

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**CRITERIOS PARA APLICAR LA CONCERTACIÓN COMO
ELEMENTO NORMATIVO EN EL DELITO DE COLUSIÓN**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

JAYLINA DANLI CABRERA PEREZ

ASESOR

ELIU ARISMENDIZ AMAYA

<https://orcid.org/0000-0001-8090-3207>

Chiclayo, 2020

**CRITERIOS PARA APLICAR LA CONCERTACIÓN COMO
ELEMENTO NORMATIVO EN EL DELITO DE COLUSIÓN**

PRESENTADA POR:

JAYLINA DANLI CABRERA PEREZ

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

José Leoncio Iván Constantino Espino

PRESIDENTE

Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Cáceres

SECRETARIO

Eliu Arismendiz Amaya

VOCAL

DEDICATORIA

A Dios, por su compañía en cada etapa de mi vida y por brindarme su fortaleza y amor espiritual para continuar en este proceso de obtener uno de los anhelos más deseados.

A mis padres, por inculcarme los valores y principios, además, de su amor, comprensión, apoyo, valentía, trabajo y sacrificio a lo largo de mi vida, que me motivan día a día a cumplir mis metas.

A mi hermana y mi primo por su cariño y apoyo incondicional en cada momento de mi vida.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por permitirme llegar a cumplir mi sueño más anhelado, de consolidar este primer gran paso de mi carrera profesional. Además, a mi familia, que son un pilar fundamental en el apoyo de mi realización profesional como personal.

A mi asesor temático, el Dr. Eliu Arismendiz Amaya, por su tiempo, dedicación y apoyo para el desarrollo de la presente investigación.

Y a la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo junto con el grupo de docentes de la Escuela de Derecho, quienes me han brindado conocimientos, valores y principios en mi formación universitaria.

RESUMEN

La presente investigación gira en torno al hecho de que el elemento “concertar” del delito de Colusión, al ser tratado como un elemento descriptivo, es decir, como un acuerdo de voluntades, contendría una alta dificultad de probanza para demostrar que los sujetos intervinientes dialogaron, conversaron, se conocieron, etc. por lo que se le debería comprender desde la perspectiva normativa.

Para lograrlo, se ha dividido la presente investigación en tres capítulos. En el primer capítulo se explica la estructura del delito de Colusión con el fin de comprenderlo y se hace énfasis en el verbo “concertar”, pues éste es el principal elemento del citado tipo penal. En el segundo capítulo se define a la concertación desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial, advirtiéndose que es considerada tanto un elemento descriptivo como un elemento normativo. Por último, en el tercer capítulo se explica a la concertación como un elemento normativo del delito de Colusión.

En esta investigación se establece criterios para aplicar la concertación como un elemento normativo en el delito de Colusión que permita una correcta configuración del mismo y conlleve a evitar los grados de impunidad que puedan advertirse por su alta dificultad de probanza si es considerado como un elemento descriptivo.

En consecuencia, la concertación se debe entender como un elemento normativo, sujeto a un juicio de valor bajo los parámetros de determinados criterios, para lo cual se deberá prescindir de los conceptos naturalísticos y optar por conceptos normativos, ello con el fin de evitar que muchos casos sean absueltos al no poder probarse el pacto colusorio visto desde un aspecto descriptivo.

Palabras clave: Colusión, concertación, elemento descriptivo, elemento normativo.

ABSTRACT

The present investigation focuses on the fact that the element "to arrange" of the crime of Collusion, being treated as a descriptive element, that is, as an agreement of wills, would contain a high difficulty of probanza to demonstrate that the intervening subjects discussed, they talked, they met, etc. so it should be understood from the normative perspective.

To achieve this, this research has been divided into three chapters. In the first chapter, the structure of the crime of Collusion is explained in order to understand it and the verb "to arrange" is emphasized, since this is the main element of the aforementioned criminal type. In the second chapter, consultation is defined from the doctrinal and jurisprudential perspective, noting that it is considered both a descriptive element and a normative element. Finally, in the third chapter, coordination is explained as a normative element of the crime of Collusion.

This investigation establishes criteria to apply the agreement as a normative element in the crime of Collusion that allows a correct configuration of the same and leads to avoid the impunity levels that can be noticed due to its high difficulty of probanza if it is considered as a descriptive element.

Consequently, the agreement must be understood as a normative element, subject to a value judgment, for which the naturalistic concepts must be dispensed with and the normative concepts chosen, this in order to avoid that many cases are acquitted as the collusive pact cannot be proven from a descriptive point of view.

Keywords: Collusion, concertation, descriptive element, normative element.

ÍNDICE

DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTO	IV
RESUMEN	V
ABSTRACT.....	VI
INTRODUCCIÓN	X
CAPÍTULO I: ESTRUCTURA DEL DELITO DE COLUSIÓN	13
1.1. DESCRIPCIÓN TÍPICA.....	13
1.2. ANTECEDENTES	14
1.3. TIPO OBJETIVO	15
1.3.1. Elementos referentes a los sujetos.....	15
1.3.1.1. Sujeto activo.....	16
1.3.1.2. Sujeto pasivo.....	18
1.3.2. Elementos referentes a la conducta	20
1.3.2.1. De los elementos típicos	20
1.3.2.2. Clase de delito	34
1.3.2.3. Forma de ejecución.....	36
1.3.3. Elementos concomitantes.....	40
1.3.3.1. Bien jurídico	40
1.3.3.2. Relación causal e imputación objetiva	43
1.4. TIPO SUBJETIVO	45
1.5. ITER CRIMINIS.....	45
1.5.1. Actos preparatorios.....	46
1.5.2. Tentativa.....	46
1.5.3. Consumación.....	48
1.5.3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio	49
1.5.3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber	49
1.5.4. Agotamiento	50
1.6. NIVELES DE INTERVENCIÓN DELICTUAL	51

1.6.1. Formas de autoría	51
1.6.2. Formas de participación	53
1.7. PENALIDAD	54
CAPÍTULO II: LA CONCERTACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL PERUANA.....	56
2.1. LA CONCERTACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DOCTRINAL	56
2.1.1. Definición de la concertación.....	56
2.1.1.1. Desde una perspectiva fenomenológica	56
2.1.1.2. Desde una perspectiva normativa.....	58
2.1.2. Contenido de la concertación	60
2.1.2.1. Desde una perspectiva fenomenológica	60
2.1.2.2. Desde una perspectiva normativa.....	65
2.1.3. Criterios doctrinales ajenos a la concertación	68
2.2. LA CONCERTACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL.....	69
2.2.1. Definición de la concertación.....	69
2.2.2. Contenido de la concertación	71
2.2.3. Criterios jurisprudenciales ajenos a la concertación.....	75
CAPÍTULO III: LA CONCERTACIÓN COMO ELEMENTO NORMATIVO EN EL DELITO DE COLUSIÓN	79
3.1. ELEMENTOS DEFINIDORES DEL TIPO OBJETIVO	79
3.1.1. Elementos descriptivos.....	79
3.1.2. Elementos normativos	80
3.1.3. Elemento normativo y la valoración probatoria.....	82
3.2. ELEMENTOS DEFINIDORES DEL DELITO DE COLUSIÓN	85
3.2.1. Elementos descriptivos en el delito de colusión	85
3.2.1.1. Colusión simple.....	85
3.2.1.2. Colusión agravada	86
3.2.2. Elementos normativos en el delito de colusión.....	87
3.2.2.1. Colusión simple.....	87
3.2.2.2. Colusión agravada	89
3.2.2.3. El elemento normativo y la valoración probatoria en el delito de colusión.....	89

3.3. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR LA CONCERTACIÓN COMO ELEMENTO NORMATIVO ..	90
3.3.1. Indicios	91
3.3.2. Los roles de los sujetos intervinientes	93
3.3.3. Normas extrapenales.....	94
3.3.4. Plataforma: la concertación como una comunicación.....	97
3.4. VIABILIDAD DE LA PROPUESTA: LA CONCERTACIÓN COMO ELEMENTO NORMATIVO .	99
3.5. MATERIALIZACIÓN DE LA CONCERTACIÓN COMO UN ELEMENTO NORMATIVO	100
CONCLUSIONES	107
BIBLIOGRAFÍA	109

INTRODUCCIÓN

La sociedad actual se encuentra marcada por actos de corrupción que afectan a la Administración Pública y a ella misma. Una de las actividades donde se aprecia estos actos de corrupción, es el ámbito de las contrataciones públicas que se llevan a cabo entre el Estado, representado por los funcionarios y servidores públicos, y los particulares, para la realización de obras, bienes o servicios, puesto que en algunos casos pueden concertar entre ellos con el fin de defraudar al Estado. Estos actos de corrupción se sitúan mayormente en las compras públicas, concertación de precios, monopolio del mercado, compras a precios elevados e irreales en donde el Estado es el mayor comprador, visto esto como una oportunidad tanto de funcionarios públicos como de terceros para generar ganancias ilícitas a través de las contrataciones públicas.

Este fenómeno social tiene contenido delictual, por lo que el derecho penal no es ajeno a estas prácticas corruptas, pues lo sanciona a través de nuestro Código Penal, específicamente en el apartado de los delitos contra la Administración Pública, en el tipo penal denominado Colusión, el cual se encuentra tipificado en el artículo 384° del citado cuerpo normativo. Así, se ha verificado desde hechos nacionales hasta internaciones que son investigados bajo la figura de este ilícito penal.

A pesar de la existencia del citado delito, no siempre se llega a sancionar a las personas responsables debido a algunas dificultades que se presentan en su aplicación, pues la concertación, elemento del delito de Colusión, por su misma naturaleza oculta, espuria y subrepticia puede darse de diversas maneras, conteniendo una alta dificultad de probanza. En tal sentido, se tiene que tanto la

doctrina como la jurisprudencia definen a la concertación como un elemento descriptivo, es decir, como un acuerdo de voluntades, que para fines de probanza se exige demostrar que los sujetos intervinientes conversaron, dialogaron y lograron conocerse, conteniendo éstos una alta dificultad de probanza.

Al respecto, se advierte que entender el verbo “concertar” como un elemento descriptivo conlleva a una mala configuración del delito de Colusión y consecuentemente, a la impunidad de los hechos delictivos, puesto que muchas veces es difícil probar esos acuerdos que se realizaron de manera subrepticia, por lo que debería entenderse y aplicarse la concertación como un elemento normativo para lo cual se deberá prescindir de los conceptos naturalísticos y optar por conceptos normativos, ello con el fin de evitar que muchos casos sean absueltos.

De acuerdo a la situación descrita, se ha formulado el siguiente problema: ¿Cuáles serán los criterios para aplicar la concertación como elemento normativo en el delito de colusión?

La investigación tiene como objetivo general establecer los criterios para aplicar la concertación como elemento normativo en el delito de colusión. Asimismo, tiene como objetivos específicos los siguientes: explicar la estructura del delito de colusión, definir la concertación desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial peruana, y explicar la concertación como elemento normativo en el delito de colusión.

La justificación de la investigación se basa en la necesidad de establecer criterios para aplicar la concertación como elemento normativo en el delito de colusión con el fin de realizar una correcta configuración del delito de colusión y de esa manera, tratar de evitar los grados de impunidad cuando no se pueda probar los supuestos. En ese sentido, el pacto colusorio tendría que ser considerado como un elemento normativo del tipo penal, siendo ello de suma importancia para los operadores del derecho.

CAPÍTULO I
ESTRUCTURA DEL DELITO DE
COLUSIÓN

CAPÍTULO I: ESTRUCTURA DEL DELITO DE COLUSIÓN

El delito de colusión, como está tipificado actualmente, ha sido producto de varias modificaciones a lo largo del tiempo, quedando establecido en dos párrafos, los cuales regulan las modalidades del delito analizado, esto es, colusión simple y colusión agravada. Así también, respecto a las modalidades del delito de colusión, se considera que son delitos autónomos por lo que su tipificación no sería la más correcta y por ende, su denominación no es la más adecuada.

Punto de suma importante en este delito es la regulación de dos elementos esenciales, esto es, la concertación y la defraudación, los que serán analizados junto a otros elementos desde la perspectiva de la doctrina y la jurisprudencia nacional. Asimismo, el elemento sobre el que gira la presente investigación es la “concertación”, sobre la que se adoptará una postura diferente en cuanto a la regulación de su contenido por la doctrina y la jurisprudencia nacional.

1.1. Descripción típica

El delito de colusión conocido en otras legislaciones como “negociaciones incompatibles”, “fraude a la administración pública”, “celebración indebida de contratos”, “fraude contra el Estado”, se encuentra regulado en el artículo 384° del Código Penal vigente, cuya redacción actual es la 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 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". (Artículo modificado por el art. 2 del D. Leg. N° 1243, del 22.10.2016).

1.2. Antecedentes

El delito de colusión tiene su antecedente directo en el art. 344° del CP derogado de 1924, posteriormente sufrió un tracto de modificaciones. Respecto a este punto, la Corte Suprema, mediante la Casación N° 661-2016 Piura, del 11 de julio del 2017, ha realizado un breve resumen sobre la evolución legislativa del delito de colusión en el Código Penal peruano vigente.

Desde la entrada en vigencia del CP de 1991, el art. 384 que regula el delito de colusión ha sido objeto de diversas modificaciones. La primera modificación se efectuó en 1996, mediante Ley N° 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996, que establecía:

Artículo 384.- 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.

Posteriormente, el 10 de junio del 2011, se aprobó la Ley N° 29703, que modificó la ley anterior al agregar el término "patrimonialmente"; precisándose lo siguiente:

Artículo 384.- 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”. Es de precisarse que la citada norma debe entenderse como inexistente, dado que mediante el Expediente N° 00017-2011-PI-TC del tres de mayo de 2012, fue declarado inconstitucional en el extremo que declara nulo y carente de todo afecto la expresión “patrimonialmente”, siendo posteriormente modificada.

Ante ello, el 21 de julio del 2011, se publicó la Ley N° 29758, que regula el delito de colusión en 2 modalidades: “colusión simple-primer párrafo” y “colusión agravada-segundo párrafo”:

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 reprimida 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, defraude patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena de la libertad no menor de seis años ni mayor de quince años.

Dicha modificación trajo consigo una nueva estructura típica del delito de colusión. Posterior a esta modificación, el delito de colusión sufrió algunas modificatorias orientadas a determinar la pena de multa e inhabilitación. Así, se tiene la Ley N° 30111, del 26 de noviembre del 2013, y, finalmente el Decreto Legislativo N° 1243, del 22 de octubre del 2016, siendo dicha modificación la que subsiste hasta la actualidad.

1.3. Tipo objetivo

El aspecto objetivo del tipo penal presenta tres elementos, los cuales aparecen vinculados a los sujetos, a la conducta delictual y a los elementos concomitantes.

1.3.1. Elementos referentes a los sujetos

Respecto a los sujetos, se tiene al sujeto activo y al sujeto pasivo.

1.3.1.1. Sujeto activo

En toda actuación delictiva hay un sujeto que lesiona o pone en peligro el bien jurídico, denominado sujeto activo, y otro, que se ve afectado por tal, denominado sujeto pasivo, siendo este último el titular del bien jurídico. En ese sentido, el delito de colusión simple y agravada, respecto al sujeto activo y “desde la óptica de los delitos de dominio, resulta ser un delito especial propio, por cuanto la técnica legislativa restringe el radio de autores, consignando a sujetos cualificados, esto es, funcionarios o servidores públicos” (Arismendiz, 2018, p. 404). Es decir, para poder ser autor del delito de colusión, el sujeto activo debe tener la calidad de funcionario o servidor público.

Así, el requisito típico exigido para poder ser autor del delito de colusión, esto es, tener la calidad de funcionario o servidor público, no debe quedar en una simple verificación puramente formal de ello, pues el propio tipo penal indica de manera expresa que dicho funcionario o servidor público debe haber intervenido por razón de su cargo en alguna etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado¹; por lo que se debe verificar la relación o vinculación funcional entre el sujeto activo con el objeto materia del delito (Salinas, 2014). En ese sentido, es necesario que el funcionario o servidor público esté vinculado funcionalmente con el contrato, concesión u operación, en el que concierne con el particular para defraudar al Estado.

Agregando a ello, García (2015) nos señala lo siguiente:

No resulta necesario, para afirmar la vinculación funcional, que el funcionario público forme parte del ente público que resulta defraudado. Lo decisivo es que haya intervenido materialmente en el contrato, concesión u operación, cumpliendo una función pública con base en un título habilitante de naturaleza administrativa, laboral o civil. Esta intervención no puede ser de cualquier orden, sino que presupone una capacidad decisoria² sobre alguno de los

¹ Respecto a este aspecto, Nakasaki (2013), comentando el R. N. N° 1105-2011-ICA, del 22 de agosto de 2012, señala que:

No cualquier funcionario o servidor público puede ser sujeto activo de este delito, no puede ser aquel que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige; en dicho contexto, se advierte que los encausados carecieron de cargo y capacidad de decisión directa de la contratación, ya que no integraron el Comité Especial de Adjudicación que llevó a cabo el proceso que se acusa de fraudulento, lo cual se desprende de lo actuado en autos, por lo que su absolución resulta conforme a ley. (p. 77)

² El poder de decisión comprende que el sujeto activo pueda participar o intervenir en la celebración del contrato, suministros, licitaciones, subastas, etc.

aspectos negociables de la operación estatal. Por el contrario, si el funcionario se limita a ejecutar una decisión tomada por otro funcionario, no le alcanzará responsabilidad penal por el delito de colusión. Si le consta la existencia de un acuerdo colusorio entre funcionario público con facultad de decisión y el particular para defraudar al Estado, se le podría imputar, en todo caso, un delito de omisión de denuncia o, de existir obligaciones de intervención, de incumplimiento de deberes funcionales. (pp. 1099-1100)

Por otro lado, respecto a la conducta del delito de colusión simple y agravada, Arismendiz (2018) sostiene que en el delito de colusión “se advierte un injusto cualificado en razón de la existencia de una institución conocida como administración pública, la misma que aparece ligada al agente delictual cualificado, existiendo una relación de deberes especiales propios de un escenario de salvamento” (p. 404). De esto, se verifica que el delito analizado es un delito de infracción del deber, en consecuencia es imprescindible que el funcionario o servidor público cuente con el deber de resguardar los intereses estatales en la contratación, concesión u operación cuestionada.

La Corte Suprema viene asumiendo la tesis del delito de infracción de deber, respecto a la configuración del delito de colusión. Así, se tiene el R. N. N° 215-2011-Huánuco, del 06 de marzo del 2012, el cual en su fundamento jurídico N° 4 indica que la colusión en esencia no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa.

Asimismo, el R.N. N° 5315-2008 Puno, del 03 de mayo del 2010, en una parte de su f. j. N° 5 señala que los delitos contra la administración pública (delito de colusión) se fundamentan en los delitos de infracción de deber, en deberes positivos, por lo que no interesa si se tenía el dominio o no de una situación, sino, el haber cumplido u omitido el deber positivo dado por ser funcionario público, y específicamente en el contrato que tiene el Estado con los particulares para la adquisición de bienes y/o servicios, deber positivo que es el referente para la imputación objetiva a la conducta y resultado.

