dañar a los demás ciudadanos.

Ahora, cuando existe un acontecimiento social con relevancia jurídico-penal, se deberán de observar los roles que desempeñaban todos los intervinientes (autor, víctima y terceros) en dicho acontecimiento. Los roles delimitarán la competencia del responsable jurídico-penal. Se debe de precisar quien incumplió su deber que generó daños a la víctima, siendo responsable del ilícito penal. De ser la propia víctima quien quebranto su rol y como consecuencia fue dañada, deberá asumir su propia responsabilidad, por apartarse de su deber protector de su persona. Ahora, si es que se determina que todos los intervinientes cumplieron con sus debidos roles, no habrá una persona responsable jurídico-penalmente, ya que el daño no lo produjo una persona, sino el infortunio. Verbigracia: ante un terremoto, las personas son perjudicadas no por el deficiente cumplimiento de los roles de otra persona, sino que en esta situación el daño lo produjo la desgracia o el infortunio.

Los roles en los delitos dolosos y culposos se deberán de análisis objetiva el incumplimiento del rol. En el caso de los delitos dolosos el alejamiento del deber de cumplimiento de los roles es más evidente que en los delitos culposos.

2.2.4.1. El deber general (*nebidem laedere*).

Jakobs (2000) nos señala que "(...) a todo ciudadano se le atribuye el deber general negativo de evitar organizaciones propias que afecten a otros." (p. 11). Toda persona tiene el deber general negativo de no dañar a nadie "nebidem laedere".

Jakobs (2001) no menciona que "En la medida en que se parte de una separación de esferas, el ciudadano responde únicamente por su propia organización, esto es, que en el ámbito rige el llamado principio de autorresponsabilidad." (p. 624). El autor nos dice que los ciudadanos tienen rol general de no dañar a nadie. Las personas pertenecientes a esta sociedad se organizan para hacer de esta una sociedad armónica, pues aquel que infringe su deber y causa un daño con relevancia jurídico-penal será sancionado según el tipo penal en el cual se enmarca su conducta delictiva.

García (2019) nos dice que:

La infracción de este rol da lugar a lo que conoce como un delito de dominio. Un aspecto importante de precisar en la configuración de la imputación penal con base en la infracción del rol general de ciudadano es que la relevancia penal de su conducta no se obtiene de la capacidad causal de producir el resultado lesivo, sino del incumplimiento del deber general negativo de no dañar a otro. (...) (p. 366)

El deber general negativo de todos los ciudadanos es el deber de no dañar a nadie “*nebidem laedere*”, por este deber se entiende que los ciudadanos tienen la obligación de no causar daño a los demás. El deber general enmarca un deber por organización, siendo su incumplimiento el que determinará un delito de dominio o también conocido como delito por organización.

Jakobs (1996) nos menciona que

El derecho a la libre organización conlleva como sinalagma el deber de ocuparse de dicha organización no resulte lesiva. En esta medida, se trata del rol genérico de toda persona de reclamar derechos – libertad – y de reconocer los derechos de los demás. (p. 26)

El derecho a la libertad de las personas está vinculado a la obligación de no dañar a nadie. Las personas son libres de sus actos, deben organizarse para el cumplimiento correcto de sus deberes para con la sociedad, este límite se enmarca en el deber de no dañar a nadie. Es decir, la libertad de las personas se acaba cuando generan un daño a otra persona, es por ello, que cada persona tiene la libertad de sus actos y convivir en armonía dentro de una sociedad, de lo contrario, al incumplir este el deber de “*nebidem laedere*”, será responsable jurídico-penal.

Jakobs nos señala que (1996) "En este rol común tiene el contenido positivo de constituir a la persona en cuanto persona de Derecho; pero aquí interesa más el lado negativo, es decir, el deber de no lesionar a otros." (p. 73).

Cabe precisar que el deber general se divide en un deber positivo y un deber negativo. El deber general positivo, consiste en aportar a la sociedad como persona, esto es, contribuir respetando a los demás, contribuir en el desarrollo de la sociedad. Verbigracia, pagar impuestos para contribuir con las arcas del Estado. El deber

general negativo, consiste en la obligación de no dañar a los demás, si este daño tiene relevancia jurídico-penal, será sancionado por su conducta delictiva.

Al incumplir el deber general negativo, se le sanciona a la persona porque no se organizó debidamente para evitar el daño hacia otra persona. Ante esta situación estamos hablando de un delito por organización, que puede ser cometido por cualquier persona, aquí a diferencia de los delitos de infracción de deber, el autor no es un sujeto cualificado, es decir, el autor del delito no tiene un deber especial. Los delitos por organización (denominación del maestro Jakobs), también es conocido como delitos de dominio (denominación del maestro Roxin), estos delitos pueden ser cometido por cualquier persona.

2.2.4.2. El deber especial de responsabilidad institucional.

Jakobs (1998) no menciona que “Los contactos sociales no se reducen a una separación de las esferas de organización, sino que también se fundamentan en vinculaciones entre ellas con base en instituciones sociales elementales.” (p. 7). Los deberes especiales vinculan a una persona mediante una institución jurídica, estas instituciones pueden ser, verbigracia, la familia, el Estado, entre otros. Cuando la persona incumple su deber y vulnera a la institución del cual está obligado a protegerlo debe responder jurídico-penalmente.

Jakobs citado en Caro (2004) establece que “Una institución es entendida en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída a la disposición del hombre individual y que más bien la constituye”. (p. 6-7). Los sujetos obligados institucionalmente tienen un deber positivo, ya que el obligado especial no solo está determinado a “no dañar”, sino también deben de fomentar la seguridad de los bienes ostentados bajo su protección, es decir, se debe mantener su seguridad frente a peligros ajenos.

Bajo este orden de ideas, Jakobs en García (2019) nos dice que “Si el titular de un rol especial no cumple con los deberes positivos derivados de la vinculación institucional, cabrá entonces imputarle jurídico penalmente el hecho que, conforme a la tipificación penal.” (p. 370). Siguiendo esta línea de ideas Bacigalupo (2017) nos establece que, si el incumplimiento de los deberes especiales “Afecta la

vigencia de la institución social respectiva. En estos casos estamos ante los llamados delitos de Infracción del Deber.” (p. 434).

Los delitos de “infracción de deber” se configuran cuando el sujeto con aquella “cualidad especial” quebranta su institución jurídica del cual se despliega aquel deber. Verbigracia, se quebrantarán la institución jurídica de la “familia” cuando la madre mata a su hijo, o como sucede en el delito materia de análisis, cuando el intraneus se colude con el interesado, de esta manera quebranta a la institución jurídico "Estado".

2.2.4.2.1. *La relación institucional paterno-filial.*

Jakobs (1997) indica que

El deber de guarda de los padres con los bienes de sus hijos legítimos pasa por ser el prototipo de ellos deberes de garante, se suele apoyar en la vinculación natural o personal estrecha, y a veces también en la ley, mencionándose así solo aspectos de la institución. El deber se extiende en la medida en que padres e hijos configuran un mundo común, es decir, que en el niño lo abarca todo: los padres deben alimentar y cuidar a sus hijos. (...) (p. 995)

La relación de obligación entre padres e hijos se vincula por la institución jurídica “familia”. Esta institución tiene una esencial connotación dentro de una sociedad, la familia es la institución que cubre las necesidades básicas a sus integrantes. Ahora, para el derecho penal los padres tienen el deber de protección y cuidado con sus hijos, este deber tiene una connotación amplia, verbigracia, el padre debe de alimentar, proteger su integridad física, salud, vida, entre otros.

Ahora, el padre es el obligado de mantener la esfera de protección de su hijo.

Jakobs citado por Caro (2004) precisa que

El deber positivo le impone al obligado a actuar aun cuando él no ha producido la lesión del bien, por la misma razón que el médico de guardia tiene el deber de atender al herido a pesar de no haber creado la lesión” (p. 8).

En ese sentido, el padre es autor del delito de parricidio aun cuando permita que una persona de muerte a su hijo, no siendo ejecutado por propia mano el delito.

El argumento punitivo recae en la inobservancia del deber de protección del padre que tiene con su hijo, ello lo amerita como responsable del delito.

2.2.4.2.2. *La relación institucional del Estado.*

Jakobs (1997) indica que “El fenómeno del Estado está estructurado. Por eso, la garantía de la observancia de la norma solo afecta aquellas autoridades a cuyo ámbito de competencia corresponde la aplicación de las normas.” (p. 1006) Los funcionarios públicos ostentan el rol de representación del Estado, sobre ellos recae el deber de gestionar adecuadamente la administración pública.

El estado es una institución pública estructurada para garantizar el cumplimiento de las necesidades básicas de una población. Entre estas necesidades está la administración de justicia, la realización de obras públicas que se llevan mediante “contrataciones públicas”. En ésta última, al manejarse altas sumas de dinero, se han visto actos de corrupción que afectan a la sociedad. Es por ello, que se han determinado deberes a los funcionarios públicos y sociedad en general para su observancia en las contrataciones públicas.

2.2.4.2.3. *El deber especial del funcionario público.*

Jakobs (1998) nos dice que “Al Estado le corresponde un conjunto de deberes positivos frente a los miembros de la comunidad.” (p. 73). Asimismo, Jakobs (1998) menciona, “Si bien no responde penalmente por sí mismo, si lo hacen los titulares de la función pública que actúan en su representación (funcionarios públicos)” (p.50).

El “funcionario o servidor público” tiene un “rol especial”, ese deber es cumplir con el normal funcionamiento de la administración pública. Ahora, en el delito de colusión el intraneus tiene el deber de no solo velar por realizar contratos con eficiencia con el interés que busca el Estado en un sentido económico, etc. (sentido positivo), sino también que se prohíbe de realizar actos colusorios que puedan perjudicar al patrimonio del Estado (sentido negativo).

A. Deberes especiales positivos del intraneus.

R.N.4567-2007 en Martínez (2021) nos señala que:

El delito de colusión desleal no es un delito de dominio o común, (...), sino un delito de infracción de deber; integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de

competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando obligado así a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas referidas a su rol especial incurre en una responsabilidad penal de corte institucional. (p. 209)

La institución del “Estado” vincula al intraneus, debido que sobre el recae el deber de representación estatal. Para lo cual, debe cumplir con las expectativas normativas de representar al Estado de manera leal y transparente, es decir, ejercer sus funciones alejado de actos de corrupción. De lo contrario, es merecedor de una sanción jurídico-penal, por desvincularse de sus deberes especiales de protección con su institución “Estado”.

B. Deberes especiales negativos del extraneus.

Lesch en Caro (2021) "La competencia institucional que el funcionario público quebranta está asegurada institucionalmente, él se encuentra en una relación inmediata con el tipo penal." (p. 42) La responsabilidad jurídico-penal del intraneus se fundamenta en su quebrantamiento inmediato de la institución “Estado”. Sobre el funcionario público recaen los deberes positivos de fomentar y asegurar el bienestar del Estado, esto es, fomentar el transparente y normal funcionamiento de las contrataciones estatales concernientes al delito materia de análisis.

Ahora, respecto a interesado, Caro (2021) nos menciona que:

El particular o extraneus también se relaciona con el tipo penal, pero de una forma mediata. La comunicación que se da entre el particular y el funcionario público es por el lado organizativo del tipo penal, en la base del deber negativo, que sirve del fundamento sobre el cual se edifica el delito funcional. (p. 28)

Es decir, el interesado también está obligado a la protección de la institución del “Estado”, pero de manera mediata, esto es, el quebrantamiento de la institución “Estado”, que es la vulneración del deber especial negativo, el cual es “no dañar a la institución pública”.

Ahora, ¿Cuál es el sustento de responsabilidad jurídico-penal del extraneus en los delitos de infracción de deber? Dicha cuestión, se desprende correlativamente de la siguiente pregunta, Robles (2003) “¿Cómo puede ponerse en

tela de juicio a una institución sin estar obligado por ella?” (p. 235) En ese sentido, el deber de protección del Estado no sólo recae sobre el funcionario público, sino también en el ciudadano, debido que, si el “ciudadano” o “extraneus” no estuviera obligado a la protección de dicha institución, no le alcanzaría la responsabilidad jurídico-penal. Es por ello, que planteamos que el “extraneus” también ostenta de deberes especiales, específicamente un deber especial negativo “de no dañar o defraudar” conjuntamente con el intraneus a la institución del Estado. En ese sentido, la institución pública no solo determina una obligación jurídica de protección al “intraneus”, sino también al “extraneus”, es así que, el mensaje de “no quebrantar las expectativas del normal funcionamiento de los contratos estatales”, están dirigidos tanto para el “funcionario público” con relación funcional y para el interesado “extraneus”, que interviene en dicha contratación pública.

Asimismo, Caro (2021) nos sostiene que

Hemos de afirmar, por tanto, con Lesch que <<el no cualificado no puede retroceder sin más a la posición en que no le concierne la institución, ni la conducta (ajena) quebrantadora del deber del obligado especial>>. Con esto, al particular también le alcanza el deber positivo de carácter institucional, p. ej. el ciudadano tiene también el deber de no prevaricar, de no incurrir en actos de corrupción, de no afectar a la administración de los caudales públicos." (p. 42).

En esa misma línea de ideas, el interesado “extraneus”, es responsable penalmente, por el quebrantamiento de un deber especial de no defraudar al Estado, y no, por el quebrantamiento de un deber general como parte de la doctrina sostiene. Dicho fundamento del deber general “nebidem laedere”, es dirigido para los delitos comunes/ de dominio de hecho/ o también llamados por organización. Ya que, dicho fundamento prohibitivo de “no dañar a otro” es genérico para la convivencia armoniosa entre ciudadanos, siendo el sustento punitivo en delitos como asesinato, lesiones, robo, etc. En cambio, cuando hablamos de delitos de infracción de deber, no podemos entrar en un fundamento contradictorio de establecer que el “intraneus” ostenta con deberes especiales respecto a la institución “Estado”, y determinar que el “extraneus” quebranta un deber general. Dicho fundamento es errado, ya que, se

estaría sancionando jurídico-penalmente a una persona “extraneus” sin obligaciones con la institución del “Estado”.

En conclusión, determinamos que el “extraneus” también es sujeto obligado, ya que la institución “Estado” también lo vincula a su protección, siendo responsable jurídico-penalmente si se colude con el “intraneus” para defraudar las expectativas del normal, leal y transparente funcionamiento de los contratos estatales.

2.2.5. Fundamentos dogmáticos entorno a las clases de colusión.

El “delito de colusión” al ser un “delito de intervención necesaria” en su modalidad de “delito de encuentro”, requiere necesariamente la presencia de dos conductas ilícitas. Por un lado, tenemos al funcionario público (intraneus) que interviene pasivamente; y, por otro lado, tenemos al interesado (extraneus) que interviene activamente en la configuración del delito materia de análisis. Es por ello, que existen dos clases de colusión.

2.2.5.1. Colusión pasiva.

El delito de colusión pasiva es un “delito de infracción de deber por competencia institucional”. La competencia institucional hace referencia a que el autor tiene un deber especial relacionado por alguna institución jurídica, estas instituciones son: la familia, el Estado, entre otros.

En el caso de la colusión pasiva aquella institución que determina la cualidad especial del “funcionario o servidor público” es el “Estado”. Esta institución ostenta una serie de roles "deberes" al “funcionario o servidor público” para que gestionen la administración pública en representación del Estado. Es entonces, que Estado para evitar la corrupción establece que el funcionario o servidor público debe de respetar una serie de "deberes", verbigracia, los principios de las Contrataciones con el Estado establecidas en el artículo 2 de la Ley 30225 "Ley de Contrataciones del Estado", pues ante el incumplimiento del principio de igualdad de trato de los postores, imparcialidad, integridad, entre otros, podrían configurar como delito de colusión si es que estos incumplimientos son realizados con dolo, esto es con voluntad y conocimiento de defraudar patrimonialmente al Estado.

El “delito de colusión pasiva” está establecido en el artículo 384 del Código Penal, siendo el primer párrafo la descripción del delito de colusión simple y el segundo párrafo para el delito de colusión en su forma agravada, siendo la descripción textual de la siguiente forma:

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

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. (p. 267-268)

2.2.5.1.1. Autoría de la colusión pasiva.

La colusión pasiva solo puede ser cometido por aquel “funcionario o servidor público” que tenga no solo aquella “cualificación especial”, sino que además de ello debe de tener relación funcional para decidir sobre el destino de las Contrataciones del Estado. El “funcionario o servidor público” solo será sancionado jurídico-penalmente cuando se coluda con el “interesado” (extraneus) para “defraudar patrimonialmente al Estado”, siendo indispensable también realizar una investigación fiscal a la “intervención delictiva” del “extraneus” en este delito, ya

que estamos ante un delito de encuentro que requiere esencialmente la intervención del interesado, de lo contrario no se podrá configurar el delito.

2.2.5.1.2. Participación.

Será participe del delito de colusión pasiva la persona que ayude o determine al “funcionario o servidor público” (intraeus) a coludirse con el “interesado” (extraneus). Siendo posible la participación en su modalidad de instigador o cómplice.

El instigador y cómplice en el delito de colusión pasiva es un sujeto no cualificado, es decir, cualquier persona puede ser instigador o cómplice. En ese sentido, puede darse la figura que un “funcionario o servidor público” sea partícipe, siempre en cuando no tenga aquella relación funcional para controlar las decisiones sobre las Contrataciones del Estado.

En el caso de la complicidad del “intraeus” sin relación funcional, su intervención delictiva se daría en el siguiente supuesto. Por ejemplo: si un Pedro quien es funcionario público (sin capacidad de decisión) ayuda a su colega José también (funcionario público, que interviene en un proceso de selección por razón de su cargo) a llevar a cabo la concertación con el interesado. En este supuesto Pedro responderá a título de cómplice del delito de colusión pasiva, ya que, si bien Pedro es funcionario público, pero no tiene aquella relación funcional, no tiene ese poder de decisión en las Contrataciones del Estado.

Será instigador, la persona que determine al “funcionario o servidor público” a concertar con el “interesado”. Esta determinación la razón por la cual el “intraeus” decida cometer el delito. Para ello, deben de cumplirse los tres elementos de la instigación, estos son:

Elemento objetivo: García (2019) nos dice que "El elemento objetivo consiste en hacer surgir en otra persona la decisión de cometer el delito." (p. 775). La instigación debe ser sólida para que el “funcionario o servidor público” tenga la convicción de cometer el delito de colusión, es por ello, que el reproche del instigador es la determinación de las razones para que el autor cometa el delito. En ese sentido, será una determinación suficiente cuando produzca como resultado la comisión del delito del autor (funcionario o servidor público).

Elemento subjetivo: Mazuelos (2004) "La instigación requiere de un elemento subjetivo que está constituido por el dolo del instigador ("dolosamente")." (p. 927). La intervención delictiva del instigador debe ser con voluntad y conocimiento de querer que el "funcionario o servidor público" se coluda con el "interesado". No cabe la posibilidad de la instigación mediante culpa o que la instigación sea dolosa y el funcionario público cometa el delito mediante culpa. Es así, el dolo debe de concurrir tanto en el instigador como en el instigado (funcionario o servidor público), concurrencia de dolos conocida por la doctrina como el doble dolo.

Elemento final: Cristobal (2018) "El castigo de la instigación requiere, además, como elemento final, que la persona instigada ejecute el hecho delictivo al que ha sido instigado". (p. 261). Aquel resultado, es producto de una instigación suficiente para convencer al autor para que cometa el delito instigado. Si la instigación es débil, no será suficiente para convencer al autor para que cometa el delito. Ahora, para sancionar jurídico-penalmente al instigador no solo debe haber consumado el delito, sino que también puede responder cuando exista el grado de tentativa del delito instigado.

Consideramos que el interesado (extraneus) no debe responder como cómplice del delito de colusión pasiva ya que su intervención es complementaria en el quebrantamiento del injusto jurídico-penal.

2.2.5.1.3. Fundamento político – criminal de la pena.

El "funcionario o servidor público" que se coluda con el interesado en una contratación con el Estado, según el artículo 384 del Código penal, en su modalidad de delito de colusión simple será sancionado jurídicamente con una pena privativa de libertad de no menor de tres no mayor de seis años. Pero si es un delito de colusión agravada, esto es, si se produce perjuicio patrimonial al Estado, será sancionado con una pena privativa de libertad de no menor de seis ni mayor de quince años.

La diferencia de la pena en el delito de colusión simple con la agravada, es que en esta última el grado de desvalor del resultado es más grave que en la "colusión simple", ya que en este tipo de colusión sólo existe un peligro potencial de ser vulnerado el "patrimonio del Estado". En cambio, en el delito de "colusión

agravada” el patrimonio del Estado ha sido perjudicado como consecuencia del pacto colusorio.

Al considerar al extraneus como autor del “delito de colusión” en su modalidad activa, no pretendemos que reciba la misma pena que el intraneus "funcionario o servidor público", pues el desvalor de la acción de este último es más grave que el del extraneus. Respecto a ello, Jescheck y Weigend (2014) no dice que:

El desvalor de resultado del hecho reside en la lesión o puesta en peligro del objeto de protección de la acción, mientras que el desvalor de acción lo hace en forma y modo de su comisión. El desvalor de acción consiste tanto en las modalidades externas del comportamiento del autor como en las circunstancias que concurren en su persona. (p. 355)

Es el “funcionario o servidor público” quien se aleja del cumplimiento de sus deberes institucionales que tiene con el Estado al representarlo en sus contrataciones. Aquel deber especial institucional quebrantado por el funcionario o servidor hace que su intervención delictiva tenga un grado de culpabilidad mayor a la del extraneus que no infringe un deber especial positivo. En ese sentido, el “funcionario o servidor público” que cometan el delito de colusión deben recibir una pena mayor a la del extraneus por su condición de representación que tiene con el Estado.

2.2.5.2. Colusión activa.

El delito de colusión activa surge como consecuencia del problema sobre la aplicación del título de imputación del extraneus en el delito de colusión. Ello en razón de que parte de la doctrina ha entendido erróneamente la naturaleza de este delito, llevando como consecuencia una errada aplicación de la teoría de la unidad del título de imputación sin observar que este ilícito penal es un “delito de encuentro” y que por ello surgen muchas cuestiones sobre el entendimiento dogmático que debe darse.

Ante lo ya explicado sobre la intervención delictiva del extraneus en el delito de colusión, Pariona (2017) nos dice:

Lo que corresponde es que el legislador proceda a la tipificación individual del comportamiento del interesado en un artículo independiente en la parte especial del Código Penal, que acompañe a la colusión en una suerte de colusión activa, de modo similar que acontece con el cohecho, con una modalidad pasiva y otra activa en tipos penales distintos. (...) (p. 123)

Pariona nos hace una reflexión muy interesante, el cual consiste en clasificar el delito de colusión en su modalidad pasiva y activa. Sin embargo, en la descripción del tipo penal actual, solo establece el delito de colusión pasiva y no la activa, es por ello que ante esta errada tipificación han surgido diversos problemas, llegándose a la conclusión de aplicar la “teoría de la unidad del título de imputación” para sustentar el fundamento de la intervención delictiva del “extraneus”. Sin embargo, ello tampoco no ha sido una solución dogmáticamente adecuada, pues al aplicar esta teoría surgen diversas críticas sobre el mal entendimiento que se le ha dado al “delito de colusión” como “delito de encuentro”. Pues se ha aplicado la teoría de la unidad del título de imputación como si el “delito de colusión” como si fuera un “delito monosubjetivo”.

Recurso de Nulidad N° 1408-2007 citado por Pariona (2017) “El delito de colusión activo previsto para los interesados deberá reparar en que el sujeto activo es un sujeto no calificado (sin deberes especiales), por lo que su comportamiento tendrá menos desvalor de acción.” (p. 123). La pretensión es incorporar el delito de “colusión activa” en la parte especial, siendo considerado como un “delito contra la administración pública cometidos por particulares”. Este tipo penal (colusión activa) se incorporaría como el artículo 384 - A del Código Penal para que sea relacionado con el “delito de colusión pasiva”.

La descripción del tipo penal consistirá en sancionar la conducta ilícita del extraneus con una redacción que le otorgue el título de imputación de “autor” del “delito de colusión activa”.

La “autoría del extraneus” no debe ser confundida con la del “funcionario o servidor público” (intraneus), pues este último es sancionado jurídico-penalmente por infringir un deber especial positivo (deber institucional), en cambio al extraneus se le sanciona jurídico-penalmente por infringir un deber especial negativo (deber

de no quebrantar conjuntamente con el intraneus la administración pública). Ambos cometen el delito desde posiciones distintas, vulnerando deberes distintos, realizando actividades diferentes, pero que sus conductas se encuentran en el sentido de que ambos buscan defraudar patrimonialmente al Estado mediante el pacto colusorio.

2.2.5.2.1. Alcances dogmáticos sobre la autoría del extraneus.

El extraneus debe ser considerado como autor del delito de colusión en su modalidad activa porque su conducta es indispensable y complementaria para la configuración del delito, esto bajo los siguientes fundamentos:

A. Fundamentos.

A.1. La unidad o complementariedad delictiva con el delito de colusión pasiva.

Pariona (2017) nos menciona que:

“En el caso de los interesados en el delito de colusión evidentemente no estamos frente a personas que solo ayudan al funcionario público para que este cometa “su” delito de colusión. No, estamos más bien frente a personas que conjuntamente con el funcionario cometen el delito de colusión.” (p.121).

Al ser complementaria la intervención delictiva del extraneus y del intraneus, ambos deben de ser considerados no como coautores porque este no es un delito de convergencia, ni tampoco debe el extraneus ser considerado como autor de la “infracción de deber especial por competencia institucional”, pues esta solo pertenece al funcionario o servidor público que tenga relación funcional para decidir sobre los contratos del Estado, sino que este al ser un delito de encuentro el intraneus es autor al cometer el delito de colusión, siendo éste un delito contra la Administración pública cometidos por funcionarios públicos; y a su vez, el extraneus también es autor del delito de colusión en su modalidad de “colusión activa”, siendo éste un “delito contra la administración pública cometido por particulares”.

En los “delitos de intervención necesaria” en la modalidad de “delitos de encuentro”, respecto a ello Abanto citado por García (2019) nos dice que en los

delitos de encuentro "se contemplan actos provenientes de distintas direcciones que se complementan entre ellos para la configuración del delito." (p. 398).

En este mismo orden de ideas Rojas (2016) nos dice que "el delito de colusión es un delito de encuentro, dado que concurren en el injusto penal conductas desplegadas por diferentes sujetos imputables que buscan una misma finalidad, pero que trabajan desde lados o posiciones distintas." (p. 203).

El "delito de colusión" al ser un "delito de encuentro", la intervención delictiva del intraneus y extraneus son necesarias para realizar la concertación, es por ello, que sus conductas son complementarias.