Por otro lado, el delito de colusión, tanto en su forma simple como agravada, es un delito de participación necesaria, específicamente delito de encuentro, donde

por una parte interviene el funcionario o servidor público, que actúan bajo el título de sujetos cualificados, denominados *intraneus* y quienes responderán siempre como autores del delito; y, por otro, los interesados o particulares, quienes no tienen el título de sujetos cualificados, denominados *extraneus*, y los cuales responderán bajo el título de cómplices (Arismendiz, 2018).

De lo expuesto, el R. N. N° 1565-2012-Ica, del 19 de noviembre del 2013, en su f. j. N° 5 establece lo siguiente:

El delito de colusión es un delito de participación necesaria, concretamente de encuentro, que requiere de la intervención de un particular o extraneus, esto es, exige que el agente público, intraneus, se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto, los interesados, que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los interesados de la Administración Pública, ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica.

De lo expuesto, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, respecto a quién es el sujeto activo en el delito de colusión, se considera que para su verificación se debe tomar en cuenta dos aspectos: el primero, desde la óptica de los delitos de dominio, el sujeto activo tiene que tener la calidad de funcionario o servidor público, y segundo, respecto a la conducta, que porte deberes especiales propios por el hecho de ser funcionario o servidor público y que los lesione al realizar el acuerdo colusorio en el desarrollo de las atribuciones propias de su cargo, existiendo una vinculación funcional con el contrato, concesión, operación, etc. en el que concierta con el particular.

1.3.1.2. Sujeto pasivo

El sujeto que se ve afectado por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, es denominado sujeto pasivo. En el delito de colusión, “el sujeto pasivo por excelencia es el Estado, aun cuando se adopte cualquier concepción de bien jurídico” (Mandujano, 2017, p. 104). En ese sentido, al ser el Estado el titular del bien jurídico que se protege y al lesionarse tal bien, será sujeto pasivo del delito en análisis.

De igual manera, Castillo (2017) sostiene que, si bien es cierto, de manera general el sujeto pasivo del delito de colusión es siempre el Estado, también lo es

que, específicamente, es el organismo o entidad estatal que está encargado del proceso de contratación en el que se lleva a cabo el acuerdo colusorio. Dentro de éstos puede encontrarse diversas entidades estatales como las municipalidades, los gobiernos regionales o las concretas dependencias estatales a nombre de quien se celebra o ejecuta un contrato, etc.

En ese orden de ideas, el sujeto pasivo del delito de colusión es el Estado, y además, la entidad de este propio que ha sido dañada (Abazalo, 2018). No obstante, Salinas (2014) sostiene que “cuando el operador jurídico asume que el hecho concreto se trata de una colusión desleal en agravio de una entidad u organismo estatal, solo esta se constituye en sujeto pasivo. Se excluye al Estado” (p. 283). Es decir, este autor sostiene que cuando se ha identificado a la entidad u organismo estatal que ha sido agraviada producto del acuerdo colusorio, solo éste vendría a ser el sujeto pasivo, contrastando tal idea con la de los otros autores, para los cuales el Estado, en cualquier situación, es el sujeto pasivo del delito de colusión.

La jurisprudencia se ha pronunciado respecto a lo mencionado; así, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2 del considerando N.º 23 de la Cas. N.º 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, señaló lo siguiente:

En todos los delitos en que el agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada. Ahora bien, si situamos tal situación en el delito de colusión, se tiene que para la configuración de tal delito se requiere la concertación del funcionario público con los interesados para defraudar los intereses del Estado, siendo éste el sujeto pasivo, es decir, el agraviado de tal delito.

De la misma forma, el R. N. N.º 1109-2014 Callao (caso Convia), del 9 de junio del 2015, en su f. j. N.º 7 y 9, señala lo siguiente:

El delito de colusión preceptuado en el artículo 384 del Código Penal, importa que el funcionario público se concierte con los particulares en la celebración o ejecución de un contrato derivado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los intereses del Estado. Defraudar al Estado o entidades, es el quebrantamiento de un rol especial asumido y la violación del principio de confianza depositado o, con el consiguiente engaño al interés público al comportarse el funcionario o servidor asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas o intereses patrimoniales del Estado.

Por tanto, de lo expuesto, se considera que el sujeto pasivo en el delito de colusión es el Estado, representado por las Procuradurías Públicas³ de cada caso concreto. Es decir, se dará en el contexto de una entidad u organismo del Estado que está encargado del proceso de contratación en el que se llevará a cabo el acuerdo colusorio, donde las Procuradurías representarán a esa entidad del Estado que ha resultado agraviada.

1.3.2. Elementos referentes a la conducta

Respecto a la conducta, se encuentran las modalidades típicas, clase de delito y la forma de ejecución, que serán expuestas en las siguientes líneas.

1.3.2.1. De los elementos típicos

El delito de colusión, tanto en su modalidad simple como agravada, contiene diversos elementos típicos, encontrándose, entre ellos, dos esenciales para su configuración: la concertación y la defraudación. Así, se analizará todos sus elementos.

A) Del concertar

El elemento concertación, núcleo central de la compleja estructura del delito de colusión, será explicado de manera somera en este apartado, debido a que su estudio y análisis se profundizará en los capítulos siguientes de la presente investigación, conforme al orden ya establecido para una mejor estructura.

Según la Real Academia Española, el verbo “concertar” proviene del latín *concertare* y sus acepciones son las siguientes: 1º Componer, ordenar o arreglar las partes de una cosa, o varias cosas; 2º Acordar el precio de algo, y; 3º Pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio. En ese sentido, semánticamente “concertar” se entiende como ponerse de acuerdo. Trasladando este significado al contexto

³ Procuradurías Públicas de los Poderes del Estado, Procuradurías Públicas de Organismos Constitucionales Autónomos, Procuradurías Públicas de los Gobiernos Regionales, Procuraduría Pública de la Municipalidad Metropolitana de Lima, Procuradurías Públicas de las Municipalidades Provinciales, Procuradurías Públicas de las Municipalidades Distritales, Procuraduría Pública Especializada en delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, Procuraduría Pública Especializada en delitos de Terrorismo, Procuraduría Pública Especializada en delitos de Lavado de Activos y Proceso de Pérdida de Dominio, Procuraduría Pública Especializada en delitos contra el Orden Público, Procuraduría Pública Especializada en delitos de Corrupción, Procuraduría Pública Especializada en delitos Ambientales, Procuraduría Pública Especializada Supranacional, Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, y las demás que se crean por Decreto Supremo.

del delito de colusión, tanto en su forma simple como agravada, se advierte por mandato legal que la concertación, “también conocido como pacto colusorio o pacto defraudatorio” (Arismendiz, 2018, p. 406), opera entre el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, quien interviene en razón del cargo, y los interesados, esto es, cualquier persona que también participa, junto con el sujeto cualificado, en el proceso de contratación pública.

De lo expuesto, se advierte que “desde una perspectiva natural o fenomenológica, la concertación ha sido entendida como el acuerdo de voluntades entre el sujeto cualificado y los interesados, esto es, intraneus y extraneus” (Arismendiz, 2018, p. 406). En esa línea, Salinas (2014) señala que: “El agente, en abuso de su cargo, se pone de acuerdo, pacta, conviene o arregla con los interesados para o con la finalidad de defraudar al Estado u organismo estatal que representa” (p. 266). Esto es, “concertar implica el acuerdo ilegal entre el particular interesado y el agente público que representa los intereses contractuales del Estado” (Pariona, 2017, p. 42). Vale decir que la concertación, desde esta perspectiva, es vista como un encuentro de voluntades con el objetivo de defraudar al Estado. No obstante, para tener relevancia jurídico penal es necesario que dicha concertación revista una serie de particularidades (Martínez, 2018).

El sistema jurisprudencial, desde la perspectiva naturalista, se ha pronunciado en diversos recursos sobre el contenido del elemento concertación, asumiendo la postura que consiste en un acuerdo de voluntades. Así, se tiene el R. N. N.º 1296-2007, del 12 de diciembre del 2007, que en el cons. N.º 5 señala que la concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados. En el mismo sentido, el R. N. N.º 2726-2012, del 21 de mayo del 2012, en su cons. N.º 5 indica que se entiende por concertación al acto de ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permita.

De manera complementaria, es necesario precisar que “el pacto colusorio, fenomenológicamente, exige la existencia de maniobras engañosas que son manifiestas en el potencial o real perjuicio al Estado” (Arismendiz, 2018, p. 406). Así, se tiene el R. N. N.º 1842-2016 Lima, del 6 de julio del 2017, que en su cons.

N° 27 estableció que la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en el perjuicio-potencial o real-, para la entidad estatal. Así también, el acuerdo colusorio requiere de la existencia de ciertas características para que sea típico, entre ellas, que se trate de un pacto subrepticio, oculto o clandestino y que implique maniobras de engaño. Sobre este último punto, algunos autores consideran que no puede requerirse el engaño porque el tipo penal peruano no hace alusión al uso de un artificio distinto al pacto colusorio; es decir, de la descripción típica del delito, se verifica que no se requiere maniobras de engaño (Díaz, 2016).

Conforme se advierte, la concertación necesariamente es un acto bilateral, en el cual siempre se exige la presencia del sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, con una relación funcional de decisión necesaria por razón del cargo, y los interesados, que también participan en el proceso de contratación pública. Siendo así, no se concibe la concertación de uno solo de ellos, por lo que es necesario que el agente público (*intraneus*) se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes (*extraneus*) implicadas en un contrato o acto que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración Pública (Hugo y Huarcaya, 2018). Entonces, no existirá concertación delictual únicamente entre los interesados (*extraneus*), es decir, entre cómplices, y tampoco entre sujetos cualificados (*intraneus*), es decir, autores, ya que es técnicamente imposible por la misma redacción del tipo penal.

Ahora bien, el pacto colusorio o pacto defraudatorio tiene matices de ilegalidad, puesto que, por más que se haya dado en un escenario contractual público bajo las formalidades legales requeridas, tal accionar no encuentra amparo legal por cuanto se busca defraudar al Estado. Es decir, si bien el funcionario tiene la función de llegar a acuerdos con los particulares interesados para la contratación pública y para ello, tal accionar se da conforme a las formalidades legales, tal acuerdo lo realizan con el fin de perjudicar al Estado, y es esta concertación la que es castigada por el delito en análisis.

Por consiguiente, en primer término, se concluye que la concertación requerida por el art. 384° del CP se debe llevar a cabo entre el funcionario o servidor público y el particular, siempre que se realice con el fin de defraudar al Estado. Asimismo,

respecto al contenido del elemento “concertación”, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional la definen como un elemento descriptivo, es decir, como un acuerdo o pacto ilícito de voluntades entre el funcionario público y el interesado. Sin embargo, no se concuerda con tal definición en razón a cuestiones fundamentales, las que serán explicadas en los capítulos posteriores y que es tema central de la presente investigación, con el fin de tomar posición respecto al contenido del pacto colusorio.

B) Del defraudar y defraudare

• Colusión simple: del defraudar

Según la RAE, “defraudar” proviene del latín *defraudare*, que en su primera acepción significa “privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho”. Al respecto, el legislador ha utilizado el mismo verbo rector, con sus respectivas particularidades, para diferenciar el delito de colusión simple y el de colusión agravada.

Así, el término “defraudar” aparece vinculado al delito de colusión simple. Sin embargo, no existe una postura clara para determinar qué se entiende por defraudación en el delito de colusión simple, debido a que del análisis de la jurisprudencia peruana se han ofrecido distintas líneas argumentativas. Por una parte, para algunos podría considerarse como “el quebrantamiento de la función o el deber encomendado al funcionario público y por tanto, la violación del principio de confianza en él depositada” (Díaz, 2016, p. 283) y para otros sería un acto que “viola la transparencia, neutralidad, imparcialidad o lealtad del funcionario” (García, 2018, p. 29).

Esto, sin duda, depende del contenido que se le otorgue al bien jurídico protegido. Por otro lado, se le podría adicionar algo más: el poner en peligro o poder perjudicar al Estado, esto entendido como un posible perjuicio patrimonial o de otra índole en contra del Estado, considerándolo su componente material intrínseco, es decir, un posible perjuicio a los intereses estatales, que en la mayoría de los casos se concreta en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de

ventajas, entre otras (Díaz, 2016). Por estas razones, es necesario dilucidar la postura más acorde al delito en análisis, puesto que ello influirá para que algunos actos sean típicos y otros no, y por ende, punibles o impunes.

La Casación N° 661-2016-Piura, del 11 de julio del 2017, en su cons. N° 16 establece como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:

Para la configuración del delito de colusión simple se requiere no solo la concertación ilegal entre el funcionario o servidor público y el particular interesado, sino también el peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Asimismo, tal peligrosidad debe ser típica o idónea para producir un determinado efecto que, en el contexto en análisis, es el perjuicio patrimonial estatal. Por lo tanto, la colusión simple constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta “para defraudar”, y si, en todo caso, existe la imposibilidad de afectar el bien jurídico que se protege, la conducta sería atípica.

En sentido distinto con la casación expuesta, el Recurso de Nulidad N° 1969-2012-La Libertad, del 16 de enero del 2014, en su cons. N° 4 señala que:

La defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción o posibilidad de un perjuicio, no constituyendo por tanto, el perjuicio, un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir de un posible acuerdo colusorio-defraudatorio.

El Tribunal Constitucional, en el expediente N° 00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo del 2012, en su f. j. N° 28, también se ha pronunciado sobre el tema, sosteniendo que es posible entender que defraudar implica traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo, en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencial.

Por otro lado, respecto a la doctrina, Salinas (2014) señala que para configurarse el delito de colusión simple, “no es necesario que realmente con la conducta fraudulenta se ocasione el perjuicio real al patrimonio del Estado. Basta verificar que la conducta colusoria tenía como finalidad defraudar el patrimonio del Estado” (p. 265). En esta definición, no se hace mención al real perjuicio patrimonial ocasionado al Estado, sino solo al peligro de ocasionarse este perjuicio producto del acuerdo colusorio.

Siguiendo con las posturas, Arismendiz (2018) señala que el término “defraudar” aparece vinculado al delito de colusión simple en la medida que el sujeto cualificado asumiendo una postura infiel a sus deberes funcionariales, al principio de objetividad y a los deberes de probidad y lealtad que tiene frente a la administración pública, pretende lesionar el bien jurídico tutelado por ley penal, no advirtiéndose un perjuicio material en agravio del Estado; por ello, al ser el verbo rector, uno de manifestación instantánea, se trataría de un delito de mera actividad. Lo mencionado no abarcaría todo lo que señala el término defraudar, puesto que por técnica legislativa se agrega la preposición “para” ha dicho verbo, advirtiéndose una posibilidad de agravio o perjuicio al Estado, es decir, una posibilidad de lesión al patrimonio estatal, donde por criterios de política criminal se ha tenido que adelantar las barreras de punibilidad, siendo en este extremo, un delito de peligro abstracto. En tales afirmaciones, se verifica que para la configuración del delito de colusión, el término “defraudar” abarca la existencia de un peligro potencial para el patrimonio del Estado.

Por otra parte, García (2018) sostiene que la problemática de asumir que en la colusión simple no es necesario un peligro concreto del patrimonio del Estado, sería doble: por una parte, sería más difícil su distinción con el delito de negociación incompatible, puesto que compartirían hasta prácticamente el mismo bien jurídico (para este autor el bien jurídico sería la transparencia, imparcialidad, objetividad y lealtad); y por otro lado, como ha sucedido con la Cas. N° 841-2015-Ayacucho y la Cas. N° 231-2017-Puno, sería complicado distinguir cuándo las irregularidades administrativas en las contrataciones públicas constituirían actos típicos de interés indebido (negociación incompatible) o de concertación (colusión simple). En tal sentido, considera que una interpretación de esa manera llevaría a la administrativización del Derecho Penal o al sometimiento de actos al ámbito penal cuando no revista las características para tales fines.

Por tanto, de lo expuesto, se considera que el verbo “defraudar” vinculado al delito de colusión simple, no requiere de un perjuicio patrimonial efectivo al Estado; no obstante, para su verificación se requiere la presencia de dos requisitos: primero, que se haya lesionado los deberes funcionariales específicos que correspondía proteger al sujeto cualificado, y segundo, la posibilidad de generar un perjuicio

estatal con tal conducta colusoria, siempre que estos actos se lleven a cabo en un escenario de contratación pública estatal.

- **Colusión agravada: del defraudare**

Respecto al término “defraudare”, este aparece vinculado al delito de colusión agravada. Así, tal término exige que para la configuración del delito en análisis, el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, actúe asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado y como efecto inmediato los perjudique; exigiéndose un efectivo perjuicio al patrimonio del Estado (Salinas, 2014). Por ende, se tiene que la colusión agravada se perfecciona cuando el agente genera un perjuicio patrimonial efectivo a consecuencia del acuerdo colusorio.

En ese sentido, se tiene que el nivel de reproche penal se intensifica en el delito de colusión agravada, puesto que el término “defraudare” requiere un perjuicio patrimonial concreto a los intereses del Estado, siempre en un escenario de contratación pública, teniendo como consecuencia correlativa una intensificación del nivel penológico. Por lo tanto, en este tipo, el sujeto cualificado lesiona sus deberes funcionariales, siendo éstos el principio de objetividad y los deberes de probidad y lealtad que tiene frente a la administración pública, tan igual que en el delito de colusión simple, con la diferencia que además de ello, causa un perjuicio patrimonial efectivo a los intereses del Estado, el mismo que resulta ser cuantificable en términos monetarios (Arismendiz, 2018).

Respecto al último extremo señalado en el párrafo anterior, es necesario distinguir entre la prueba del perjuicio y la cuantificación de dicho perjuicio. Lo que la ley castiga es el fraude patrimonial o la producción del perjuicio económico al Estado y no tanto la cuantificación del mismo. “Puede haber perjuicio, pero no necesariamente dicho perjuicio debe estar cuantificado o fijado con exactitud. La ley peruana no exige un factor cuantitativo como elemento configurador del injusto agravado del delito de colusión” (Coor. García, 2018, p. 57).

En ese orden de ideas, si bien en el delito de colusión agravada se exige la constatación de un perjuicio efectivo para la Administración Pública, esto no

permite, por su sola existencia, afirmar la realización plena del tipo penal de colusión en análisis. Para ello, es necesario que entre la ejecución del acuerdo colusorio, entre el sujeto cualificado y el particular interesado, y el perjuicio objetivo debe existir una vinculación objetiva. Es decir, que tal vinculación no sea puramente formal, sino que, conforme a la teoría de la imputación objetiva, exista un nexo normativo entre la conducta típica y el perjuicio irrogado al Estado. Por ejemplo, si los productos que deben ser entregados al Estado como consecuencia de un acuerdo colusorio, sufren al momento de su entrega una devaluación por razones de coyuntura económica, este perjuicio no será el que se procura evitar con el delito analizado. Por tanto, el perjuicio al Estado debe ser consecuencia de la realización del riesgo creado por la infracción del deber del funcionario público coludido (García, 2015).

Por último, la Corte Suprema, respecto al término analizado, indica la forma cómo pueden diferenciarse la colusión simple y la colusión agravada; así, mediante el R. N. N.º 341-2015-Lima, del 04 de noviembre del 2015, señala lo siguiente:

La colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como 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.

En conclusión, se considera que el tipo base y el tipo agravado prescriben que el medio del que se vale el agente para defraudar es la concertación, pero en el primero, debe existir además, una posibilidad de generar un perjuicio estatal, esto es, un peligro potencia, caso contrario, traería dificultades para diferenciar tales actos de otros de diferente naturaleza, y en el segundo, la defraudación patrimonial al Estado debe ser efectiva; siempre y cuando, ello se de en un escenario de contratación pública.

C) De las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado

• **Modalidades de adquisición o contratación pública**

El tipo penal materia de análisis, prescribe que el agente en el desempeño de su cargo, de manera directa o indirecta, acuerda o pacta con los interesados para obtener algún beneficio en perjuicio del Estado, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado.

La norma que regula las modalidades de adquisición o contratación pública entre el Estado, representado por el funcionario o servidor público, y los particulares, es la Ley de Contrataciones Públicas (aprobada por D. Leg. N.º 1017, publicado el 4 de junio del 2008, modificado por Ley N.º 29873 de fecha 1 de junio del 2012 y alterado por la Ley N.º 30225, que recientemente ha sido modificada por el D. Leg. N.º 1444, publicado el 31 de septiembre de 2018), que actualmente, en su art. 21º regula los mecanismos de contratación pública, siendo los siguientes: a) licitación pública, b) concurso público, c) adjudicación simplificada, d) selección de consultores individuales, e) comparación de precios, f) subasta inversa electrónica, g) contratación directa y h) los demás procedimientos de selección de alcance general que contemple el reglamento, los que deben respetar los principios que rigen las contrataciones y los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública.

Por otro lado, el art. 35º del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, señala que las contrataciones públicas pueden contemplar alguno de los siguientes sistemas de contratación: a) A suma alzada, b) A precios unitarios, c) Esquema mixto de suma alzada y precios unitarios, d) Tarifas en base al tiempo trabajado, e) En base a porcentajes y f) En base a un honorario fijo y una comisión de éxito.

En ese sentido, es de suma importancia saber cuáles son y en qué consisten los mecanismos de contratación pública y los sistemas de contratación, regulados por la Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento, puesto que el pacto colusorio podría manifestarse en cualquiera de ellos.

De igual modo, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 30225, el art. 22 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, vigente con anterioridad a la citada ley, establecía distintas etapas que debe comprender un proceso de selección, en las cuales puede aparecer el pacto colusorio. Sin embargo, posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley N° 30225 (modificada recientemente mediante el D. Leg. N° 144 y cuyo tema en análisis sigue conforme), tanto los procedimientos de contratación pública y las etapas respectivas sufren relativa modificación; es decir, el Reglamento de la citada Ley (modificado recientemente mediante Decreto Supremo 344-2018-EF, publicado el 31 de diciembre de 2018, y cuyo tema en análisis sigue conforme) señala en su artículo 53.1 los tipos de procedimiento de selección, los cuales se realizarán en atención al objeto de contratación, la cuantía del valor estimado o del valor referencial, según corresponda.

De esta manera, en tal reglamento se ha establecido, de manera general, las etapas de los procedimientos de selección, siendo los siguientes: a) convocatoria, b) registro de participantes, c) cómputo de plazo, d) prórrogas o postergaciones, e) régimen de notificaciones, f) idioma de la documentación y otras formalidades, g) subsanación de las ofertas, h) acceso a la información, i) distribución de la buena pro, j) notificación del otorgamiento de la buena pro, k) consentimiento del otorgamiento de la buena pro, l) declaración de desierto, m) publicidad de las actuaciones, n) cancelación de procedimiento de selección, o) rechazo de ofertas, p) culminación del procedimiento de selección. En ese contexto, el pacto colusorio podrá manifestarse en cualquiera de las etapas de los procedimientos de selección.

En efecto, si bien la Ley N° 30225 ha establecido de manera general las etapas de los procedimientos de selección que se llevarán a cabo a través de los mecanismos de contratación, también lo es que dentro de sus modificaciones ha registrado etapas específicas correspondientes a cada uno de los procesos de selección, lo cual es relevante debido a que el escenario colusorio podría manifestarse en cualquiera de esas etapas, que no son iguales en todos los procedimientos de selección. Para una mejor comprensión de ello, se presenta el siguiente esquema:

TABLA N° 1
ETAPA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN

MECANISMOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	ETAPA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN	CONCERTACIÓN O PACTO COLUSORIO
Licitación pública	1. Convocatoria, 2. Registro de participantes, 3. Formulación de consultas y observaciones, 4. Absolución de consultas y observaciones, 5. Integración de bases, 6. Presentación de ofertas, 7. Evaluación de ofertas, 8. Calificación de ofertas, 9. Otorgamiento de la buena pro.	
Concurso público	Contratación de servicios en general: 1. Convocatoria, 2. Registro de participantes, 3. Formulación de consultas y observaciones, 4. Absolución de consultas y observaciones, 5. Integración de bases, 6. Presentación de ofertas, 7. Evaluación de ofertas, 8. Calificación de ofertas, 9. Otorgamiento de la buena pro.	La concertación o pacto colusorio puede aparecer en cualquiera de los escenarios expuestos
	Contratación de consultoría en general y consultoría de obras: 1. Convocatoria, 2. Registro de participantes, 3. Formulación de consultas y observaciones, 4. Absolución de consultas, observaciones e integración de bases, 5. Presentación de ofertas, 6. Calificación de ofertas, 7. Evaluación de ofertas, 8. Otorgamiento de la buena pro. Las mismas etapas se siguen para el Concurso de proyectos arquitectónicos.	
Adjudicación simplificada	1. Convocatoria y publicación de bases, 2. Registro de participantes, 3. Formulación de consultas y observaciones, 4. Absolución de consultas y observaciones, 5. Integración de bases, 6. Presentación de ofertas, 7. Evaluación y calificación, 8. Otorgamiento de la buena pro.	
Selección de consultores	1. Convocatoria, 2. Registro de participantes, 3. Recepción de expresiones de interés y	

individuales	selección, 4. Calificación y evaluación, 5. Otorgamiento de la buena pro.	
Comparación de precios	Emitido el informe favorable en el que consta el cumplimiento de las condiciones para el empleo, el órgano encargado de las contrataciones solicita y obtiene, de forma física o electrónica, un mínimo de tres (3) cotizaciones que cumplan con lo previsto en la solicitud de cotización, las que son acompañadas con declaraciones juradas de los proveedores de no encontrarse impedidos para contratar con el Estado. La Entidad otorga la buena pro a la cotización de menor precio. (Esto no se trata de una etapa)	
Subasta inversa electrónica	1. Convocatoria, 2. Registro de participantes, registro y presentación de ofertas 3. Apertura de ofertas y periodo de lances, 4. Otorgamiento de la buena pro.	
Contratación directa	Una vez aprobada la Contratación Directa, la Entidad la efectúa mediante acciones inmediatas, requiriéndose invitar a un solo proveedor, cuya oferta cumpla con las características y condiciones establecidas en las bases. (Esto no se trata de una etapa)	

Fuente: Elaboración propia

- **Bienes, obras o servicios**

El tipo penal señala que las contrataciones o adquisiciones públicas que se realiza entre el Estado y los particulares es sobre bienes, obras o servicios. Así, el organismo de contrataciones del Estado, mediante Opinión N.º 009-2008/DOP, de fecha 11 de febrero del 2008, en el cons. 2.1.2, regula la definición tanto de bienes, obras y servicios, señalando lo siguiente:

Sobre el particular cabe precisar que en el marco de la normativa sobre contratación pública se emplean los términos bien, servicio u obra como categorías jurídicas genéricas, que representan una amplia gama de necesidades que normalmente las Entidades del Estado persiguen satisfacer con la celebración de los contratos (...).

Ahora bien, respecto a las contrataciones públicas vinculadas al rubro de bienes, el referido organismo, en el cons. ya señalado, menciona que, de manera específica, por bienes se entiende a todos aquellos objetos o cosas que una Entidad requiere para el desarrollo de sus actividades y/o el cumplimiento de sus fines. Siendo así, los bienes que con frecuencia son requeridos en el Estado son los alimentos, medicinas, equipos de cómputo, útiles de oficina, insumos, etc. En términos similares, Castillo (2017) ejemplifica una variedad de tipos de contratos afines el rubro de bienes que pueden ser objetos del delito de colusión, entre ellos, el contrato de suministro de combustible, la compra de inmuebles para la Caja Militar Policial, de maquinaria pesada, la adquisición de un terreno destinado a la construcción de un mercado mayorista, la confección de diez puertas metálicas, el adquirir un volquete, un camión de cisterna, una carrocera, etc.

De igual modo, respecto a los contratos de obras, el referido organismo señala de manera expresa que se considera como obra “a la construcción, reconstrucción, remodelación, demolición, renovación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos”.

De la misma manera, respecto a los contratos de servicios, el referido organismo señala que se entiende por servicio “a la actividad o labor que realiza una persona natural o jurídica para atender una necesidad de la entidad, pudiendo estar sujeta a resultados para considerar terminadas sus prestaciones”.

En consecuencia, es posible que el escenario colusorio pueda darse bajo el rubro de las contrataciones públicas vinculadas tanto al sector de bienes, obras o servicios.

- **Concesiones o cualquier operación a cargo del Estado**

Cabe agregar, que el tipo penal establece que el pacto colusorio puede darse en un escenario de concesiones, por lo que al respecto, Morón (2016) señala lo siguiente:

El contrato de concesión es aquel instrumento mediante el cual, la Administración (concedente) otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras (concesionario) el derecho y obligación de crear, ejecutar y explotar determinadas obras públicas de infraestructura construidas sobre bienes de dominio público o la gestión y prestación de una actividad considerada servicios públicos, por un plazo determinado, bajo su propia cuenta y riesgo y sujeta a un régimen regulatorio particular. Por este contrato, el concesionario percibirá como compensación la tarifa, precio, peaje u otro sistema de recuperación de la inversión establecido, preferentemente de los privados. (p. 166)

Por último, en la tipificación del delito de colusión se establece como elemento descriptivo las diversas modalidades de contratación, asimismo, se indica textualmente “cualquier operación a cargo del Estado”, esto implica que el delito de colusión puede darse en cualquier sistema de contratación pública, aunque ésta no se encuentre señalada en la Ley de Contrataciones del Estado y su respectivo Reglamento; sin embargo, de acuerdo al Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), tales operaciones deben observar los principios que rigen toda contratación pública como el principio de eficiencia, economía, imparcialidad, razonabilidad, libre concurrencia y otros previstos por la Ley de Contrataciones Públicas; y conforme al Tribunal Constitucional, deben respetar los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario; caso contrario, no tendría validez (Arismendiz, 2018).

Siendo así, el pacto colusorio podría darse tanto en un escenario de concesiones como en cualquier operación a cargo del Estado.

D) De la intervención directa o indirecta

En el delito de colusión se prescribe que el sujeto cualificado puede intervenir de manera directa o indirecta en el escenario colusorio. Al respecto, no existe problema alguno para comprender la intervención directa, puesto que se refiere a la intervención personal del funcionario o servidor público en el proceso de contratación pública emitiendo actos funcionariales concluyentes, supuesto que más se materializa. Sin embargo, la situación es distinta respecto a la intervención indirecta, la cual consiste en que el sujeto cualificado actúa a través de otras personas en el proceso de contratación, siempre en razón de su cargo. Por tanto, lo que se busca castigar es al “funcionario de atrás”, al “funcionario encubierto”,

quien sin aparecer de manera evidente, dirige el proceso hacia un determinado fin y detenta realmente el poder material en el proceso de contratación (Castillo, 2017).

En ese sentido, respecto al supuesto indirecto, al valerse el sujeto cualificado de una tercera persona para que aparezca en el escenario colusorio, tiene que tener el status de funcionario o servidor público e intervenir en razón de su cargo, exigencia típica, puesto que vendría a ser sujeto activo del delito analizado. Por tales razones, la única posibilidad que surgiría para tal supuesto sería a través de la figura de delegación desconcentrada de poder o de funciones. De esta manera, el sujeto cualificado solo sería el funcionario público más no el servidor público, debido a que éste último no cuenta con el poder funcional decisorio que sí posee el primero, diferencia tajante entre los dos sujetos. Bajo ese contexto, es lícita la situación que el funcionario público habilita a un tercero para que asuma sus funciones en razón del cargo; se convierte en ilícita cuando tal delegación se hizo con el fin de que el tercero habilitado forme parte del pacto colusorio (Arismendiz, 2018).

1.3.2.2. Clase de delito

El delito de colusión, presenta dos modalidades típicas, esto es, la colusión simple y la colusión agravada. Respecto al primer supuesto, nos encontramos ante un delito de mera actividad “por cuanto el verbo concertar resulta ser de comisión instantánea” (Arismendiz, 2018. p. 84). Al respecto, el R. N. N.° 2677-2012 Madre de Dios, del 15 de abril del 2014, en una parte de su f. j. N° 12 señala que la colusión simple es un delito de mera actividad porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad de que la Administración Pública sufra un perjuicio. Tal argumento también ha sido acogido en el R. N. N.° 1969-2012 La Libertad, del 16 de enero del 2014.

Asimismo, otros autores consideran que el delito de colusión es uno de peligro abstracto en base a que el legislador ha utilizado una técnica para adelantar la barrera de punibilidad a través de la preposición “para”, esto es, para defraudar al Estado o entidad estatal (Arismendiz, 2018). Del mismo modo, Rojas (2016)

señala que es un delito de peligro “por cuanto se consuma cuando el agente concierta o participa en acuerdos ilegales con terceros interesados con el propósito o finalidad ulterior de defraudar el patrimonio del Estado” (p. 205). Igualmente, la Corte Suprema a través del R. N. N° 341-2015 Lima, del 4 de noviembre del 2014, en su f. j. N° 4 determina que la colusión simple es un delito de peligro, afirmando que la concertación ilegal debe entrañar un peligro potencial para el patrimonio estatal, por lo que se debe verificar una aptitud lesiva o idónea de la conducta colusorio para producir el perjuicio patrimonial.

Respecto al segundo supuesto, esto es, colusión agravada, se está ante un delito de resultado “por cuanto el tipo penal exige defraudación patrimonial, subsecuentemente, en este extremo se advierte la existencia de un perjuicio concreto, admitiéndose el baremo espacio-temporal” (Arismendiz, 2018, p. 84). En esa línea, Salinas (2014) expresa que en el delito de colusión agravada es necesario que se produzca un efectivo perjuicio al patrimonio del Estado, esto es, “la ejecución del acuerdo debe generar una lesión patrimonial efectiva a los intereses estatales” (Rojas, 2016, pp. 2013-2014). Entonces, “se trata, pues, de un delito de lesión, que requiere para su consumación la producción de un perjuicio patrimonial efectivo” (Villegas, 2018, p. 46). No obstante, difiriendo en parte de lo sostenido, Díaz (2016) señala que la colusión agravada es “un delito de peligro abstracto contra la actividad contractual del Estado y un delito de lesión respecto al patrimonio público que, como se ha señalado, sólo puede ser producto de la concertación parcializada contra los intereses del Estado” (p. 299).

Así también, la Corte Suprema, a través del R. N. N°. 341-2015 Lima, del 04 de noviembre del 2015 indica 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.

Por otro lado, el delito de colusión, tanto en su vertiente simple como agravada, es un delito de participación necesaria, específicamente delito de encuentro, puesto que para su configuración se requiere la intervención de dos sujetos que se encuentran en lados opuestos pero que necesitan complementarse, por una parte el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, y por otra, el

particular interesado en contratar con el Estado. En esa línea, el R. N. N.º 78-2013 La Libertad, del 9 de diciembre del 2014, en su f. j. Nº 3.2 establece que el delito de colusión es de participación necesaria, concretamente de encuentro.

En conclusión, se considera que el tipo básico, esto es, colusión simple, es un delito de mera actividad, y además, de peligro abstracto; y, el tipo agravado, esto es, colusión agravada, es un delito de resultado y no de peligro abstracto. Asimismo, el delito de colusión, tanto en su forma simple como agravada, es un delito de participación necesaria, específicamente de encuentro.

1.3.2.3. Forma de ejecución

El delito de colusión, tanto en su forma simple como agravada, es un delito de acción por cuanto en su estructura típica contiene el verbo “concertar”. Respecto a este extremo, no existe problema alguno; la controversia se genera cuando se analiza si el delito de colusión admite o no la forma omisiva, la cual contiene dos vertientes: la omisión propia y la omisión impropia. El primer supuesto deviene en inexistente en el delito de colusión, no solo por la redacción activa del verbo “concertar”, sino que, además, para su configuración se requiere que dicha forma omisiva aparezca de manera expresa en la redacción del tipo penal, situación que no opera en el delito analizado, ya sea en su forma simple como agravada.

Respecto a la figura de omisión impropia es que se genera un escenario ampliamente debatible, por cuanto, técnicamente dicha institución no requiere encontrarse expresamente en el tipo penal. Así, lo debatible surge de la posibilidad de que bajo el concepto de concertación pueda encuadrarse una conducta omisiva (comisión por omisión), existiendo posturas contrarias. Así, “en la doctrina existe la posición mayoritaria de establecer que bajo la concertación no puede encajar un acto omisivo, debido a que la concertación lleva implícito un acuerdo entre las partes, acuerdo que solo puede darse de forma activa” (Martínez, 2018, p. 88).

En esa línea, se tiene que Salinas (2014) sostiene que es imposible que actos omisivos impliquen o representen acuerdo o concertación alguna por lo que el delito de colusión no puede darse por omisión; tales afirmaciones se encuentran

en la misma posición y línea interpretativa de Abanto Vásquez, el cual indica que no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante actos de omisión; de García Cavero, el cual señala que la conducta de un funcionario público de un comité de selección de no hacer nada ante una licitación amañada por otros miembros, no es equiparable a una concertación con los interesados que exigen el tipo penal; y, de Castillo Alva, que menciona que el guardar silencio no equivale, desde el punto de vista normativo y estructural, al verbo concertar que exige el tipo penal.