El delito de colusión como ya se explicaba, no debe ser tratado como un "delito monosubjetivo" como es el caso del "delito de peculado", donde la intervención delictiva del extraneus no es complementaria a la del intraneus, pues este último puede cometer el delito sin la intervención del extraneus. En cambio, en el delito de colusión es fundamental la presencia del intraneus y extraneus, pues ellos serán los que conjuntamente cometan el ilícito penal "colusión desleal". Si uno decide retirar su intervención el delito no podrá configurarse.

A.2. Deficiencia de la teoría del título de la unidad del título de imputación.

Abanto (2004) nos dice sobre la aplicación de la "teoría de la unidad del título de imputación" que "También se observa que se ha intentado legitimar la sanción a título de cómplices basado en una interpretación errada de los postulados de la teoría de la unidad del título de imputación. (...)" (p.6).

La legislación ha entendido erróneamente que la "teoría de la unidad del título de imputación" debe ser aplicada en el "delito de colusión", sin embargo, al hacer un análisis del "delito de colusión" como "delito de encuentro" trae consigo ciertas deficiencias dogmáticas. La intervención delictiva del extraneus no debe ser entendida como accesoria a la del funcionario público, sino como complementariedad. Ello en razón de que en el verbo rector "concertación" requiere necesariamente la intervención delictiva del intraneus y extraneus.

Según los fundamentos de la teoría de la unidad del título de imputación, el funcionario o servidor público cometería el delito incluso sin la intervención delictiva del extraneus, ya que para esta teoría la intervención delictiva del

extraneus es dependiente a la conducta delictiva del intraneus. Sin embargo, la intervención delictiva del extraneus es esencial e indispensable para la configuración del delito de colusión. Como ambas conductas delictivas son complementarias se plantea que tanto intraneus como extraneus respondan a título de autores, el primero, como autor cualificado en la del “delito de colusión” en la modalidad de “colusión pasiva”, y el segundo, como autor no cualificado en la modalidad de colusión activa.

Es entonces que los problemas de la aplicación de “teoría de la unidad del título de imputación” surgen al determinar que la intervención delictiva del “extraneus” no es dependiente a la del intraneus, sino que sus conductas son complementarias, ya que ambos conjuntamente conciertan para perjudicar patrimonialmente al Estado.

A.3. Aplicación unitaria de los delitos de encuentro.

Otro de los delitos con la misma estructura jurídica-dogmática en nuestra legislación similar al delito de colusión es el delito de cohecho, este delito en su tipificación se ha clasificado al delito de cohecho pasivo y cohecho activo, en el primero, quien es autor del delito es el funcionario o servidor público que exige o acepta un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio que da o promete el "extraneus", a cambio de que este incumpla con sus funciones (cohecho pasivo propio) o que reciba cierto donativo, etc., sin infringir sus obligaciones (cohecho pasivo impropio). En el segundo, el autor del delito es el extraneus que da o promete cierto donativo, ventaja o beneficio al “funcionario o servidor público” para que éste último incumpla con sus funciones (a fin de favorecerlo (colusión activa propia)) o que simplemente dé cierto dinero, donativo, promesa, etc., porque cumplió con sus funciones (colusión activa impropia).

En el delito de cohecho que al igual que el “delito de colusión” es un “delito de intervención necesaria” en su modalidad de “delito de encuentro”, ambos son “delitos contra la administración pública”, en ambos el “funcionario o servidor público” es sancionado por infringir su deber especial por competencia institucional. Sin embargo, solo en el “delito de cohecho” el “extraneus” responde como autor de este delito en una modalidad de cohecho activo, lo que no sucede

con el “delito de colusión”. Por lo que, además de dar ciertos fundamentos dogmáticos en este presente trabajo de investigación, recomendamos incorporar un tipo penal para la descripción de la colusión activa, para que de esta manera tener un mejor entendimiento de la intervención delictiva del extraneus y no llegar a soluciones contrarias, y sobre todo aplicar y darles una forma uniforme a los delitos de colusión y de cohecho.

Esta aplicación sistemática unitaria se fundamenta en que ambos delitos tienen la misma estructura delictiva, estos delitos requieren la intervención delictiva del intraneus, que es el sujeto cualificado, siendo estos delitos de infracción de deber; asimismo se requiere que en ambos delitos la intervención delictiva del extraneus; estamos ante delitos de encuentro, ya que en ambos delitos la intervención del intraneus y extraneus es complementaria para la configuración del delito.

*A.4. Solución a una complicidad en cadena
(Objeciones a los fundamentos de la Casación
N° 661-2016-Piura).*

Pariona (2017) nos hace la reflexión siguiente:

Si la ya consideración del interesado como cómplice es altamente cuestionable, la responsabilidad del mensajero o representante del interesado supondrá cuestionamientos mayores. Estaríamos ante un caso de complicidad de la complicidad (...) Una solución legítima pasa necesariamente por una reforma legislativa que tipifique como delito el comportamiento del interesado de la colusión activa. (pp. 124 - 125).

Compartimos la idea de Pariona Arana sobre la complicidad en cadena que se produciría con aplicación de la actual regulación del delito de colusión.

En ese sentido, si como la doctrina y jurisprudencia considera que el extraneus debe responder como cómplice del delito de colusión, entonces ¿Cuál sería el título de imputación del que ayuda al interesado a concretar la concertación con el intraneus? Asimismo, ¿Cuál sería el título de imputación del que ayuda al funcionario o servidor público a concretar la concertación con el interesado?

Si estas personas fueran procesadas con el título de imputación de cómplices al igual que el interesado, conllevaría a una serie de críticas y confusiones, pues no se estaría diferenciando la figura del cómplice, ya que todos los intervinientes estarían siendo tratados de la misma manera.

Dichas cuestiones son cada vez más problemáticas con lo establecido en la Casación N° 661-2016-Piura que establece en su Trigésimo Séptimo fundamento lo siguiente:

(...) se precisa que sólo podrá ser cómplice del delito de colusión aquel que esté especificado en el mismo tipo penal; en ese sentido, conforme a la redacción del delito de colusión – artículo 384 del Código Penal – sólo podrá ser cómplice el particular que concierta con el funcionario público para defraudar o defraudare al Estado. Así, en el presente caso la conducta imputada al procesado Granda Turne – véase considerando anterior- no es la de concertar ilícitamente con el funcionario público, lo que en primer término generaría que su conducta sea atípica.

Como se puede advertir, dicha Casación absuelve la intervención de Granda Turbe, debido que no es el “interesado”, sino que coadyuvo con su intervención al interesado. Encontrándonos ante una figura de “complicidad en cadena”, sin embargo, su conducta es desvalorada debiendo ser sancionada jurídico-penalmente.

Es entonces que bajo el tratamiento actual de la aplicación de la “teoría de la unidad del título de imputación en el delito de colusión”, bajo estas reglas se podría dar la posibilidad de que en la “comisión del delito” existan tres cómplices diferentes que cometen el delito desde distintas posiciones. Estos serían, el interesado; el que presta auxilio al “funcionario o servidor público”; y el que “presta auxilio” al interesado.

Es por ello, que la solución más óptima es incorporar el delito de colusión activa. De esta manera no habría problemas en el tratamiento de los cómplices del funcionario público y del interesado. Pues en el “delito de colusión pasiva” (cometido por el funcionario o servidor público), el cómplice será quien preste auxilio a éste; y en cuanto al delito de colusión activa (cometido por el interesado) el cómplice será quien preste auxilio a éste.

La propuesta de la incorporación de la colusión activa, determina entonces la diferenciación con la colusión pasiva y ayuda a identificar a los cómplices del intraneus como del extraneus. Asimismo, serían sancionadas aquellas conductas relevantes para concretar la concertación entre funcionario público e interesado, de manera que los demás extraneus (que no sea el interesado) también sean sancionados penalmente.

B. Requisitos para su aplicación.

B.1. Incorporación de la colusión activa.

Lo primero que tenemos hacer para no entrar en problemas dogmáticos es incorporar el delito de colusión activa en un tipo penal independiente del delito de colusión pasiva. Este último, es el regulado por el artículo 384 de nuestro Código Penal, sancionando al “funcionario o servidor público” por el delito de colusión. En cambio, la pretensión realizada sobre el delito de colusión activa es sancionar al interesado (extraneus) como “autor” del delito de colusión en la modalidad de “colusión activa” por los fundamentos ya analizados.

Postura asumida por Pariona (2017) que nos dice sobre la problemática analizada que "el legislador debería proceder a tipificar el comportamiento del interesado en un artículo independiente en la Parte Especial del Código Penal, de modo similar a como lo ha hecho al tipificar el cohecho activo." (p. 55)

Esta incorporación sería integrada como artículo 384-A dentro de nuestro Código Penal. Sin embargo, este tipo penal al estar dentro del Título XVIII Delitos contra la administración pública, Capítulo II Delitos cometidos por funcionarios públicos, no debe confundirse como un “delito de infracción de deber” como en el caso de la “colusión pasiva”, que si requiere la intervención delictiva del “funcionario o servidor público” (sujeto cualificado o intraneus). En cambio, el “delito de colusión activa”, no requiere la intervención de un sujeto cualificado.

B.2. Concurrencia delictiva de la colusión activa con la colusión pasiva.

Si se va a procesar y sancionar al intraneus por el delito de colusión es esencial investigar conjuntamente la intervención del extraneus, realizando una imputación penal de ambas conductas delictivas.

El “delito de colusión” es un “delito de intervención necesaria” en su modalidad de “delito de encuentro”, es por ello, que ambas conductas delictivas del *intraneus* y *extraneus* deben de ser investigadas para su sanción jurídico-penal. No es admitido la imputación de solo uno y mucho menos la condena de solo uno de estos, ya que ambos conjuntamente cometieron el ilícito penal.

B.3. La concurrencia del dolo directo del intraneus y extraneus.

El “delito de colusión” al ser un “delito de encuentro”, ambas partes que intervienen en la configuración del delito deben de concertar con dolo directo, de lo contrario el “delito de colusión” no se configura. El delito de colusión no admite la culpa del *intraneus* ni del *extraneus*. Es así que, para su configuración ambas partes deben de tener conocimiento y sobre todo voluntad que dicha concertación va a perjudicar al patrimonio del Estado, cumpliéndose un doble dolo de los intervinientes.

2.2.5.2.2. Participación en la colusión activa.

Si el interesado en el delito colusión activa responde a título de autor, entonces aquellos que presten auxilio para que éste concierte con el “funcionario o servidor público” serán considerados como “cómplices” del delito de “colusión activa”. Cabe también la posibilidad de sancionar jurídico-penalmente al que dolosamente determine al interesado a que cometa el delito colusión.

Para que el participe cometa el delito de colusión, su intervención debe ser dolosa y concurrir con la voluntad del interesado de defraudar patrimonialmente al Estado.

2.2.5.2.3. Fundamento político – criminal de la pena.

La actual legislación jurídico-penal sanciona al “funcionario o servidor público”, en el caso de la colusión simple con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; y en el caso de la colusión agravada, la pena privativa de libertad es no menor de seis ni mayor de quince años. Sin embargo, es cierto que tanto *intraneus* y *extraneus* cometen el delito conjuntamente, pero el grado de “desvalor de la acción y resultado” son distintos. Pues quien quebranta el deber especial por competencia institucional es el “funcionario o servidor público” que interviene en un proceso de contratación por razón de su cargo. Bajo este orden

de ideas el interesado debe de recibir una pena menor a la del intraneus, pues el desvalor de la acción es menos grave a la del funcionario público encargado de realizar las contrataciones del Estado sin cometer actos de corrupción.

Recurso de Nulidad N° 1408-2007 citado por Pariona (2017) “El delito de colusión activo previsto para los interesados deberá reparar en que el sujeto activo es un sujeto no calificado (sin deberes especiales), por lo que su comportamiento tendrá menos desvalor de acción.” (p. 123)

En el delito de “colusión pasiva” el “funcionario o servidor público” además de recibir una pena privativa de libertad, es también sancionando con una pena de inhabilitación. En el caso de la colusión activa cabe la posibilidad de que no solo sea sancionado el interesado (representante de la empresa postora), sino también sería responsable jurídico-penalmente la empresa que no cumple con la incorporación de un programa de cumplimiento idóneo (criminal compliance) para evitar que sus miembros realicen actos colusorios.

2.2.5.2.4. *Colusión activa simple (delito de peligro).*

El delito de “colusión activa simple” puede ser cometido por cualquier persona, este se configura cuando el extraneus realice el pacto colusorio con el funcionario público en cualquier etapa de un proceso de adquisición o contratación de bienes, servicios u obras, así como concesiones o cualquier otro tipo de operación que realice el Estado, con la finalidad de defraudar el patrimonio de la entidad pública.

En este delito el verbo rector es la "concertación", esto es, el acuerdo ilícito realizado clandestinamente entre intraneus y extraneus para ser favorecidos económicamente en un proceso de contratación del Estado, generando un peligro potencial al patrimonio del Estado como consecuencia de la concertación desleal.

El delito de “colusión activa - simple” es un “delito de peligro”, Jeschek y Weigend (2014) nos dicen que "El peligro es una situación desacostumbrada e irregular en la que, para un juicio especializado, de un acuerdo con las circunstancias concretas imperantes aparece como probable la producción de un daño o está próxima la posibilidad del mismo." (p. 389).

Este delito se configura cuando existe concertación ilícita entre el “funcionario o servidor público” con el “interesado”. Esta concertación implica un

alto grado de probabilidad de que se afecte el patrimonio del Estado. El derecho penal no puede esperar el resultado lesivo de un bien jurídico protegido, sino que también se sancionan aquellas conductas donde se ponen en peligro aquellos bienes con relevancia jurídico-penal.

El pacto colusorio debe ser idóneo para ser considerado como peligroso para que produzca perjuicios patrimoniales a las instituciones públicas. En este delito el pacto colusorio genera un peligro potencial al patrimonio del Estado, no siendo necesario que exista un perjuicio patrimonial.

El actual tipo penal del delito de “colusión simple” establece como autor del delito al “funcionario o servidor público”, siendo el interesado considerado como cómplice del delito en mención, sin embargo, esta consideración trae consigo ciertas deficiencias que a lo largo de este trabajo de investigación se ha venido explicando.

Es por ello que, ante esta situación, realizamos una propuesta legislativa del delito de “colusión activa - simple” que determine al interesado como autor de este delito, siendo la descripción típica la siguiente: "El que, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con el funcionario o servidor público para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será sancionado con pena privativa de libertad (...)".

Esta conducta ilícita realizada por el extraneus debe ser sancionada con una pena privativa de libertad menor a la del funcionario público que infringe su deber especial positivo. Es decir, debe ser menor que tres a seis años de pena privativa de libertad.

2.2.5.2.5. Colusión activa agravada (delito de lesión).

El delito de colusión en su modalidad de colusión activa agravada se configura cuando se genera perjuicio patrimonial al patrimonio del Estado como consecuencia de la concertación realizada entre intraneus y extraneus en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, así como también en las concesiones o en cualquiera de las operaciones que están a cargo del Estado, en las que el “funcionario o servidor público” interviene directa o indirectamente por

razón de su cargo, esto es, que el intraneus tenga relación funcional para intervenir en las contrataciones con el Estado.

En este delito se debe tener en consideración dos verbos rectores que son: la "concertación" y la "defraudación" al patrimonio del Estado o entidad u organismo del Estado. Existe un presupuesto de *conditio sine quom* entre ambos verbos rectores. Esto es, que la "concertación" entre intraneus y extraneus debe generar como consecuencia la "defraudación" patrimonial del Estado. Es así que, si no se configura uno de los dos presupuestos y sobre todo si no hay relación causal entre ambos, no se configurará el "delito de colusión activa" en sus dos modalidades de "colusión activa - simple" y "colusión activa - agravada".

Este delito al igual que la "colusión pasiva – agravada" es un "delito de lesión", es decir, es necesaria la presencia del resultado "lesión" para ser sancionada jurídico-penalmente. Los delitos de lesión son sancionados con penas mayores que los delitos de peligro donde no existe una lesión al bien jurídico protegido.

Binding citado por Jescheck y Weigend (2014) nos dice que "De acuerdo con la intensidad del menoscabo al objeto material se distingue entre delitos de lesión y delitos de peligro (concreto)" (p. 388). Lacker citado por Jescheck y Weigend (2014) distingue estos delitos señalando que "En los primeros el tipo presupone un perjuicio en el objeto material protegido mientras que en los segundos es suficiente el riesgo de su lesión como resultado de la acción." (p. 389).

Siguiendo esta línea de ideas, es entonces el delito de "colusión activa – agravada" un "delito de lesión". Siendo sancionado el interesado por defraudar el patrimonio del Estado como consecuencia de la "concertación previa" realizada con el "funcionario o servidor público".

A efectos de distinguir la intervención delictiva del intraneus y extraneus, y dar a entender que sus conductas son complementarias, y que no existe dependencia del extraneus al intraneus se ha considerado regular la intervención delictiva del extraneus mediante la incorporación de tipo penal de la colusión activa agravada. Siendo la propuesta legislativa del delito de colusión activa agravada la siguiente: "El que, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con funcionario o servidor público, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u

organismo del Estado, según ley, será sancionado con pena privativa de libertad (...).”

En este delito de colusión activa agravada cometido por extraneus debe ser sancionada con una pena privativa de libertad menor a la “colusión pasiva - agravada” cometido por el “funcionario o servidor público” que es el sujeto cualificado en este delito, siendo precisamente aquella condición e infracción especial la que determine un grado de mayor culpabilidad para el intraneus.

Ahora, en lo que corresponde a la sanción penal que recibe el extraneus. Éste al cometer el delito de colusión activa agravada debe ser sancionado con una pena privativa de libertad mayor a la que se establezca en la colusión activa simple. La razón por el cual se sanciona con una pena privativa de libertad mayor en el delito de colusión activa agravada, es que existe un mayor perjuicio al “objeto material” del delito. Es decir, en el delito de colusión activa simple solo se pone en peligro a la economía del Estado, en cambio, con la colusión activa agravada aquel peligro se termina concretando en el perjuicio patrimonial del Estado.

2.2.5.2.6. Concertación con el funcionario público.

La “concertación” en el “delito de colusión” es aquel verbo rector que es eje central para la configuración del ilícito penal.

Respecto a ello Pariona (2017) nos dice que "(...) el núcleo central del delito de colusión radica en el verbo "concertar", que implica el acuerdo ilegal entre el interesado y el agente público que representa los intereses contractuales del Estado." (p. 42).

El delito de colusión es un delito de encuentro, en razón de que aquella concertación solo puede ser cometido entre dos personas, siendo estas personas: el funcionario o servidor público conocido como intraneus y el interesado conocido por la doctrina como extraneus.

Esta misma idea nos dice Rojas (2016) "(...) el delito de colusión es un delito de encuentro, dado que concurren en el injusto penal conductas desplegadas por diferentes sujetos imputables que buscan una misma finalidad, pero que trabajan desde lados o posiciones distintas." (p. 203).

Aquella concertación se puede cometer en cualquier de las etapas del proceso de contrataciones del Estado, estos son, la etapa de actos preparatorios, etapa de selección y etapa de ejecución.

Esta concertación al ser ilícita es realizada de manera clandestina, es decir, estamos ante un delito clandestino donde no es normal encontrar pruebas directas sobre la “concertación” pactada entre “funcionario público” y “interesado”.

2.2.5.2.7. Bien jurídico protegido.

En este delito el “bien jurídico” materia de protección es el normal y recto funcionamiento de la administración pública. El delito de colusión activa es un delito contra la administración pública cometido por particulares. La intervención delictiva del extraneus que es esencial y complementaria para cometer el ilícito penal conjuntamente con el intraneus, en ese sentido se le sanciona porque su conducta ilícita está quebrantando el normal y recto funcionamiento de la administración pública, y si se quiere ser más específico, se quebranta el normal y transparente funcionamiento de las contrataciones del Estado.

La intervención delictiva del extraneus no debe ser confundida con la del intraneus, pues a este último se le sanciona jurídico-penalmente por incumplir su deber especial positivo que tiene como representante de los intereses estatales. En cambio, el interesado, si bien es cierto, no tiene ese deber especial positivos, pero desde su posición como representante de la empresa postora también quebranta el normal funcionamiento de la administración pública con la “concertación” con el “funcionario o servidor público”.

En el injusto penal de “colusión pasiva” se sanciona al intraneus por incumplir su “deber especial positivo” de representación de los intereses del Estado. En cambio, en el delito de colusión activa, el interesado es sancionado jurídico-penalmente por quebrantar deberes especiales negativos, esto es, por incumplir con las expectativas de no coludirse con el funcionario público en las contrataciones del Estado, siendo el incumplimiento de este deber el reflejado en la afectación al normal, imparcial y transparente funcionamiento de la administración pública con la concertación desleal.

2.2.5.2.8. *Sujeto activo.*

El “sujeto activo” en el delito de colusión activa puede ser cualquier persona, no se requiere la calidad especial de “funcionario o servidor público”. En este delito particularmente lo cometerá el representante de la empresa contratista o cualquiera que coluda con el “intraeus” para que la empresa contratista sea favorecida en la contratación con el Estado.

Como ya se explicó, el “extraneus” es aquí el autor del delito de colusión en su modalidad de colusión activa, debiendo abandonarse la postura que lo considera como cómplice del delito de colusión tipificada en el artículo 384 del Código Penal. Siendo entonces, que el extraneus debe responder jurídico-penalmente mediante el título de imputación como autor del delito de colusión en su modalidad de colusión activa.

2.2.5.2.9. *Sujeto pasivo.*

A. Agraviado.

El “sujeto pasivo” en el delito de “colusión activa” es el Estado, siendo éste el titular del bien jurídico protegido. Con el pacto colusorio se transgrede el normal funcionamiento de la administración pública. El “procurador público anticorrupción” será quien defenderá los derechos vulnerados del Estado constituyéndolo como actor civil para efectos de recibir la reparación civil por la conducta delictiva que generó la concertación entre extraneus e intraeus.

B. Perjudicado.

Pariona nos menciona que en el delito de colusión “También se puede reconocer como perjudicados con el pacto colusorio a los potenciales proveedores de bienes o servicios. (...)” (p. 37). En ese sentido, también podrá constituirse en actor civil la empresa que también se presentó en el proceso de selección y que no se le otorgó la buena pro como consecuencia de la irregularidad del proceso de contratación generada por el pacto colusorio entre el interesado de la empresa corruptora y el “funcionario o servidor público”.

Es entonces que la empresa perjudicada puede solicitar la reparación civil, ya que ha sufrido perjuicios patrimoniales como consecuencia de la concertación, ello en razón de que esta empresa presentaba mejores propuestas para ser contratada por el Estado a comparación de la empresa corruptora.

2.2.5.2.10. *Tipicidad subjetiva.*

El delito de colusión activa al igual que la colusión pasiva es dolosa. Para su configuración se requiere la voluntad y conocimiento del extraneus, es decir, el interesado tiene la intención y conocimiento de que el acuerdo colusorio realizado con el funcionario o servidor público tiene un alto grado de probabilidad de generar perjuicios patrimoniales al Estado.

García y Castillo (2008) señalan sobre la tipicidad subjetiva en el delito de colusión que "No existe la figura de la concertación culposa y en caso lo hubiese dicha conducta no se encuentra alcanzada por la norma penal. (...)" (p. 121). Es decir, para un delito sea culposo debe estar expresamente regulada en el tipo penal según lo establecido por el artículo 12 del Código Penal, de lo contrario se entiende que el tipo penal requiere que la conducta delictiva sea dolosa.

Rojas (2016) nos dice respecto al delito de colusión que "Al ser un delito de concurrencia, si no existe concertación dolosa con el interesado, no es posible la comisión del delito de colusión defraudatoria". (p. 206).

En esta línea, solo es esencial determinar la intervención delictiva dolosa del extraneus, sino que esta conducta típica debe concurrir con la intervención delictiva dolosa del intraneus. El dolo del extraneus no debe ser analizado independientemente del dolo del intraneus y viceversa, ya que estamos ante un delito de encuentro cometido necesariamente por ambas partes (intraneus y extraneus).

2.2.5.2.11. *Tentativa.*

Rojas (2016) nos dice que "La colusión simple es un delito de mera actividad, por lo tanto, no es posible aquí la tentativa, pues antes de la concertación ilegal no habrá hecho punible. Las actividades antes del acuerdo colusorio serían actos preparatorios no punibles." (p. 206). Según la postura de Rojas Vargas no es posible la tentativa en el delito de colusión simple, ello por ser un delito de mera actividad, siendo sancionado solo cuando se llega a concretar el pacto colusorio entre intraneus y extraneus con la finalidad de defraudar patrimonialmente al Estado.

Sin, embargo, bajo el análisis del delito de colusión simple Abanto citado por García y Castillo (2008) fundamenta que "la configuración de la tentativa la que

reconoce de manera excepcional cuando, por ejemplo, el funcionario cita a las partes para llegar a un arreglo y todos se reúnen en un lugar determinado." (p. 179). Ello es difícil de probar, lo óptimo sería utilizar la prueba indiciaria que conduzcan a la certeza de que dicha reunión fue llevada para concertar y quebrantar el patrimonio y los intereses del Estado.

Ahora, respecto al delito de colusión agravada, Salinas citado por Pariona (2017) señala sostiene que "No cabe la tentativa en la modalidad agravada, dado que la acción intentada se subsumiría en la primera modalidad". (p. 134). Postura del cual estamos de acuerdo, ya que el delito de colusión agravada es una consecuencia de la configuración del delito de colusión simple, es decir, en el delito de colusión agravada al consumarse mediante la defraudación patrimonial del Estado, la tentativa sería en este caso la concertación entre funcionario público e interesado (conducta delictiva ya regulada por el delito de colusión simple). Por lo que, la tentativa en el delito de colusión agravada se encontraría subsumida en el tipo penal del delito de colusión simple.

Estas reglas señaladas rigen para las dos modalidades del delito de colusión, es decir, son aplicables de igual manera para el delito de colusión activa y pasiva por ser delitos complementarios (delitos de encuentro).

2.2.5.2.12. Consumación.

La Corte Suprema ha fundamentado en el R. Q. N° 179-2011-Cusco, que:

La colusión simple se consume con la sola concertación, sin la necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como finalidad defraudar al patrimonio del Estado. Mientras que, para configurarse la colusión agravada, es necesario que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal. (p. 10)

El delito de "colusión simple", se consume con la "concertación ilegal" realizada entre "funcionario o servidor público" y el "interesado", teniendo como finalidad defraudar a la esfera patrimonial del Estado, quebrantando el normal

funcionamiento de las contrataciones del Estado. Aquí es irrelevante que se ocasionen perjuicios patrimoniales al Estado, siendo solo necesario que exista el pacto colusorio.

El delito de colusión agravada se consuma cuando aquella concertación desleal que es un "peligro potencial", genera como consecuencia un "perjuicio real", esto es, que la concertación desleal genere perjuicio a la esfera patrimonial del Estado. Siendo entonces necesario que, en el delito de colusión agravada para su sanción jurídico-penal que exista primero, concertación entre el intraneus y el extraneus, y segundo, que ésta genera "conditio sine qua nom" perjuicio real al patrimonio del Estado.