Igualmente, en algunos pronunciamientos, la jurisprudencia peruana ha establecido la imposibilidad de que el acuerdo colusorio pueda cometerse por omisión. De esta manera, se tiene el R. N. N.º 2587-2011 Cusco, del 23 de enero del 2013, f. j. N.º 4.3, el cual ha sido ratificado posteriormente mediante el R. N. N.º 1199-2013 Arequipa, del 6 de agosto del 2014, f. j. N.º 4 y 5, que señala lo siguiente:

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

Por otro lado, y en sentido contrario a lo expuesto, algunos sostienen que al ser la omisión impropia una omisión equiparable a una acción (comisión por omisión) “requiere la existencia de deberes especiales de salvamento recaídos en el sujeto cualificado, obligándolo a actuar en defensa o protección del bien jurídico tutelado, advirtiendo una posición de garante” (Arismendiz, 2018, p. 440). Para ello, se requiere verificar la existencia de determinados presupuestos, esto es, posición de garante, actuar precedente y vinculación legal o contractual, presupuestos que convierten al autor en un sujeto obligado frente al bien jurídico.

Por ende, tal escenario, en ese supuesto, calzaría para invocar la omisión en el delito de colusión.

Del mismo modo, la Corte Suprema, en algunos de sus recursos, ha venido aceptando tal tesis al admitir el delito de colusión por omisión impropia. Así, se tiene el R. N. N.º 648-2005, del 11 de octubre del 2005, que señala lo siguiente:

Aparece de lo actuado que en representación de la jefatura de infraestructura del MBI-PROGRAMA MAJ del GCR-PJ e integrantes de la comisión de recepción, ambos mostraron su conformidad con la obra misma había sido ejecutada de acuerdo al expediente técnico y levantadas las observaciones que se formulara en su oportunidad, por lo que declaraban su conformidad a la obra y procedían a su recepción, pese a que las observaciones formuladas primigeniamente no habían sido subsanadas en su totalidad; que si bien los citados acusados han alegado que suscribieron dicha acta de favor pues se les informó que las observaciones habían sido subsanadas, dada su calidad de profesionales de la ingeniería tenían la obligación de verificar que en realidad la obra se encontrara operativa y ejecutada conforme a lo establecido en el correspondiente expediente técnico, situación que permite inferir la concertación entre los encausados y el contratista a fin de haber aparecido como cabalmente ejecutada una obra que no se ejecutó a los acuerdos previamente adoptados con la entidad contratante, encontrándose acreditada de esta manera la culpabilidad de los recurrentes.

De la misma manera, la Corte Suprema en el R. N. N.º 77-2012, del 22 de agosto del 2012, en su f. j. 52, señala lo siguiente:

Ciertamente; en un ámbito de organización complejo el obligado principal, por dirigir la estructura global, tiene dentro de sus deberes el de delegar funciones de tal manera que la entidad pueda alcanzar sus fines, siendo que el deber del delegante respecto de la salvaguarda de bienes jurídicos, no desaparece, sino que se transforma en un deber residual de control, supervisión y vigilancia de aquello que también responsablemente, realizan los delegados, es decir, dicho deber residual lo obliga al delegante a controlar los posibles riesgos o peligros derivados de la potestad de delegar, consecuentemente de evitar la comisión de hechos delictivos por parte de los subordinados, siendo esto así, emerge una posición de garante sobre los riesgos, generados por la administración pública, sin embargo, el superior no puede ser responsable de evitar todo tipo de actuación riesgosa de sus subordinados, sino que se hace responsable de evitar aquellos eventos lesivos vinculados al giro de la empresa.

Así también, otros autores consideran que el funcionario tiene el deber de no lesionar las expectativas que se tiene sobre su actuar en el ámbito de las contrataciones a través de un acuerdo en sentido comisivo, e igualmente tienen el deber de velar porque no afecten las expectativas a través de otros actos

omisivos. Es decir, el acuerdo puede estar vinculado a una tratativa comisiva, pero pueden existir tratativas tácitas, y por ende, omisivas. Como demostración de ello, muestran como ejemplo el hecho de que en una Administración Pública donde hay actos de corrupción, las prácticas colusorias no requieren necesariamente concertarse de manera directa, sino que puede realizarse a través de la existencia de un cuadro de precios a pagar a los funcionarios para concederles la buena pro de una contratación pública. Por lo tanto, en esa línea consideran que es posible el delito de colusión por omisión impropia en base a que lo primordial en el delito analizado es el deber (ámbito de competencia) que pesa sobre el funcionario, más allá de si la infracción se realice mediante un hacer u omitir (Martínez, 2018).

De lo expuesto, se verifica la existencia de posturas contrarias respecto a la posibilidad de que el delito de colusión pueda darse por omisión impropia. Ante ello, se considera que el delito de colusión simple, al ser un delito de mera actividad no puede operar mediante omisión impropia, puesto que esta figura solo funciona en los delitos de resultado. Respecto al delito de colusión agravada, el escenario es distinto debido a que es un delito de resultado, determinado por el baremo espacio-tiempo. En este extremo, la postura que se tomará es de conformidad con lo expuesto por el autor Arismendiz (2018).

El referido autor señala que si asumimos el concepto acción desde una perspectiva ontológica, mediante el cual se concibe que “el no hacer” es sinónimo de ausencia de movimiento corporal, el delito de colusión no operaría por omisión puesto que en este caso se requiere un acuerdo de voluntades. Sin embargo, la situación se torna distinta en la medida que el verbo “concertar” aparezca como elemento normativo del tipo sujeto a juicios de valor. No obstante, es necesario precisar que no se analizará, en este apartado, el contenido del verbo “concertar” desde una óptica normativa, puesto que es el tema de investigación de este trabajo, el cual se explicará en los capítulos posteriores. Sin embargo, se señalará la conclusión final a la que llega el autor mencionado, la cual consiste en que “la imputación penal bajo la figura de comisión por omisión radicaré en la defraudación de expectativas sociales de naturaleza normativa”.

1.3.3. Elementos concomitantes

Respecto a los elementos concomitantes, se tiene el bien jurídico y la relación causal e imputación objetiva.

1.3.3.1. Bien jurídico

La doctrina peruana ha establecido que el delito de colusión protege un bien jurídico genérico y uno específico. El primero, según la doctrina mayoritaria, es el correcto funcionamiento de la Administración Pública; y es respecto a los bienes jurídicos específicos que existen diversas posturas.

Así, se tiene que Salinas (2014) señala que respecto al bien jurídico genérico, éste vendría a ser el normal y recto funcionamiento de la Administración Pública. En tanto que el bien jurídico específico o particular “es la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la Administración Pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos” (pp. 273-274).

Según Rojas (2007) el objeto de tutela penal en el delito de colusión es múltiple e identifica los siguientes intereses:

Preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones que a nombre del Estado efectúan los negociadores oficiales; garantizar la intangibilidad de los roles especiales inherentes a la función pública que asumen dichos negociadores en sus relaciones con los interesados en contratar con las diferentes reparticiones públicas; y, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, conminando con severa penalidad a los funcionarios públicos que, transgrediendo sus roles específicos de negociación y representatividad pública, quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado. (p. 407)

Así también, algunos autores sostienen que García Cavero indica que el bien jurídico específico en el delito de colusión sería “la expectativa normativa de la conducta del funcionario respecto a sus deberes positivos con la Administración Pública” (García, 2018, p. 30). Esto es, que tal autor “ha puesto énfasis en la relación normativa que fundamenta la protección del patrimonio estatal como deber positivo del funcionario público de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado” (Pariona, 2017, p. 26).

Por otro lado, otra postura sostiene que el delito de colusión resguarda los deberes de lealtad, probidad, legalidad del funcionario. Así, se tiene que Pariona (2017) indica que el bien jurídico genérico en el delito de colusión es el correcto funcionamiento de la Administración Pública; y que “los bienes jurídicos específicos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con la que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado (...). También lo es el patrimonio administrado por el Estado” (p. 25). En términos similares, Arismendiz (2018) sostiene que desde la perspectiva genérica, el objeto de protección resulta ser la administración pública, pero que desde el punto de vista específico, “el legislador busca proteger el principio de objetividad y la idoneidad del accionar de los funcionarios o servidores públicos plasmados en los deberes de lealtad y probidad en la administración pública” (p. 444).

Por otra parte, la otra postura que se tiene es la que señala que en el delito de colusión se protege, de manera específica, el patrimonio del Estado. En ese sentido, Castillo Alva (2017) sostiene que el delito de colusión “protege el patrimonio del Estado, en cuanto tutela de la contratación administrativa u otros modos de contratación de naturaleza económica, que proscribe toda forma de concertación que suponga la defraudación que acarree en perjuicio del Estado” (p. 115). Es necesario precisar que esta protección al patrimonio estatal no es frente a cualquier ataque, sino frente a conductas concertadoras que ponen en peligro o lesionan el bien jurídico protegido dentro de un marco contractual; caso contrario, hacer referencia al mero patrimonio del Estado es pecar de genérico, pues delitos como el peculado o la malversación tutelan el mismo bien jurídico.

También se tiene la postura que sostiene que el bien jurídico protegido sería la imparcialidad del funcionario público que debe guiar sus actuaciones cuando intervenga en un contrato u operación económica, tutelando y fomentando los mecanismos de objetividad e imparcialidad. Sin embargo, un sector de la doctrina nacional considera que esta postura no es correcta por cuanto el sujeto cualificado está obligado a cautelar, defender y dirigir la prevalencia de un interés concreto, esto es, la defensa del patrimonio estatal e interés público.

Además, se ha señalado por algunos autores que el bien jurídico protegido del delito de colusión sería la corrección y la legalidad del ejercicio de la función

pública en cuanto a la intervención de funcionarios o servidores en negocios públicos y su idoneidad para impedir daños potenciales al patrimonio estatal (Pariona, 2018).

Otros autores afirman que el delito de colusión protege la libre competencia de los proveedores; es decir, se estaría protegiendo los intereses de los particulares como eventuales postores interesados en contratar con el Estado en el marco de una leal y libre competencia. No obstante, esta postura es controvertida toda vez que “la protección de las condiciones de participación igualitaria en el mercado no se tutelan mediante los delitos contra la administración pública, sino por medio de los delitos económicos” (Arismendiz, 2018, p. 443).

Respecto a lo expuesto, se tiene que el pronunciamiento de la jurisprudencia peruana sobre el bien protegido en el delito de colusión tampoco ha sido homogénea. Pariona (2017) considera que la no homogeneidad de los pronunciamientos se han debido en parte a las diversas modificaciones que ha sufrido el tipo penal, cuya consecuencia ha sido una definición del bien jurídico sobre la base de diversas normas, con la consecuente acentuación de diversos intereses.

Así, la Corte Suprema, mediante sus pronunciamientos, como en el R. N. N.º 3307-2008, del 13 de mayo del 2009, en el f. j. Nº 9, ha señalado que el delito de colusión protege el desarrollo de la Administración pública, que se ve afectada cuando el funcionario infringe los deberes de lealtad, probidad e imparcialidad que deben guardar en la gestión de la función pública.

Por otra parte, entre otros intereses protegidos se ha identificado al patrimonio como bien jurídico específico. Al respecto, la Corte Suprema a través del R. N. N.º 840-2010 Junín, del 20 de abril del 2010, ha señalado que el bien jurídico protegido en dicho delito, concretamente, es el patrimonio administrado por la administración pública.

Así también, en el R. N. N.º 1305-2014 Áncash, del 10 de noviembre del 2015, en su f. j. Nº 3, ha señalado que el objeto de tutela en el delito de colusión es variado, así, no se trata de preservar solamente el patrimonio del Estado, sino también, garantizar la intangibilidad de los roles de representante del Estado en

las tratativas con el tercero interesado, y además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de este.

Finalmente, de lo expuesto tanto por la doctrina como por la jurisprudencia peruana, se considera que el bien jurídico genérico que se protege en el delito de colusión es la Administración Pública, el cual es acogido por gran parte de la doctrina nacional. Asimismo, respecto al bien jurídico específico, y del cual existen distintas posturas, se considera que en el delito de colusión se busca proteger el principio de objetividad y la idoneidad del actuar del sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, los cuales se encuentran plasmados en los deberes de lealtad y probidad necesarios en la Administración Pública.

1.3.3.2. Relación causal e imputación objetiva

Respecto al delito de colusión, en su modalidad simple, al ser un delito de mera actividad, es decir, de comisión instantánea, no se le puede aplicar los criterios de imputación objetiva puesto que estos criterios son propios de los delitos de resultado que tienen en su estructura un baremo “espacio-temporal”. La postura que se está adoptando no es nada pacífica en la dogmática penal actual.

Por otro lado, respecto al delito de colusión, en su modalidad agravada, al ser un delito de resultado, es perfectamente posible la aplicación de los criterios de imputación objetiva por su misma naturaleza afín a los delitos de resultado, los cuales tienen en su estructura un baremo “espacio-temporal”. Por lo tanto, pueden invocarse los diversos filtros de enervación de responsabilidad penal, según cada caso concreto, teniendo en cuenta que para ello la imputación objetiva requiere los siguientes presupuestos: i) La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y ii) el riesgo desaprobado debe estar vinculado al resultado lesivo (Arismendiz, 2018). Después de verificar los dos principios fundamentales de la imputación objetiva, se debe analizar los niveles de imputación objetiva, según cada caso concreto, siendo los siguientes:

- Imputación objetiva de la conducta⁴: en este supuesto la creación del riesgo debe apreciarse *ex ante* al resultado lesivo.

⁴ Criterios que excluyen la imputación objetiva de la conducta:

- Imputación objetiva del resultado⁵: la realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad se tiene que realizar *ex post*.

Respecto a la imputación objetiva, García (2015) explica este punto tomando como referencia el delito de colusión agravada. Así, sostiene que si bien en el delito de colusión agravada se exige la constatación de un perjuicio efectivo para la Administración Pública, esto no permite, por su sola existencia, afirmar la realización plena del tipo penal de colusión en análisis. Para ello, es necesario que entre la ejecución del acuerdo colusorio, entre el sujeto cualificado y el particular interesado, y el perjuicio objetivo debe existir una vinculación objetiva. Es decir, que tal vinculación no sea puramente formal, sino que, conforme a la teoría de la imputación objetiva, exista un nexo normativo entre la conducta típica y el perjuicio irrogado al Estado. Por ejemplo, si los productos que deben ser entregados al Estado como consecuencia de un acuerdo colusorio, sufren al momento de su entrega una devaluación por razones de coyuntura económica, este perjuicio no será el que se procura evitar el sujeto cualificado. Por lo tanto, el perjuicio al Estado debe ser consecuencia de la realización del riesgo creado por la infracción del deber del funcionario público coludido.

-
1. Riesgo permitido: el peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito de riesgo permitido o riesgo socialmente adecuado.
 2. Disminución del riesgo prohibido: el sujeto con su accionar procura que el riesgo prohibido no se produzca, no logrando la finalidad empero de todos modos se lesiona el bien jurídico, pero en menor proporción.
 3. Riesgo insignificante: el riesgo creado es insignificante o fútil para lesionar el bien jurídico.
 4. Principio de confianza: el sujeto actúa confiando que los demás actuarán en el cumplimiento de sus deberes.
 5. Prohibición de regreso: se trata de conductas neutrales o conforme a derecho que participan en un hecho delictivo, resultando ausente de imputación la persona que se mantiene dentro de su conducta neutral o conforme a derecho.
 6. Autopuesta en peligro de la propia víctima: se trata que la misma víctima aumenta su propio riesgo, con el cual resulta lesionada.

⁵ Criterios que excluyen la imputación objetiva del resultado:

1. Relación de riesgos: denominada también concurrencia de riesgos, se trata cuando el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado lesionado el bien jurídico, empero también a dicho riesgo desaprobado concurre otro riesgo generado por la misma víctima o por factores externos, ante ello el autor no es responsable.
2. Protección de la norma: las conductas lesivas deberán estar detalladas como prohibidas por la ley penal, en este caso si existe un hecho que no esté protegido por la norma, el hecho no es imputable al autor.
3. Imputación objetiva por producto defectuoso: aparece cuando las empresas sacan productos al mercado, los mismos que han ser comercializados resulta ser afectados por factores externos, en este caso no existe imputación del resultado.
4. Cumplimiento de deberes de función o profesión: en este caso se trata que el sujeto activo su accionar se encuentra amparado por una norma extra penal previamente establecida, no generando de esta manera un riesgo jurídicamente desaprobado sino su accionar es conforme a derecho, por lo tanto, no se trata de una causa de justificación, sino que su accionar no es típico.
5. Obrar por disposición de la ley: el autor actúa bajo la existencia de una norma preceptiva (orden) mas no bajo una permisiva, razón por la cual no se trata de una justificación sino de un accionar que no genera un riesgo prohibido, convirtiendo el hecho en atípico.
6. El consentimiento: en este caso el mismo titular del bien jurídico permite por propia voluntad, que terceras personas lesionen sus bienes jurídicos. Este presupuesto solo funciona en la medida que el bien jurídico constituya un bien jurídico de libre disponibilidad.

Ahora bien, del escenario expuesto, “subsiste la demanda de conocer cuál sería el baremo referencial para cruzar la línea divisoria entre lo permitido y prohibido, entre el escenario extrapenal y penal” (Arismendiz, 2018, p. 445).

1.4. Tipo subjetivo

El delito de colusión, tanto en su vertiente simple como agravada, resulta ser un delito de comisión dolosa, demandándose dolo directo y no dolo eventual, puesto que para su configuración se requiere que el funcionario público, encargado de los procesos de contratación pública, al momento de cometer el delito, sea consciente de manera plena y directa de que está concertando con los particulares interesados para defraudar al Estado o que se está defraudando patrimonialmente al Estado y segundo, que su actuar sea conforme a ese conocimiento (voluntad) (Pariona, 2017). Es decir, se requiere que el conocimiento y voluntad del sujeto cualificado esté orientado a la comisión del acto de concertación con el fin de defraudar al Estado. Esta característica subjetiva del delito de colusión que se exige en los funcionarios públicos también es obligatoria en los interesados.

Asimismo, en el delito analizado no se admite la forma culposa o imprudente puesto que para su configuración se requiere que se encuentre señalado de manera expresa en el tipo penal, conforme al artículo 12° del CP, situación no existente en el delito de colusión; más aún si el de la propia redacción del tipo penal se desprende que el acuerdo colusorio exige el despliegue de acciones con conocimiento y voluntad.

Ahora bien, respecto al delito de colusión agravada, el tipo penal exige un nivel perjudicial concreto, por ende, el tipo penal tiene un elemento subjetivo intenso que supera el dolo convencional, es decir, además de ser un delito doloso, es un delito de tendencia interna trascendente (Arismendiz, 2018).

1.5. Iter criminis

El camino delictual contiene los actos preparatorios, tentativa, consumación y agotamiento.

1.5.1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios, tienen relevancia en el derecho penal en la medida que por mandato legal del legislador tengan típicamente naturaleza punible, supuesto que no existe en el delito de colusión, aún más cuando en su modalidad simple resulta ser de mera actividad.