2.3. Marco conceptual

Colusión

Cáceres y Carrión (2011) "(...) figura delictiva que sanciona todo tipo de acto de concertación entre el funcionario público e interesado que busque afectar o afecte el patrimonio público." (p. 205)

Colusión simple

Consistirá en la concertación que realiza el funcionario público y con el fin de defraudar al Estado. En ese sentido la configuración de este tipo penal consistirá en determinar la concertación entre funcionario público e interesa, sin que necesariamente se lesione el patrimonio del Estado.

Colusión agravada

Es el delito que se configura cuando la concertación entre intraneus y extraneus genera la defraudación patrimonial al Estado.

Colusión pasiva

Según Pariona (2017), no señala que "El código Penal regula como tipo de colusión a la colusión pasivo, ello en razón a que la acción que se describe es propiamente dirigida por un funcionario o servidor público. (...)” (p. 215)

Colusión activa

De acuerdo a Pariona (2017) “La colusión activa es aquella acción desplegada por el interesado (extraneus) (...)” (p. 214)

Complementariedad de la intervención delictiva

En los delitos de encuentro las conductas de los sujetos generan una unidad delictiva para el quebrantamiento del injusto penal, es decir, es necesaria el desvalor de cada conducta de los intervinientes para generar el desvalor de resultado del injusto penal.

Deber especial

Son todos los deberes que poseen los sujetos especiales por el simple hecho de salvaguardar determinadas instituciones.

Deber general

Consiste en el deber negativo de no dañar a otro “Nebidem laedere”.

Deber especial negativo

Es el deber de no dañar una institución (Estado) encomendada a su protección por un intraneus. Aquel deber de no dañarla no solo alcanza al intraneus (funcionario público), sino también al extraneus (sujeto no cualificado).

Deber especial positivo

Es el deber que recae en el intraneus para ejercer la protección de la institución (Estado) de manera positiva, es decir, cumplir con las expectativas de ejercer sus funciones de manera leal y transparente. Tutelando a dicha institución sobre posibles amenazas que pueda sufrir.

Delito de encuentro

Son aquellos delitos en los cuales las conductas de los sujetos se dirigen al mismo objetivo. Las conductas delictivas de cada sujeto coinciden para concretizar

el tipo penal, siendo necesaria la intervención delictiva de dos personas como mínimo.

Delito de infracción de deber

Salinas (2019) señala que:

(...) los delitos de infracción de deber son la mayoría de delitos que se tipifican en nuestro Código Penal con el título de “delitos contra la administración pública”, en los cuales autor es aquel sujeto que ha participado en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial que, obviamente, no les alcanza a todas las personas que intervienen en la realización del evento criminal. (p. 101)

Delito de intervención necesaria

Consiste en la idoneidad y necesidad para que dos conductas puedan configurar el delito. Es decir, que existirá pluralidad de sujetos que intervienen delictivamente para configurar el tipo penal.

Extraneus

Montoya (2013) nos menciona que “(...) es aquel sujeto que colabora o contribuye con la conducta del autor (funcionario público).” (p. 46)

Intraneus

Montoya (2013) señala que “(...) es aquel sujeto que tiene la condición especial de salvaguardar determinado bien jurídico dentro de la Administración pública. (...)” (p. 51)

Principio de accesoriadad de la participación

De acuerdo a Bacigalupo (1996) “La participación presupone tomar parte en un hecho ajeno. (...) Accesoriadad de la participación quiere decir, entonces, la dependencia del hecho de los partícipes del hecho del autor o los autores.” (p. 201)

Teoría de la unidad del título de imputación

Bacigalupo (1996) nos señala:

Por la Teoría de la Unidad del Título de Imputación, considerando que el autor es quien comete el delito funcional, y el partícipe que puede ser funcionario público que no tiene la obligación específica infraccionada o particular, deberá ser sancionado como cómplice, su accionar está en relación al acto de otra persona, quien conoce la finalidad perseguida por el autor y contribuye de manera fundamental a obtener la finalidad del hecho punible. (p. 306)

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

3.1.1. Enfoque metodológico.

El enfoque metodológico de la presente investigación estuvo definido por la investigación **cuantitativa**, siendo complementada de manera específica por la investigación **cuantitativa** dogmática jurídica. Para ello, Vilabella (2009) indica:

La investigación cuantitativa por su parte, es aquella que persigue un fin descriptivo y omnicomprendido del fenómeno o proceso que estudia, por lo que su epicentro es la penetración y discernimiento del objeto que aborda; el entendimiento de sus causas; el destaque de los motivos subyacentes que lo provocan; el análisis y evaluación de las categorías que intervienen y la interpretación de las creencias, motivaciones e intenciones de los participantes. Para la misma, todas las perspectivas son válidas y todas las informaciones necesarias, de allí que haga visible los detalles y relevantes los pequeños significados. (p. 8)

La investigación cuantitativa consistió en evaluar las cualidades del objeto que se estudia a través del paradigma interpretativo, destacando en el transcurso de dicho estudio relaciones, motivaciones, características, etc. A fin de interpretar, comprender y destacar la realidad problemática y poder postular en base a ella,

soluciones que aborden la *construcción de nuevos conocimientos* mediante inducción, deducción, síntesis, análisis y generalización. Estos aportes deberán dirigirse a beneficiar la realidad problemática analizada proporcionándole eficiencia y eficacia.

De acuerdo a Witker y Larios (1997) el estudio dogmático jurídico:

(...) concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo *elemento fáctico* o real que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión. El objeto del derecho está constituido por fuentes formales que lo integran. (...) (p. 193)

A través del estudio cualitativo dogmático jurídico se permitirá trabajar propiamente conceptos teóricos a través de fuentes documentales, aplicando el pensamiento lógico e interpretativo para relacionar datos con un contexto teórico. Tiene como fin la construcción de nuevos conocimientos.

En ese sentido, a través de la investigación cualitativa *dogmático-jurídico* se permitirá hacer un estudio detallado de las teorías e instituciones jurídicas que nos permitirá conocer y entender el grado de intervención delictiva del extraneus en el delito de colusión, debiéndose considerarse a este como autor en la modalidad de colusión activa. Asimismo, este método nos ayudará a comprender la errónea legislación del delito de colusión, que no tiene en consideración que se trata de un delito de encuentro y ayudará a comprender dogmáticamente al delito de colusión como delito de infracción de deber y como delito de encuentro; y determinar el grado de intervención delictiva del extraneus. Se desarrollará conceptos como: intervención necesaria, deber especial negativo, complementariedad de la intervención delictiva, delito de encuentro, colusión activa, unidad delictiva en nuestra legislación.

Además, se cuestionó la aplicación de la teoría de la *unidad* del título de imputación que al considera al extraneus como cómplice obviando que la intervención del extraneus es necesaria para configurar el delito de colusión. Este método también nos permite determinar que el grado de intervención delictiva del extraneus es a título de autor y no como cómplice, ya que su conducta es complementaria a la intervención delictiva del intraneus. También nos ayudó a

entender la infracción del deber especial negativo del extraneus y deber especial positivo del intraneus. En suma, nos permitió comprender que debe modificarse el delito de colusión en la modalidad de colusión activa (para el extraneus) y colusión pasiva (para el intraneus).

3.1.2. Postura Epistemológica jurídica.

Para explicar la escuela epistemología jurídica que sustenta la presente investigación, utilizó los cuatro elementos establecidos para el análisis de una escuela jurídica dentro de la epistemología definidos por Vivanco (2017): sujeto que estudia, objeto de estudio, método de estudio, fin de estudio.

En ese sentido, teniendo en cuenta el propósito y delimitación, la investigación toma una postura epistemológica de la escuela del *iuspositivismo*, partiendo de la idea que el Derecho se encarga de organizar disposiciones en sí mismo para extraer determinadas conclusiones jurídicas mediante la lógica racional, en ese sentido, se mantendrá relación directa entre la producción normativa y la aplicación de esta en situaciones reales: la norma prescribirá la situación que se busca regular, aplicando el silogismo jurídico.

De esta manera, en base al *iuspositivismo* se permitió analizar la legislación nacional en materia penal en torno a la investigación planteada, de la siguiente manera: En cuanto al sujeto que estudia, estará definido en primer lugar por los autores de esta investigación, al ser nosotros quienes percibimos la problemática planteada a través de la descripción del problema que planteamos mediante el capítulo I. Y, en segundo lugar, esta posición la tendrá el operador jurídico una vez advertida la deficiencia normativa aplicada en la actualidad para determinar el grado de intervención delictiva del extraneus en el delito de Colusión, eliminando, a través del planteamiento de la autoría del extraneus, la problemática actual de la complicidad en cadena.

Sobre el objeto de estudio, señalamos que en base al *iuspositivismo*, la legislación peruana será el objeto de estudio, ello significará realizar la revisión de la normativa vigente aplicada en el territorio nacional a fin de evaluar su eficacia en su aplicación de situaciones reales con relevancia jurídica, de forma particular, consistirá en analizar el grado de intervención delictiva del extraneus a través del artículo 384 del Código Penal. En relación al método de estudio, consistirá en la

interpretación de la norma jurídica a través de la hermenéutica jurídica, lo cual permitirá diagnosticar si la norma que prescribe el delito de colusión cumple con sancionar adecuadamente la intervención delictiva del extraneus o no. Y por último, el fin de estudio estuvo direccionado a incorporar un tipo penal de colusión activa a fin de regular la conducta delictiva del extraneus en grado de autor por la infracción de deber especial negativo de no dañar a la institución “Estado”.

3.2. Metodología paradigmática

La presente investigación es *teórica – jurídica* de corte propositivo, conforme Tantalean (2015), señala:

(...) el investigador se dedica a la construcción de una propuesta que mejore las relaciones sociales a través de la regulación jurídica que se erige. Por tanto, no basta en este tipo de estudios con recomendar la propuesta, sino que es menester generar y argumentar contundentemente sobre la conveniencia de la *propuesta elaborada*. La investigación de alcance prescriptivo se logra mostrando las falencias de *la regulación* o institución actual, para, luego de la corrección respectiva, mostrar que el cambio propuesto es el mecanismo idóneo por el cual se superarán las dificultades iniciales.
(p.16)

A través de esta investigación se cuestiona la fórmula legal adoptada por el Código Penal Peruano al optar individualizar la conducta del extraneus como cómplice en el delito de colusión través del artículo 384°, lo cual genera la inobservancia de la complementariedad delictiva que necesita este delito para ser configurado. Siendo así, que la problemática expuesta genera que conductas relevantes puedan ser absueltas al no existir en nuestro ordenamiento legal la complicidad en cadena, vulnerándose el extraneus a la institución “Estado” desde su posición de ciudadano.

Dentro de la metodología paradigmática también debemos establecer que la investigación utiliza el paradigma interpretativo a través de la hermenéutica. Millán y Díaz (2018), indican:

“El investigador desde el enfoque cualitativo y el paradigma interpretativo, puede asumir como propósito develar el significado

conjunto de toda expresión de la vida humana (actos, gestos, habla, textos, comportamientos, etc.), comprender realidades cuya naturaleza y estructura dependen de las personas que las viven y experimentan, va más a la interpretación de fenómeno asumiendo métodos de la hermenéutica, en ambas situaciones se asume una metodología que permita acercarnos más a los propósitos planteados.” (p. 231)

Entonces, nuestra investigación plantea otorgar un nuevo enfoque en materia de autoría para el extraneus en el delito de colusión al ser un delito de encuentro. A través de la postulación del deber especial negativo que tiene el interesado “extraneus”, de forma mediata, de no dañar a la institución pública. Bajo ese contexto, se permitirá contrarrestar de manera idónea la complicidad en cadena que surge en el delito de colusión y se brindaran mayores garantías en el funcionamiento de las contrataciones con el estado.

De esta manera, se advierte la existencia de una relación estable, viable y compatible entre el problema propuesto en la investigación y la proposición de modificación legal que se plantea al Código Penal peruano con respecto al artículo 384° que regula el delito de colusión. Asimismo, el cuestionamiento realizado permite que se determinen límites y deficiencias de nuestro ordenamiento legal para lograr la adaptabilidad de la legislación nacional en relación a las problemáticas sociales actuales, como lo son los delitos de corrupción de funcionarios.

3.3. Diseño del método paradigmático

3.3.1. Trayectoria del estudio.

La trayectoria del estudio de la presente investigación se realiza a través del diagnóstico del problema partiendo del análisis de la legislación nacional en relación al tratamiento normativo de la autoría y participación del extraneus en el delito de colusión, y frente a ello, como la doctrina nacional e internación le brinda un tratamiento diferente al ser entendido la colusión como un delito de encuentro. Determinándose con ello la existencia de la inadecuada individualización de la conducta del extraneus al ser considerado cómplice y no autor, desnaturalizando el delito de colusión como delito de encuentro.

Entonces, para optimizar el estudio de las categorías planteadas en base al diagnóstico del problema señalado, se realizará la recopilación de referencias bibliográficas que se encuentren relacionadas particularmente al análisis del delito de colusión y la autoría y participación del extraneus. Para ello, se hace indispensable utilizar como método la hermenéutica, que consiste según Hernández (2019):

“(…) una forma universal de comprensión de lo jurídico, ofrece los rasgos de una doctrina filosófica del derecho, en la que se dilucidan los temas referentes al conocimiento jurídico y a la regulación práctica de comportamientos. En consecuencia, desde el principio queda descartado entender la nueva hermenéutica jurídica como una nueva metodología o como una propedéutica al estudio de la ciencia jurídica. Su nivel de conocimiento es filosófico.” (p. 48)

A través de la hermenéutica se analiza cada categoría propuesta, buscando el contenido significativo del artículo 384° del Código Penal, partiendo de cómo debería ser interpretado el grado de intervención delictiva del extraneus a fin de evitar que conductas relevantes en la comisión de este delito no queden impunes mediante la inadecuada individualización de las conductas de los sujetos intervinientes. Una vez estudiados cada uno de los hechos, estos serán generalizados. Es así, que establecemos que el delito de colusión es un delito de encuentro. Siendo necesario entender que existe complementariedad delictiva del intraneus y extraneus para la configuración del delito de colusión, llegando a la conclusión de que el extraneus debe ser considerado como autor la modalidad de colusión activa individualizándolo de la intervención delictiva del intraneus que comete el delito de colusión pasiva.

Para lograr ello, se utilizará fichas bibliográficas, hemerográficas, textuales, de resumen y de parafraseo, abarcando contenido que vincule correctamente las dos categorías propuestas y subcategorías.

3.3.2. Escenario de estudio.

Al ser una investigación cualitativa del tipo dogmatico-juridico y de corte propositivo, el escenario del estudio será el ordenamiento jurídico nacional de materia penal vigente. Ello en razón que la problemática advertida fue encontrada

dentro del ordenamiento jurídico nacional y la propuesta planteada también será aplicado en dicha normativa. Por lo tanto, cada una de las categorías de la investigación son analizadas e interpretadas a través de la hermenéutica en base a la problemática de la inadecuada individualización de la conducta del extraneus en el delictivo de colusión contenido en el artículo 384° del Código Penal peruano.

3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.

El fenómeno estudiado consiste en el artículo 384° del Código Penal peruano, puesto que dicho artículo realiza una inadecuada interpretación sobre el grado de intervención delictiva del extraneus en el delito de colusión. En base a ello, la norma ha sido analizada a fin de ser estructurada en función a la doctrina nacional e internacional para establecer la autoría del extraneus en el artículo 384°, estableciendo compatibilidad entre las categorías propuestas.

3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

3.3.4.1. Técnica de recolección de datos.

A fin de realizar la recolección de datos para la investigación se hará uso de la técnica del análisis de contenido documental de referencias bibliográficas. Al respecto, Bardin citado en Nieto (1992) señala que el análisis de contenido documental consiste en un:

(...) conjunto de técnicas de análisis de las comunicaciones que apuntan procedimientos sistemáticos y objetivos del contenido de los mensajes, para obtener indicadores, cuantitativos o no, que permitan la inferencia de los conocimientos relativos a las condiciones de producción y recepción de los mensajes. (p. 3)

En ese sentido, la investigación aplicará como técnica *el análisis de contenido* documental de referencias bibliográficas para identificar y seleccionar materiales bibliográficos y hemerográficos que servirán para recopilar información importante vinculada con el tema de investigación. Por lo que, la obtención de la información a recolectar se basará en el análisis del contenido de libros y artículos de investigación: científicos y bibliográficos especializados en materia de Derecho a fin de analizar como la doctrina jurídica vienen entendiendo la autoría del extraneus en el delito de colusión y si el tratamiento normativo de la legislación peruana responde a esas exigencias teóricas.

A su vez, la información recolectada deberá ser excluyente ya que esta se seleccionará en base a las subcategorías de las categorías de estudio: intervención delictiva, deber negativo especial y complementariedad de la intervención delictiva (categoría uno); y delito de encuentro, colusión activa, unidad delictiva (categoría dos). Siendo así, que mediante el recojo de dicha información señalada se permitirá demostrar el supuesto que plantea la investigación.

3.3.4.2. Instrumento de recolección de datos.

El instrumento que hará uso la investigación serán las fichas. Baena (2017) respecto a ello señala que “Las fichas son el instrumento esencial de recolección de datos. Sirven para recabar todo material que extraemos de las fuentes: son las anotaciones que en forma de ideas, juicios, fechas, nombres o cifras encontramos durante la investigación.” (p. 108)

En ese sentido, la investigación aplicó como instrumento las fichas, en su forma de fichas de trabajo, siendo estas: fichas bibliográficas, hemerográficas, fichas textuales, fichas de resumen y fichas de parafraseo. Asimismo, la información que se consignara en dichas fichas abarcara datos de identificación, contenido, parafraseo y comentarios que se elaborarán en base a las subcategorías de la categoría uno y categoría dos, considerando libros y artículos de investigación: científica y bibliográfica en materia de Derecho Penal, con el fin de que dicha información nos permita analizar, sistematizar y evaluar todo lo concerniente al tratamiento normativo del grado de intervención delictiva del extraneus en el delito de colusión bajo la óptica de la doctrina jurídica.

3.3.5. Tratamiento de la información.

Para el procesamiento de la información obtenida por medio del análisis de contenido documental de las referencias bibliográficas se siguió estos pasos:

- Revisión de la doctrina jurídica obtenida por fuentes bibliográficas y hemerográficas.
- Selección del contenido temático.
- Recopilación de la información mediante fichas de trabajo: fichas textuales, resumen y parafraseo.
- Selección de la información mediante el contenido temático.

- Redacción de las bases teóricas en diferentes capítulos de forma sistematizada y secuencial
- Interpretación y argumentación de la información obtenida utilizando diferentes tipos de citas.
- Discusión de los resultados obtenidos
- Contrastación de datos y de resultados desde el ámbito cualitativo.

3.3.6. Rigor científico.

La presente investigación cualitativa es del tipo jurídico dogmático y de corte propositivo, lo cual conlleva a que su estudio se realice a través de la hermenéutica jurídica que, de acuerdo a Hernández (2019):

“Se trata de la teoría general de la interpretación de las normas de derecho a partir de las conductas humanas y del contexto sujeto a ellas, cuyo fin es la revelación del sentido de su contenido con miras, principalmente, pero no de forma exclusiva, a su aplicación al caso concreto, lo que permite llegar a la solución de los conflictos llevados ante los juzgadores de una manera más eficaz, justa y razonable.” (p. 48)

Lo cual permite que se analice la norma con la finalidad de poder realizar una nueva versión de sí misma que pueda responder de manera eficaz la problemática social hallada. Asimismo, se hace uso del ius positivismo con la finalidad poder realizar modificaciones normativas dentro del ordenamiento jurídico vigente en materia penal, de forma específica en relación al delito de colusión, ello a través de la argumentación que se realiza en torno a las referencias bibliográficas y científicas recopiladas a fin de estructurar y desarrollar cada uno de los conceptos jurídicos que sustentan las categorías estudiadas y supuestos formuladas. En suma, la investigación desarrollada realiza una adecuada valoración de la situación problemática estudiada y el desarrollo dogmático utilizado para formar argumentos fiables que sustenten la propuesta de modificación normativa que se persigue.

3.3.7. Consideraciones éticas.

Para la elaboración de la investigación se tuvo en consideración como aspectos éticos que:

- Se respeta el principio de veracidad, en razón a que los datos e informaciones consignadas en la investigación se ajustan a la verdad.
- Las citas textuales que se utilizaran cumplen con ser verídicas.
- Se respetará el derecho de autor al consignar los datos de identificación y de contenido de cada material bibliográfico a utilizarse, evitando falsificación y plagio.
- La investigación únicamente incluirá a autores que contribuyeron con su elaboración.
- La investigación tendrá planteamientos originales y se asumirá la responsabilidad durante toda la actividad investigadora.
- La investigación se enmarcará en maximizar los beneficios al generar aportes al conocimiento científico.

Asimismo, al ser una investigación cualitativa teórica, no se adjunta justificación para salvaguardar la integridad u honor de algún entrevistado o encuestado, o de cualquier modalidad propia de las investigaciones fácticas.

CAPITULO IV

RESULTADOS

4.1. Descripción de los resultados

El objetivo uno ha sido: “Establecer que la intervención necesaria del extraneus incide en la configuración del delito de colusión como delito de encuentro en la legislación peruana”; y sus resultados fueron:

Primero, - La intervención necesaria del extraneus, en la legislación peruana está regulado por el art. 384 del Código Penal, el cual es sancionado como cómplice primario, según la jurisprudencia peruana, *sin embargo*, en un primer aspecto, la complicidad primaria y secundaria es aplicable a los delitos de dominio, debido que el fundamento punitivo recae en el aporte cuantitativo que realiza el cómplice para que el autor configure el delito, sin embargo, en los delitos de infracción de deber no importa si el intraneus comete el delito por comisión u omisión, sino que el fundamento punitivo recae en el quebrantamiento del deber especial.

En ese sentido, el aporte que realiza el extraneus no es cuantitativo, debido que solo ayuda al intraneus a quebrantar su deber especial, es por ello, que se establece una complicidad única sobre la intervención del extraneus en los delitos

de infracción del deber. Sin embargo, al ser la intervención del extraneus necesaria para la configuración del delito de colusión, éste debe ser sancionado como autor (Martínez, 2019), ya que el extraneus quebranta conjuntamente con el intraneus el injusto penal del delito de colusión.

Segundo, - Los delitos de intervención necesaria, son delitos plurisubjetivos, para lo cual, es esencial la intervención delictiva de dos personas como mínimo, para la configuración del delito (Velásquez, 2019). En cambio, en los delitos monosubjetivos, sólo es necesario la intervención delictiva de una persona para el quebrantamiento del injusto penal.

Tercero, - En los Delitos de convergencia, las conductas realizadas por los sujetos son similares y están dirigidas hacia un mismo objetivo. (Jescheck y Weigend, 2014). En estos delitos las actividades delictivas están dirigidas a dañar el mismo bien jurídico protegido. Las actividades similares están encaminadas a obtener la misma finalidad delictiva. En nuestra legislación, este delito se encuentra regulado por el artículo 349 del Código Penal, que prescribe el delito de *conspiración para una rebelión*. Este delito requiere como mínimo la intervención delictiva de dos personas, las cuales conspiran para (buscando un mismo fin delictivo) cometer el injusto penal de rebelión.

Cuarto, - Ahora, se advirtió la existencia de varios elementos para su configuración de los delitos de convergencia. (Elemento personal), es necesario la participación de dos personas como mínimo para la comisión del injusto penal; (Elemento conductual), esto es, que dichas intervenciones deben recaer en actividades similares; y (Elemento teleológico), las conductas delictivas tienen un mismo fin delictivo, sus conductas están dirigidas a quebrantar el mismo bien jurídico, protegido.

Quinto, - En los Delitos de encuentro, las conductas de los intervinientes, se concretan en realizar actividades distintas, desde posiciones diferentes, sin embargo, aquellas conductas están dirigidas hacia el mismo objetivo. Por lo cual, las actividades distintas terminan encontrándose, configurando el injusto penal. (Jescheck y Weigend, 2014). En este tipo de delitos, si bien las conductas realizadas

por los sujetos intervinientes se materializan en actividades distintas, sin embargo, aquellas conductas se encuentran para configurar el delito de encuentro. Debido a la naturaleza del delito materia de análisis, se requiere que cada interviniente concrete cierta actividad, que en conjunto logrará el quebrantamiento del injusto penal. Es decir, dichas actividades diferentes aportadas por los intervinientes, conforman una unidad delictiva. En ese sentido, si uno de los sujetos decide retirar su actuar delictivo, es imposible la comisión del delito.

Sexto, - Cabe precisar que, en los delitos de encuentro, se puede advertir ciertos elementos para su configuración. El primero, (elemento personal), es indispensable la intervención delictiva de dos personas como mínimo para la configuración del delito. El segundo, (elemento teleológico), los sujetos intervinientes buscan el mismo fin delictivo, sin embargo, personalmente cada interviniente puede buscar un provecho distinto. Vrg: en el delito de tráfico de influencias, el vendedor de influencias puede buscar un provecho económico, mientras que el comprador de influencias busca ser beneficiado en un proceso judicial o administrativo. Tercero, (elemento conductual), este es el elemento diferenciador de los delitos de convergencia, ya que, en los delitos de encuentro, las actividades que realizan los sujetos es distinta. Vrg: en el delito de tráfico de influencias, el vendedor de influencias, materializa su actuar delictivo, en el momento que ofrece o acepta interceder con sus influencias en el funcionario o servidor público para que éste último beneficie al tercero beneficiario en un proceso judicial o administrativo. En cambio, el tercero beneficiario, materializa su actuar delictivo al dar u ofrecer algún medio corruptor para que el vendedor de influencias interceda en el funcionario o servidor público para lo beneficie en un proceso judicial o administrativo. En esa misma línea de ideas, el vendedor de influencias realiza una actividad pasiva (recibir el medio corruptor) y el tercero beneficiario realiza una actividad activa (dando o prometiendo dar un medio corruptor).

Séptimo, - El delito de colusión como delito de encuentro, constituye el actuar de dos partes: estos son, el funcionario público (intraneus), con deberes especiales: y, del otro lado, el interesado (extraneus), sujeto no cualificado. Quienes intervienen para la perfección del delito. En ese sentido recaen en atípicas las

conductas unilaterales, en razón que, la concertación requiere indispensablemente la participación de dos sujetos (Pariona, 2017, p. 118). El delito de colusión, es un “delito de intervención necesaria” en la modalidad de “delito de encuentro”. En este delito es indispensable la intervención delictiva de dos personas. Este delito tiene un fin común perseguido por sus intervinientes, siendo el hecho delictivo complementado por el aporte realizado en conjunto por el intraneus y el extraneus (Abanto, 2003).