1.5.2. Tentativa

El delito tentado solo opera en los delitos de resultado, por lo tanto, al ser el delito de colusión, en su modalidad simple, un delito de mera actividad, no es posible admitir la tentativa en su configuración. La controversia se genera en la forma agravada, la misma que resulta ser un delito de resultado, por lo que existen posturas contrarias, algunas admitiendo la tentativa en su configuración y otras no.

Ahora bien, la postura que no admite la tentativa en el delito de colusión, en su modalidad agravada, se basa en la inferencia de que la tentativa, tanto en la forma simple como agravada, no existe por la misma estructura típica excluyente. Dentro de esta postura, Salinas (2014) señala lo siguiente:

En cuanto a la colusión agravada, como ya se explicó, esta se consume en el momento en que se llega a perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado por medio de los acuerdos colusorios materializados con aquel fin. Antes de aquel momento no hay tentativa. Esto es así debido a que, si antes que el sujeto público logre perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado, voluntariamente se desiste o las agencias de control lo descubren, su conducta será tipificada en el primer párrafo del artículo 384° del CP, esto es, como colusión simple, pues estaremos frente a una concertación con la finalidad de defraudar el patrimonio público. En suma, no hay forma que la conducta agravada se quede en tentativa.

Por otro lado, la postura que admite la tentativa en el delito de colusión agravada sostiene que la ley identifica dos modalidades delictivas diferentes en el delito de colusión, entre las que no hay una relación de tipo básico a tipo derivado calificado por más que se encuentren reguladas en un mismo tipo penal,

existiendo un error de técnicas de tipificación. En esta línea se encuentra Arismendiz (2018) señalando que “la redacción típica prevista en la parte in fine del art. 384° del CP, conocido indebidamente como una circunstancia agravante resulta ser una forma autónoma delictual, por cuanto, tiene su propia redacción típica” (p. 446), es decir, tiene un sujeto activo, un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica.

De esta manera, no se aprecia en tal caso “la redacción que tradicionalmente hace del Código Penal cuando tipifica agravantes” (García, 2018, p. 31), esto es, que en las formas delictuales agravadas aparecen únicamente circunstancias agravantes específicas y se intensifican las penas, como por ejemplo, en los art. 168°, 189° y 400 del CP, más no así un supuesto de hecho. Por ende, si la intención del legislador fuese únicamente la pena, entonces la redacción típica se hubiera limitado a citar solamente el perjuicio patrimonial y no así el íntegro del sujeto, supuesto de hecho y consecuencia jurídica (Arismendiz, 2018), debido a que “los tipos cualificados o privilegiados añaden circunstancias agravantes o atenuantes, pero no modifican los elementos fundamentales del tipo básico” (Valle, 2018, p. 95), requisito importante para considerar la autonomía de un tipo penal.

Agregando a lo anterior, otro argumento que afianza esta postura de la separación de injustos penales y no de la presencia de una circunstancia agravante en el art. 384° del CP resulta ser “el criterio subjetivo del agente delictual”; es decir, en el primer párrafo del artículo ya citado, esto es, en la colusión simple, el elemento subjetivo de los sujetos intervinientes se limita al pacto colusorio y no a causar un perjuicio patrimonial al Estado a pesar que se haya lesionado el correcto funcionamiento de la Administración Pública y los deberes de lealtad y probidad. Por el contrario, en la parte in fine del art. 384° del CP, los sujetos intervinientes además de incurrir en el acuerdo colusorio, buscan un perjuicio patrimonial estatal, siendo en este caso el perjuicio patrimonial un elemento circundante del injusto penal. Por lo tanto, estas dos modalidades del delito de colusión tienen niveles subjetivos diferentes (Arismendiz, 2018).

Por lo tanto, para algunos autores no se puede hablar de una forma agravada, sino del “delito de colusión con defraudación patrimonial” (Arismendiz, 2018, p.

447), alegando que ha existido un error de técnicas de tipificación al haber consignado en un mismo artículo dos figuras autónomas independientes, correspondiéndoles un apartado o artículo diferente.

Esta postura de admitir la tentativa en la colusión agravada también ha sido sostenida por Pariona (2017), quien señala lo siguiente:

Como se ha anotado, en el delito de colusión agravada, la consumación se produce con la generación del perjuicio patrimonial al Estado. Por tal razón, cuando la concertación ilegal, más allá de crear un peligro potencial, crea un peligro concreto para el patrimonio del Estado, configurando una situación donde el resultado lesivo no se llega a concretar debido a causas externas a la voluntad del infractor (por ejemplo, un tercero que descubre el hecho delictivo y evitar el pago al interesado), entonces corresponde sancionar el comportamiento como un caso de delito de colusión agravada en grado de tentativa (art. 16 y ss. CP). Por ejemplo, el cheque girado a nombre del contratista por el pago por la obra sobrevaluada que no se llega a recoger de la entidad estatal por razones fortuitas ajenas a la voluntad del funcionario público. (pp. 133-134)

De igual manera, García (2015) sostiene lo siguiente:

Si la actuación se queda en el acuerdo colusorio idóneo para defraudar al Estado (peligro abstracto), entonces, será de aplicación el primer párrafo del artículo 384 del CP. Si el acuerdo se ejecuta y solamente se genera un peligro concreto de afectación patrimonial al Estado, entonces esta conducta se castiga como delito de colusión desleal agravada en grado de tentativa. (p. 116)

Finalmente, se considera que en el delito de colusión, en su forma simple, no existe problema alguno, pues al ser un delito de mera actividad no es posible admitir la tentativa, ya que éste solo se aplica en los delitos de resultado. Respecto al delito de colusión en su forma agravada, nos adherimos a la segunda postura, en la cual se admite la tentativa en el delito de colusión agravada, y por lo que tanto, la colusión simple y la colusión agravada serían dos figuras delictuales autónomas.

1.5.3. Consumación

La consumación del delito de colusión será analizada desde dos ópticas, tanto desde los delitos de dominio como de los delitos de infracción de deber.

1.5.3.1. Desde la óptica de los delitos de dominio

Desde la óptica del delito de dominio, esto es, según los sujetos, la figura del delito de colusión simple se consume “con la concertación o acuerdo para defraudar al Estado, que suponga un peligro potencial para los intereses patrimoniales del Estado, no siendo exigible un resultado posterior” (Pariona, 2017, p. 133). En el mismo sentido, Salinas (2014) señala que colusión simple se consume o verifica “cuando el agente concierta, participa en acuerdos clandestinos o acuerdos colusorios con terceros interesados con el propósito o finalidad de defraudar el patrimonio del Estado” (p. 286), sin necesidad que se haya ejecutado lo acordado, ni que se haya generado un peligro concreto de lesión o una lesión efectiva al patrimonio del Estado.

En términos similares, la Cas. N.º 661-2017 Piura, del 11 de julio del 2017, en su f. j. N.º 15, estableció como criterio vinculante lo siguiente:

Así, la colusión simple se consume con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar.

Por otro lado, respecto a la figura del delito de colusión agravada, ésta se consume cuando se ocasiona el perjuicio patrimonial efectivo y concreto en desmedro del Estado, por lo que es un delito de resultado. No obstante, “si no se verifica una concertación previa, el delito de colusión no se configura, así al final se ocasione un perjuicio real al patrimonio del Estado” (Salinas, 2014, p. 287). En esa línea, la Cas. N.º 661-2017 Piura, del 11 de julio del 2017, en su f. j. N.º 15, indica lo siguiente:

Se trata de un delito de resultado lesivo, donde es desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurarse el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado-desvalor del resultado.

1.5.3.2. Desde la óptica de los delitos de infracción de deber

El delito de colusión, tanto en su modalidad simple como agravada, además de ser un delito especial propio, respecto a la conducta, resulta ser un delito de

infracción de deber, por cuanto el supuesto de hecho contiene una institución llamada Administración Pública, de la cual provienen deberes positivos, esto es, deber de probidad y lealtad. Siendo así, el delito de colusión simple se consuma en la medida que el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, al concertar con el particular interesado estaría infringiendo los deberes de lealtad y probidad y al mismo tiempo lesionando el bien jurídico. De esta manera, la infracción del deber estaría perfeccionando el ilícito penal y fundamentando el injusto penal (Arismendiz, 2018).

No obstante, respecto al delito de colusión agravada, la situación se torna un poco distinta puesto que contiene matices peculiares. En este extremo, por mandato legal, el tipo penal exige un perjuicio patrimonial concreto al Estado, apareciendo como un elemento descriptivo del mismo. En ese sentido, al ser el delito de colusión agravada un delito de infracción de deber, este se consuma o perfecciona cuando el sujeto cualificado ha infringido el deber especial, pero además, tiene que haberse generado el perjuicio patrimonial concreto exigido por ley, por lo que en ese extremo, el tipo penal resulta ser un delito de tendencia interna trascendente (Arismendiz, 2018).

1.5.4. Agotamiento

Respecto al delito de colusión simple, el cual se consuma con la sola concertación, la forma agotada aparece evidenciada en la medida que se realizan actos posteriores a tal concertación, por ejemplo, con el otorgamiento de la buena pro, suscripción del contrato de ejecución, la misma ejecución de ese concreto, etc. Ahora bien, respecto al delito de colusión agravada, el cual se consuma con el haber generado el perjuicio patrimonial concreto en desmedro del Estado, la forma agotada se evidencia en la realización de actos posteriores a tal perjuicio patrimonial estatal, por ejemplo, después de haberse pagado las valorizaciones que contienen los metrados sobredimensionados, se procede a recepcionar la obra respectiva.

1.6. Niveles de intervención delictual

Los niveles de intervención delictual lo conforman la figura de la autoría y la participación, encontrándose en esta última, la complicidad primaria, la complicidad secundaria y la instigación.

1.6.1. Formas de autoría

Existen dos grandes teorías para analizar la intervención delictual de los sujetos. Así, se tiene la teoría del dominio del hecho, aplicada regularmente a delitos comunes, y por otro lado, la teoría de infracción de deber, aplicada a los delitos especiales. Respecto a la primera, algunos autores consideran que “ya no es relevante para la determinación de la autoría y las otras formas de intervención en el delito de colusión” (Pariona, 2017, pp. 108-109). Respecto a la segunda teoría, se señala que el delito de colusión debido a su estructura típica es un delito de infracción de deber y “esta calidad dogmática trae consecuencias para la determinación de las distintas formas de intervención en el delito” (Pariona, 2017, pp. 107-108), es decir, formas de autoría y participación. Es necesario precisar que más allá de su condición de delito especial propio, la teoría del delito de colusión como delito de infracción de deber está siendo asumida ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia.

Por las razones expuestas, es necesario interpretar la autoría del delito de colusión desde la perspectiva de las dos teorías, puesto que para algunos será aplicable la primera y para otros, la más acertada será la segunda, y según la postura académica asumida, se calificará a los sujetos. Así también, se precisa que la autoría se encuentra regulada en el art. 23 del CP, encontrándose las siguientes clases: autoría directa, autoría mediata y coautoría.

Desde la óptica de los delitos de dominio, la autoría directa aparece en la medida que el funcionario o servidor público domine la acción delictiva, esto es, cuando su actuar se subsume en el verbo “concertar”, siempre y cuando se de en un escenario de contrataciones públicas. Esto es, el sujeto cualificado al concertar de manera directa con el particular interesado tiene dominio de ese escenario colusorio. Este supuesto es uno de los más comunes en los casos de colusión.

Respecto a la autoría mediata, es posible su admisión, únicamente, cuando el funcionario público (no servidor público porque carece de poder de decisión) interviene indirectamente, a través de un tercero, el cual debe tener la calidad de funcionario o servidor público, quien también interviene en el proceso de contratación pública en razón del cargo específico y le fue otorgado tal cargo por delegación de funciones. De esto, se desprende dos supuestos: si el tercero con funciones delegadas actúa instrumentalizado por el funcionario público que le delegó las funciones, ya sea por error o coacción, nunca será responsable; en cambio, si el sujeto con funciones delegadas tenía conocimiento con anterioridad del acuerdo colusorio entre el funcionario delegante y el particular interesado, y, a pesar de ello, acepta tales funciones con el fin colusorio, entonces estamos ante la figura del caso de instrumento doloso cualificado, el cual responderá en un escenario de coautoría o como autor independiente, según el caso concreto (Arismendiz, 2018).

De acuerdo a lo señalado, existen autores que al analizar la autoría mediata en el delito de colusión, sostienen que responde como autor mediato, “el funcionario que, teniendo el deber especial, interviene en la concertación por medio de otro; mientras que el intermediario, que interviene de manera directa y dolosa, será solo cómplice en el delito, pues no ostenta los deberes especiales” (Pariona, 2017, p. 109). De lo referido, no se está de acuerdo con la parte de que el intermediario por más que haya actuado con dolo, será solo cómplice, puesto que en conformidad con lo señalado en el considerando anterior, este intermediario tiene que tener la calidad de funcionario o servidor público que actúe en razón del cargo y que las funciones le fueron delegadas, debido a que si no cumple con tal característica, por la propia redacción del tipo penal, no se configuraría el delito; y es en tal supuesto que respondería como autor y no como cómplice.

Con relación a la coautoría, es posible en el delito de colusión, más aún en las contrataciones públicas donde “los procesos de selección son llevados por un órgano de decisión conjunta (por ejemplo, el comité especial o el área de tesorería, donde la decisión administrativa surte efectos jurídicos únicamente por acuerdo del órgano) (Pariona, 2017, p. 410); siempre y cuando se de en la medida que existan una pluralidad de intervinientes, codominando el hecho

punible, es decir, que sujetos cualificados mediante un acuerdo previo se hayan repartido roles funcionariales para incurrir en el pacto colusorio y en el perjuicio patrimonial, según la modalidad en concreto del delito de colusión.

Por otro lado, desde la óptica de los delitos de infracción de deber, ésta solo admite la autoría directa y no la autoría mediata o coautoría, por cuanto “el deber especial contenido en la institución positiva, administración pública, fundamenta la autoría e injusto penal, por el alto nivel personal del deber positivo” (Arismendiz, 2018, p. 450). Asimismo, en esta óptica no interesa quien tuvo el dominio del hecho delictivo, sino quien tenía el deber especial.

1.6.2. Formas de participación

Tanto desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, se admite la participación delictual en todos sus extremos, esto es, complicidad (primaria y secundaria) e instigación. Respecto a la complicidad, será participe el sujeto que, con anterioridad a la realización del acuerdo colusorio, coopera con el plan del autor cualificado, respecto al verbo “concertar”. La punición del cómplice en un delito de infracción de deber encuentra amparo en la redacción de la parte final del art. 25 del CP, cuando menciona que el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurren en él, es decir, “el legislador se decantó por la tesis de la unidad de imputación” (Arismendiz, 2018, p. 451).

Respecto a la figura de la instigación, esta se admite en el delito de colusión desleal cuando con anterioridad a la realización del acuerdo colusorio, el instigador haya determinado o desplegado influjo psicológico a favor del sujeto cualificado, con la finalidad de que incurriere en el verbo “concertar”, tanto en su modalidad simple como agravada, con la salvedad que en esta última se requiere el perjuicio patrimonial estatal. Asimismo, la instigación también opera en escenarios con estructuras criminales, en la medida que el sujeto delictual que no cuenta con el deber específico en razón del cargo, pero que ostenta una postura de líder, influye sobre sus subordinados que sí tienen el deber específico para actuar en el proceso de contratación pública, quienes se adscriben al plan

delictual del líder (Arismendiz, 2018). En términos similares, la Corte Suprema, mediante el R. N. N.º 1015-2009 Puno, del 17 de febrero del 2010, en su f. j. Nº 5, señaló lo siguiente:

Es claro que los altos funcionarios no pueden tener la calidad de autores porque les falta la estricta relación funcional para decidir la adjudicación a la empresa Wensa, por la que intercedieron indebidamente. Pero, desde luego, según la conducta que llevaron a cabo para concretar el acto prohibido, tienen la calidad de instigadores. Ambos imputados ejercieron indebida y eficazmente su poder jerárquico y fijaron un marco fáctico de tal entidad que incrementaron de modo relevante la posibilidad-finalmente concretada-de que los inducidos adopten y ejecuten la resolución delictiva a la que se les incitó. Ellos, finalmente, impusieron a los integrantes del Comité Especial de Adjudicación-sin que pierdan la capacidad de decisión sobre la ejecución-el favorecimiento fraudulento a la empresa Wensa.

1.7. Penalidad

El art. 384º del CP que regula el delito de colusión tiene dos niveles penológicos. El primero, vinculado a su primera modalidad, esto es, colusión simple, situación que aparece en la medida que 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 segundo nivel penológico, respecto a su segunda modalidad, esto es, colusión agravada, en la medida que 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”.

CAPÍTULO II

LA CONCERTACIÓN DESDE LA

PERSPECTIVA DOCTRINAL Y

JURISPRUDENCIAL PERUANA

CAPÍTULO II: LA CONCERTACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL PERUANA

La concertación es el principal elemento y núcleo central del delito de colusión, siendo su estudio de vital importancia para la configuración de este tipo penal. Por consiguiente, en este apartado, se la analizará desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial peruana con el fin de verificar si ha sido definida desde una óptica fenomenológica o desde una óptica normativa.

2.1. La concertación desde la perspectiva doctrinal

2.1.1. Definición de la concertación

En la doctrina, diversos autores se han pronunciado respecto a la definición del elemento “concertación”, también llamado “acuerdo colusorio”, “pacto colusorio” o “pacto defraudatorio”; y lo han hecho tanto desde una perspectiva fenomenológica como desde una perspectiva normativa.

2.1.1.1. Desde una perspectiva fenomenológica

Mayoritariamente, la doctrina nacional entiende al elemento “concertación” desde una perspectiva fenomenológica o natural, en la que se la define como un acuerdo de voluntades entre el sujeto cualificado, ya sea funcionario o servidor público, que vendría a ser el *intraneus*, y los interesados, que vendría a ser el *extraneus*, esto es, se la comprende como un elemento descriptivo del tipo penal analizado.

Siendo así, entre los diversos autores que se han pronunciado desde esta perspectiva, se tiene a Pariona (2017) que señala que el núcleo central del delito de colusión es la concertación, la cual implica “el acuerdo ilegal entre el particular interesado y el agente público que representa los intereses contractuales del Estado” (p. 42), verificándose con ello un “encuentro de dos acciones voluntarias con el propósito de defraudar al Estado” (p. 43), a través del beneficio otorgado al particular interesado poniendo en riesgo los intereses económicos del Estado. En esa misma línea, Hugo y Huarcaya (2018) refieren que el término concertar implica un acuerdo ilegal con el fin de perjudicar el patrimonio del Estado.

Asimismo, Castillo (2017) refiere que la concertación es un acuerdo ilegal, donde las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares interesados, todo ello, con la finalidad de plasmar una decisión en la que se selle una concertación concusionaria en perjuicio del Estado.

En términos similares, García (2015) indica que la concertación, entre el funcionario público competente y el particular, supone un acuerdo pacto entre ellos, donde se establecen condiciones deliberadas que benefician al particular interesado en detrimento de los intereses patrimoniales del Estado.