En este delito, las actividades realizadas por los sujetos intervinientes son distintas. El funcionario o servidor público al concertarse con el interesado, realiza actividades en relación a su poder de dirección y decisión en las contrataciones públicas, desviando su normal y recto funcionamiento. Mientras que el interesado, concreta su actuar delictivo al realizar actos de concertación con funcionario o servidor público para con la defraudación del Estado, verse beneficiado como “postor” en cierta contratación pública. Asimismo, las posiciones de los intervinientes son distintas. El intraneus quebranta el injusto penal desde su posición como “funcionario o servidor público”. En cambio, el extraneus interviene en el delito desde su posición como “interesado - postor”. Ambos intervinientes al tener posiciones distintas, realizan actividades diferentes. Sin embargo, aquellas actividades terminan encontrándose, es decir, el aporte realizado por el intraneus y el extraneus, se complementan y conforman un acto bilateral (concertación). Al perfeccionar dicha concertación, sus actividades delictivas se encuentran.

Octavo, - En ese sentido, se pudo evidenciar ciertos **elementos en la comisión del delito de colusión**. El primero; (elemento personal), es esencial la intervención de dos partes como mínimo la configuración del delito, estas partes son: el “funcionario o servidor público” con relación funcional para intervenir en un proceso de contratación estatal; el interesado, persona que tiene un interés ilícito como postor de un proceso de contratación del Estado. Segundo; (elemento teleológico), ambas partes efectúan actividades buscando quebrantar el normal y transparente funcionamiento de los procesos de contratación estatal. Asimismo, es necesario precisar que cada parte tiene un interés particular. El “funcionario o servidor público” adecua su actuar delictivo para ser beneficiario con la obtención

de algún medio corruptor de índole económico, que lo incentive a quebrantar su correcta función institucional. En cambio, el interesado, adecua su actuar delictivo para que en su posición de “postor” obtenga la buena pro en la contratación estatal del cual participa. Tercero; (elemento conductual), el intraneus configura su actuar delictivo quebrantando la expectativa normativa de intervenir en los procesos de contratación estatal de manera correcta y con transparencia. En ese sentido, realiza actividades que beneficien a la empresa postora. Direcciona de manera incorrecta el proceso de selección para darle la buena pro a la empresa corruptora. Mientras que el extraneus “interesado”, quebranta la expectativa normativa de intervenir de manera correcta y transparente en los procesos de contratación estatal. Para ello, el interesado presenta material irregular de su proyecto como postor, siendo esta inobservado por el funcionario público (debido que existe un pacto colusorio previo).

Objetivo dos ha sido: **“Establecer que la determinación del deber especial negativo del extraneus influye en el fundamento de la colusión activa en la legislación peruana”**; y sus resultados fueron:

Primero, - El sistema está compuesto por prestaciones, las cuales, son funciones que, de por sí solas o en conjunto mantienen vigente un sistema (Jakobs, 1996). La sociedad funciona con el cumplimiento de roles de las personas en la sociedad. El derecho penal, desprende expectativas normativas para su cumplimiento. Para que, de esta manera las personas den un buen funcionamiento a la sociedad mediante la vigencia de la norma. En ese sentido, si una persona no cumple con las expectativas normativas de la ley penal, quebranta el funcionamiento de la normal, el cual, es su fundamento punitivo.

Segundo, - **El delito de colusión es un delito de infracción del deber.** En este delito, el sujeto cualificado “funcionario público” se encuentra en relación de proteger la institución “Estado” (Jakobs, 1998). En el delito de colusión se ha establecido que existe un deber especial, el cual recae en el “funcionario o servidor público”. El intraneus debe de resguardar a dicha institución, debido que, si no cumple con las expectativas normativas (no coludirse), será sancionado jurídico-

penalmente. Cabe precisar que los deberes especiales se desprenden en deberes positivos y negativos.

Tercero, - El deber general, establece la obligación negativa al ciudadano de no dañar a otro (Jakobs, 2000). Las personas son libres de organizarse para la convivencia en una sociedad. Sin embargo, aquella organización será defectuosa si es que genera daños a otra persona. El deber general de no dañar a nadie “*nebidem laedere*” establece el fundamento punitivo de los delitos de dominio o delitos de organización. Sin embargo, aún es materia de discusión si el extraneus quebranta un deber general negativo o un deber especial negativo.

La cuestión surgió al establecer que en un mismo hecho delictivo se establezca que el funcionario público quebranta un deber especial y el extraneus quebranta un deber general negativo. Si bien los deberes especiales, son propios de los delitos de infracción del deber. Y por otro lado, los deberes generales son propios de los delitos de dominio o delitos de organización. Sin embargo, en el delito de colusión se ha fundamentado erróneamente que el extraneus quebranta un deber general negativo. Asimismo, no se ha precisado detalladamente los deberes generales y especiales, tampoco se ha determinado con cautela cual es la obligación recaída en el extraneus para fundamentar su pena.

Cuarto, - La relación institucional, es esencial estudiarla en los delitos de infracción del deber. Si el obligado no cumple con el resguardo de los deberes especiales positivos vinculados a una institución, será sancionado jurídico-penalmente según la consecuencia punitiva del tipo penal (Jakobs en García, 2019). Asimismo, cuando se quebranta la institución materia de protección, estamos ante un delito de infracción de deber (Bacigalupo, 2017, p. 434). Ahora, es necesario cuestionar ¿Sólo los funcionarios públicos son obligados a no dañar la institución Estado? Dicha cuestión es importante analizar, debido a que el interesado también es sancionado por defraudar la institución del Estado al coludirse con el funcionario público.

Quinto, - El deber especial positivo, recae sobre los funcionarios o servidores públicos. Son ellos, quienes deben de representar positivamente los

intereses del Estado. Es decir, los funcionarios públicos tienen el deber de efectuar contratos estatales con eficiencia, buscando obtener buenos precios, buena calidad y sobre todo ejercer actos que alejen posibles daños generados por la corrupción.

R.N.4567-2007 en Martínez (2021) nos señala que:

El delito de colusión desleal no es un delito de dominio o común, (...), sino un delito de infracción de deber; integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando obligado así a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas referidas a su rol especial incurre en una responsabilidad penal de corte institucional. (p. 209).

El funcionario público, debe de cumplir con dichas expectativas normativas positivas pertenecientes a su deber institucional. La desvinculación e incumplimiento de sus deberes especiales lo hará merecedor de una sanción jurídico-penal, como en el caso del pacto colusorio realizado con el interesado.

Sexto, - El deber especial negativo, es una institución poco reflexionada por la doctrina nacional. La doctrina en su mayoría sólo se limita a delimitar que el deber del funcionario público es aquella obligación de proteger una institución. En cuanto al extraneus, se ha sostenido que debe ser sancionado por coadyuvar al intraneus al quebrantamiento de su deber especial. Sin embargo, no se ha precisado cuál es su fundamento punitivo por el quebrantamiento de un delito del cual no es sujeto cualificado. Ante dicha observancia, Robles (2003) nos realiza la siguiente cuestión: “¿Cómo puede ponerse en tela de juicio a una institución sin estar obligado por ella?” (p. 235). En esa línea de ideas, teniendo en consideración que el delito de colusión, es un delito de encuentro, el mensaje que otorga el tipo penal de no defraudar al Estado mediante los pactos colusorios no sólo está dirigido al funcionario público, sino también al interesado en un proceso de contratación estatal.

Asimismo, la institución vincula al funcionario público de manera inmediata con el injusto penal, Lesch en (Caro, 2021). El tipo penal otorga de manera directa deberes de obligación que surgen de la institución “Estado”. En el tratamiento de los deberes especiales positivos, se estableció que, en los funcionarios públicos recae el deber de fomentar y salvaguardar el bienestar de las contrataciones estatales. En ese sentido, es menester señalar que la institución “Estado”, también obliga al sujeto cualificado a no defraudar dicha institución. De esta manera, el funcionario público está obligado a no defraudar las expectativas normativas mediante actos de corrupción, como es “coludirse” con el interesado para defraudar patrimonialmente al Estado.

Ahora, respecto a la intervención ilícita del interesado, Caro (2021) nos sostiene que:

Hemos de afirmar, por tanto, con Lesch que <<el no cualificado no puede retroceder sin más a la posición en que no le concierne la institución, ni la conducta (ajena) quebrantadora del deber del obligado especial>>. Con esto, al particular también le alcanza el deber positivo de carácter institucional, p. ej. el ciudadano tiene también el deber de no prevaricar, de no incurrir en actos de corrupción, de no afectar a la administración de los caudales públicos. (p. 42).

En esa línea de ideas, el interesado “extraneus” en el delito de colusión también está obligado negativamente a no coludirse con el funcionario público en un proceso de contratación estatal, haciéndose extensivo los deberes negativos institucionales y estableciendo el fundamento punitivo del extraneus en el delito de colusión. En otras palabras, la institución “Estado” también deriva obligaciones a los postores de los procesos de contrataciones estatales a no defraudar a su institución mediante actos de colusión.

Séptimo, - La modalidad de **colusión pasiva**, del delito de colusión es una novedad planteada. En nuestra legislación nacional sólo se ha establecido la modalidad pasiva y activa en el delito de cohecho. Sin embargo, hay que resaltar

que, en el delito de cohecho (excepto en la modalidad de ofrecimiento) interviene el funcionario público (intraneus) e interesado (extraneus) para la configuración del delito.

Respecto al delito de cohecho Peña Cabrera (2016) nos menciona que

Los delitos de cohecho suponen un acto bilateral, una actuación sinalagmática entre sujetos, mediando prestaciones recíprocas, cada una de ellas se obliga (compromete) frente a la otra; es por ello por lo que se trata de un delito plurisubjetivo, de participación necesaria. (p. 460).

El cohecho es un acto bilateral, similar a la colusión, en ambos delitos se requiere la intervención delictiva del intraneus y extraneus. En el delito de colusión, al ser tan esencial la intervención delictiva del extraneus es necesario incorporar la modalidad de la colusión pasiva y activa, de manera similar al delito de cohecho activo y pasivo (Parinona, 2017).

En el delito de cohecho, la modalidad pasiva recae en el funcionario o servidor público que recibe el medio corruptor para incumplir con sus obligaciones institucionales (Martínez, 2019). En la modalidad pasiva del delito colusión, el autor es el funcionario o servidor público que interviniendo por razón de su cargo defrauda al Estado mediante el pacto colusorio realizado con el interesado en un proceso de contratación estatal. Aquella figura delictiva está regulada en el artículo 384 del Código Penal.

La doctrina mayoría al establecer que en el delito de colusión el interesado “extraneus” es cómplice, no se ha delimitado cuál es el grado de intervención delictiva de los demás intervinientes. Siendo esta línea interpretativa, el que le ayuda al funcionario público a coludirse con el interesado también sería considerado como cómplice, asimismo, la persona que coadyuva con el interesado a perfeccionar la concertación realizada con el funcionario público. Aquellas tres posibilidades de intervención delictiva son tratados en grado de complicidad. Sin embargo, ello no hace distinción clara entre los cómplices. Ante ello, con la

regulación de la modalidad de colusión pasiva y activa, tanto el funcionario público (autor del delito de colusión pasiva) puede tener un partícipe (instigador o cómplice), asimismo, el interesado (autor del delito de colusión activa puede tener un partícipe (instigador o cómplice).

Octavo, - La modalidad de **Colusión activa**, ante la descripción de la modalidad del delito de colusión pasiva, también se plantea la modalidad de colusión activa. Ante lo señalado, respecto al grado de intervención esencial que tiene el interesado (extraneus) en el delito de colusión, Pariona (2017) nos dice:

Lo que corresponde es que el legislador proceda a la tipificación individual del comportamiento del interesado en un artículo independiente en la parte especial del Código Penal, que acompañe a la colusión en una suerte de colusión activa, de modo similar que acontece con el cohecho, con una modalidad pasiva y otra activa en tipos penales distintos. (...). (p. 123)

Como se puede advertir, el profesor Pariona plantea que la conducta delictiva del interesado debe ser individualizada de la conducta del funcionario o servidor público (sujeto cualificado). Ello en razón que, el aporte delictivo realizado por el interesado es imprescindible para la configuración del delito de colusión, pues sin su intervención, no se puede quebrantar el injusto penal. En esa misma línea de ideas, el profesor Pariona Arana plantea que se regule la modalidad activa y pasiva en el delito de colusión, de manera similar a lo prescrito en el delito de cohecho, delito en el cual, se ha regulado la modalidad activa (el cual regula al interesado como autor) y pasiva (donde el funcionario o servidor público es el autor). La regulación de la modalidad activa y pasiva del delito de colusión, ampliará el alcance punitivo para los demás partícipes (extraneus) que no sean “interesado”. De esta manera también sería sancionado jurídico-penalmente el partícipe del interesado que fue absuelto según los fundamentos de la Casación 661-2016-Piura (por no ser “interesado”) según la descripción típica del artículo 384 del Código Penal.

Objetivo tres ha sido: **“Establecer que la complementariedad de la intervención delictiva del extraneus e intraneus incide en la configuración de la unidad delictiva del delito de colusión en la legislación peruana”**; y sus resultados fueron:

Primero, - La autoría y participación en el delito de colusión, es planteada actualmente siguiendo las líneas dogmáticas de la teoría de la infracción del deber, mediante el cual, el funcionario o servidor público es considerado como autor, debido que sobre él recae el deber especial de proteger la institución “Estado”. Es el funcionario o servidor público quien por razón de su cargo tiene el poder de decisión y dirección en los procesos de contratación que realiza el Estado. Por el lado del interesado, es considerado como cómplice, debido que con su actuar delictivo ayuda al funcionario público, para que éste último quebrante sus deberes institucionales. (Salinas, 2021) Sin embargo, no se ha tenido en consideración lo fundamental de la intervención delictiva del extraneus para el quebrantamiento del injusto penal. Ello en razón que la concertación es un acto bilateral que requiere necesariamente la intervención delictiva en conjunto del intraneus y extraneus. Ambos realizan actos diferentes desde sus posiciones, pero aquellos aportes ilícitos se encuentran y configuran el delito mediante la concertación.

Segundo, - La accesoriadad o dependencia delictiva, no sucede en el delito de colusión. Pariona (2017) nos señala que “Es imposible que el funcionario público -sólo, sin intervención del interesado – pueda cometer el delito de colusión. En consecuencia, la intervención del interesado no es accesoria.” (p. 122). El funcionario público, no puede cometer el delito sin el aporte delictivo del interesado. La autoría supone poder cometer un delito sin ser indispensable la participación del extraneus. Sin embargo, ello no sucede en el delito de colusión, esto en razón que, la concertación es un acto bilateral cometido por dos partes (funcionario público e interesado). En ese sentido, se advierte que la intervención del extraneus no es dependiente o accesoria a la intervención del funcionario público. Es decir, el quebrantamiento del injusto penal “concertar” no puede ser cometido sólo por el funcionario público, por el contrario, dicho injusto penal debe ser cometido por el funcionario público e interesado.

Tercero, - Complementariedad delictiva, Abanto citado por García (2019) nos dice que en los delitos de encuentro "se contemplan actos provenientes de distintas direcciones que se complementan entre ellos para la configuración del delito. " (p. 398). En el delito de colusión, es un delito de encuentro, debido que cada sujeto interviene desde su posición con la finalidad de defraudar al Estado en un proceso de contratación estatal. Aquellos aportes se complementan y configuran la "concertación". Se establece una complementariedad en este injusto penal, por su propia naturaleza de la concertación como un acto bilateral, elemento que no sucede Vrg: en el delito de peculado, delito que puede ser cometido por el funcionario público de manera unilateral sin la participación del extraneus. Aquella concertación supone una serie de contraprestaciones recíprocas entre los sujetos activos; por el lado del funcionario o servidor público, recibe un incentivo (medio corruptor) para alejarse de sus deberes institucionales de llevar las contrataciones del Estado de manera transparente, sin la presencia de actos de corrupción, cabe precisar que el elemento medio corruptor no es elemento probatorio que exige el tipo penal. Por otro lado, el interesado busca ser beneficiado con el otorgamiento de la buena pro de manera irregular en un proceso de selección, para ello, se concierta con funcionario público, para ser favorecido de manera ilícita. Ahora, si bien cada uno de los sujetos busca contraprestaciones distintas, sin embargo, aquellas conductas se encuentran mediante la "concertación", es por ello que, sus intervenciones son complementarias para el quebrantamiento del injusto penal.

Cuarto, - La unidad delictiva, en el delito de colusión, supone el aporte en conjunto del funcionario público e interesado.

Al respecto, Martínez (2019) nos establece que

Dentro del estudio del delito de colusión, se determinó que este se configura como un delito de convergencia, donde la guía para la comprensión del hecho delictivo la marca el verbo rector concertar, de modo que se requiere del aporte conjunto de funcionario público y del interesado para establecer la unidad de sentido jurídico-penal del ilícito. (p. 286).

La concertación es un acto bilateral que requiere necesariamente el aporte delictivo del intraneus y extraneus. El delito de colusión se configura con la “concertación”, en ese sentido no sólo se requiere el desvalor de la conducta del funcionario público, sino también la conducta ilícita del interesado. Bajo esa premisa, el mensaje “no concertar” desprendido del tipo penal, no sólo está dirigido hacia el funcionario o servidor público, sino también al postor en que interviene en un proceso de contratación estatal. Por lo cual, las conductas materializadas por el intraneus y el extraneus conforman una unidad delictiva, es decir, la “concertación” como verbo rector se constituye en una unidad delictiva conformada por la intervención delictiva del funcionario público e interesado.

Quinto, - En esa misma línea de ideas, el **quebrantamiento del injusto penal**, es necesariamente cometido por dos partes: funcionario o servidor público e interesado. La doctrina actual establece que el interesado debe ser sancionado como instigador o cómplice (Rojas, 2011). Sin embargo, aquel postulado que parte de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación es cuestionada, debido que no se estableció criterios correctos para comprender el sentido jurídico del delito de colusión.

Hurtado (2014) al respecto nos establece que

La conducta relevante jurídico-penalmente no recae solo sobre la conducta del funcionario, sino sobre la conjunción de la conducta de funcionario y tercero interesado (concertar), ambas conductas -que son una en su sentido jurídico- conforman el injusto penal; la conducta solo de uno de los dos sujetos no dará el sentido señalado. (p. 7).

El injusto penal en el delito de colusión requiere la existencia de la “concertación”, esto es el acuerdo realizado entre el funcionario público e interesado para defraudar al Estado en un proceso de contratación estatal. En ese sentido, la obligación de no quebrantar el injusto penal no sólo recae sobre los deberes del funcionario o servidor público, sino también el injusto penal obliga al postor a “no concertar” en un proceso de contratación estatal. En ese sentido, el

quebrantamiento del injusto penal “coludir” es perfeccionado con la intervención delictiva del funcionario público e interesado. Por tanto, sin el aporte delictivo de uno de estos sujetos, no podrá configurarse el delito, es por ello, que se establece que el aporte delictivo del interesado “extraneus” es tan indispensable como es la intervención delictiva del funcionario o servidor público “extraneus”.

Siguiendo esa línea interpretativa, se llegó a establecer que, si resulta necesario individualizar la conducta delictiva del interesado, en razón de necesaria intervención para el quebrantamiento del injusto penal.

4.2. Contrastación de supuestos

La realización de la contratación de supuestos se realizará en base a la teorización de las subcategorías de la categoría uno y dos establecidas en los supuestos específicos, mediante la aplicación de la argumentación jurídica.

4.2.1. Contrastación del supuesto uno.

El supuesto específico uno consistió en: **“La intervención necesaria del extraneus incide positivamente en la configuración del delito de colusión como delito de encuentro en la legislación peruana.”**

Primero: El delito de colusión, en su forma simple y agravada, se encuentra regulado en el artículo 384° del Código Penal Peruano. Según la prescripción típica, se considera en grado de autoría la intervención directa o indirecta del funcionario o servidor público, que, en razón de su cargo, concierta con sujetos interesados para defraudar al estado, con ello se válida la obligatoriedad de la existencia de la relación funcional (función de representación y decisión en la contratación estatal) que debe ostentar el intraneus para ser considerado autor del delito de colusión. Frente a ello, se analiza la descripción de la intervención delictiva que tiene el extraneus en este tipo descriptivo, lo cual consiste en ser considerado cómplice, sin tener en cuenta el legislador, la complementariedad de la intervención delictiva del interesado para la comisión de este delito.

Por lo que, los aspectos a tratar son:

- a) El delito de colusión es un delito de intervención necesaria en su modalidad de delito de encuentro, en razón a la necesidad de verificar la existencia del dolo directo que se configura cuando el funcionario o servidor público (intraneus), actuando con pleno conocimiento y voluntad, decide realizar el pacto colusorio con el interesado (extraneus) para defraudar patrimonialmente al Estado en cualquier etapa de la contratación estatal.
- b) Entonces, la configuración del delito de colusión únicamente se efectivizará mediante la concertación entre interesado y funcionario o servidor público, en razón que el verbo rector “concertar” no puede concretarse de manera unilateral, al necesitar obligatoriamente el acuerdo entre dos personas. Por lo que, para que exista concertación deberá existir necesariamente el acuerdo de defraudar patrimonialmente al Estado.
- c) Entonces el aporte realizado por el extraneus en la comisión del delito de colusión, es cualitativo, debido a que coadyuva al extraneus a quebrantar su deber especial, sin esta ayuda, la comisión del delito de colusión se hace imposible. Por lo tanto, su intervención es necesaria para configurar el injusto penal del delito de colusión, no pudiendo enmarcar su conducta en una complicidad, por el contrario, debe ser sancionado en calidad de autor.
- d) El delito de colusión es un delito de encuentro, debido a que se sustentará en tres elementos: el elemento personal se definirá por razón a que el delito de colusión necesita la intervención de dos conductas para ser configurado, el elemento teleológico estará conformado por el fin delictivo que tienen las dos conductas para lograr individualmente un provecho distinto, y el elemento conductual con el cual se establece que las actividades realizadas por ambos sujetos son distintas.

Segundo. - Teniendo en consideración lo mencionado, procederemos a enfocarnos en el problema c) y d) del primer considerando. De la regulación actual del delito de colusión, se advierte que el extraneus (interesado) es considerado cómplice único, dejando la posibilidad de que sujetos que ayuden a su intervención delictiva tenga la posibilidad de que su conducta sea considerada no punible, al no

encontrar alguna figura dentro de la autoría y participación que subsuma su actuar, a fin de ser sancionado. En tal sentido, la regulación actual merece ser modificada conforme a nuevos parámetros de autoría para el extraneus por razón de su intervención necesaria en la configuración del delito de colusión como delito de encuentro.

Para ello, se debe tener en cuenta que el pacto colusorio es el elemento central e indispensable para configurar el delito de colusión en su modalidad simple y agravada, su inexistencia implica que no exista la posibilidad de sancionar un acto como delito de colusión. Entonces, se hace obligatorio que la concertación se realice entre el funcionario o servidor público y el interesado, y a su vez cada uno actuando de manera clandestina e ilegal, pactan acciones, cada uno desde su posición, para defraudar patrimonialmente al Estado, y obtener beneficios individuales al alterar el normal funcionamiento del procedimiento de contratación pública.

Tercero. - En este delito, el intraneus realiza la concertación ilícita desde su posición como funcionario público, quebrantando su deber institucional de llevar de manera correcta el procedimiento de contratación estatal. Mientras que, el extraneus, interesado, realiza la concertación desde su posición de postor, quien quebranta, al momento de concertar con el intraneus, su deber especial de no defraudar las expectativas normativas establecidas en el procedimiento de contratación con el Estado.

Cuarto. - Entonces, se determina que el delito de colusión es un delito de encuentro por razón de la intervención necesaria de dos sujetos (intraneus y extraneus), quienes, desde su posición, permiten perfeccionar la concertación del pacto colusorio a fin de configurar el delito, si alguna de las conductas no llega a ejecutarse, el delito no se concreta. Por lo tanto, la configuración del delito de colusión implica la intervención necesaria de dos conductas de sujetos distintos que se orientan a una finalidad común para realizarla, el delito no se consuma sin la concurrencia delictiva del funcionario o servidor público (intraneus) e interesado (extraneus). Asimismo, este delito se desarrollará en base a los siguientes elementos:

1. **Elemento personal:** El delito de colusión se configura mediante la intervención necesaria de dos sujetos. El intraneus será el funcionario o servidor público, quien a través de la relación funcional que ostenta para con la Administración Pública, tiene el poder de dirección y decisión para dirigir el procedimiento de contratación estatal. Y de otro lado, se tiene al extraneus, en calidad de interesado, quien, al tener libertad de participar en los procedimientos de contratación estatal en calidad de postor, tiene el deber de respetar las normas que se sujetan a dicho procedimiento.
2. **Elemento teleológico:** Al tener definidos los deberes que debe cumplir cada sujeto, si tiene que ambos intentan quebrar el adecuado funcionamiento del procedimiento de contratación estatal debido al interés particular de cada uno. El funcionario o servidor público quebranta sus funciones institucionales a fin de obtener algún beneficio económico, y el interesado adecua su actuar hacia una conducta delictiva a fin de obtener la buena pro en la contratación estatal del cual es participante.
3. **Elemento conductual:** Cada sujeto realiza actividades distintas. El intraneus enmarca su conducta realizando actividades que beneficien a la empresa postora, direccionando la etapa de selección hasta otorgarle la buena pro. Mientras que, el extraneus se direcciona en hacer encajar su proyecto como postor en los términos de referencia solicitados en la etapa de selección, presentando material irregular y evitando ser observado por el funcionario o servidor público en razón a la existencia de un pacto colusorio previo.

4.2.2. Contrastación del supuesto dos:

El supuesto específico uno consistió en: **“La determinación del deber especial negativo del extraneus influye significativamente en el fundamento de la colusión activa en la legislación peruana.”**

Primero. – Se procederá a desarrollar cuatro tópicos más, relacionados con el deber especial negativo del extraneus y como en base a ello se sustenta la colusión activa en la legislación peruana. Para ello, se debe considerar que, dentro de la

organización de la sociedad, se establecen ciertas funciones para cada persona que ha optado por vivir en sociedad, y para regular dichas conductas, la norma ha sido una creación que ha estado vigente a lo largo del tiempo. La sociedad funciona siempre que cada integrante conozca las funciones que debe cumplir, por lo que, las personas se encuentran sujetas a obedecer ello, de lo contrario, la desorganización sería una consecuencia directa que originaría la vulneración a las expectativas normativas de la ley penal.