Así también, Reátegui (2012) señala que la concertación es la “puesta de acuerdo entre el funcionario y el interesado (...) la conjunción de voluntades con la finalidad de defraudar al ente público” (p. 901).

De igual manera, Salinas (2019) manifiesta que el término “concertar” consiste en ponerse de acuerdo, pactar, convenir o arreglar con los interesados para defraudar al Estado, y citando a García Cavero y Castillo Alva, refiere que el acuerdo colusorio implica que el agente se ponga de acuerdo con el interesado particular, en un marco subrepticio y no permitido por la Ley, con la finalidad de defraudar al Estado o, específicamente, al organismo estatal que representa; verificándose, con ello, un alejamiento del funcionario público respecto a la defensa de los intereses públicos que le han sido encomendados en razón de su cargo, y también, de los principios que rigen toda la actuación administrativa.

Por otro lado, Cáceres y Carrión (2011), citando a Llorente Fernández y Polaino Navarrete, señalan que el elemento central y principal del delito de colusión es la concertación, la que implica un pacto o concordancia de pareceres entre el funcionario público y el particular interesado; hecho que puede configurarse a través de un solo acto o de un conjunto de actos. En esa línea, Nolasco, Velarde, Ayala y López (2011) indican que la acción típica en el delito de colusión es el elemento concertación, entendida como la celebración del acuerdo colusorio entre el autor y el interesado (proveedor) en los contratos, licitaciones, suministros, concurso de precios, subasta, o en cualquier otra operación semejante con la finalidad de defraudar al Estado, esto es, producirle un perjuicio económico.

Asimismo, Rojas (2007) define a la concertación como un pacto ilícito. También, Abanto (2001) sostiene que el acuerdo colusorio implica mucho más que convenio o contrato y para que se manifieste basta cualquier conducta del funcionario destinada a ponerse ilícitamente de acuerdo con el particular interesado.

Entre otros autores, encontramos a Carrión (2010), quien sostiene que el acuerdo colusorio comprende la conjunción de voluntades entre el funcionario y el particular interesado en el contexto de un contrato público, sin embargo, ello no es suficiente, puesto que se requiere, además, que los sujetos mencionados acepten tal acuerdo. En esa misma línea, Montoya (2008) refiere que no se configuraría el delito de colusión si el funcionario público y el particular interesado no brindan su consentimiento para que se lleve a cabo la actividad contraria al proceso regular de la contratación.

Por otra parte, Peña Cabrera (2010) manifiesta que el término “concertar” se encuentra anclado en un concepto privado de la codelincuencia, debido a que dos o más personas pactan la realización de un acto antijurídico con el fin de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido.

2.1.1.2. Desde una perspectiva normativa

Ahora bien, como ya se ha señalado en el considerando anterior, los autores hasta ahora mencionados, que vienen a ser la parte mayoritaria de la doctrina

nacional, entienden a la concertación desde una perspectiva natural o fenomenológica, esto es, la definen como un elemento descriptivo, señalando que es el acuerdo de voluntades entre el sujeto cualificado y los interesados. Sin embargo, existen algunos autores con una postura distinta a la manifestada, que entienden a la concertación desde una perspectiva normativa, esto es, la definen como un elemento normativo del tipo penal, y no como un elemento descriptivo del mismo.

Entre ellos, se encuentra Jiménez (2018), quien sostiene que considerar y definir a la concertación como un pacto o acuerdo, como muchos lo vienen haciendo, es una apreciación no adecuada, bastante restringida y que no suma a establecer ni la definición ni el contenido del acuerdo colusorio. Por tales razones, considera que la concertación implica, necesariamente, una comunicación, entendida ésta como un proceso donde se requiere por lo menos la intervención de tres elementos: la fuente (emisor o codificador), el mensaje y el destino (receptor o decodificador); no obstante, agrega otros elementos como el canal, el código y el contexto.

Asimismo, especial atención merece la postura del autor Arismendiz (2018) respecto a la definición y contenido que le otorga a la concertación, la cual tiene un enfoque distinto a lo que señala mayormente la doctrina. Este autor manifiesta que por la misma naturaleza ilegal del escenario colusorio, ésta aparece marcada por conductas ocultas, espurias, subrepticias, donde las partes tienen intenciones con contenido penal debido a que pretenden lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por el delito de colusión; siendo así, dichas intenciones de los sujetos contienen una alta dificultad de probanza. Por tal razón, asumir, como lo viene haciendo la doctrina desde una perspectiva fenomenológica, que la concertación consiste en un acuerdo de voluntades entre los sujetos intervinientes, resulta ser un retroceso o freno en la lucha contra la corrupción, puesto que en algunos supuestos se tendría una gran dificultad para probar el pacto colusorio y, en consecuencia, si no se llega a probar este elemento, no se podría configurar el delito analizado.

Ante tales razones, el referido autor sostiene que el acuerdo colusorio o escenario concertatorio no debe ser definido ni entendido como un elemento descriptivo del tipo penal, propio de un escenario natural o fenomenológico, mediante el cual se exige para fines de probanza el acuerdo de voluntades, es decir, demostrar por ejemplo que los sujetos participantes conversaron, dialogaron y lograron conocerse; sino que la concertación debe ser entendida desde una perspectiva normativa, donde se le dote de contenido jurídico, es decir, debe ser considerado como un elemento normativo del tipo penal “donde el agente deberá realizar juicios de valoración según el caso concreto, dotándole de contenido jurídico a las diversas evidencias e indicios adquiridos en la etapa de investigación” (p. 407).

2.1.2. Contenido de la concertación

El contenido de la concertación se analizará desde una perspectiva fenomenológica y desde una perspectiva normativa.

2.1.2.1. Desde una perspectiva fenomenológica

Gran sector de la doctrina ha dotado de contenido al elemento “concertación” desde una perspectiva fenomenológica o natural, en la cual se sostiene que el acuerdo colusorio debe cumplir con diversas particularidades para que tenga relevancia jurídico penal y de esta manera, configure el delito de colusión.

En ese sentido, Castillo (2017) manifiesta, en primer lugar, que la concertación o acuerdo colusorio puede darse a través de un solo acto entre los funcionarios y los particulares interesados, no obstante, indica que también es posible que la misma se realice a través de una pluralidad de actos o acciones por parte de los sujetos intervinientes, cabiendo estas dos posibilidades.

Asimismo, el referido autor sostiene que la “concertación”, para que pueda ser típicamente relevante y con ello, configurar el delito de colusión, debe contener ciertos requisitos indispensables, los cuales son:

- El acuerdo colusorio debe ser real, es decir, debe haber efectivamente ocurrido, y para ello, es necesario que se señale, en la medida de lo posible,

las circunstancias de modo, tiempo y lugar. De esta manera, si se dicta una sentencia condenatoria por el delito de colusión, ésta debe acreditar de manera fehaciente la concertación existente entre el funcionario y el particular interesado; por ello, si se tiene alguna duda razonable respecto al hecho, cabe la absolución. Por tanto, en caso haya sospechas del pacto colusorio o exista solo algunos indicadores objetivos de tal concertación, éstas deben ser esclarecidas en una investigación fiscal con la finalidad de concluir si realmente ocurrió tal suceso y con ello, dictar una sentencia condenatoria.

- El acuerdo colusorio debe ser serio, verosímil y de plausibilidad racional. Este requisito permite descartar, de entre los pactos colusorios que configuran el delito de colusión, los que resultan ser extravagantes, los de imposible cumplimiento fáctico o jurídico o los de imposible realización o ejecución. Ejemplo de ello, se tiene la concertación de la venta del Palacio de Gobierno, de la Plaza de Armas de Lima, de la Catedral de Lima, entre otros.
- El acuerdo colusorio debe poseer un objeto contractual definido o determinado en sus aspectos esenciales y debe recaer sobre bienes, obras o servicios; el objeto determinado también se exige para el caso de las concesiones. La referencia a los bienes, obras o servicios es para señalar que éstos pueden existir al momento de la concertación o en todo caso, se trate de una existencia futura. Asimismo, se exige la delimitación de la clase de contrato, por ejemplo si se trata de uno de bienes o de servicios, y la precisión del objeto del contrato en cuanto a su especie o género. Se precisa que en tal requisito no es necesario que se determine la cantidad, el tiempo de realización o el precio del contrato.

Respecto a los requisitos señalados precedentemente, Martínez (2018) no comparte tal idea, y sostiene que para que se configure el acuerdo colusorio no es necesario que se precise los actos que se realizarán para afectar el proceso administrativo, tampoco el hecho de establecer los bienes, monto económico o acto administrativo que permitirán que el particular interesado obtenga la buena pro, o en todo caso, el pago del bien o servicio establecido en el contrato, es decir, para cuestiones probatorios no es necesario que se establezca el tiempo,

lugar y modo de la concertación, puesto que la expectativa que se tiene en el contexto de la contratación pública es respecto a la desviación de la conducta del funcionario público y no a la relacionada con la protección del patrimonio donde se tendría que establecer el beneficio económico que obtendría el interesado.

Otro aspecto relevante que destaca la doctrina respecto al contenido de la concertación, es su ilicitud. Al respecto, Castillo y García (2008) sostienen que no todo acto de concertar o ponerse de acuerdo es relevante para el ámbito del derecho penal ni crea el riesgo típicamente previsto por la norma. En ese sentido, Pariona (2017) refiere que la concertación por sí misma no es ilícita, como algunos sostienen erróneamente, puesto que puede darse el caso de que un funcionario público, en el contexto de un proceso de contratación, se reúna y llegue a acuerdos lícitos con el particular interesado. Siendo así, tal conducta sería atípica y por tanto, no configuraría el delito de colusión. Cuestión distinta, es el hecho que se llegue a un acuerdo de naturaleza ilícita, ilegal e indebida con el potencial para perjudicar al Estado; en ese caso, tal comportamiento configuraría el delito analizado pues se encuentra en un marco de ilegalidad. En la misma línea, Abanto (2003) manifiesta que para que se dé la concertación, es necesario que los sujetos intervinientes, esto es, funcionario e interesado, se pongan de acuerdo ilícitamente en el contrato.

Por otro lado, algunos autores consideran como un aspecto del contenido de la concertación, su idoneidad. Esto se refiere a “la idoneidad del acuerdo para generar un riesgo al proceso de la contratación pública, lo que supone desviarse de la defensa de los intereses públicos encomendados” (Salinas, 2011, p. 131). Se precisa que tal idoneidad debe ser analizada *ex ante* en donde resulte jurídicamente relevante que se llegue a un acuerdo con el fin de que el funcionario realice una actividad que perjudique el correcto desarrollo de sus funciones en el marco de una contratación pública (Martínez, 2018). En sentido similar, tal elemento también ha sido acogido por Abanto (2003).

Respecto a que la concertación debe ser idónea, Martínez (2018) sostiene que “la idoneidad del acuerdo no debe estar vinculada a la afectación del patrimonio del Estado” (p. 80), debido a que lo que se protege por la norma penal es la

expectativa que la sociedad tiene de los deberes que posee el funcionario en el desarrollo de sus actividades, en un contexto de una contratación pública, y no el patrimonio. Por tales razones, señala que si la concertación llega a afectar cualquiera de las normas que regulan el desarrollo del proceso de contratación, entonces será idónea.

En sentido contrario, Pariona (2017), quien si bien comparte que la concertación debe ser idónea al señalar que el acuerdo colusorio no se trata de cualquier forma de negociación irregular con los interesados sino de un acuerdo ilegal que tenga idoneidad, sin embargo, considera que la misma debe realizarse para perjudicar el patrimonio del Estado y de esta manera, comprometer indebidamente y lesivamente los recursos públicos. De la misma manera, García (2008) manifiesta que “el acuerdo al que se llega con el particular debe ser idóneo para perjudicar el patrimonio del Estado” (p. 40).

Por otra parte, un aspecto relevante que ha traído diversas opiniones es el referido a la clandestinidad del acuerdo colusorio. Al respecto, se indica que el tipo penal de colusión, no señala de manera expresa si el acuerdo colusorio debe ser clandestino o no, existiendo al respecto, posturas diversas. Asimismo, cabe precisar que el término clandestino también es conocido como subrepticio, oculto y demás sinónimos, por lo que cuando se mencione esos términos, se estará haciendo referencia a lo mismo.

De esta manera, autores como Martínez (2018) sostienen que la concertación ilícita es un acuerdo subrepticio, “con lo cual se hace referencia a la direccionalidad del proceso a favor de un particular interesado, que es la finalidad central del pacto” (p. 77). En la misma línea de considerar a la concertación como un acuerdo subrepticio se encuentra Rodríguez (2007), el cual establece que para que se configure el acuerdo colusorio, éste debe ser subrepticio; así también, Abanto (2003) refiere que la colusión consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente.

De igual manera, autores como Réategui (2012) consideran que el acuerdo colusorio debe realizarse en un espacio de clandestinidad. Así también, Hugo y Huarcaya (2018) sostienen que la concertación es el acuerdo oculto dado entre

varios sujetos, como lo son el funcionario público y el particular interesado, con el fin de conseguir ilícitamente un provecho en perjuicio del Estado que por su misma naturaleza presenta una serie de dificultades para su probanza.

Ahora bien, la posición de considerar a la concertación como un acuerdo clandestino, subrepticio u oculto, no es compartida por Martínez (2018), quien sostiene que no necesariamente los sujetos intervinientes tienen que ocultar el acuerdo ilícito ante los demás, puesto que puede suceder, como en algunos países, que la corrupción en la Administración Pública sea tan común que se conozca de manera anticipada a las empresas que resultarán favorecidas con determinados contratos, de lo que se deduce la existencia de un acuerdo ilícito entre los sujetos intervinientes. Siendo así, establecer que la concertación debe ser clandestina, conlleva a limitar el radio de actuación de la norma para espacios o contextos que desde un inicio pretende regular, debido a que lo relevante en la concertación, es el acuerdo que direcciona el proceso administrativo en favor de una persona.

En sentido similar, Pariona (2017) indica que se debe entender que la clandestinidad es una modalidad o forma de proceder frecuente en la casuística, puesto que si se lo considera como un elemento, se supondría que en determinados casos donde el acuerdo colusorio no se realice de manera clandestina o deje de serlo en el transcurso de la contratación, tal hecho incluso podría llegar a ser atípico en la configuración del delito analizado, lo que no es correcto, debido a que el escenario colusorio se puede materializar en un contexto clandestino o no.

Por otra parte, Martínez (2018) manifiesta que en la concertación debe existir fraude o engaño, es decir, el desarrollo de una actividad engañosa dentro del acuerdo colusorio para con la Administración. No obstante, sostiene que se viene confundiendo el delito de colusión como un subtipo de estafa, lo cual no es así, puesto que en el delito analizado no se aprecia una relación de engañador-engañado, necesario para el delito de estafa, sino que lo que existe es una relación jurídica, basada en la representación del funcionario en el acto

contractual para que administre de forma adecuada los recursos patrimoniales en el contexto de las contrataciones públicas.

Por último, Salinas (2019) sostiene que el acuerdo colusorio realizado entre el agente público y el particular interesado, debe contener “un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego” (p. 354). Además, refiere que el pacto colusorio puede concretizarse mediante diversas modalidades, entre ellas, simulando precios en una contratación pública, ya sea sobrevaluándolos o subvaluándolos; así también, mediante la admisión de calidades inferiores a las requeridas para la contratación, o la derivación directa de las operaciones ventajas o intereses particulares para otros fines.

En consecuencia, Salinas (2016) refiere que no se trata de castigar cualquier concertación, sino únicamente las que buscan perjudicar o perjudican o traen consecuencias económicas nocivas para el Estado, entre las que se encuentran, por ejemplo, el pago mayor por un producto de una determinada calidad o porque se paga un precio determinado por un bien de menor calidad, como consecuencia de la concertación de los sujetos. Por tal razón, lo que se cuestiona en la conducta del funcionario público es el acuerdo colusorio, ilegal y doloso que realiza con el particular interesado con el fin de obtener un provecho en perjuicio del Estado. En términos similares, Abazalo (2018) sostiene que el acuerdo colusorio, configurador del delito de colusión, no puede tener cualquier tipo de finalidad, sino que su realización debe estar dirigida a ocasionar perjuicios materiales al Estado, dicho de otra manera, a generar un daño material en las arcas públicas.

2.1.2.2. Desde una perspectiva normativa

Un sector minoritario de la doctrina ha dotado de contenido jurídico al elemento “concertación” desde una perspectiva normativa, en la cual se sostiene que no es necesario que se establezcan las circunstancias de modo, tiempo, lugar, etc. del pacto colusorio como se lo hace desde la perspectiva fenomenológica, sino que la concertación debe entenderse como una comunicación.

Entre ellos, se encuentra Jiménez (2018), quien considera que la concertación implica, necesariamente, una comunicación, entendida ésta como un proceso donde se requiere por lo menos la intervención de tres elementos: la fuente (emisor o codificador), el mensaje y el destino (receptor o decodificador); no obstante, agrega otros elementos como el canal, el código y el contexto, los cuales pueden ser diversos y esenciales para la configuración del acuerdo colusorio. De esta manera, señala que la transmisión de mensajes es lo que diferencia a la concertación de otros mecanismos de corrupción, esto es, el proceso de circulación del mensaje entre un emisor y el receptor; así también, como segundo elemento diferenciador se encuentra el objeto, el mecanismo o medio, sin embargo, la cantidad de intervinientes que se emplee para ese tránsito es irrelevante en términos de imputación.

En ese sentido, manifiesta que la concertación es un proceso de circulación de un mensaje consensuado entre los intervinientes; y como nota adicional agrega que el contenido del mensaje debe ser defraudatorio y debe intervenir dos partes, esto es, el funcionario y el interesado. Así, refiere que dotar de contenido a la concertación en esos términos, amplía el panorama de opciones para que determinados contextos sean considerados formas de comunicación y por ende, una forma de concertación.

Por tanto, sostiene que es importante entender cuándo se está ante un evento que pueda considerarse como concertación, puesto que el acuerdo colusorio, en el delito de colusión, puede presentarse de múltiples formas, donde lo importante es verificar el proceso comunicativo entre el funcionario público y el interesado; además, de verificarse su idoneidad, la que es distinta en la colusión simple y la colusión agravada.

Asimismo, entre los otros autores que merecen especial atención, se encuentra Arismendiz (2018), quien considera que la concertación debe ser entendida desde una perspectiva normativa, donde se le dote de contenido jurídico, esto es, debe ser considerado como un elemento normativo del tipo penal “donde el agente deberá realizar juicios de valoración según el caso concreto, dotándole de contenido jurídico a las diversas evidencias e indicios adquiridos en la etapa de

investigación” (p. 407); juicios de valoración que exigen niveles de análisis superiores a la del profano.