- e) Habiendo establecido que el delito de colusión es un delito de encuentro que implica la intervención necesaria del funcionario o servidor público y del interesado, debemos puntualizar que este delito también es un delito de infracción del deber, en razón a que el funcionario o servidor público es un sujeto cualificado al encontrarse en la relación funcional de protección de la institución Estado. Bajo ese fundamento, la regulación actual optó por delimitar que la autoría del delito de colusión solo corresponde al intraneus, sin embargo, dicha postura es contradictoria con la naturaleza de delito de encuentro que también tiene el delito de colusión, infringiendo la construcción del tipo descriptivo al considerar la intervención delictiva del extraneus como necesaria para su configuración.
- f) Existe indeterminación de los deberes que incumple el extraneus en el delito de colusión y como estos fundamentan la pena que le corresponde, la regulación actual ha fundamentado erróneamente que el extraneus quebranta un deber general negativo, ya que el quebrantamiento de este deber se encarga de fundamentar los delitos de dominio o delitos de organización.
- g) El deber general de no dañar a otro se descarta de la esfera funcional del extraneus, debido a que, para la configuración del delito de colusión, actúa como un participante esencial del proceso de contratación estatal, entonces, de manera interpretativa, el tipo descriptivo del delito de colusión permite entender que el extraneus quebranta el deber especial negativo de no dañar a la institución estado, de la misma manera que lo hace el intraneus.

- h) Entonces, al determinar que el extraneus infringe el deber especial negativo de “no defraudar a la institución Estado”, se establece que su intervención delictiva para la configuración del delito de colusión se realiza como autor y no cómplice. Permitiendo con ello, la construcción de una colusión pasiva y activa, con lo cual se delimitará punitivamente la autoría del extraneus e intraneus. Por lo que, al cometer el delito de colusión, ambos sujetos han quebrantado el deber especial negativo de no defraudar al estado, correspondiendo responder a título de autor, tanto al extraneus como intraneus.

Segundo. – Se desarrollará los tópicos g) y h). El interesado, en calidad de extraneus, participa en el procedimiento de contratación estatal a fin de obtener la buena pro, su actuación se enmarca en una conducta ilícita, presentando documentos que aparentemente acrediten que cumple con lo solicitado en la contratación pública. Frente a ello, el intraneus enmarca su actuar, quebrantando lo normado para un adecuado funcionamiento del proceso de contratación estatal, para lo cual este ya realizó previamente un pacto colusorio con el extraneus. En ese sentido, ambas conductas quebrantaron el deber especial negativo de “no defraudar a la institución Estado”.

Partiendo de esa idea, a primera vista, el deber institucional se encuentra vinculado con el funcionario público, en razón a que tienen el deber de fomentar y salvaguardar el bienestar de las contrataciones estatales, obligándolo a no defraudar al Estado y esto se evita al no coludirse con el interesado. Entonces, la intervención delictiva del extraneus, debe ser tomada como necesaria, porque conjuntamente al intraneus crea el pacto colusorio, y, en consecuencia, conjuntamente se encargan de defraudar al estado.

En ese sentido, el interesado está obligado en el delito de colusión a no concertar con el intraneus, estableciéndose directamente el deber especial negativo de no coludirse con el funcionario público en el procedimiento de contratación estatal. Por lo tanto, la institución Estado le deriva al extraneus, en su intervención como postor en la contratación estatal, la obligación de no defraudarla a través de actos colusorios.

Tercero. – Habiendo delimitado el deber que quebranta el extraneus en su intervención delictiva para la configuración del delito de colusión, con ello se define que su intervención en este delito es en el grado de autor. Por lo que, se hace necesario incorporar dentro de la legislación nacional el delito de colusión pasiva y activa, considerando que al no ejecutarse alguna de las conductas de cualquiera de los dos sujetos señalados, simplemente no se perfeccionará el delito.

Cuarto. – El **delito de colusión pasiva** se fundamenta con la autoría del intraneus, quien, en calidad de funcionario o servidor público, se colude con el interesado, para defraudar al Estado. Mientras que, con la regulación del **delito de colusión activa**, se determinará la autoría del interesado, en razón a su imprescindible actuación delictiva que es necesaria para perfeccionar el delito de colusión. Por ello, definimos indubitablemente que los aportes de ambos sujetos quebrantan el injusto penal, debiendo ser considerados autores, el extraneus como un autor no cualificado en la modalidad de colusión activa y el intraneus como un autor cualificado en la modalidad de colusión pasiva. Entonces, la aplicación actual de la teoría de la unidad del título de imputación resulta deficiente, al advertirse que no existe dependencia de la conducta del extraneus hacia la conducta del intraneus, para que este primero sea considerado como cómplice único.

Entonces, la postura adoptada, permite solucionar la complicidad en cadena, problemática que se advierte en la Casación N°661-2016-Piura, sobre el cual señalamos que la actuación delictiva del extraneus e intraneus no son únicas, debido a que existirán sujetos detrás de ellos que colaboren al perfeccionamiento de su intervención delictiva, sobre dichos sujetos, bajo el lente de la regulación actual no se podrá determinar su responsabilidad, generando impunidad de su actuar. A través de las modalidades de la colusión pasiva y activa se permite, que los sujetos que ayuden al extraneus e intraneus sean considerados partícipes (cómplices e instigadores), evitándose su impunidad. Con ello, se abarca en mayor amplitud las actuaciones corruptoras que puedan darse dentro de la administración pública y, de forma particular, dentro del proceso de contratación estatal, la cual al estar sujeta a un mayor desembolso presupuestal se encuentra susceptible de generar mayores pérdidas a través de los pactos colusorios entre los agentes intervinientes.

4.2.3. Contrastación del supuesto tres:

El supuesto específico tres consistió en: **“La complementariedad de la intervención delictiva del extraneus e intraneus incide significativamente en la configuración de la unidad delictiva del delito de colusión en la legislación peruana.”**

Primero, - En el delito de colusión, se ha establecido que es un **delito de encuentro**, por su intervención necesaria de las partes, se ha determinado que la “concertación” es un acto bilateral, configurado por actividades distintas y desde posiciones diferentes, sin embargo, los aportes de las partes terminan encontrándose mediante el quebrantamiento del verbo rector “concertar”. Es decir, en el delito de colusión el “funcionario o servidor público” interviene desde su posición como autoridad con relación funcionan para representar al Estado y decidir en los procesos de contratación estatal, mientras que el “interesado” interviene desde su posición como “postor” en dicho proceso de contratación.

Al ser distintas las posiciones de las partes, estos realizan actividades distintas; el “funcionario o servidor público” al concertarse con el “interesado” realiza actos alejados del correcto ejercicio funcional, esto puede ser, pasar de inadvertido los documentos irregulares o falsificados por la empresa postora, de manera que se le otorgue la buena pro. En cambio, el “interesado – extraneus” interviene incentivando al “intraneus” para que se aleje de su correcto, leal y transparente ejercicio funcional con el cual debe participar en los procesos de contrataciones públicas. Cabe precisar, que el “medio corruptor” no es un elemento normativo del tipo penal, pero con su prueba, se logra deducir (mediante aplicación de la prueba indiciaria) que existe “concertación” entre intraneus y extraneus.

Segundo, - En ese orden de ideas, el perfeccionamiento de la “concertación”, es realizada por las actividades distintas desplegadas por el “funcionario o servidor público” y el “interesado”. Al adecuar sus conductas delictivas desde posiciones distintas, estos aportes logran encontrarse mediante el “pacto colusorio”, el cual debe ser idóneo para lograr defraudar al Estado. Al ser la concertación el eje central – verbo rector del delito, es indispensable demostrar la

existencia de este acto de corrupción. En ese sentido, es necesario precisar que la concertación se perfecciona mediante un acto bilateral de dos partes, donde los aportes delictivos de las partes son importantes para lograr el fin ilícito. De esta manera, no se puede establecer que existe una accesoriedad o dependencia delictiva de la intervención delictiva del extraneus, como sí sucede en el delito de peculado, delito que puede ser perfeccionado sin necesidad que participe un extraneus, esto en razón que el delito de peculado es un delito de infracción de deber “monosubjetivo”, quiere decir, que se puede cometer por solo una “persona cualificada”.

Tercero, - Los fundamentos aplicables para los delitos de infracción de deber “monosubjetivos” no son aplicables para el delito de colusión, ya que este es un delito de infracción de deber “plurisubjetivo” conocido como delito de intervención necesaria en su modalidad de delito de encuentro. Ante los fundamentos precisados, se puede sustentar que los aportes realizados por el “funcionario o servidor público” y el “interesado” son complementarios para el perfeccionamiento de la “concertación”, pues si una de estas partes retira su actuar delictivo, no se podrá fundamentar una “concertación”.

El injusto penal tiene como eje central al “pacto colusorio” como acto complementario de las partes. Ahora, por mas que existan actos irregulares en el proceso de contratación pública, y no se logra demostrar la “concertación”, sólo se podrá fundamentar la existencia de una “negociación incompatible” o solo ser merecedor de una sanción administrativa disciplinaria.

Cuarto, - El injusto penal del delito de colusión, es quebrantado conjuntamente por el “funcionario o servidor público” y el “interesado”. En este delito no sólo el “intraneus” está obligado a actuar de manera correcta y transparente en los procesos de contratación, si fuera así, los “interesados” que se coluden con el para defraudar al Estado, no deberían ser sancionados jurídico-penalmente, esto por la siguiente cuestión: ¿Cómo se puede fundamentar la aplicación de una pena para una persona que no está obligada a proteger una institución? En necesario mencionar que la institución Estado, no sólo puede ser quebrantado por el “funcionario o servidor público” que lo representa en el buen

ejercicio de la administración pública, sino también, esta puede ser quebrantado por los “ciudadanos” sin necesariamente ser sujetos cualificados. Esto sucede con el delito de colusión, donde el “interesado” al participar de un proceso de contratación pública, también puede perjudicar al “Estado” mediante la “concertación” realizada conjuntamente con el “funcionario o servidor público”.

Quinto, - En ese orden de ideas, cuando el “funcionario o servidor público” y el “interesado” se coluden, sus intervenciones complementarias conforman una “unidad delictiva”. Esto quiere decir, que por ser la concertación un acto bilateral, la naturaleza delictiva está conformada por actividades distintas, que en conjunto conforman un solo hecho, el cual comprende una “unidad delictiva”. En otras palabras, el acto bilateral (concertación) es la “unidad delictiva”, el cual es el elemento normativo fundamental para establecer la existencia del quebrantamiento del injusto penal.

Sexto, - En ese sentido se ha logrado fundamentar que la complementariedad de la intervención delictiva del extraneus e intraneus incide significativamente en la configuración de la unidad delictiva del delito de colusión en la legislación peruana, en razón de ser este un delito de intervención necesaria en su modalidad de delito de encuentro. Asimismo, al no cumplirse con la intervención de las dos partes “intraneus” y “extraneus”, estos no podrán crear la “unidad delictiva”, el cual es el elemento normativo y probatorio para establecer la configuración del delito establecido por el artículo 384 del Código Penal peruano. Sin embargo, el “interesado – extraneus” ha sido sancionado erróneamente como cómplice, como si su intervención no fuera imprescindible para lograr el quebrantamiento del injusto penal.

4.3. Discusión de resultados

En los análisis recabados en los antecedentes, Díaz (2016) en su investigación titulada “*El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*”, en la que llegó a las siguientes conclusiones:

“(…)

- Finalmente, los delitos de colusión y negociación incompatible constituyen delitos especiales, es decir, cualquiera no puede ser autor de aquellos sino sólo quienes cumplan con la cualificación establecida en el tipo. Con el fin de poder sancionar a quienes no poseen dicha cualidad, la determinación de la autoría y participación sigue los criterios de la Teoría de la Unidad de la Imputación”. (p. 366)

La tesista nos señaló que el delito de colusión y negociación incompatible son delitos especiales, concluyendo que no cualquiera puede ser autor de dichos delitos, sino sólo aquellos sujetos cualificados que estén previstos por el tipo penal. En ese sentido, los sujetos no cualificados son sancionados bajo las reglas establecidas por la Teoría de la Unidad de la Imputación.

La investigadora mencionó que el delito de colusión es un delito especial, por ser el sujeto activo una persona con cualidades especiales, esto es “funcionario o servidor público” con relación funcional en las contrataciones del Estado. Para la Teoría de la Unidad del Título de Imputación, todos los intervinientes en un delito de infracción de deber deben responder por el mismo tipo penal, y no por un tipo penal subyacente como establece la Teoría de la Ruptura del Título de Imputación. Para la Teoría de la Unidad del Título de Imputación como se precisó, sólo serán autores aquellos sujetos con cualidades especiales que describe el tipo penal, por lo que, los demás intervinientes que no sean sujetos cualificados, serán sancionados jurídico-penalmente como cómplices, en razón de coadyuvar al sujeto cualificado a que cometa el delito especial.

Según la Teoría de la Unidad del Título de Imputación en el delito de colusión el sujeto cualificado “funcionario o servidor público” es autor, mientras que los demás intervinientes que no ostenten dicha cualidad “interesado”, serán sancionados como cómplices, por coadyuvar al intraneus a quebrantar su deber especial y configurar el delito.

En esa misma línea de ideas, sobre el extraneus no recaen los deberes especiales de protección sobre la institución “Estado”. Para la Teoría de la Unidad

del Título de Imputación, todos los intervinientes en un delito de infracción de deber deben de responder por el mismo tipo penal,

La Teoría de la Unidad del Título de Imputación ha sido una salida fundamental para sancionar a los extraneus en los delitos de infracción de deber, delitos que sólo pueden ser cometidos por sujetos cualificados. Sin embargo, existen varias inquietudes dogmáticas sobre el fundamento punitivo del extraneus. Primero, los postulados de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación no se ajustan a la estructura delictiva del delito de colusión como delito de encuentro. Ello en razón a que, al establecer que el delito de colusión sólo puede ser cometido por el “funcionario o servidor público” y, que el “interesado” sólo le ayuda a cometer su delito es erróneo. Al contrario, la intervención delictiva del extraneus es tan indispensable, ya que la “concertación” es un acto bilateral quebrantado necesaria y conjuntamente por el “funcionario o servidor público” y por el “interesado” en un proceso de contratación estatal. Es así que, el delito es perfeccionado conjuntamente por el intraneus y el extraneus, siendo sus aportes delictivos complementarios para el quebrantamiento del injusto penal.

Ahora, si es tan relevante el aporte delictivo del extraneus ¿Por qué es sancionado jurídico-penalmente como cómplice? Al ser sancionado como cómplice, se da a entender que su intervención no es imprescindible para la configuración del delito, en razón a que, el cómplice es sancionado sólo por ayudar al autor a cometer el delito.

Ahora, no es lo mismo establecer los criterios dogmáticos de una complicidad primaria con una cooperación necesaria como sostiene parte de la doctrina. Primero, el cómplice primario es sancionado por aportar cuantitativamente su ayuda al autor, por el cual, sin su prestación el autor no habría logrado cometer su delito. Dicho aporte cuantitativo lo diferencia del cómplice secundario, debido a que, el cómplice primario aporta esencialmente en la configuración del delito, mientras que el aporte que realiza el cómplice secundario no es tan relevante para la configuración del delito, es por ello que, el autor puede incluso cometer el delito sin utilizar la ayuda del cómplice secundario. Ahora, analizando el plano de un delito monosubjetivo Vrg: Homicidio; si el “cómplice

primario” le alcanza el arma de fuego para que el “autor” cometa el delito, éste es sancionado porque si “no” hubiese alcanzado el arma de fuego, el autor no hubiese efectuado el disparo. Ello no quiere decir, que el “autor” no pueda dar muerte a su víctima sin la ayuda de “otra persona”, pues puede utilizar cualquier otro medio idóneo para dar muerte a su víctima.

En ese sentido, la figura de complicidad primaria no es aplicable para el delito de colusión, ello en razón a varios fundamentos. Uno de ellos es que, la diferencia entre complicidad primaria y secundaria solo es aplicable para los delitos de dominio o también conocidos como delitos de organización; debido a que, en estos delitos es relevante el plano objetivo “dominio del hecho”. Por lo que, el cómplice es sancionado según su aporte cuantitativo sobre el dominio del hecho que ostenta el autor del delito. En cambio, en los delitos de infracción de deber no es relevante el dominio del hecho como fundamento punitivo del autor, sino el quebrantamiento de sus deberes institucionales.

En la “Teoría de la Infracción del deber” se sostiene sólo la “complicidad única” y no una complicidad primaria y secundaria. Ello en razón que, al fundamentar el quebrantamiento del deber especial como fundamento punitivo, el que coadyuva al sujeto cualificado, lo hace para que éste logre quebrantar su deber especial. Por lo cual, no es tan relevante el aporte cuantitativo, sino sólo ayudar para el quebrantamiento del deber especial. Es decir, sólo se analiza si el cómplice ayudó o no al intraneus para que éste quebrante su deber institucional.

Ahora, parte de la doctrina señala que el extraneus en el delito de colusión es cooperador necesario, es decir, su intervención es fundamental para perfeccionar el delito. La cooperación necesaria establece que, el delito no puede cometerse si es una de las partes retira su actuar delictivo. Es por dicha razón, que el extraneus es considerado como cooperador necesario del intraneus en el delito de colusión, respondiendo como cómplice. Sin embargo, si es tan relevante la intervención delictiva del extraneus en el delito de colusión ¿Por qué es sancionado como cómplice? Al parecer no se tiene en cuenta el nivel de relevancia que tiene el interesado “extraneus” en el delito en mención.

Asimismo, cabe analizar si se cumplen los parámetros establecidos sobre la complicidad única en el delito de colusión. El injusto penal del delito de colusión requiere una “concertación”, el cual es un acto bilateral. En ese sentido, al establecer que el interesado “extraneus” en el delito de colusión es cómplice, no se ajusta a la estructura típica del delito de colusión, puesto que la “concertación” requiere la intervención de dos partes para consumar el delito. No es que, el interesado le ayude al funcionario público a quebrantar su deber institucional y cometer su delito, por el contrario, el “extraneus” complementa su aporte delictivo conjuntamente con el “intraneus” para cometer el delito.

Siguiendo dicho argumento, el interesado “extraneus” también debería ser considerado como autor, pero para hacer efectivo ello, es necesario individualizar su intervención delictiva como sucede en el delito de cohecho. Ya que, el artículo 384 del Código Penal establece como sujeto cualificado al “funcionario o servidor público” que “interviene por razón de su cargo” en un proceso de contratación estatal.

El **delito de colusión** es un delito de intervención necesaria en su modalidad de **delito de encuentro**. Abanto (2003) en su investigación “*Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos*” arriba a las siguientes conclusiones:

“2. (...) En lo que toca a la clase de delitos de encuentro existe la llamada cooperación necesaria. Siendo la consideración del delito de colusión como delito de cooperación necesaria se refiere al hecho de la intervención de dos partes fundamentales, por un lado, el funcionario público con deberes especiales y, por otro lado, la participación del interesado sin deberes especiales. En conjunto, perfeccionan al delito, resultando atípicas las conductas unilaterales, pues la concertación supone la participación de dos o más personas.”
(p. 43)

El delito de colusión es un delito de cooperación necesaria, en razón de la intervención de dos partes indispensables; por un lado, tenemos al funcionario público “con deberes especiales” y, por otro lado, la intervención del interesado

“sin deberes especiales”. Quienes conjuntamente configuran el delito, por lo cual, resultan atípicas las conductas configuradas unilateralmente.

En los delitos de encuentro, las partes realizan la actividad delictiva mediante acciones distintas que, de cierta manera, terminan encontrándose. Jescheck y Weigend (2014). El delito de colusión es un delito de encuentro, debido a que intervienen dos partes esenciales para el quebrantamiento del injusto penal. Estos son; el funcionario o servidor público, que interviene en razón de su cargo en contrataciones estatales y, el interesado, que interviene bajo la representación de una empresa postora en una contratación estatal. Ambos sujetos intervienen desde posiciones distintas, por lo cual, realizan actividades diferentes. Siendo éstas actividades idóneas para la configuración del delito mediante la “concertación”.

En el delito de colusión las actividades realizadas por el intraneus y el extraneus terminan encontrándose al momento de perfeccionar el “pacto colusorio”. Estas conductas delictivas se encuentran debido a que, ambos tienen la misma finalidad de “defraudar la esfera patrimonial del Estado”. Por lo tanto, no puede perfeccionarse el delito sin la intervención del intraneus y extraneus, por ser la “concertación” un acto bilateral.

El tesista Dr. Abanto nos menciona que sólo el funcionario público es sujeto cualificado del delito de colusión, estableciendo que el interesado no ostenta dichos deberes especiales. En ese sentido, Robles (2003) nos realiza la siguiente cuestión: “¿Cómo puede ponerse en tela de juicio a una institución sin estar obligado por ella?” (p. 235).

Asimismo, cabe precisar que, en el delito de colusión los deberes especiales de “no quebrantar el normal funcionamiento de las contrataciones estatales” también le alcanzan al interesado en su posición como postor de dicha contratación pública.

Ahora, respecto al interesado, Caro (2021) nos sostiene que

"Hemos de afirmar, por tanto, con Lesch que <<el no cualificado no puede retroceder sin más a la posición en que no le concierne la institución, ni la conducta (ajena) quebrantadora del deber del

obligado especial>>. Con esto, al particular también le alcanza el deber positivo de carácter institucional, p. ej. el ciudadano tiene también el deber de no prevaricar, de no incurrir en actos de corrupción, de no afectar a la administración de los caudales públicos." (p. 42).

Con el injusto penal del delito de colusión no sólo se da el mensaje al funcionario o servidor público de “no concertar”, sino también dicho mensaje alcanza también al postor – interesado. En ese sentido, el interesado “extraneus” también es obligado a “no quebrantar las expectativas normativas” de “no concertar” conjuntamente con el funcionario público, debido a que, dicha conducta quebranta la institución “Estado”.

Cabe precisar que las obligaciones surgen ante la necesidad de proteger una institución. Es por esa razón que, en las contrataciones estatales no sólo se obliga al funcionario o servidor público a cometer actos de corrupción en dichas contrataciones, asimismo, dichas obligaciones negativas están dirigidas a los particulares interesados. Es necesario establecer que la esfera de protección de la institución “Estado” en las contrataciones estatales, no sólo es quebrantada por el funcionario público, sino también por el interesado.

Una vez establecido que el interesado también está obligado a “no coludirse con el funcionario público”, cabe cuestionar ¿Qué tipo de deber quebranta el interesado “extraneus” en la configuración del delito de colusión? Existen dos tipos de deberes; estos son: los deberes especiales y los deberes generales. Se señala que los deberes especiales recaen sobre los sujetos cualificados. Mientras que, cuando hablamos de deberes generales, hacemos mención al principio “nebidem laedere” – “no dañar a nadie”.

Los deberes generales se aplican para los delitos de dominio o también llamados delitos de organización por el profesor Jakobs. Hay que precisar que los deberes tienen dos vertientes; un lado positivo y otro negativo. Es así que, deber general tiene un fundamento positivo y negativo. El deber general positivo es dirigido a las personas para actuar positivamente ante la sociedad, esto es, ayudar,

colaborar, prestar auxilio cuando las demás personas lo requieran, entre otros aspectos positivos que sirven para sostener una sociedad armoniosa. Por otro lado, está el deber general negativo – “*nebidem laedere*” (deber de no dañar a otro). Este deber está dirigido a todos los ciudadanos para que organicen su vida cotidiana de la manera que no generen daños a los demás. Las personas son libres de organizar su comportamiento, pero dicho actuar debe ser desarrollado sin causar daños a las demás personas. Por lo que, si una persona genera daños a otra persona, y estos son relevantes para el derecho penal, será merecedor de una sanción jurídico-penal por la comisión de un delito de dominio / organización (García 2019).

Ahora, cuando es vulnerado una institución materia de protección, estamos ante un delito de infracción de deber (Bacigalupo, 2017). La institución “Estado” deriva dos deberes para los funcionarios y servidores públicos, estos son los deberes especiales positivos y negativos. Cuando hablamos de deberes especiales positivos, hacemos mención a la necesidad que tiene el funcionario o servidor público de llevar la administración pública de manera correcta, con eficiencia en sentido económico, etc. En cambio, cuando hacemos mención de deberes especiales negativos, nos referimos a la prohibición de causar daños a la institución, ello mediante actos de corrupción, esto es, “no concertar” con los postores en un proceso de contratación del Estado, debido a que, esta defraudación puede generar daños a la esfera patrimonial del Estado.

En ese orden de ideas, el “funcionario y servidor público” tienen el deber positivo de dirigir de manera idónea y con eficiencia económica, en los procesos de contratación estatal en el cual, interviene por razón de su cargo, respetando los principios de la “Ley de Contrataciones del Estado”. Asimismo, el “funcionario o servidor público” ostenta el deber especial negativo de “no defraudar al Estado”, esto es, “no concertar” con el “postor interesado” en un proceso de contratación estatal.

Las expectativas normativas de llevar las contrataciones del Estado de manera correcta, leal y transparente no sólo están dirigidas para el cumplimiento de los “funcionarios y servidor públicos” (*intraneus*), sino también deben ser de observancia por el postor – interesado “*extraneus*” en dicho proceso de

contratación. En ese sentido los deberes especiales negativos de “no dañar la institución Estado” mediante la “concertación” también alcanza a los particulares interesados en un proceso de contratación estatal. Es decir, el interesado también es obligado por la institución “Estado” a intervenir con las expectativas normativas de manera correcta y transparente, de lo contrario será sancionado jurídico-penalmente.

Asimismo, Caro (2021) nos sostiene que

"Hemos de afirmar, por tanto, con Lesch que <<el no cualificado no puede retroceder sin más a la posición en que no le concierne la institución, ni la conducta (ajena) quebrantadora del deber del obligado especial>>. Con esto, al particular también le alcanza el deber positivo de carácter institucional, p. ej. el ciudadano tiene también el deber de no prevaricar, de no incurrir en actos de corrupción, de no afectar a la administración de los caudales públicos." (p. 42).

El mensaje que da el tipo penal del delito de colusión es de “no defraudar al Estado”, “no concertar” en un proceso de selección para beneficiar ilícitamente a una empresa postora. La obligación de “no concertar” no sólo está dirigida al funcionario o servidor público que interviene en dicha contratación, sino también está dirigida al “postor”. Por lo tanto, ambos sujetos están obligados, en razón que, la “concertación” es un acto bilateral que necesariamente requiere su intervención delictiva del intraneus y extraneus.

Al sostener que al interesado “extraneus” también le alcanza aquellos deberes institucionales del Estado, su intervención delictiva no debe ser considerada en el grado de complicidad, sino como autor por ser su intervención relevante para el quebrantamiento del injusto penal. Sin embargo, para no existir confusiones, su intervención delictiva debe ser individualizada a la conducta del “funcionario público” regulado por el artículo 384 del Código Penal.