En ese sentido, sostiene que la concertación no es el acuerdo de voluntades fácticas entre el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público (*intraneus*), y los interesados (*extraneus*), sino por el contrario, es la comunicación entre el *intraneus* y el *extraneus*, “entendiéndose por comunicación, al proceso de interacción desplegado por una persona según el rol asumido en la sociedad, dicho rol aparecerá materializado a través del ejercicio de sus deberes y derechos” (p. 410). Por lo tanto, en la medida que el “concertar” aparece vinculado al acuerdo o pacto colusorio, el cual opera al margen de la legalidad, entonces, “la imputación jurídico penal radicaré en la medida que la persona defraude las expectativas sociales a las cuales se encuentra inmerso por no tener el estatus de ciudadano, por cuanto, organizó defectuosamente sus funciones al incumplir su rol correspondiente” (p. 410).

De esta manera, refiere que el funcionario o servidor público responderá penalmente en el caso que haya incumplido su rol especial. Por otro lado, el interesado responderá en la medida que haya quebrantado su rol general de no dañar. Por tales razones, el escenario probatorio del delito de colusión aparecerá circunscrito a la verificación de las expectativas sociales según la infracción del rol especial o del rol común correspondientes respectivamente al sujeto cualificado y al interesado, los cuales intervienen en cualquier etapa de un proceso de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado.

Agregando a lo anterior, manifiesta que lo expuesto aparece operativizado en la medida que se tenga presente ciertos indicadores que permiten arribar a un escenario de imputación penal, propio de los delitos de infracción de deber. Finalmente, señala que el ciclo de imputación jurídico penal, para efectos de probanza del acuerdo colusorio, deberá ir aparejado con los lineamientos de la prueba indiciaria.

Por último, refiere que el pacto colusorio o pacto defraudatorio tiene como una de sus particularidades, matices de ilegalidad. Esto consiste en que por más que se

haya dado en un escenario contractual público bajo las formalidades legales requeridas, tal accionar no encuentra amparo legal por cuanto se busca defraudar al Estado. Es decir, si bien el funcionario tiene la función de llegar a acuerdos con los particulares interesados para la contratación pública y para ello, tal accionar se da conforme a las formalidades legales, tal acuerdo lo realizan con el fin de perjudicar al Estado, y es esta concertación la que es castigada por el delito en análisis.

2.1.3. Criterios doctrinales ajenos a la concertación

En los casos en los que no se dé la concertación entre el funcionario público y el particular interesado, los hechos no podrían subsumirse en el delito de colusión. Así, entre ellos, se tiene a la “mala negociación” realizada por un funcionario público, conducta que no puede configurarse dentro del delito de colusión; en todo caso, se trataría de una infracción administrativa sancionable con las medidas disciplinarias previstas por ley. Ejemplo de ello, se da cuando solamente se prueba que lo recibido por el Estado de parte del particular, en el contexto de una contratación pública, no resultó proporcional con su contraprestación; al ser así, lo que se ha demostrado es que el funcionario negoció mal y que no necesariamente concertó con el particular para defraudar al Estado (García, 2015). En términos similares, Mandujano (2017) sostiene que una mala negociación, a pesar que beneficie al particular interesado, tampoco puede devenir en una concertación ilegal puesto que ha sido producto de una negligencia o impericia en el desarrollo de la contratación.

De igual manera, Pariona (2017) sostiene que en el caso de que no se produzca el acuerdo colusorio entre el funcionario público y el particular, el hecho no podría subsumirse en la calificación del delito de colusión, a pesar de la existencia de algún perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado; en todo caso, tal conducta se sancionaría a través de otras medidas, dependiendo de la manifestación fáctica del comportamiento. Así, se tiene que podría recurrirse a otros ilícitos penales como el delito de patrocinio ilegal, negociación incompatible, entre otros, y en otros casos, a las normas administrativas aplicables tanto de la

ley de contrataciones o de otras normas especiales, puesto que podría tratarse de una mala negociación, la cual no necesariamente se encuentra vinculada a la infracción de alguna norma, sino que la misma se refiere a la impericia para lograr condiciones más ventajosas, de lo que se destaca que un mal negocio no necesariamente evidencia un acuerdo colusorio. Por ello, no hay delito de colusión sin concertación previa.

Por último, otros autores sostienen que no constituye acuerdo colusorio la predisposición unilateral, ya sea del funcionario público o del proveedor, para defraudar al Estado en el contexto de una contratación pública, puesto que la concertación requiere necesariamente para que se configure el delito de colusión, del acuerdo de ambos sujetos y no solo de uno de ellos (Mandujano, 2017). Siendo así, en el caso en que alguna de las partes obtenga una venta ilícita que no ha sido producto del pacto colusorio, la misma deviene en atípica; es por ello que la recepción de productos defectuosos o la ejecución de obras deficientes, no configuran el delito de colusión, sino el de estafa. Por ejemplo, si uno de los interesados, en el contexto de una contratación pública, sin que haya existido concertación entre éste y el funcionario público, defraudan al Estado, ya sea vendiéndole productos para su comercialización que han caducado pero cuyas etiquetas se cambian, o entregándole bienes de inferior calidad a lo acordado, cometerán el delito de estafa, mas no el de colusión (Castillo y Cavero, 2008).

2.2. La concertación desde la perspectiva jurisprudencial

En los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, las cosas no son muy diferentes a lo desarrollado mayoritariamente por la doctrina nacional. No obstante, se ha considerado necesario analizar la concertación en un apartado distinto, desde la perspectiva jurisprudencial.

2.2.1. Definición de la concertación

Desde la óptica jurisprudencial, la Corte Suprema mediante diversos pronunciamientos se ha referido respecto a la definición del elemento “concertación”, también llamado “acuerdo colusorio”, “pacto colusorio” o “pacto

defraudatorio”, y lo ha hecho desde una perspectiva fenomenológica, esto es, se ha decantado por un sentido causal-natural, en el cual se entiende a la concertación como un acuerdo de voluntades entre el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, y el interesado.

Siendo así, entre los diversos pronunciamientos que se han efectuado desde esta perspectiva, se tiene la Casación N° 661-2016 Piura, doctrina jurisprudencial vinculante, de fecha 11 de julio del 2017, que en su f. j. n° 14 manifiesta que la concertación es el acuerdo con los interesados en los procesos de contratación y adquisición de bienes, obras o servicios para el Estado, esto es, es el acuerdo defraudatorio en el ámbito de una contratación pública.

Del mismo modo, la Sala Penal Transitoria mediante el R. N. N.° 1842-2016, del 6 de julio de 2017, en su f. j. n° 34, señala que la concertación es el núcleo del delito de colusión, la cual implica que se pongan de acuerdo el funcionario público y el eventual sujeto interesado, en un contexto de un concurso público, contrato y otro con el fin de defraudar al Estado.

Asimismo, se encuentra lo establecido por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en el caso “Mobetek”, Exp. N° 20-2003-AV, del 18 de octubre del 2005, el que en su f. j. n° 27 indica que la concertación significa ponerse de acuerdo con los interesados, esto es, exige para su manifestación, una conjunción de voluntades o pacto, que lo erige en un delito de participación necesaria.

En sentido similar, se tiene el R. N. N.° 1565-2012, del 10 de noviembre de 2013, que en su f. j. n° 5.1 sostiene que el delito de colusión exige como presupuesto para su configuración la concertación, consistente en que el funcionario se ponga de acuerdo de manera subrepticia con los interesados en una contratación pública.

De la misma manera, la Corte Suprema a través del R. N. N° 2712-2014, del 7 de octubre de 2015, refiere en su f. j. n° 3.3 que la concertación es el acuerdo del funcionario con los interesados, de forma subrepticia, en contra de los intereses encomendados y de los principios que informan toda la actuación administrativa.

Igualmente, en la ejecutoria suprema sobre el R. N. N.º 1105-2011, del 22 de agosto de 2012, en el f. j. n.º 3 se señala que el tipo penal de colusión exige como presupuesto para su comisión la concertación o también llamado, pacto colusorio, el cual consiste en que el funcionario se ponga de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse asimismo y también a los intereses privados.

En esa misma línea, en el R. N. N.º 1034-2011, del 28 de marzo de 2012, f. j. n.º 7, se indica que la concertación consiste en la existencia de un acuerdo subrepticio entre ambos actores, los cuales pueden darse a través de pactos lícitos, componendas o arreglos.

2.2.2. Contenido de la concertación

La jurisprudencia ha dotado de contenido al elemento “concertación” desde una perspectiva fenomenológica o natural, en la cual el acuerdo colusorio es entendido como un elemento descriptivo en el que debe contener diversas particularidades para que tenga relevancia jurídico penal y de esta manera, configure el delito de colusión; contenido que en algunos aspectos tiene semejanza a lo desarrollado por la doctrina mayoritaria, conforme ya se ha señalado en los acápite anteriores.

Así, una exigencia que requiere la jurisprudencia es que debe señalarse en la medida de lo posible las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se llevó a cabo el pacto colusorio. Respecto a ello, se tiene el R. N. N.º 2264-2011-PIURA de fecha 7 de agosto de 2012 emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la que se aprecia que dicho recurso fue interpuesto por el señor Fiscal Superior y el Procurador Público de la Municipalidad Distrital de El Alto, contra la sentencia de fecha 20 de agosto de 2011, que absolvió de la acusación fiscal a Manuel Agustín Muñoz Castillo, ex alcalde de la Municipalidad de El Alto; Ricardo Félix Palacios Núñez, ex administrador; Eduardo Tequen Gonzáles, Jefe de Rentas; Jorge Luis Herrera Atoche, ex Jefe de Rentas; Jim Henry Merino Merino, ex Asesor Legal; y Moro Canales Flores, representante de la empresa Serico; como autores del delito contra la Administración Pública, en su

modalidad de peculado doloso y colusión, en agravio de la Municipalidad Distrital de El Alto y el Estado.

En el citado recurso, el representante del Ministerio Público atribuye a las mencionadas personas la existencia de una concertación en el otorgamiento de una licitación a quien ilegalmente no le corresponde.

Al respecto, la Sala Penal Permanente en su f.j. n° 4, respecto del delito de colusión, estableció lo siguiente:

Que, el delito en mención por su propia naturaleza permite la lógica negociación y trato cercano entre el particular y el funcionario o servidor público que representa el Estado en las operaciones comerciales, no obstante ello, lo cuestionable es el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso entre ambas partes para obtener un provecho en perjuicio del Estado; que a este respecto, cabe precisar, que el representante del Ministerio Público sustentó su imputación en la acusación fiscal escrita de fojas quinientos treinta y dos, básicamente en los siguientes términos “(...) aprobando también el acta de transacción extrajudicial con Petroperú Sociedad Anónima, por S/. 617,509.96 nuevos soles, monto bastante inferior a los anteriormente señalados, de lo que se colige que ha existido una concertación de voluntades con la finalidad de beneficiarse personalmente, con el consiguiente perjuicio de la entidad agraviada, por montos de dinero bastantes importantes (...)”, consecuentemente, de esta premisa se infieren dos situaciones, la primera, referida a que no existe sustento ni fáctico, ni probatorio del delito de colusión, esto es, cuándo, cómo y por qué medios se habría llevado a cabo la concertación entre funcionarios ediles y los representantes de la empresa Serico, empero, la segunda, nos revela que propiamente no subsiste una atribución referida al delito de peculado doloso.

En ese sentido, la Sala Penal Permanente, de manera expresa sostuvo que no se contaba con elementos de cuándo, cómo y por qué medios se habría llevado a cabo la concertación, esto es, el acuerdo confabulatorio entre los funcionarios ediles y los funcionarios de la Empresa Petróleos del Perú; incluso en su considerando sétimo sostuvo que el representante del Ministerio Público no ha mencionado lo siguiente: ¿en qué consistiría la presunta concertación? o ¿de qué forma se habría llevado a cabo ésta?, por lo que no podría inferirse un acuerdo entre los funcionarios ediles y el representante de la Empresa Serico. Por tanto, declara no haber nulidad en la sentencia de fecha 20 de junio de 2011, que absolvió a los acusados como autores de del delito de Colusión.

Del mismo modo, la jurisprudencia también exige que se exteriorice el acuerdo colusorio. De esta manera, se cuenta con la ejecutoria recaída en el R. N. N.º 1397-2011, del 22 de mayo de 2012, f. j. n.º 4.6, donde la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, ha sostenido que:

“El ilícito penal submateria requiere necesariamente de la intervención activa del interesado presuntamente coludido-*extraneus*-, quien justamente tendría que concertar con el funcionario público, lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte, y con ello, un acuerdo de voluntades entre el funcionario público y el interesado no funcionario (...)”.

Así también, existen pronunciamientos en la misma línea de los ya señalados, en los que no se llega a probar el acuerdo colusorio y a los sujetos intervinientes. Al respecto, se tiene el R. N. N.º 1730-2011, del 9 de mayo de 2012, que en su f. j. n.º 7 señala que “(...) en la sentencia de grado, el Colegiado Superior no ha podido identificar a los funcionarios de la Empresa Telefónica del Perú, que se habrían puesto de acuerdo para defraudar a la entidad edil (...)”.

Por otro lado, la Corte Suprema, mediante algunos de sus pronunciamientos en materia penal, ha considerado que la concertación debe ser idónea. Entre ellos, el R. N. N.º 2712-2014, del 7 de octubre de 2015, en su f. j. n.º 3.3, ha indicado que los acuerdos colusorios deben tener idoneidad para que puedan perjudicar el patrimonio del Estado y, consecuentemente, comprometer lesiva e indebidamente los recursos provenientes de las arcas públicas.

De igual manera, se tiene la Casación vinculante N.º 661-2016 Piura, de fecha 11 de julio del 2017, f. j. n.º 16, en la que se sostiene que en la colusión simple se debe comprobar el elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta colusoria para producir un determinado efecto.

Igualmente, la Sala Penal Transitoria mediante el R. N. N.º 1464-2004 Cusco, del 17 de febrero de 2005, sostuvo que para la configuración del tipo penal de colusión, bastaba la existencia de la concertación, siempre y cuando, esta sea idónea para afectar el patrimonio público. En términos similares, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en el caso “Mobetek”, Exp. N.º 20-2003-AV, del 18 de octubre del 2005, f. j. n.º 27, ha señalado que para que se perjudique el

patrimonio del Estado es necesario la existencia de pactos colusorios que tengan idoneidad.

De la misma manera, Sala Penal Especial de la Corte Suprema, a través del Exp. N° 25-2003-A-V, del 3 de agosto del 2005, f. j. n° 39, ha sostenido que si la conducta no tiene entidad, por su objeto, por los medios utilizados o por los resultados perseguidos, para afectar el patrimonio, ello no es punible, puesto que no tiene la capacidad suficiente para poner en peligro el patrimonio del Estado.

Por otra parte, en la jurisprudencia peruana se aprecia frecuentemente que el delito de colusión supone un acuerdo clandestino, subrepticio, oculto y demás sinónimos, los cuales pueden ser mencionados indistintamente.

De esta manera, entre los diversos pronunciamientos, se encuentra lo establecido por el R. N. N.° 1076-2013, emitido el 2 de abril del 2014, el cual en su f. j. n° 3 señala que el delito de colusión es el concierto subrepticio y clandestino entre los sujetos intervinientes, términos sinónimos, como ya se ha señalado anteriormente. En sentido similar, la Sala Penal Transitoria mediante el R. N. N.° 1842-2016, del 6 de julio de 2017, en su f. j. n° 4, establece que la concertación es “el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin lícito”.

Igualmente, la Corte Suprema mediante el R. N. N° 2726-2012, del 21 de mayo del 2012, en su cons. N° 5, indica que se entiende por concertación al acto de ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permita. En parecido sentido, la ejecutoria suprema recaída en el R. N. N.° 248-2013 ha establecido que el pacto colusorio debe ser oculto o clandestino, esto es, ilegal y que no sea justificado por el derecho; por tal razón, tiene que estar fuera del conocimiento de los órganos vinculados al sistema de control, en el que no necesariamente debe existir maniobras engañosas.

Agregando a lo anterior, la Corte Suprema en el R. N. N°. 1296-2007, del 12 de diciembre de 2007, en el f. j. n° 5, ha sostenido que:

“La concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del

agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa”.

Del recurso de nulidad señalado en el párrafo precedente, se aprecia que la Corte Suprema considera que la concertación debe ser ilícita. De esta manera, lo que se trata de prohibir mediante la norma es el acuerdo de naturaleza ilícita, esto es, en un marco de ilegalidad. Por tanto, si se llega a acuerdos lícitos entre los sujetos intervinientes para una contratación pública, tal conducta no constituye el delito de colusión.

Por último, un sector de la jurisprudencia peruana ha considerado que la concertación debe darse en un escenario de engaño. Entre ellas, se encuentra el R. N. N.° 1842-2016 emitido por la Corte Suprema, de fecha 6 de julio de 2017, que en su f. j. n° 27, señala que el pacto colusorio o fraudulento requiere la realización de maniobras de engaño, las cuales se manifiestan en el perjuicio potencial o real para la entidad estatal. Igualmente, la Sala Penal Permanente mediante el R. N. N.° 1480-2003, del 22 de julio de 2004, en su f. j. n° 3, sostiene que la concertación requiere la realización de maniobras de engaño”. En la misma línea, se encuentra el R. N. N.° 4031-2011, del 16 de mayo de 2012, en su f. j. n° 3.

2.2.3. Criterios jurisprudenciales ajenos a la concertación

En los casos en que no se lleve a cabo concertación entre el funcionario público y el particular interesado, los hechos no podrían subsumirse en el delito de colusión. De esta manera, se tiene el R. N. N.° 2368-2011, del 9 de agosto de 2012, que sostiene que en el caso que el hecho no se ajuste a los marcos establecidos para la comisión del delito analizado, esto es, que no se acredite el acuerdo colusorio, se estaría ante una falta administrativa, ejemplo de ello, es cuando se realiza una contratación sin ajustarse al procedimiento debido. En el mismo sentido, el R. N. N.° 1397-2011, del 22 de mayo de 2012, en su f. j. n° 3, señala que si no se prueba la concertación con la empresa contratada, por más que se haya adquirido una fotocopiadora nueva, ésta se ha realizado incumpliendo los procedimientos de ley; por tanto, no se configura el delito de colusión, y en todo caso, se trataría de una irregularidad administrativa.

En la misma línea, el R. N. N° 707- 2011, del 7 de marzo de 2012, señala que al no haberse determinado con medios de prueba la concertación previa entre los intervinientes, esto es, miembros del Comité Especial y representantes legales de las empresas ganadoras de la Buena Pro, para favorecer a estos últimos, y lo que más bien se ha demostrado a través de las pruebas actuadas es que no se han adoptado las medidas correspondientes para la efectiva ejecución del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía, entonces tal hecho constituye una infracción de carácter administrativo y no de contenido penal.

Sin embargo, respecto a lo expuesto, merece especial atención el R. N. N.° 3043-2010, del 9 de noviembre de 2011, que en su f. j. n° 4 sostiene que si bien las infracciones administrativas no necesariamente están englobadas en una norma penal, no obstante, estas infracciones tienen virtualidad de acreditar indiciariamente determinadas conductas como los acuerdos colusorios, siempre que se tome en cuenta el número de estas irregularidades, la gravedad de las mismas y el proceder de los funcionarios legalmente autorizados para conceder la buena pro. En tal virtud, no son admisibles los agravios que estén dirigidos a exigir la presencia de elementos probatorios directos al acto de concertación.