La “concertación” es un acto bilateral de esencial observancia para la configuración del delito de colusión, lo mencionado se relaciona con la investigación de Vidal (2018), “*La ilegitimidad de la Colusión*” en el cual, llegó a las siguientes conclusiones:

“(…)

C. La conducta típica de la colusión exige concertación. Esto provoca que el delito siempre se deba ejecutar con un partícipe necesario que, generalmente, tiene el rol del postor o contratista. La participación necesaria tiene un efecto importante, condiciona la sanción del autor a la sanción del partícipe. Esto quiere decir que por más pruebas de cargo que se tenga contra un funcionario corrupto, si es que no se logra probar la voluntad defraudatorio del extraneus, ambos quedarán libres de los cargos por colusión”. (p. 84)

En el delito de colusión es fundamental que se cumpla el acuerdo colusorio entre el “funcionario o servidor público” y el “interesado”, de lo contrario no se perfeccionará dicho delito. Esta exigencia normativa es de relevancia probatoria en el proceso penal, pues probar el pacto colusorio es una tarea difícil para la fiscalía. El pacto colusorio se puede realizar en cualquier etapa de la contratación estatal, es la “concertación” el elemento central del injusto penal. Ahora, el pacto colusorio al ser realizado de manera clandestina es difícil de probar mediante la prueba directa, por lo que, la doctrina y jurisprudencia han establecido que mediante la “prueba por indicios” se puede acreditar la concertación.

La prueba es aquella actuación llevada en la etapa de juicio oral, que va a arribar a la verdad judicial de los hechos imputados por el Ministerio Público. Esta tiene un doble criterio; el primero, es el criterio objetivo, el cual, tiene como función dar conocimiento al juez sobre los hechos imputados, el segundo criterio es el objetivo, que sirve para generar convicción al juez sobre los hechos materia de imputación fiscal.

El indicio es todo dato, objeto, huella o rastro que no demuestra de manera directa el “tema probandum” del delito, sin embargo, está estrechamente relacionado con el objeto de la prueba. Cabe precisar que, el indicio no tiene valor probatorio alguno sin la inferencia que se pueda extraer de ella. La prueba indiciaria también conocida como prueba indirecta, el cual genera convicción en el juez sobre hechos que están estrechamente vinculados con el “tema probandum”. La convicción arribada por la prueba indiciaria, recae en la inferencia que realiza el juez penal mediante la lógica y de las reglas de la experiencia.

En la aplicación de la prueba por indicios se deben de cumplir los elementos siguientes; el hecho indicador, el indicio tiene que cumplir con informar un dato sobre un hecho; asimismo se debe observar una “relación o inferencia lógica”, que es el razonamiento realizado sobre el hecho indicado; luego se debe de presenciar el “hecho indicado”, que es el aquel hecho que se pretende probar o descubrir.

En el delito de colusión simple el verbo rector es “concertar”. En análisis de los elementos de prueba indiciaria; tenemos: Primero (el hecho indicador), que pueden ser las transferencias bancarias del extraneus hacia la cuenta del “funcionario público” de manera previa al proceso de selección. Segundo (relación o inferencia lógica), al existir transferencias previas hacia el “funcionario público” y actos irregulares en el proceso de contratación, se puede llegar a la inferencia de la existencia de la “concertación” entre interesado y funcionario público; y tercero (el hecho indicado), que es “la concertación” pactada entre interesado y funcionario público.

Ante las precisiones realizadas, es necesario demostrar aquel acto de corrupción “concertación” entre “funcionario o servidor público” y “interesado”. En razón que, el verbo rector “concertar” es un acto bilateral realizado por dos partes en un proceso de contratación estatal. Es entonces, fundamental la actuación de la prueba indiciaria para la acreditación de la configuración del delito de colusión simple. Respecto al delito de colusión agravada, es necesario demostrar que la “concertación” ha generado “daños patrimoniales” al Estado. Para ello, es necesario incorporar “pericias contables” para demostrar la defraudación patrimonial estatal.

El rol del postor interesado es de esencial observancia en el delito de colusión. El injusto penal de este delito comunica no sólo a los “funcionarios y servidores públicos” a intervenir “por razón de su cargo” de manera leal, transparente y correcta en los procesos de contrataciones públicas, sino también, dicho mensaje alcanza a los postores de los procesos de contratación estatal. Es por esa razón, la exigencia que transmite el tipo penal para los postores es importante para evitar que se sigan cometiendo actos de corrupción en la administración pública, como es el caso de las contrataciones públicas donde el Estado desembolsa millones de soles en obras, adquisiciones de bienes, servicios, etc.

En ese orden de ideas, los obligados por el injusto penal del delito de colusión son los “funcionarios – servidores públicos” y los “postores – interesados”. Éstos deben de cumplir con las “expectativas normativas” en un proceso de contratación estatal, es decir, deben de actuar (en un sentido positivo) buscando cubrir las necesidades básicas de la población de manera eficaz con bajos precios y con buena calidad; y (en un sentido negativo), “no cometer actos de corrupción”, “no favorecer a los postores de manera ilícita”, en resumen, “no concertar”. Aquellos deberes negativos alcanzan tanto al “funcionario o servidor público” como al “interesado – postor”.

Es necesario que se incorpore material probatorio conducente, pertinente y útil para acreditar la “concertación”, pues, de no demostrar aquel pacto colusorio, por más que existan irregularidades en el proceso de contratación no se podrá fundamentar la comisión del delito de colusión, por lo que, sólo se podrá fundamentar una “negociación incompatible” o sólo una irregularidad de índole “administrativo”. En ese sentido, será impune el actuar delictivo sobre todo del “interesado”, quien es el beneficiario de la concertación.

La relación con la investigación citada es entonces, que es fundamental probar la existencia de la concertación entre intraneus y extraneus. Es esencial analizar si las dos partes han intervenido en la configuración de la concertación, debido a que, si “una de las partes” retira su intervención, no podrá configurarse el delito. Vrg: Si el interesado cita en un lugar “X” al funcionario público, pero éste

se niega a ir o no logró trasladarse a dicho lugar para realizar el pacto colusorio, o de plano “no acepta” concertar, no podrá configurarse el delito.

Para el tesista, la prueba de la “concertación” es esencial para fundamentar la responsabilidad jurídico-penal del autor y del partícipe. Respondiendo como autor el “funcionario público” y como partícipe el “interesado”. Sin embargo, al establecer que el interesado es partícipe, se da a entender que el eje central del quebrantamiento de injusto penal “concertar” recae solo sobre el “funcionario público”, pero esto no es así, ya que el injusto penal es quebrantado de manera conjunta y complementaria por el “funcionario público” y “interesado”.

En ese sentido, como ya se explicó, el deber especial negativo de “no concertar” no sólo recae en el funcionario público, sino también es obligado el postor – interesado. Por lo cual, su actuar delictivo debe ser considerado en grado de “autoría” y no como “partícipe”. Para hacer posible dicho argumento, es necesario individualizar su intervención delictiva del extraneus, de manera que no sea sancionado por el artículo 384 del Código Penal, sino por un tipo penal independiente al prescrito para el “funcionario público”. Con ello, se logrará entender la estructura típica del delito de colusión como delito de intervención necesaria, en su modalidad de delito de encuentro, como sucede en el delito de cohecho.

Como se logra advertir, existen diversas deficiencias dogmáticas en el delito de colusión en nuestra legislación peruana, en relación a ello, Mandujano (2017), en su investigación “*Problemas de imputación y prueba en el delito de colusión*”. Arribó a las siguientes conclusiones:

“ (...)”

4. Otra deficiencia estructural del tipo penal es que los interesados o particulares beneficiados por la contratación colusoria, que doctrinariamente se les ha dado el calificativo de extraneus; aluda en común denominador a cualquier sujeto que tenga la capacidad de contratar con el estado, por ende puede ser una persona natural o

jurídica de derecho privado, que cuente con las capacidades y facultades legales para contratar con el Estado o intervenir en el proceso de contratación en calidad de postor u ofertante. Apreciación que consideramos errada en el sentido que el extraneus no tiene la condición de funcionario o servidor público por lo que no puede asumir responsabilidad por la comisión de delitos especial propio como es el de colusión por ende su actuación es atípica como autor o participe, es más, la actuación de interviniente necesario constituye por sí en ilícita ya que toda persona debe actuar sujeta a derecho por lo que concertar en negociaciones o contrataciones estatales deviene en ilícitas sin embargo no es posible imputárseles la comisión del cómplice primario delito de colusión, en razón que solo se considera cómplice al que aporta esencialmente en la comisión del delito y en este caso el privado o interesado no coadyuva al autor o coautores sino que constituye en sí autores del fraude contractual por ende el criterio del uso de la teoría de la unidad de título de imputación deviene en ilógica en caso de imputación del delito de colusión en caso de extraneus, por lo que se debe prever la tipificación específica de dicha conducta en caso de particulares con un tipo penal de extensión de responsabilidad conforme se realizó en el caso del artículo 392° del Ordenamiento jurídico penal”. (p. 183-184)

Para el tesista la actual legislación del delito de colusión describe al “extraneus” como una persona con facultades para intervenir en proceso de contratación del Estado, en calidad de postor y ofertante, sin embargo, la prescripción del delito de colusión señala como sujeto cualificado al “funcionario o servidor público”, por lo tanto, la intervención desplegada por el interesado decae en atípica.

En ese mismo orden de ideas, el tesista menciona que, el delito de colusión es un delito especial propio. Esto quiere decir, que no existe delito subyacente al delito en mención, además de ello, el tipo penal sólo prescribe como sujeto

cualificado al “funcionario público”, por lo tanto, su actuar delictivo es atípico, no siendo responsable ni como autor ni partícipe.

Asimismo, establece que la Teoría de la Unidad del Título de Imputación deviene en aplicación ilógica respecto al extraneus por no ser sujeto cualificado “funcionario público”. Sin embargo, hay que hacer unas precisiones sobre la Teoría de la Unidad del Título de Imputación. Para esta teoría la responsabilidad del extraneus debe ser sujeta a la sanción establecida por el tipo penal previsto para el autor (sujeto cualificado), en ese sentido, el interesado es considerado como cómplice del delito de colusión. El fundamento de esta teoría es sostener una “unidad de imputación”, de esta manera, todo aquel que ayude al sujeto cualificado responda por el delito previsto para el autor. Es entonces responsable el extraneus por coadyuvar al sujeto cualificado a cometer su delito.

Para el investigador, según lo prescrito por el tipo penal, el único responsable del delito de colusión es el “funcionario o servidor público”. En razón a que, el tipo penal sólo establece como sujeto con cualidades especiales al “funcionario o servidor público”, no admitiendo algún tipo de responsabilidad jurídico-penal para el postor – interesado que, en esencia es beneficiado económicamente al darle la buena pro en el proceso de contratación estatal del cual interviene de manera ilícita.

Sin embargo, en relación con lo que establece el tesista, el interesado al concertarse con el funcionario público interviene de manera desvalorativa. El desvalor de la acción y resultado lo configuran conjuntamente y complementariamente el funcionario público y el interesado. Los cuales, actúan mediante actividades distintas y posiciones distintas, sin embargo, sus conductas se encuentran mediante la perfección de la “concertación idónea” para defraudar al Estado. En las contraprestaciones realizadas por las partes intervinientes el funcionario público busca un incentivo (medio corruptor - soborno) para alejarse de la observancia de sus funciones y favorecer ilícitamente a la empresa postora; en cambio, el postor – interesado incentiva mediante el soborno al funcionario público para que lo favorezca en el proceso de contratación estatal del cual interviene.

Las acciones mencionadas generan un desvalor del resultado (defraudación estatal). El peligro generado con la concertación (en la colusión simple) o incluso el perjuicio efectivo causado al patrimonio del Estado (en la colusión agravada), generan al Estado un grave problema social no sólo económico, sino la “corrupción” que es uno de los fenómenos principales que estancan al desarrollo del Estado. Por lo tanto, aquel resultado perjudicial del Estado causado por la “colusión” en el cual, también interviene el “postor – interesado” no debe de quedar impune, ya sea por consideraciones de política criminal, ni mucho menos por deficiencias dogmáticas aplicables a nuestra legislación.

Ante lo fundamentado, el tesista citado, menciona que se debe “prever una tipificación específica” tipo penal de “extensión de responsabilidad” conforme se realizó en el caso del artículo 392° del Ordenamiento jurídico penal. Dicha conclusión arribada por el tesista, se sostiene en la idea que, el “postor – interesado” comete conjuntamente con el “funcionario público” el delito en cuestión. Este injusto penal tiene como verbo rector a la “concertación”, el cual, es un acto bilateral, donde el interesado interviene desde su posición como postor u oferente y, el funcionario público interviene desde su posición como autoridad con poder de decisión y dirección en el proceso de contratación pública del cual interviene dicho postor. En ese orden de ideas, el tesista concluye que la intervención del “interesado” debe ser considerado en un tipo penal por extensión como sucede en el artículo 392 del Código Penal. Ello generaría que el interesado sea sancionado jurídico-penalmente como autor, por ser prevista su conducta de manera individualizada a la conducta delictiva del “funcionario o servidor público” – art. 384 de nuestro Código Penal actual.

Respecto a lo señalado, consideramos en relación con el tesista que, el interesado debe ser sancionado jurídico-penalmente por otro tipo penal que individualice su actuar delictivo en el delito de colusión, es decir, incorporar un tipo penal propio para “interesado” aparte de ya regulado artículo 384 del Código Penal, que regula al funcionario público como sujeto cualificado del delito de colusión.

Esta modificación legislativa ayudará a entender la estructura del delito de colusión como delito de encuentro, dando a entender que así, como es relevante e

indispensable la intervención delictiva del “funcionario o servidor público”, también es de necesaria observancia la intervención delictiva del “interesado – extraneus”, debido que, ambos conjuntamente, complementando sus actividades desde diversas posiciones terminan por encontrarse mediante la “concertación”.

El delito de colusión es un delito de infracción de deber, respecto a ello, se relaciona con la investigación de Arzapalo y Coquel (2021), *“La infracción del deber en la fundamentación de sentencias condenatorias: Delito de Colusión quinto Juzgado Penal Unipersonal de Huancayo”*, en el cual, llegaron a concluir lo siguiente:

Arribó a las siguientes conclusiones:

“(…)

1. Estando a lo planteado en nuestros objetivos, se ha establecido que: dentro del esquemas de la teoría del dominio, nuestro Código Penal, describe e identifica al sujeto infractor, a quien hay que atribuirle una responsabilidad, a dicha persona se le identifica como autor, pero, en un hecho delictivo, no solamente interviene una persona, sino, muchas veces requiere de la intervención de un tercero, el partícipe. Ahora bien, en los delitos de infracción de deber, las consideraciones de la teoría del dominio no representan aporte alguno. Sin embargo, dicha teoría, esto es, del dominio del hecho, ha dado lugar a dos teorías, i. La teoría de la ruptura del título de imputación y, ii. la teoría de la unidad del título de imputación.

2. Según lo establecido en nuestros objetivos, la teoría de la infracción del deber ha adquirido una especial importancia en estos últimos años, pues, desde el campo de la academia, sus aportes han sido cada vez más consistentes. Aportes que tienen como eje central la concepción del funcionalismo, principalmente de los aportes del profesor Jakobs. El profesor alemán identifica dos ámbitos de deberes. El primero es el deber en virtud de competencia de

organización, (delitos de dominio); y, en segundo lugar, los deberes en virtud de una competencia institucional, (infracción de deber).” (p. 140)

Las conclusiones de los tesisistas, en el delito de colusión intervienen varias partes, consideramos con las que concordamos, puesto que, en este delito se requiere la intervención delictiva del “funcionario o servidor público” y del “interesado” quienes se “conciertan” para defraudar a la institución “Estado”. Ahora, los tesisistas hacen mención que, al intervenir varias partes, el “funcionario o servidor público” responde como autor y el interesado responde como partícipe. Conclusión que no compartimos, por los fundamentos ya realizados en la presente investigación. Estos son, que al ser tan relevante e indispensable la conducta delictiva del interesado, este también debe ser considerado como autor, pero no por ser “funcionario público”, sino porque su conducta delictiva está en un mismo nivel de necesaria observancia para el quebrantamiento de injusto penal.

Los tesisistas hacen mención que las consideraciones de la teoría del dominio del hecho no tienen relevancia para los delitos de infracción de deber, concordamos con dicha conclusión. Para la teoría del Dominio del Hecho, es autor quien de propia mano comete el delito, quien tiene el “dominio del hecho delictivo”, teniendo sobre su actuar la configuración del delito. Estos delitos pueden ser cometidos por cualquier persona. En cambio, en los delitos de infracción de deber el fundamento punitivo del autor recae en los deberes especiales prescritos por el tipo penal, estos delitos sólo pueden ser cometidos por aquellos sujetos que cumplan con las cualidades descritas por el tipo penal. Por ende, las personas que quebranten aquellos deberes institucionales serán merecedores de una sanción jurídico-penal cuando su conducta delictiva esté prevista en el tipo penal especial.

Siguiendo con La teoría del dominio del hecho, según los tesisistas, esta teoría ha dado lugar a la teoría de la ruptura del título de imputación y la teoría de la unidad del título de imputación. Sin embargo, no consideramos dicha conclusión en razón que, estas teorías surgieron para darle fundamento punitivo a la participación de los extraneus (sujetos no cualificados) en los delitos de infracción del deber.

Para la Teoría de la Ruptura del Título de Imputación el extraneus debe responder por un delito subyacente al delito prescrito para el sujeto cualificado, el cual responde como cómplice de dicho delito subyacente. Sin embargo, al ser considerado como cómplice de un delito “genérico” en el cual, no existe un autor, su conducta debería ser considerada impune, por lo tanto, esta Teoría recae en deficiente para el fundamento punitivo del extraneus en los delitos de infracción del deber.

Por otro lado, para de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación, el extraneus de ser sancionado jurídico-penalmente por el mismo delito previsto para el sujeto con cualidades específicas, pero este responde como cómplice por coadyuvar al “funcionario público” a cometer su delito. Los fundamentos utilizados por la Teoría de la Unidad del Título de Imputación en la mayoría de delitos de infracción del deber no existen controversia en su aplicación. Como sucede en el delito de peculado, no existe problemas en establecer que el extraneus que colabora al “funcionario público” para que logre apoderarse de los caudales o efectos que están bajo su poder por razón de su cargo, sea sancionado como cómplice, pues este ayuda al “funcionario público” a quebrantar el injusto penal (apropiarse de los caudales o efectos encomendados por razón de su cargo). De manera que, el “funcionario o servidor público” también comete el delito de peculado sin necesariamente la intervención de un extraneus.

Sin embargo, ello no sucede con el delito de colusión, por ser un delito de intervención necesaria, en su modalidad de delito de encuentro. Por tanto, los fundamentos aplicables por la Teoría de la Unidad del Título de Imputación en el delito de colusión no son consistentes. En razón que, el quebrantamiento del injusto penal lo realizan dos partes; “funcionario o servidor público” y “postor - interesado”. En ese sentido, sus conductas están en el mismo nivel de relevancia para la configuración del delito, la intervención delictiva del extraneus (interesado) no es menos importante a la del intraneus (funcionario público).

El grado de intervención delictiva del interesado “extraneus” de nuestra presente investigación tiene relación con Martínez (2017), en su investigación “El

delito de colusión: consideraciones sobre los sujetos intervinientes en el delito”, realizó las siguientes conclusiones:

“1. Dentro del estudio del delito de colusión, se determinó que este se configura como un delito de convergencia, donde la guía para la comprensión del hecho delictivo la marca el verbo rector concertar, de modo que se requiere del aporte conjunto de funcionario público y del interesado para establecer la unidad de sentido jurídico-penal del ilícito. En tal línea, somos de la posición de que se modifique el Código Penal peruano para incluir, como hace el texto español, el interesado como autor del delito –y no como partícipe-, lo cual generará consecuencias (como la instigación y complicidad) favorables en la lucha contra la corrupción.” (132)

Sobre las disertaciones sobre la autoría y participación del delito de colusión en nuestra legislación peruana, el Dr. Ernesto Martínez establece que el delito de colusión es un delito de intervención necesaria en su modalidad de “delito de convergencia”. En estos delitos es necesario la intervención de mínimo dos personas, los cuales, realizan actividades similares buscando un mismo fin. Para el Dr. Ernesto Martínez las partes en el delito de colusión realizan actividades similares (concertar) buscando el mismo fin (defraudar al Estado).

Sin embargo, se debe tener en consideración que en este delito los sujetos no realizan actividades similares; al contrario, los intervinientes realizan actividades distintas para concretar el pacto colusorio. Por el lado, del funcionario público, adecua su intervención para favorecer al postor en el otorgamiento de la buena pro, esto a pesar de existir irregularidades en la empresa postora. En cambio, el interesado, interviene incentivando al funcionario público mediante objetos corruptores, asimismo, en la postulación al proceso de contratación pública presenta Vgr: documentos falsificados. Como se puede advertir, ambos sujetos realizan actividades distintas, aunado a ello, las partes, tienen posiciones distintas. El intraneus interviene desde su posición como funcionario o servidor público con poder de decisión y dirección en las contrataciones estatales. En cambio, el extraneus interviene desde su posición como postor en un proceso de contratación

pública. Asimismo, las actividades realizadas por las partes son en esencia diferentes, sin embargo, los aportes realizados por las partes terminan encontrándose mediante “el pacto colusorio”. Es evidente que las actividades deben ser distintas, debido a que, el pacto colusorio requiere de contraprestaciones distintas realizadas por las partes, pero que, en conjunto logran “defraudar al Estado” en un proceso de contratación estatal. Por lo tanto, se puede establecer que el delito de colusión no es un delito de convergencia, sino un delito de encuentro.

El delito de colusión simple tiene como verbo rector “concertar”. Este elemento normativo necesariamente tiene que ser configurado mediante el aporte delictivo de dos partes, ya que la “concertación” es un acto “bilateral”. No puede existir una concertación unilateral, el cual, sería un hecho atípico bajo lo previsto por el artículo 384 del Código Penal.

En ese mismo orden de ideas, el tesista establece que la “concertación” conforma una “unidad de sentido jurídico-penal” del ilícito. Postura con la que concordamos, por los fundamentos siguientes; el injusto penal del delito de colusión es “la concertación” llevada por el intraneus y el extraneus. El elemento “concertar” requiere el complemento delictivo de dos partes para perfeccionarlo, en ese sentido, el aporte delictivo del “funcionario o servidor público” es complementado con el aporte delictivo del “interesado”, quienes en su actuar conjunto conforman una “unidad delictiva”, esto es, “concertar” para defraudar al estado en un proceso de contratación estatal.

En la misma línea argumentativa, para lograr el quebrantamiento del injusto penal es necesario la existencia delictiva de dos partes que, interviniendo mediante actos distintos y desde posiciones diferentes, logran encontrar sus conductas y adecuarlas para perfeccionar “el pacto colusorio” que defraude al Estado. Es decir, mediante la descripción típica del delito de colusión no solo se obliga al funcionario o servidor público a defraudar al Estado, sino que, esta obligación también alcanza a los postores que, intervienen conjuntamente con el intraneus para “defraudar al Estado” mediante la concertación ilícita.

Es esencial detallar los fundamentos punitivos del extraneus en el delito de colusión, en ese sentido, el investigador Ernesto Martínez concluye que es necesario modificar el Código Penal peruano para incluir, como lo prescribe el texto español sobre el delito materia de investigación, catalogado en España como el delito de “Fraude”.

El delito de “Fraude” está regulado por el artículo 436 de la Ley orgánica 05/2010 de la legislación española. Mediante este precepto normativo, el primer párrafo prescribe como sujeto cualificado al funcionario público de manera similar al artículo 384 del Código Penal peruano. Sin embargo, en el segundo párrafo establece independientemente la intervención delictiva del “particular” como autor del delito de colusión.

La regulación adoptada por la legislación española recae en el fundamento siguiente. Al ser la intervención del extraneus esencial para lograr la concertación en el delito, es necesario incorporar su intervención de manera independiente al delito que configura el “funcionario público”. En ese sentido, el “extraneus – particular” también es considerado autor según la técnica legislativa adoptada por la legislación española, en razón a que, el interesado ostenta con su propia pena prevista por el segundo párrafo del artículo 436 de la Ley orgánica 05/2010 española. Asimismo, también se incorporó su intervención, debido que, al ser un delito especial impropio como lo cataloga la doctrina española, los alcances punitivos del primer párrafo del 436 de la Ley orgánica 05/2010, sólo son dirigidos para el “funcionario o servidor público”, por ser el sujeto con cualidades especiales según la descripción típica.

Para el Dr. Ernesto Martínez, el interesado, debe responder como autor del delito, y no como partícipe. El cual, generará “consecuencias (como la instigación y complicidad) favorables en la lucha contra la corrupción”. Postulado del cual, estamos de acuerdo, en razón que, primero, se va a entender que según la estructura típica, el delito de colusión es cometido esencialmente por dos partes, asimismo, al establecer la autoría del interesado “extraneus” se ampliará los alcances punitivos para los demás intervinientes que no sean; el “funcionario o servidor público” que interviene en un proceso de contratación estatal por razón de su cargo y el

“interesado” que interviene como postor en dicho proceso de contratación. Es decir, también podrán ser sancionados los demás intervinientes, siendo esta una técnica legislativa idónea, ya que, por la naturaleza del delito de colusión, es normal que intervengan diversas personas en dicho acto de corrupción.

Aunado a ello, la Casación N° 661-2016 Piura, ha señalado que; sólo son responsables jurídico-penalmente las personas descritas por el tipo penal, estos son, el “funcionario o servidor público” y el “interesado”. Siendo absuelto el investigado que ayudó al interesado a concertarse con el “funcionario público”. En ese sentido, las intervenciones que no estén previstas por el tipo penal, no podrán ser sancionados penalmente, por ser sus conductas atípicas. Es por dicho argumento que, es necesario individualizar la intervención delictiva del “interesado”, para ampliar el alcance punitivo y sancionar por el lado del “funcionario o servidor público” a sus partícipes, y por el lado del “interesado” a las personas “partícipes” que lo instiguen o colaboren para que éste logre configurar el delito conjuntamente con el intraneus.

Terminamos con el postulado de la autoría de extraneus en el delito de colusión, el cual, se relaciona con la investigación realizada por el Dr. Martínez (2021), *“Delito de colusión: responsabilidad penal del tercero interesado”*, llegando a las siguientes conclusiones:

“ (...)”

4. Una vez establecido que se encuentra ante un delito de encuentro, el problema radica en establecer si el tercero interesado responde como autor, cómplice o instigador. Así, en un inicio se considera que debería responder como autor, por el sentido de su aporte para la afectación al bien jurídico penalmente protegido, pero como nuestra regulación, a diferencia de España, no ha regulado una sanción autónoma del tercero, no podría responder como autor. A pesar de ello, considerando que se encuentra desde la lógica de la comunidad delictiva, el tercero interesado debería responder en calidad de partícipe primario, debido a que su aporte es muy relevante para la

constitución de la colusión, situación que es respaldada por la jurisprudencia y doctrina.” (p. 331-332)

En la última investigación realizada por el Dr. Ernesto Martínez cambió de postura sobre la consideración del delito de colusión como delito de convergencia, para el tesista este es un delito de encuentro, por ser la “concertación” un acto bilateral configurado por dos partes; “funcionario o servidor público” y “interesado”, quienes, realizando actividades distintas, desde sus posiciones logran perfeccionar el delito mediante “el pacto colusorio”.

Postura con la que concordamos al hablar del delito de colusión como delito de encuentro. En este delito el intraneus desde su posición “funcionario o servidor público” concierta con el extraneus, quien interviene desde su posición como “postor” en un proceso de contratación del Estado. Ahora, ambos perfeccionan su actuar delictivo por medio de aportes distintos, el intraneus previo acto colusorio, incumple con sus funciones inobservando los requisitos de selección del concurso público, mientras que el extraneus, trata de incentivar la inobservancia funcional del intraneus mediante objetos corruptores, logrando una (contraprestación delictiva recíproca) entre ambos sujetos. Estas actividades diferentes se encuentran, mediante el perfeccionamiento de la “concertación” para defraudar a la institución estatal.

Establecido que el delito de colusión es un delito de intervención necesaria en su modalidad de delito de encuentro, el Dr. Ernesto Martínez menciona que el problema radica en establecer si el “tercero interesado” responde como autor, cómplice o instigador.

Según el precepto normativo regulado por el artículo 384 del Código Penal peruano, el sujeto con cualidades especiales es el “funcionario o servidor público”. Sin embargo, es cuestionada la intervención del “particular” – “postor” en este delito. La doctrina dominante y jurisprudencia peruana ha establecido que el “interesado” debe ser sancionado por como cómplice, e incluso la jurisprudencia ha establecido que debe ser “cómplice primario”. Este tipo de participación es punible por coadyuvar al autor a cometer un delito, de manera que, siendo relevante su

ayuda para el quebrantamiento del injusto penal. Por ejemplo: en el delito de colusión el extraneus que ayuda al “funcionario público” a retirar los caudales resguardados por el intraneus por razón de su cargo, es sancionado por ayudar al intraneus a vulnerar sus deberes institucionales. Sin embargo, cabe precisar que, el intraneus puede configurar su delito funcional sin ser necesario la intervención de un extraneus.

Ahora, según la doctrina respecto a la doctrina de los delitos de infracción de deberes, sólo existe la aplicación de la complicidad única, y “no” se aplica una complicidad primaria ni secundaria. Es menester mencionar que la complicidad primaria es diferenciada de la complicidad secundaria según los aportes cuantitativos realizados por el “partícipe”. Es decir, mientras el aporte realizado por el partícipe sea más relevante para configurar el injusto penal, será sancionado con una mayor pena. Cuando el partícipe coadyuva de manera que, sin su aporte no se hubiese logrado el resultado delictivo, será considerado cómplice primario. En cambio, cuando el partícipe coadyuva sin ser relevante su aporte para configurar el delito, será considerado como cómplice secundario. En el caso de la complicidad primaria, se sanciona con la misma pena prevista para el autor, y para la complicidad secundaria, la pena es menor a la prescrita para el autor.

Partimos, primero, respecto al fundamento punitivo del autor en la teoría de la Infracción del Deber. Para esta teoría es autor quien quebranta sus deberes especiales de protección institucional, del cual es sujeto obligado, sin importar si lo realiza de con “dominio del hecho”, de “propia mano”, mediante “comisión” u “omisión”, consideraciones relevantes para la aplicación de la Teoría del Dominio del Hecho, sin embargo, estas modalidades de acción u omisión no son relevantes para la Teoría de Infracción del Deber. Segundo, respecto al fundamento punitivo del partícipe, también se debe de analizar de manera distinta a los parámetros establecidos para la Teoría del Dominio del Hecho. Para la Teoría de Infracción del deber sólo importa si el “extraneus” (sujeto sin cualidades específicas) coadyuva al “intraneus” (sujeto cualificado) a cometer su delito mediante la inobservancia de sus deberes institucionales. Las consideraciones cuantitativas no son relevantes para la complicidad única en los delitos de infracción del deber.

Precisado estos fundamentos, según lo establecido por el artículo 384 del Código Penal, es autor el “funcionario o servidor público” con relación funcional para intervenir en los procesos de contratación estatal, y es “cómplice único” el interesado que se concierta con el “funcionario o servidor público” respecto al proceso de contratación señalado.

Establece el tesista que, considera en un inicio que el interesado debería responder como “autor”, por quebrantar conjuntamente con el intraneus al “bien jurídico penalmente protegido”. Postulando con el que compartimos, en razón a que, el delito de colusión sostiene como “expectativa normativa” a normal funcionamiento de la administración pública, esto es, llevar los procesos de contratación estatal de manera correcta, leal y transparente, alejado de actos de corrupción. En ese sentido, el normal y correcto funcionamiento de los procesos de contratación estatal no es sólo labor del “funcionario o servidor público”, quien tiene el poder de decisión y dirección en dichas contrataciones del cual interviene por razón de su cargo. Sin embargo, no se debe obviar que en la “concertación” intervienen dos partes, siendo también relevante la intervención delictiva del “postor – interesado”, pues su aporte es indispensable para lograr el “pacto colusorio” para defraudar al aparato del Estado.

En ese orden de ideas, el quebrantamiento al bien jurídico protegido lo realizan las partes corruptoras (intraneus y extraneus) de la contratación estatal, quienes conjuntamente “defraudan al Estado” mediante la “concertación”. En ese sentido, el tipo penal exige y obliga no sólo al funcionario o servidor público a actuar de forma correcta y transparente en las contrataciones estatales, sino también obliga a los postores a no intervenir con actos de corrupción. Esto también da respaldo punitivo al interesado, pues, de no estar obligado a “no defraudar” al Estado, no puede ser responsable de una sanción jurídico-penal.

Ahora, el Dr. Ernesto Martínez señala que, bajo ese argumento, el interesado debe ser considerado como autor, por ser su aporte delictivo indispensable para el quebrantamiento del bien jurídico protegido. Sin embargo, como ya se precisó, bajo los parámetros de nuestra legislación, esa premisa no es aplicable, en razón a que,

el Código Penal peruano establece únicamente como sujeto cualificado al “funcionario o servidor público”.

Ahora, en concordancia con el tesista, a diferencia de nuestra legislación, España ha previsto incorporar la intervención delictiva del interesado de manera autónoma a la prevista para el “funcionario público”, ello según la redacción típica de la Ley Orgánica 05/2010 de la legislación española. Sin embargo, nuestra legislación no ha regulado una sanción autónoma del tercero, por lo tanto, no podría responder como “autor”.

Los fundamentos de la autoría del interesado “extraneus” en el delito de colusión son los siguientes:

Primero, - Al ser el delito de colusión un delito de encuentro, en indispensable su aporte delictivo para la configuración del delito, pues, la “concertación” es un acto bilateral. Asimismo, las actividades “distintas” de las partes, realizadas desde posiciones distintas, terminan encontrándose al perfeccionar el “pacto colusorio”.

Segundo, - Las conductas delictivas del “funcionario o servidor público” y “interesado” son complementarias. Es decir, el aporte que realiza el “interesado – extraneus” no es dependiente al aporte realizado por el “funcionario o servidor público”, por lo cual, no podrá perfeccionarse el delito si una de las partes retira su actuar delictivo, en razón que, no existe la concertación unilateral. Es por esta razón que, la intervención del interesado está en un mismo nivel de relevancia que el funcionario público.

Tercero, - Se puede observar que en el delito de cohecho está dividido en una modalidad de cohecho pasivo (cometido por el funcionario o servidor público) y cohecho activo (cometido por el particular). Al ser el acto “cohecho” un acto bilateral (exceptuando la modalidad de ofrecimiento, donde la otra parte no acepta cometer el delito). Es natural advertir dos partes en la configuración de las demás modalidades, por estas razones en concordancia con lo establecido por el Dr. Pariona Arana, el delito de colusión también debe de seguir la misma línea

legislativa que el delito de cohecho, es decir, se debe establecer en el delito de colusión, una modalidad de colusión pasiva (cometido por el “funcionario o servidor público”) y una modalidad de colusión activa (cometido por el “interesado”).

Cuarto, - En comparación con la legislación española, esta regula un tipo penal autónomo para el interesado en su delito llamado “Fraude” regulado por el artículo 436 de la Ley Orgánica 05/2010 de la legislación española. Este precepto normativo, establece la autoría del “funcionario público” en su primer párrafo; y en su segundo párrafo, regula de manera autónoma la intervención delictiva del “particular”.

Quinto, - Regulación extranjera que debe seguir la legislación peruana, por ser el delito de colusión un delito de encuentro, quebrantado necesariamente por dos partes (funcionario público e interesado). Asimismo, se logrará entender cómo funciona la estructura típica del delito de colusión y dar a entender que en los procesos de contratación estatal no sólo el funcionario o servidor público está obligado a actuar conforme a ley, sino que, dicha obligación también alcanza al “particular” postor de un proceso de contratación del Estado. Más aún, cuando en estos procesos el Estado desembolsa millones de soles que, al ser mal utilizados por actos de corrupción, impiden el buen desarrollo del país.

Sexto, - La Casación N° 661-2016 Piura, ha establecido que, en el delito de colusión son responsables penalmente sólo dos partes: estos son; el “funcionario o servidor público” y el “interesado”, siendo atípicas los demás aportes de las personas que no sea “interesado”. Bajo ese argumento, se absolvió al investigado que había ayudado al “interesado” a coludirse con el “funcionario público”. En otras palabras, esta Casación no admitiría la complicidad en cadena materia de análisis del presente caso.

Séptimo, - Sin embargo, al incorporar la modalidad pasiva y activa del delito de colusión, se podrá ampliar el alcance punitivo para los demás intervinientes que sean el “funcionario o servidor público” o el “interesado”. En ese sentido, en la colusión pasiva (donde es sujeto activo el “funcionario o servidor

público”, con “relación funcional” para intervenir en los “procesos de contratación del Estado”), también podrá tener partícipes, es decir, también podrán ser sancionados jurídico-penalmente las personas que lo instiguen o colaboren a coludirse con el “interesado”. Asimismo, en la colusión activa (configurado por el “interesado” que interviene en un proceso de contratación estatal), también podrá tener partícipes, es decir, también podrán ser sancionados jurídico-penalmente las personas que lo instiguen o colaboren a coludirse con el “funcionario o servidor público”.

Octavo, - Como se logra advertir, bajo los fundamentos de la modalidad de colusión pasiva y activa, el imputado absuelto según los fundamentos de la Casación N° 661-2016 Piura sería responsable jurídico-penalmente, lo cual, sería correcto bajo los argumentos siguientes. Al existir concertaciones en los procesos de contrataciones estatales, no sólo el interesado es beneficiado por dicho actuar delictivo, por el contrario, al favorecerse la empresa “postora”, son beneficiados todas las personas que lo financian. Por esta razón, no pueden quedar impunes los actos de corrupción relevantes para el derecho penal en los procesos de contratación estatal.

Noveno, - Establecidos los fundamentos de las modalidades de colusión activa y pasiva, en necesario precisar que requisitos de vital observancia para su aplicación.

- Incorporar la colusión activa, mediante un tipo penal de manera autónoma, que regule la intervención delictiva del interesado “extraneus”.
- Debe existir concurrencia delictiva entre la colusión pasiva y la colusión activa, por ser un delito de encuentro.
- Debe existir concurrencia del dolo directo entre el “funcionario o servidor público” y el “interesado”. Por lo que, no es aplicable ningún tipo de concertación mediante culpa.

4.4. Propuesta de mejora

LEY QUE INCORPORA EL DELITO DE COLUSIÓN ACTIVA ART. 384

“A” DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

PROYECTO DE LEY INICIATIVA CIUDADANA

EXPOSICION DE MOTIVOS

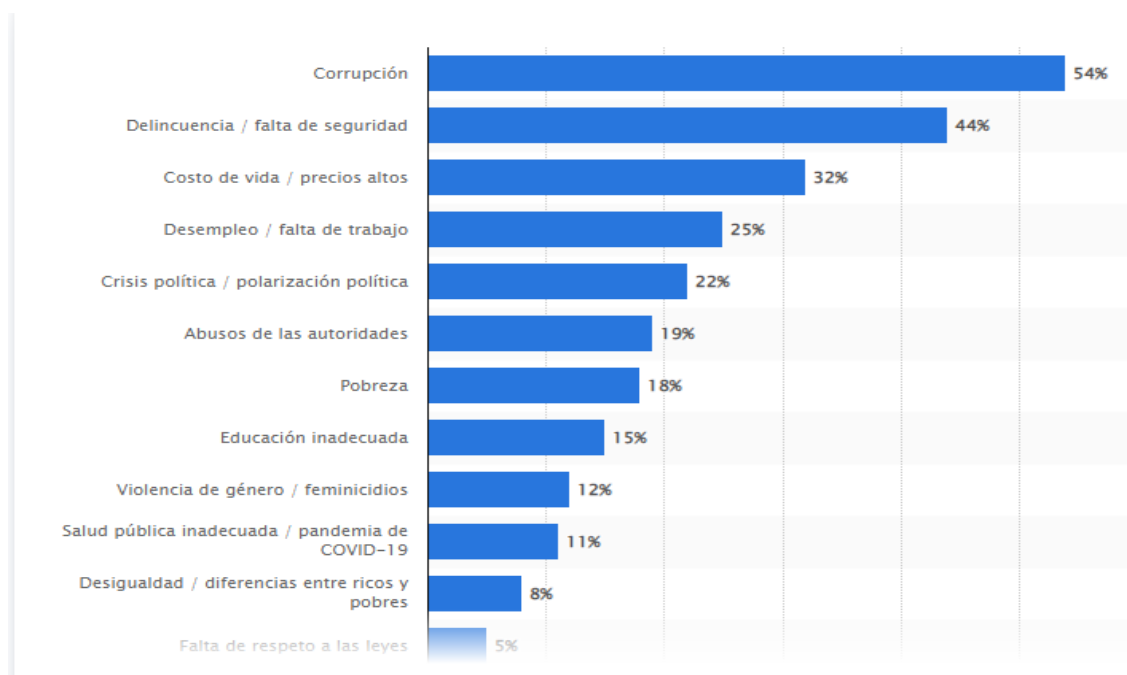
El presente proyecto busca establecer el grado de intervención delictiva del interesado en el delito de colusión en nuestra legislación peruana.

Este proyecto busca que el interesado sea sancionado jurídico-penalmente en calidad de autor en el delito de colusión, y como consecuente, sancionar al cómplice del interesado, que bajo los fundamentos de la Casación N 661-2016 Piura debe ser absuelto. Ampliando de esta manera los alcances punitivos en la lucha contra la corrupción.

1. Situación de la corrupción en el Perú

La corrupción es un mal que tiene en preocupación a la población peruana, debido a los seguidos acontecimientos de corrupción que suceden en nuestro país. Ya es cotidiano que altos funcionarios públicos estén entrañados en actos de corrupción. En razón a ello, se menciona que la corrupción de funcionarios, es uno de los principales problemas que truncan el buen desarrollo sostenido de nuestra sociedad. Generando desconfianza en las instituciones públicas.

Problemas más importantes que afectan a Perú según la opinión pública en 2022,



Fuente: Estadista

Como se puede apreciar, según la opinión de la ciudadanía, la corrupción es el principal problema del país. Ante ello, es necesario mejorar nuestra legislación para tratar de calmar la zozobra que tiene la sociedad sobre las instituciones públicas.

1.1. Situación actual de autoría y participación del delito de colusión en la legislación peruana

Actualmente el delito de colusión está establecido en el artículo 384 del vigente Código Penal,

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

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

(...)

A tenor de lo prescrito por el artículo 384 del Código Penal, el título de imputación del funcionario o servidor público es de autor, y el interesado es de cómplice. El fundamento de este último, recae en el aporte que realiza sobre el funcionario o servidor público para que quebrante su deber especial positivo de carácter institucional. Ahora, respecto al cómplice del interesado, según la Casación N° 661-2016 Piura, dicho cómplice no es sancionado jurídico-penalmente, debido que no se concierta con el funcionario o servidor público. No siendo de recibo una supuesta complicidad en cadena.

1.2. Fundamentos de la incorporación de una modalidad de colusión activa en nuestra legislación

En aplicación del artículo 384 del Código Penal peruano, el interesado debe ser sancionado jurídico-penalmente en calidad de cómplice. Su fundamento punitivo del interesado según la doctrina y jurisprudencia peruana recae en que, éste no tiene los deberes especiales de protección de la institución pública “Estado”, que si lo ostenta el funcionario o servidor público. Sin embargo, no se tiene en consideración el grado de complementariedad que tiene el interesado en el quebrantamiento del injusto penal.

El delito de colusión al ser un delito de encuentro se configura con la “concertación” realizada por el funcionario público e interesado. Dicha concertación es un acto “bilateral”, en el cual intervienen los sujetos antes mencionados. En esa línea de

ideas, el delito de colusión, requiere necesariamente la intervención delictiva del funcionario público y del interesado, pues ambos, al “concertarse” conforman una unidad delictiva, quebrantando conjuntamente el injusto penal.

La expectativa normativa del delito de colusión no solo recae en el buen desempeño, transparente y leal actuar del funcionario público en las contrataciones públicas, sino que, así también, dichos deberes especiales de no concertar recaen en la sociedad en general. Es decir, el buen desarrollo de la administración pública, no solo debe ser un deber del funcionario público, sino también de los particulares.

La conducta delictiva del interesado al ser esencial y necesaria para la configuración del delito, debe ser sancionada como autoría. Para ello, debe prescribirse su intervención delictiva independientemente del funcionario público. Esto es, incorporando su actuar delictivo con la incorporación del art. 384 “A” del Código Penal. Ello permitirá desglosar al delito de colusión, en una modalidad de colusión pasiva y colusión activa.

El delito de colusión pasiva, es la regulada por el art. 384 del Código Penal. El cual, tiene como sujeto activo al funcionario o servidor público. En cambio, el delito de colusión activa, sería la incorporación del art. 384 “A” del Código Penal. El cual, tiene como sujeto activo al interesado. La colusión “pasiva”, se sustenta en la “recepción” (por lo general) de soborno del funcionario público. En cambio, la colusión “activa”, se fundamenta en la “entrega” (por lo general) del soborno realizado por el interesado. Es menester mencionar que, la dádiva o llamada “coima” no es un elemento normativo para la configuración del delito.

Cabe precisar que con la incorporación del art. 384 “A” del Código Penal (Colusión activa). Si será posible sancionar jurídico-penalmente, la participación del sujeto que preste ayuda o instigue al interesado en su actuar delictivo. Con ello, se amplían los alcances punitivos que con la regulación legislativa actual no se obtiene, y que en aplicación de la Casación N° 661’2016 Piura se absolvió a una persona que colaboró con el interesado, pero como no se concertó directamente con el funcionario público, fue absuelto de responsabilidad penal.

Asimismo, con la incorporación de la colusión activa, se genera una unidad en el sistema jurídico-penal peruano con los demás delitos de infracción de deber, que son delitos de encuentro. Debido que, en el delito de cohecho también se ha legislado una modalidad de cohecho pasivo y activo.

Ante los fundamentos expuestos, es necesario la incorporación art. 384 “A” del Código Penal (Colusión activa), para fundamentar el grado de intervención delictiva que tiene el interesado en el delito de colusión, y ampliar los alcances punitivos respecto al colaborador del interesado.

2. Ámbito de aplicación

Este presente proyecto se aplicará para la sociedad en general.

3. Naturaleza de la norma

El proyecto propone de esta manera establecer el grado de intervención del interesado en el delito de colusión, sancionándolo en calidad de autor en una modalidad de colusión activa.

Asimismo, se busca sancionar al partícipe del interesado, debido que según los criterios adoptados por la Casación N° 661-2016 Piura, el cómplice del interesado debe ser absuelto, ya que su comportamiento no se subsume en lo establecido por el tipo penal (concertar con el funcionario o servidor público).

4.1. Temporalidad de la norma

El proyecto de ley propone que la norma tenga un periodo de vigencia indeterminada.

4.2. Periodo de vacancia de la norma

El proyecto de ley tiene como vatio legis 1 mes a partir de su publicación de la ley. Ello porque se necesita un periodo para poner en conocimiento de la sociedad, los alcances normativos del presente proyecto de ley.

5. Efectos del proyecto de ley sobre el ordenamiento jurídico

Este proyecto resulta incompatible con los siguientes artículos:

- Artículo 384 del Código Penal: La actual regulación prescribe lo siguiente:

ACTUAL REGULACIÓN

Artículo 384. Colusión simple y agravada

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

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

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.

3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

Para mejorar dicha incompatibilidad, es necesario incorporar un artículo.

- ✓ **Que se incorpore el Artículo 384 “A” referido a la Colusión Activa:** Por lo que, la incorporación realizada será de la siguiente manera:

PROPUESTA LEGISLATIVA:

Artículo 384. Colusión pasiva simple y agravada

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

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

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

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

- 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.**
- 2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.**
- 3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.**

Artículo 384 – A. Colusión activa simple y agravada

“El que, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con el funcionario o servidor público para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años;

inhabilitación para contratar con entidades u organismos del Estado por no menor de tres ni mayor de seis años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.”

“El que, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con funcionario o servidor público, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación para contratar con entidades u organismos del Estado por no menor de tres ni mayor de seis años; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”

“La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor a veinte años; inhabilitación perpetua para contratar con entidades u organismos del Estado; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando se cometa en cualquiera de los supuestos previstos por el tercer párrafo del artículo 384.”

6. Análisis costo – beneficio

6.1. Costo

La presente ley irroga un costo directo al Estado, ya que se tendrá que capacitar al personal del Poder Judicial, Ministerio Público y demás operadores del derecho,

para que pueden hacer efectivo de forma eficaz y eficiente la aplicación de este proyecto.

6.2. Beneficios

- Establecer el grado de intervención delictiva del interesado en el delito de colusión.
- Establecer los alcances punitivos del partícipe del interesado.
- Ampliar el alcance punitivo en el delito de colusión.
- Erradicar de manera eficiente la corrupción en las contrataciones públicas.

7. Sustento jurídico

Este proyecto de ley se sustenta en:

- Convención Interamericana contra la corrupción. Art. II. “Los propósitos de la presente Convención son:
 1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y”
- Código Penal Español. Ley Orgánica 5/2010. Art. 436 – Delito de fraude (que fundamenta la autoría del interesado).
- Código Penal Peruano. Art. I del Título Preliminar – Principios Generales. “Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”.

CONCLUSIONES

1. Entorno al objetivo específico uno, se determinó que el extraneus interviene necesariamente en la configuración del delito de colusión, en razón a que este delito es un delito de intervención necesaria en su modalidad de delito de encuentro, debido a que intervienen dos partes esenciales, en primer lugar el intraneus, en su posición de funcionario o servidor público, interviene por razón de su cargo en el procedimiento de contratación estatal; por otro lado, se tiene al interesado (extraneus) quien interviene en representación de una empresa postora a fin de participar en una contratación estatal. Ambos sujetos intervienen desde posiciones distintas, realizando conductas delictivas idóneas, las cuales se encuentran para configurar la concertación a través del pacto colusorio, lo cual genera el perfeccionamiento del delito. Entonces la intervención delictiva del extraneus es en calidad de autor y no como cómplice, debido que sin su intervención delictiva no se puede configurar el delito, por la razón lógica de que una concertación no puede ejecutarse mediante un acto unilateral.
2. Sobre el objetivo específico dos, se establece que el interesado debe responder como autor por quebrantar conjuntamente con el intraneus el deber especial negativo de no defraudar a la institución Estado a través de la concertación. En razón que, el deber especial surge para la protección de la institución Estado, el cual otorga un deber especial positivo dirigido para el funcionario o servidor público para representar al Estado en los procesos de contratación pública de manera correcta y transparente; asimismo, se le obliga al funcionario o servidor público a “no defraudar al Estado mediante actos de corrupción”, sin embargo, como este es quebrantado mediante la concertación, también este deber especial negativo alcanza a los postores, de lo contrario, el intraneus no podría quebrantar el injusto penal unilateralmente. Por lo que, el quebrantamiento del deber especial negativo de no defraudar a la institución Estado, conlleva a sustentar la autoría del extraneus y por consecuencia directa se hace necesaria la fundamentación de una colusión activa, con la cual se individualiza de manera idónea la intervención delictiva del extraneus como autor del delito de colusión

activa, permitiendo que conductas que aportan a su actuar delictivo sean sancionados a título de partícipes. Dicha individualización delictiva del extraneus, permite que se delimite de forma idónea la autoría y participación del intraneus, mediante la regulación del delito de colusión pasiva, en la cual también los sujetos que colaboran al actuar delictivo del funcionario o servidor público podrán ser responsables jurídico-penalmente en calidad de partícipes. En suma, se amplía el ratio punitivo de los demás sujetos intervinientes que no sean el “funcionarios o servidor público”, o el “interesado”, evitando impunidad, tal como sucedió en la Casación N°661-2016 Piura.

3. En cuanto el objetivo específico tres, se concluyó que el delito de colusión se configura mediante el verbo rector concertar; al ser la concertación un acto bilateral necesariamente tiene que intervenir el funcionario o servidor público y el interesado; el primero, lo configura desde su posición como representante del Estado en las contrataciones públicas; mientras que el segundo, lo configura desde su posición como postor en dicho proceso de contratación. Las actividades ilícitas realizadas se encuentran mediante el pacto colusorio. En ese sentido, las intervenciones delictivas de las partes se complementan para lograr defraudar al Estado por medio de la concertación. El acto bilateral concertar realizado por las partes conforma una unidad delictiva, siendo el elemento normativo fundamental para establecer la configuración del delito de colusión en la legislación peruana.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que los resultados hallados a través de la presente investigación, sirvan de sustento al aparato legislativo para generar un proyecto de ley, mediante el cual se pueda incorporar el artículo 384-A° en el Código Penal peruano, a fin de regular, de manera óptima y eficiente, el delito de colusión activa, con el cual se sustentará la autoría del interesado (extraneus) por el quebrantamiento de un deber especial negativo consistente en “no defraudar la institución Estado”. Dicha incorporación será de la siguiente manera:

Artículo 384. Colusión pasiva simple y agravada

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

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

libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

- 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.**
- 2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.**
- 3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.”**

Artículo 384 – A. Colusión activa simple y agravada

"El que, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con el funcionario o servidor público para defraudar al Estado o entidad u organismo del

Estado, según ley, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación para contratar con entidades u organismos del Estado por no menor de tres ni mayor de seis años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa".

"El que, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con funcionario o servidor público, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación para contratar con entidades u organismos del Estado por no menor de tres ni mayor de seis años; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa ".

“La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor a veinte años; inhabilitación perpetua para contratar con entidades u organismos del Estado; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando se cometa en cualquiera de los supuestos previstos por el tercer párrafo del artículo 384”.

2. Es importante que los temas abordados en la presente investigación continúen siendo estudiados con mayor profundidad por futuros estudiantes interesados en el derecho penal, los problemas de autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios aún es un problema latente dentro

de nuestra legislación nacional, aún existen vacíos punitivos que merecen ser solucionados y es de vital importancia que futuros estudiantes de derecho interesados en la materia indicada puedan incrementar el debate aquí abordado. Las sanciones jurídico penales, no siempre alcanzan a ser aplicados a todos los sujetos intervinientes en el delito de colusión, en el cual, no sólo interviene el funcionario o servidor público y el interesado. Asimismo, se debe abordar con más profundidad los aspectos dogmáticos de los deberes institucionales, y su alcance sobre los particulares.

3. Se recomienda profundizar aspectos dogmáticos sobre la complementariedad de las partes en los delitos de infracción del deber, aspectos esencial para entender cómo funciona estructuralmente los delitos de encuentro, no sólo en el delito de colusión, sino también darle el análisis correspondiente al delito de cohecho como delito de infracción del deber y el delito de tráfico de influencias como delito de dominio, que también es entendido de manera incorrecta, sin darle el nivel de importancia al tercero beneficiario, sin tener en consideración que su aporte es imprescindible para la configuración del delito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. (2003). *Participación Necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión*. En Revista Jurídica de Castilla – La Mancha, Vol. VIII (Nº 34). 13 – 45.
- Abanto, M. (2004). *Autoría y Participación y la Teoría de los delitos de Infracción de Deber*. En Revista Jurídica de Derecho Penal, Vol. VI (Nº 14), Lima – Perú. 14 - 26
- Abanto, M. (2004). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, Lima – Perú: Editorial Grijley.
- Arias, F. G. (2006). *El proyecto de investigación. Introducción a la metodología Científica*. (6ª ed.), Caracas – Venezuela: Editorial Episteme.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (3ª ed.), Santa Fe de Bogotá – Colombia: Editorial Themis.
- Bacigalupo, S. (2017). *Infracción de Deber y Participación, En estudios de Derecho Penal, Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*. Buenos Aires – Argentina: Editorial Sapientia.
- Baena, G. (2017). *Metodología de la investigación*. Ciudad de México – México: Editorial Patria.
- Barandiarán, R., Nolasco, J. A. (2006). *Jurisprudencia Penal Generada en el Subsistema Anticorrupción*. Lima – Perú: Editorial Palestra.
- Bolea, C. (2004). *La Cooperación Necesaria: Análisis Dogmático y Jurisprudencial*. Barcelona – España: Editorial Atelier.
- Cáceres, R., Carrión, J. (2011). *El delito de Colusión*. Lima – Perú: Editorial IDEMSA.

- Cancho, C. (2012). *¿Política criminal en la tipicidad? Esbozo a partir de principio de derecho penal, en la imputación y sistema penal. Libro Homenaje al Prof. César Augusto Paredes Vargas*. Lima – Perú: Editorial IDEMSA.
- Caro, J.A. (2004). “*Algunas consideraciones sobre los Delitos de Infracción de Deber*”. En: Hurtado Pozo, José (Dir.), *Anuario de Derecho Penal*, PUCP, Lima – Perú.
- Caro, J.A. et all (2021). *Delitos contra la Administración Pública. Cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el Estado*, Tomo I, Lima -Perú: Editorial: Grijley.
- Caro, J.A. et all (2021). *Delitos contra la Administración Pública. Cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el Estado*, Tomo II, Lima -Perú: Editorial: Grijley.
- Carrasco, S. (2006). *Metodología de la Investigación Científica*. (1ª ed.), Lima – Perú: Editorial San Marcos.
- Carrión Díaz (2013) *La acción comunicativa como parámetro orientador de concepto de autor en el Derecho Penal peruano*, N° 50. Lima – Perú: Editorial Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Castillo, J.L. (2017), *El delito de colusión*, (1ra ed.), Lima – Perú: Editorial Instituto Pacífico
- Catalán, J. (1999). *Delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código Penal*. Barcelona – España: Editorial Bayer.
- Chacón, J.L. (2012). *Técnicas de investigación jurídica*. México: Fondo Editorial de la Universidad Autónoma de Chihuahua.
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (2004), Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el delito, Nueva York.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente - Casación N° 661-2016-Piura.

- Corte Suprema de Justicia de Lima (pleno). Recurso de Queja N° 179-2011-Cusco.
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d8d6c8004405eb5a80b2e82b4641ab6c/SALA+PENAL+PERMANENTE+RECURSO+DE+QUEJA+NCP+P+N%C2%B179-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d8d6c8004405eb5a80b2e82b4641ab6c>
- Creus, C. (1992). *Derecho Penal: Parte General*. (3ª ed.), Buenos Aires – Argentina: Editorial Astrea.
- Cristóbal, C.T. (2018). *Instigación o inducción, Ius Puniendi*. En revista Ius Puniendi Sistema Penal Integral, N° 7, Lima – Perú. 7-19
- Cubertorer, M. (2020). *Autoria y participación. Notas Jurisprudenciales sobre la distinción entre cooperación necesaria y complicidad*. [Tesis de maestría, L'Universitat Jaume I]. Archivo digital.
<https://www.bing.com/ck/a?!&p=9d33daf36b958fc7JmltdHM9MTcwMDA5MjgwMCZpZ3VpZD0xZDc1M2Q2OS1kNGM1LTY4YmUtMDRjOS0yZWVhZDU1YzY5ZmImaW5zaWQ9NTQyMA&pntn=3&ver=2&hsh=3&fclid=1d753d69-d4c5-68be-04c9-2ea2d55c69fb&psq=CUBERTORER+AUTORIA+Y+PARTIIPACION&u=a1aHR0cHM6Ly9yZXBvc2l0b3JpLnVqaS5lcy94bWx1aS9oYW5kbGUvMTAyMzQvMTg4OTM5IzpvOnRleHQ9RWwlmjBvYmpldG8lMjBkZSUyMGVzdGUIMjB0cmFiYWp vJTIwZXMIMjBhbmFsaXphciUyMGxhcysYSUyMGNvbXBsaWNpZGFkJTJDJTlweWEIMjBxdWUIMjBlcyUyMHVuYSUyMGRpZmVyZS4uLiUyMA&ntb=1>
- Díaz, I. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*, [Tesis de doctorado, Universidad de Salamanca]. Archivo Digital. Microsoft Word - Tesis Ingrid Díaz Castillo.docx (usal.es)

- Estatista (2022), *Principales problemas según la opinión pública - Perú 2022*.
<https://es.statista.com/estadisticas/1206719/principales-problemas-opinion-publica-peru/>
- Etxebarria, X. (1997). *Fraudes y exacciones ilegales*. España: Editorial ISBN.
- García, P. (2019). *Derecho Penal. Parte General*. (3ª ed.), Lima – Perú: Editorial Ideas.
- García, P., Castillo, J.L. (2008). *El Delito de Colusión*. Lima – Perú: Editorial Grijley.
- Greco, L.A. (2014), *Una distinción entre autor y participe como problema del legislador. Autoría y participación en el Proyecto del Código Penal*.
Revista Brasileira de Ciencias Criminales. Revista N° 117.
- Heras, R. (2020). *Delitos Societarios: la lesión de derechos sociales*, [Tesis de doctorado, Universidad de Valladolid]. Archivo Digital. Delitos societarios: la lesión de derechos sociales - Dialnet (unirioja.es)
- Hernández, J., (2019). *Nociones de Hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*. México: Editorial de la Biblioteca de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hurtado, José. (2014) *Corrupción y Derecho Penal*, Recuperado en:
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140608_02.pdf.
- Jakobs, G. (1996). *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, (1ra ed.), Buenos Aires - Argentina: Editorial Ad-Hoc.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, Norma y persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, Traducido por Manuel Cancio Melia y Bernardo Feijóo Sánchez, (1ª ed.), Madrid - España: Editorial Civitas.

- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. (Traducido por Joaquín Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo)*. (2ª ed.), Madrid – España: Editorial Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal. (Traducido por Enrique Peñaranda y otros)*. Madrid – España: Editorial Civitas.
- Jakobs, G. (1998). *Imputación Jurídico – Penal. Desarrollo del Sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma. (Traducido por Sánchez Vera)*, España: Editorial Communitas.
- Jakobs, G. (2000). *Acción y Omisión en el Derecho Penal. (Traducido por Reyna Alfaro y Sánchez Vera)*. Bogotá – Colombia: Editorial Grijley.
- Jakobs, G. (2001). *La normativización del Derecho Penal en el ejemplo de la Participación. (Traducido por Cancio Meliá)*, Madrid – España: Editorial Civitas.
- Jareño Leal, A. (2011). *Corrupción y Delincuencia de los Funcionarios en la Contratación Pública*, Madrid - España: Editorial Iustel.
- Jescheck, H.H., Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General. (Traducido por Miguel Olmedo Cardenete)*, (5ª ed.), Vol. I, Lima – Perú: Editorial Instituto Pacífico.
- Jescheck, H.H., Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General. (Traducido por Miguel Olmedo Cardenete)*, (5ª ed.), Vol. II, Lima – Perú: Editorial Instituto Pacífico.
- Lech, Heiko. (1995). *La intervención delictiva e imputación objetiva. (Traducido por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles)*. En: ADPCP, T. XLVIII, Fasc. III.
- Lozano, A. (1998). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*, [Tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid]. Archivo Digital. La autoría y la participación en el delito: análisis comparado de los ordenamientos español,

francés, e italiano desde la perspectiva de un derecho común europeo |
Documentos - Universidad Complutense de Madrid (ucm.es)

- Mandujano, J. (2018). *Delito de Colusión. Propuesta de fundamento y prueba*, Lima – Perú: Editorial Lex & Iuris.
- Mandujano, J. (2018). *Problemas de imputación y prueba en el delito de colusión*, [Tesis de maestría, Universidad de Huánuco]. Archivo Digital. PROBLEMAS DE IMPUTACION Y PRUEBA EN EL DELITO DE COLUSION (udh.edu.pe)
- Martínez, R. (2016), “*El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión*”. [Artículo científico], Revista Gaceta Penal & Procesal Penal N° 79, Lima.
- Martinez, R. (2017), “*El delito de colusión: consideraciones sobre los sujetos intervinientes en el delito*”. [Artículo científico], Revista Gaceta Penal & Procesal Penal N° 96, Lima.
- Martínez, R. (2019) *El Delito de Colusión*, 1ra ed, Lima - Perú: Editorial Editores del Centro.
- Martínez, R. (2019). “*Cohecho Pasivo Propio. Análisis del Artículo 393 del Código Penal*”,p.03.
https://perso.unifr/derechopenal/assets/files/articulo/a_20191208_03.pdf
- Martinez, R. (2021). *Delito de colusión: responsabilidad penal del tercero interesado*, [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Archivo Digital. Microsoft Word - TESIS - DOCTORADO - RESPONSABILIDAD DEL TERCERO INTERESADO - FINAL 03.05.21 - culminada - CAMBIOS.docx (unmsm.edu.pe)
- Mazuelos, C. (2004). *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.). Lima – Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

- Millán, A., Díaz, I., (2018). *Enfoques paradigmáticos y metodológicos en la investigación educativa. Revista Arbitrada del Centro de Investigación y Estudios Gerenciales, Barquisimeto – Venezuela*, 228-237.
- Mir Puig, C. (2016) *Comentarios a los Delitos contra la Administración Pública*, Lima - Perú: Editorial Pacífico.
- Mir Puig, S. (1996). *Derecho Penal, Parte General*, 4ta Ed, Barcelona - España: Editorial ISBN,
- Montoya, I. (2013). *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. (1ª ed.), Lima – Perú: Editorial IDEH PUCP.
- Montoya, I. (2015), *Delitos contra la administración pública*. Revista Ideh Pucp. Vol. XIX (N°10), Lima – Perú. Pp. 13 – 34.
- Nolasco, J, et all. (2011). *Manual de Litigación en Delitos Gubernamentales*, Lima – Perú: Editorial ARA.
- Ochoa, A.M. (2014). *Metodología*. (8ª ed.), Huancayo – Perú: Editorial Obregón.
- Orts, E. (1996). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia – España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Pariona, R. (2014). *Derecho Penal, Consideración dogmáticas y político-criminales*. Lima - Perú: Editorial Instituto Pacífico.
- Pariona, R. (2017). *El Delito de Colusión*. (1ª ed.), Lima – Perú: Editorial Instituto Pacifico.
- Peña, L. (2007). *La Participación necesaria en los delitos de encuentro, Jus Doctrina & Práctica*. Lima – Perú: Editorial Grijley.
- Peña, R. (2019). *Manual de Derecho Procesal Penal*. (5ª ed.), Lima - Perú: Editorial Idemsa.

- Peña-Cabrera, R. (2016). *Delitos contra la administración pública*, (1ª ed.), Lima – Perú: Editorial Instituto Pacífico.
- Ramírez, E. (2019), *La responsabilidad del Extraneus en el marco de los delitos especiales: Una visión del Principio de Unidad de Título de Imputación*. En Revista Penal de Ciencia Jurídica. Vol. XIII (Nº 17), Guanajuato – México. 1 – 13.
- Ramos, C. (2005). *Como hacer una tesis en Derecho y no envejecer en el intento*. Lima – Perú: Editorial Gaceta Jurídica.
- Reátegui, J. (2017). *Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2da. Ed. Lima - Perú: Editorial Jurista Editores.
- Regalado, M. (1988). *Investigación Científica*. (2ª ed.), Lima – Perú: Editorial Compendios Roberman.
- Robles Plana, R. (2003). *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid - Barcelona, España: Editorial Marcial Pons.
- Robles Plana, R. Et all. (2014). *La responsabilidad en los delitos especiales*, Buenos Aires – Argentina: Editorial Euros Editores S.R.L.
- Rodríguez (1977). *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, (2da ed.), España
- Rojas, F. (2002). *Delitos contra la Administración Pública*. (3ª ed.), Lima – Perú: Editorial Grijley.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. (4ª ed.), Lima – Perú: Grijley.
- Rojas, F. (2011). “Ubicación dogmático-normativa y rol que juegan los interesados en el delito de colusión desleal”, En: Diálogo con la Jurisprudencia. Nº 34, Lima -Perú: Editorial Gaceta Jurídica.
- Rojas, F. (2016). *Aspectos problematicos en los delitos contra la administración pública*. Lima - Perú: Editorial Instituto Pacífico.

- Rojas, F. (2016). *Manual Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública Cometido por Funcionarios Públicos*. Lima – Perú: Ed. Nomos & Thesis.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. (traducido por Luzón, García y De Vicente). Madrid - España.
- Roxin, C. (2016). *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. (traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo), (9ª ed.), Madrid – España, Editorial Pons.
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública*. (5ª ed.), Lima – Perú: Editorial Iustitia.
- Salinas, R. (2021). *Autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios*, (1ª ed.), Lima – Perú: Editorial Palestra.
- San Martín, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Lima - Perú: Editorial Grijley.
- Sánchez-Vera, J. et al, (2014). *La responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*. Buenos Aires – Argentina: Editorial IB de F.
- Tantaleán, R.M. (2015). *Alcance de las investigaciones jurídicas*. *Revista Derecho y Cambio Socia*, N°41, 1-22.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456857>
- Tribunal Constitucional (pleno). *Sentencia del Expediente N° 020-2003-AI/TC*.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00020-2003-AI.html>
- Velásquez, V. (2009). *Derecho Penal Parte General*. (4ª Ed.), Medellín - Colombia: Editorial Nomos & Thesis.
- Vilabella, C.M. (2009). *La investigación Científica en la Ciencia Jurídica. Sus Particularidades*. En *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas - IUS*, Puebla – México, 5-37.

- Villavicencio T, F. (2007), *Derecho Penal Parte General*. Lima – Perú: Editorial Grijley.
- Vivanco, P. (2017). *Fundamentos para una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Archivo digital. [https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9860/Vivanco_Nu%
c3%b1ez_Fundamentos_concepci%
c3%b3n_justicia1.pdf?s
equence=1&isAllowed=](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9860/Vivanco_Nu%c3%b1ez_Fundamentos_concepci%c3%b3n_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=)
- Witker, J., Larios, R. (1997). *Metodología Jurídica*. México: Editorial McGRAW-HILL Interamericana.

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia

TÍTULO DE LA TESIS: “EL GRADO DE INTERVENCIÓN DELICTIVA DEL EXTRANEUS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE COLUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA”

PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	SUPUESTO GENERAL	CATEGORIAS	METODOLOGIA
¿De qué manera el grado de intervención delictiva del extraneus incide en la configuración del delito de colusión en la legislación peruana?	Determinar que el grado de intervención delictiva del extraneus incide en la configuración del delito de colusión en la Legislación Peruana.	El grado de intervención delictiva del extraneus incide positivamente en la configuración del delito de colusión en la legislación peruana.	<p align="center">Categoría 1</p> <p>X= El grado de intervención delictiva del extraneus</p> <p>Subcategorías: X1= Intervención delictiva X2= Deber especial negativo X3= Complementariedad de la intervención delictiva</p>	<p>Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica</p> <ul style="list-style-type: none"> • E.M.: Investigación cualitativa dogmática jurídica. • P.E.J.: Iuspositivismo <p>Metodología paradigmática</p> <ul style="list-style-type: none"> • Propositiva <p align="center">Diseño del método paradigmático</p> <p>Trayectoria del estudio</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se realiza a través del diagnóstico de la problemática, recopilación de información y argumentación jurídica mediante la hermenéutica jurídica. <p>Escenario de estudio</p> <ul style="list-style-type: none"> • Artículo 384° del Código Penal peruano. <p>Caracterización de sujetos o fenómenos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los fenómenos estudiados son las categorías 1 y 2 y sus respectivas subcategorías, que se encuentran relacionadas al estudio del grado de intervención delictiva del extraneus en calidad autor. <p>Técnica e instrumento de recolección de datos</p> <ul style="list-style-type: none"> • T: Análisis de contenido documental de referencias bibliográficas y hemerográficas. • I: Fichas bibliográficas, hemerográficas, textuales, de resumen y de parafraseo. <p>Tratamiento de la información</p> <ul style="list-style-type: none"> • Revisión de la doctrina jurídica obtenida por fuentes bibliográficas y hemerográficas. • Selección del contenido temático. • Recopilación de la información mediante fichas de trabajo: fichas textuales, resumen y parafraseo. • Selección de la información mediante el contenido temático. • Redacción de las bases teóricas en diferentes capítulos de forma sistematizada y secuencial • Interpretación y argumentación de la información obtenida utilizando diferentes tipos de citas. • Discusión de los resultados obtenidos • Contrastación de datos y de resultados desde el ámbito cualitativo. <p>Rigor científico</p> <p>La argumentación realizada a través de la hermenéutica jurídica permite modificar el artículo 384° del Código Penal a fin de dar una adecuada regulación al grado de intervención delictiva del extraneus como autor del delito de colusión como delito de encuentro.</p>
PROBLEMAS ESPECIFICOS	OBJETIVOS ESPECIFICOS	SUPUESTOS ESPECIFICOS	<p align="center">Categoría 2</p> <p>Y= Configuración del delito de colusión</p> <p>Subcategorías Y1= Delito de encuentro Y2= Colusión activa Y3= Unidad delictiva</p>	
<p>1. ¿Cómo la intervención necesaria del extraneus incide en la configuración del delito de colusión como delito de encuentro en la legislación peruana?</p> <p>2. ¿De qué manera la determinación del deber especial negativo del extraneus influye en el fundamento de la colusión activa en la legislación peruana?</p> <p>3. ¿De qué manera complementariedad de la intervención delictiva del extraneus e intraneus incide en la configuración de la unidad delictiva del delito de colusión en la legislación peruana?</p>	<p>1. Establecer que la intervención necesaria del extraneus incide en la configuración del delito de colusión como delito de encuentro en la legislación peruana.</p> <p>2. Establecer que la determinación del deber especial negativo del extraneus influye en el fundamento de la colusión activa en la legislación peruana.</p> <p>3. Establecer que la complementariedad de la intervención delictiva del extraneus e intraneus incide en la configuración de la unidad delictiva del delito de colusión en la legislación peruana.</p>	<p>1. La intervención necesaria del extraneus incide positivamente en la configuración del delito de colusión como delito de encuentro en la legislación peruana.</p> <p>2. La determinación del deber especial negativo del extraneus influye significativamente en el fundamento de la colusión activa en la legislación peruana.</p> <p>3. La complementariedad de la intervención delictiva del extraneus e intraneus incide significativamente en la configuración de la unidad delictiva del delito de colusión en la legislación peruana.</p>		

Anexo 2: Matriz de operacionalización de categorías

TÍTULO DE LA TESIS: “EL GRADO DE INTERVENCIÓN DELICTIVA DEL EXTRANEUS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE COLUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA”

CATEGORIAS	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	SUB CATEGORIAS
<p align="center">EL GRADO DE INTERVENCIÓN DELICTIVA DEL EXTRANEUS (categoría 1)</p>	<p>“Dentro del estudio del delito de colusión, se determinó que este se configura como un delito de convergencia, donde la guía para la comprensión del hecho delictivo la marca el verbo rector concertar, de modo que se requiere del aporte conjunto de funcionario público y del interesado para establecer la unidad de sentido jurídico-penal del ilícito. En tal línea, somos de la posición de que se modifique el Código Penal peruano para incluir, como hace el texto español, el interesado como autor del delito – y no como participe -, lo cual generará consecuencias (como la instigación y complicidad) favorables en la lucha contra la corrupción.” (Martínez, 2017, p. 132)</p>	<p>El grado de intervención delictiva del extraneus se encuentra sustentado en la complementariedad de la intervención delictiva, en ese sentido, la teoría de la unidad del título de imputación genera que exista una inadecuada comprensión al considerar al extraneus como cómplice sin que se respete adecuadamente la complementariedad de su intervención delictiva, asimismo, su conducta “concertar” es necesaria para el quebrantamiento de injusto penal.</p>	Intervención delictiva
			Deber especial negativo
			Complementariedad de la intervención delictiva
<p align="center">CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE COLUSIÓN (categoría 2)</p>	<p>“El delito de colusión trae como consecuencia la necesidad de la concurrencia de dos partes: de un lado, la intervención del funcionario público con deberes especiales (intraneus); y, de otro lado, la participación del interesado (extraneus: sujeto sin deberes especiales) para el perfeccionamiento del delito. Por ello, resultan atípicas las conductas unilaterales, pues la concertación supone la participación de dos o más personas”. (Pariona, 2017, p.118)</p>	<p>La colusión es el delito que se configura con la intervención necesaria de dos personas. Es así, que la intervención del extraneus recae en la figura de la colusión activa en calidad de autor con la finalidad de que se genere una aplicación sistemática unitaria de los delitos de encuentro.</p>	Delito de encuentro
			Colusión activa
			Unidad delictiva

Al ser una investigación cualitativa dogmática – jurídico y de corte propositivo, se prescinde de la utilización de indicadores, ítems y escala de instrumento al no realizarse un trabajo de campo a través del estudio planteado.

Anexo 3: Matriz de operacionalización del instrumento (solo cualitativo empírico)

No se aplica este anexo, por la naturaleza tratarse de una investigación cualitativa – dogmática.

Anexo 4: Instrumento de recolección de datos

Fichas bibliográficas y hemerográficas

1. Ficha textuales

Subtítulo del tema (tópicos temáticos que requieren una información concreta)

Datos Generales: Autor (año), Título del libro o revista utilizado. Edición, volumen o tomo. Lugar de edición: Editorial. Página. Artículo Digital (si es que llegan a ser utilizados) y link.

Contenido (transcripción textual)

“ _____

 _____”

2. Ficha de resumen

Subtítulo del tema (tópicos temáticos que requieren una información concreta)

Datos Generales: Autor (año), Título del libro, capítulo o tema que se resume, o del artículo de la revista o periódico utilizado, Edición, volumen o tomo. Lugar de edición: Editorial. Página. Artículo, libro o Revista digital (si es que llegan a ser utilizados) y link.

Contenido (Resumen)

Comentario:

1. Ficha de paráfrasis

Subtítulo del tema (tópicos temáticos que requieren una información concreta)

Datos Generales: Autor (año), Título del libro, capítulo o tema que se resume, o del artículo de la revista o periódico utilizado, Edición, volumen o tomo. Lugar de edición: Editorial. Página. Artículo, libro o Revista digital (si es que llegan a ser utilizados) y link.

Contenido (parafraseo)

Para la investigación, la recolección de información se realiza a través de fichas *bibliográficas* y *hemerográficas* en su forma de fichas textuales, de resumen y paráfrasis, mediante la designación de tópicos necesarios que abarca las bases teóricas. El desarrollo de cada tópico permitirá organizar la información mediante formación de premisas y conclusiones mediante la argumentación y hermenéutica jurídica.

Anexo 5: Validación de expertos del instrumento (solo para el enfoque cualitativo empírico)

No se aplica este anexo, por la naturaleza tratarse de una investigación cualitativa – dogmática.

Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolectó datos (solo para el enfoque cualitativo empírico)

No se aplica este anexo, por la naturaleza tratarse de una investigación cualitativa – dogmática.

Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectara los datos (solo para el enfoque cualitativo empírico)

No se aplica este anexo, por la naturaleza tratarse de una investigación cualitativa – dogmática.

Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas (solo para el enfoque cualitativo empírico)

No se aplica este anexo, por la naturaleza tratarse de una investigación cualitativa – dogmática.

Anexo 9: Constancia de que se aplicó el instrumento de recolección de datos por parte de la entidad donde se debía recolectar los datos (solo para el enfoque cualitativo empírico)

No se aplica este anexo, por la naturaleza tratarse de una investigación cualitativa – dogmática.

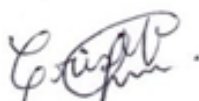
Anexo 10: Evidencias fotográficas (solo para el enfoque cualitativo empírico)

No se aplica este anexo, por la naturaleza tratarse de una investigación cualitativa – dogmática, al no haberse aplicado encuestas o entrevistas, se prescinde de las evidencias fotográficas.

Anexo 11: Compromiso de autoría

En la fecha, yo, Cris Moran Pimentel, identificado con DNI N° 75191811, domiciliado en Pasaje Travezan 140, distrito y provincia de Huancayo, Bachiller de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada “EL GRADO DE INTERVENCIÓN DELICTIVA DEL EXTRANEUS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE COLUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA” se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, auto plagio, etc. y declaro bajo juramento que el trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 28 de febrero de 2023



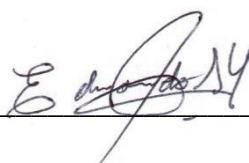
CRIS MORAN PIMENTEL

DNI N° 75191811

Anexo 11: Compromiso de autoría

En la fecha, yo, KLHALIL EDUARDO SALAS YANCAN, identificado con DNI N° 78113283 Domiciliado en Pasaje Aguilar S/N Sector 23 de Aza, distrito El Tambo y provincia de Huancayo, Bachiller de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada “EL GRADO DE INTERVENCIÓN DELICTIVA DEL EXTRANEUS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE COLUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA” se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, auto plagio, etc. y declaro bajo juramento que el trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 28 de febrero de 2023



KLHALIL EDUARDO SALAS YANCAN

DNI N° 78113283