Asimismo, existen otros supuestos que si en caso no se produce el acuerdo colusorio o acto de concertación, pese a que se produzca algún perjuicio a los intereses patrimoniales, no se configuraría el delito de colusión, sino se tendría que recurrir a otro ilícito penal como negociación incompatible u otros. De esta manera, se tiene la Casación N° 841-2015, del 28 de junio de 2016, la cual señala en su f. j. 31 que el si el funcionario realiza un acuerdo con el interesado, para defraudar al Estado, en el contexto de una contratación pública, se estaría ante el delito de colusión, sin embargo, si el interés del funcionario se materializa sin la intervención del particular, entonces, se podría tratar del delito de negociación incompatible, la cual tiene una naturaleza subsidiaria, presentándose cuando no se materializa otras de las conductas previstas en los delitos de corrupción de funcionarios.

Ahora bien, en los apartados precedentes se ha analizado a la “concertación”, elemento configurador del delito de colusión, desde una perspectiva

fenomenológica y desde una perspectiva normativa. Siendo así, desde la primera perspectiva, al señalar la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia que la concertación consiste en un acuerdo de voluntades entre el funcionario o servidor público y el interesado, y además, exigir para su probanza que se establezcan las circunstancias de modo, tiempo, lugar y demás particularidades, se considera que ello es un retroceso o freno a la lucha contra la corrupción, puesto que en algunos supuestos se tendría una gran dificultad para probar el pacto colusorio, debido a que demostrar que los sujetos intervinientes conversaron, dialogaron, lograron conocerse, es difícil, teniendo en cuenta que el escenario colusorio, por su misma naturaleza ilegal, se encuentra marcada por conductas ocultas, espurias y subrepticias; y en consecuencia, si no se llega a probar este elemento no se podría configurar el delito analizado, quedando impune el hecho imputado.

Por otro lado, desde la perspectiva normativa, representada por Jiménez y Arismendiz, se establece a la concertación como una comunicación, claro está cada uno con sus particularidades, y no como un acuerdo de voluntades. Siendo así, se considera esta perspectiva como la más acertada para definir y dotar de contenido jurídico al elemento “concertar”, teniendo en cuenta que los casos que se presentan en la realidad son diversos y distintos, en los cuales se podría presentar una gran dificultad para probar el pacto colusorio en los términos de demostrar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se llevó a cabo.

Por lo tanto, la postura que se adoptará en esta investigación respecto a la definición y contenido del acuerdo o pacto colusorio, se encuentra dentro de los alcances de la perspectiva normativa, en la que se le considerará como un elemento normativo del tipo penal, y no como un elemento descriptivo como lo viene sosteniendo gran parte de la doctrina y jurisprudencia, no frenándose, de esta manera, la lucha contra la corrupción, ya que determinados contextos del pacto colusorio que, desde la perspectiva fenomenológica, presentaban una gran dificultad para su probanza, ahora no lo serán, siempre que se cumpla con el contenido otorgado por esta perspectiva.

Se precisa que la postura asumida se desarrollará y analizará en extenso en el apartado siguiente de la presente investigación.

CAPÍTULO III

**LA CONCERTACIÓN COMO
ELEMENTO NORMATIVO EN EL
DELITO DE COLUSIÓN**

CAPÍTULO III: LA CONCERTACIÓN COMO ELEMENTO NORMATIVO EN EL DELITO DE COLUSIÓN

En la presente investigación, se opta por definir y dar contenido al acuerdo o pacto colusorio, esto es, al verbo “concertar”, dentro de los alcances de la perspectiva normativa, en el que se le considera como un elemento normativo del tipo penal de Colusión y no como un elemento descriptivo, como lo viene sosteniendo gran parte de la doctrina y la jurisprudencia; postura que se desarrollará en extenso a continuación.

3.1. Elementos definidores del tipo objetivo

En la teoría del delito, el tipo penal se analiza dentro de la tipicidad y presenta dos aspectos que se agrupan de la siguiente manera: el tipo objetivo y el tipo subjetivo. Asimismo, el aspecto objetivo del tipo penal presenta tres elementos, los que aparecen vinculados a los sujetos, a la conducta delictual y a los elementos concomitantes. Dentro de estos últimos, encontramos a los elementos descriptivos y a los elementos normativos del tipo penal.

3.1.1. Elementos descriptivos

Los elementos descriptivos del tipo penal son aquellos que pueden percibirse, entenderse y comprenderse con el simple uso de los sentidos, por lo que con la simple lectura se llega a entender la palabra inscrita en el tipo penal, no existiendo la necesidad de realizar algún juicio de valoración (Vega, 2016). Es decir, son

aquellos que el sujeto puede conocer y comprender preeminentemente por medio de sus sentidos, ya que puede verlos, oírlos, etc.

En esa misma línea, Díaz y García (2008) señalan que los elementos descriptivos del tipo “son aquellos aprehensibles o comprensibles por la mera observación sensorial” (p. 45), esto es, son aquellos cuyo conocimiento se puede acceder por medio de la percepción sensorial, siendo suficiente una constatación fáctica para su verificación.

Agregando a lo anterior, dichos elementos pueden ser tomados del lenguaje diario, cuyo contenido viene determinado por el sentido que se da a la expresión con el uso del lenguaje, “apuntando a lograr una definición del tipo en forma concluyente, absoluta, con exclusión de la variable de valoración judicial” (Bramont, 1996, p. 192). En otros términos, estamos ante realidades naturalísticas, las cuales pueden ser percibidas por los sentidos y además, el lenguaje se refiere a ellas mediante expresiones ordinarias.

En ese orden de ideas, los elementos descriptivos se evidencian cuando en el Código Penal se usa conceptos o términos que pueden entenderse o comprenderse con su simple lectura, es decir, captarse mediante nuestros sentidos. Ejemplo de éstos, tenemos el término “bien mueble” o el concepto “sustraer” en la tipificación del delito de hurto (art. 185° del CP), el término “matar” en el delito de homicidio (art. 106° del CP), o los conceptos “la madre mata a su hijo durante el parto” en el delito de infanticidio (art. 110° del CP). De esta manera, si se llega a analizar cada tipo penal se puede encontrar distintos elementos descriptivos.

3.1.2. Elementos normativos

Los elementos normativos del tipo penal son aquellos que no pueden ser comprendidos o percibidos con el simple uso de los sentidos, sino que, para su entendimiento se necesita de una especial valoración jurídica o extrajurídica (Vega, 2016). Es decir, son aquellos que para su captación es necesaria la existencia de un juicio de valoración según el caso concreto. Por tanto, para la comprensión de estos elementos se necesita que “el juez, de manera expresa o

tácita, requiera efectuar una valoración de los conceptos dados” (Bramont, 1996, p. 192), existiendo estos elementos solo en el ámbito de las valoraciones. En consecuencia, dichos elementos hacen referencia a conceptos o premisas que solo pueden ser pensados o imaginados con el presupuesto lógico de la norma, es decir, solo pueden ser determinadas mediante una especial valoración de la situación del hecho.

En ese sentido, Posada (2015) manifiesta que los elementos normativos “son aquellos elementos intelectivos o jurídicos cuyo sentido ideal requiere de la interpretación del operador jurídico” (p. 33). Como argumento contrario a lo señalado, Vega (2016) sostiene que el argumento de supeditar la interpretación del elemento normativo al operador judicial de turno es preocupante puesto que lo hace dependiente de la formación del administrador judicial, trayendo como consecuencia que dicho concepto sea indeterminado; en ese sentido, refiere que si el elemento normativo es jurídico, debe ser el legislador quien lo determine y en caso el concepto sea extrajurídico, su significado debe establecerse por las autoridades correspondientes.

Asimismo, hay casos en los cuales diferenciar los elementos descriptivos de los elementos normativos del tipo penal se torna un poco complicado, debido a que los elementos descriptivos también necesitan en algunas ocasiones de un cierto nivel de interpretación, es decir, muchos elementos no son claramente descriptivos o normativos, sino constituyen una mezcla de ambos. Ejemplo de ello, se tiene el concepto de “documento”, que se encuentra inscrito en muchos tipos penales. Así, los signos escritos y el papel, en lo que consiste mayormente el documento, al ser perceptibles por los sentidos, son elementos descriptivos. Sin embargo, la determinación de hechos jurídicos relevantes para la prueba, elemento indispensable del documento, al ser entendido solo de manera espiritual, es un elemento normativo (Roxin, 2007).

En sentido similar, Díaz y García (2008) hacen énfasis en un punto particular, en lo que respecta a la relativización entre la distinción de elementos descriptivos y normativos, señalando que existirían gran cantidad de elementos típicos que son en parte descriptivos y en parte normativos. Por tanto, indican que no se está ante

una tajante división o distinción de dichos elementos, sino que se estaría ante una apreciación cuantitativa, por lo que en consecuencia no habría elementos puramente normativos o puramente descriptivos.

En ese orden de ideas, como muestra de los elementos normativos, se tiene los términos “funcionario público” o “servidor público” que son conceptos que se aprecian en varios delitos tipificados en nuestro Código Penal, y los cuales, para su entendimiento y comprensión, necesitan de un juicio de valoración por parte del intérprete que ha de aplicar la ley, recurriendo en estos casos al artículo 425° del mismo cuerpo normativo, en el cual se regula quiénes son los funcionarios o servidores públicos, y es a partir de ello, que el Juez procederá a realizar el juicio de valoración en cada caso concreto con el objetivo de comprender el elemento normativo “funcionario o servidor público”.

3.1.3. Elemento normativo y la valoración probatoria

Los elementos normativos son aquellos que no pueden ser percibidos solo mediante nuestros sentidos, sino que para su conocimiento y captación es necesaria la existencia de un juicio de valoración según el caso concreto.

Por otro lado, la valoración probatoria es la “operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos” (Talavera, 2009, p. 105), esto es, tiende a establecer la formación de la convicción en el juez sobre los hechos delictivos. Asimismo, Ferrer Beltrán (citado en Talavera, 2009) sostiene que lo que se busca con la valoración es determinar el grado de corroboración que el material probatorio aporta en cada uno de las presuntas hipótesis establecidas en el desarrollo del proceso. Siguiendo con ello, Gascón Abellán (citado en Talavera, 2009) señala que “la valoración de las pruebas es el juicio de aceptabilidad de la informaciones aportadas al proceso mediante los medios de prueba” (p. 105), es decir, es el juicio de valor, producto de una operación intelectual, que se formará el intérprete de la norma, Juez, al evaluar de manera conjunta los medios de prueba presentados, para verificar si son verdaderas o no y llegar a establecer un relato de los hechos.

Agregando a lo anterior, la valoración probatoria debe respetar las reglas de la sana crítica, siempre conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, los cuales incluso llegan a constituir criterios racionales para que el intérprete de la norma, juez, forme su convicción sobre los hechos. Siendo así, la sana crítica es esa libertad que se tiene para apreciar las pruebas, pero siempre de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia. En ese sentido, en la valoración de la prueba, “el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivo de análisis” (Talavera, 2009, p. 110). Por tanto, el criterio valorativo se basa en un juicio lógico, en la experiencia y en los hechos que se someten al juzgamiento del juez, en tal sentido, dicho criterio no debe derivar solamente de elementos psicológicos, los cuales se desvinculan de la situación concreta, fáctica.

En ese orden de ideas, si bien se aprecia que en el desarrollo de los elementos normativos y de la valoración probatoria se hace referencia a un juicio de valor, sin embargo, respecto a este punto cabe precisar algunas cuestiones.

En los delitos de infracción de deber, como el delito de colusión, analizado en la presente investigación, Roxin (2016) sostiene que al principio consideró que los requisitos de la autoría en estos delitos tenían que estar basados en normas extrapenales pues en realidad el legislador suele referirse, al establecer posiciones de deber fundamentadoras de autoría, a facultades otorgadas por ley, a deberes inherentes al cargo, etc., sin embargo, precisa que eso no se hace siempre. Así, refiere que solo bastaría expresamente una “relación de confianza” para fundamentar la posición de deber de la autoría. En ese sentido, señala que la estructura de los delitos de infracción de deber se capta con más exactitud teniendo en cuenta que los tipos respectivos tutelan exigencias sociales propias de roles, como por ejemplo, las relaciones entre médico y paciente, administrador y administrado, abogado y cliente, o incluso entre quien pone en peligro y quien es puesto en peligro.

Siguiendo con lo anterior, Roxin (2016) señala como dice también Schunemann, que la “estructura social”, dada una relación autor – víctima, es lo que distingue a

los delitos de infracción de deber de los delitos de dominio. En ese orden de ideas, refiere que en la última concepción de su teoría, define a los delitos de infracción de la siguiente manera:

Los delitos de infracción de deber son tipos penales en los que la autoría se caracteriza por el hecho de que alguien se aprovecha de, o incumple, un deber emanado de su papel social, realizando así una lesión típica de un bien jurídico. (p. 726).

Asimismo, refiere que sigue siendo acertada su concepción originaria, respecto a que el legislador muchas veces describe en normas extrapenales las exigencias sociales adscritas a roles, lo que carece de paralelismo en los delitos de dominio.

Ahora bien, conforme a lo señalado, es necesario diferenciar entre la configuración de un delito de infracción de deber y su valoración, para poder precisar la relación entre el elemento normativo y la valoración probatoria. Así, la configuración de los delitos de infracción de deber, como lo señaló Roxin, hace referencia a que su deber es típico, por tanto, el verbo rector de estos delitos se basan en el deber funcional que debe tener el sujeto, en donde media una relación de confianza. Por otro lado, se tiene que, si bien se ha sostenido que en la configuración de estos delitos su deber es típico, sin embargo, esta situación es distinta en lo que respecta a su valoración; así, los elementos normativos en estos delitos, si bien requieren para su comprensión un juicio de valoración, también lo es que, para que este juicio se forme se debe tener en cuenta por ejemplo, lo que la valoración probatoria requiere, como el respetar las reglas de la sana crítica, en la cual se encuentra las máximas de la experiencia; así también se requiere tener en cuenta las leyes, los roles específicos, la prueba indiciaria, etc.

En ese orden de ideas, se debe tratar de diferencia estos aspectos, cada uno en su orden, pues si bien en la configuración de los delitos de infracción de deber, el deber es típico, sin embargo, para la valoración del elemento normativo de dichos delitos, para el cual se requiere de un juicio de valor, se recurre a cuestiones como las máximas de la experiencia, leyes, roles específicos, prueba indiciaria, etc. siendo así, esta aclaración es de suma importancia porque el delito de colusión analizado, es un delito de infracción de deber, asimismo, su verbo rector

“concertar” al ser un elemento normativo, como se está planteando en la presente investigación, para su comprensión y entendimiento requiere que se acuda a otras cuestiones como las ya señaladas.

3.2. Elementos definidores del delito de colusión

En este apartado, se identificará cuáles son los elementos descriptivos y los elementos normativos presentes en el delito de Colusión, en sus dos modalidades típicas, esto es, colusión simple y colusión agravada, tipificado en el artículo 384° del Código Penal; asimismo, cabe precisar que se hará énfasis en el término “concertar” del delito analizado, puesto que la presente investigación gira en torno a dicho concepto y por los fines de la misma.

3.2.1. Elementos descriptivos en el delito de colusión

Los elementos descriptivos, como ya se ha analizado en el apartado anterior, son aquellos que pueden ser percibidos o comprendidos mediante el uso de nuestros sentidos, sin la necesidad de realizar algún juicio de valoración basado en un dato objetivo. Siendo así, se procederá a identificar estos elementos presentes en las dos modalidades típicas del delito de Colusión, esto es, colusión simple y colusión agravada.

3.2.1.1. Colusión simple

Entre los elementos descriptivos en el delito de Colusión simple, se aprecia a los términos “interesados” y “concertar” o “concertación”. El término “interesados”, hace referencia a las personas naturales o jurídicas, que sin tener cualificación especial, mantienen interés en el proceso de contratación pública.

Respecto al término “concertación”, principal elemento y núcleo central de la compleja estructura del delito de Colusión, mayoritariamente la doctrina nacional y la jurisprudencia lo consideran como un elemento descriptivo del tipo penal analizado, es decir, lo aprecian desde una perspectiva fenomenológica o natural, entendiéndose como un acuerdo de voluntades fácticas entre el sujeto cualificado,

ya sea funcionario o servidor público que vendría a ser el *intraneus*, y los interesados que vendría a ser el *extraneus*.

En ese orden de ideas, considerando a la “concertación” como un elemento descriptivo, el tema de probanza radicará exclusivamente en criterios fenomenológicos, existenciales. Por tanto, el criterio de probanza, exigirá la demostración fáctica del acuerdo de voluntades, esto es, reuniones, conversaciones, llamadas telefónicas, mensajes de texto, correos electrónicos, con el fin de establecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se llevó a cabo el acuerdo colusorio entre el sujeto cualificado y los interesados, esto es, demostrar que los sujetos intervinientes dialogaron, conversaron y lograron conocerse fenomenológicamente, concretando el acuerdo.

Entre los diversos autores de la doctrina nacional que han considerado a la “concertación” como un elemento descriptivo, esto es, como un acuerdo de voluntades fácticas, los cuales ya han sido señalados en el Capítulo II de la presente investigación, tenemos los siguientes: Raúl Pariona Arana, Jorge Hugo Álvarez, Betty Huarcaya Ramos, José Luis Castillo Alva, Percy García Cavero, James Reátegui Sánchez, Ramiro Salinas Siccha, Cáceres Julca, Carrión Díaz, y otros.

Asimismo, desde la óptica jurisprudencial, entre los diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema y que han considerado a la “concertación” como un elemento descriptivo, los cuales ya han sido señalados en el Capítulo II de la presente investigación, tenemos los siguientes: Casación N° 661-2016 Piura de fecha 11 de julio del 2017, R. N. N. N.° 1842-2016 Lima de fecha 06 de julio del 2017, Exp. N° 20-2003-AV de fecha 18 de octubre del 2005, R. N. N. N.° 1565-2012 Ica de fecha 10 de noviembre del 2013, R. N. N. N.° 2712-2014 Lima de fecha 07 de octubre del 2015, R. N. N. N.° 1105-2011 Ica de fecha 22 de agosto del 2012, R. N. N. N.° 1034-2011 Cusco de fecha 28 de marzo del 2012, entre otros.

3.2.1.2. Colusión agravada

En esta modalidad del delito de colusión también se encuentra presente el término “interesados” y “concertación”, y respecto a este último, como ya lo

hemos señalado en el punto anterior, mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia lo consideran como un elemento descriptivo, esto es, como un acuerdo de voluntades fácticas entre el sujeto cualificado y el particular.

3.2.2. Elementos normativos en el delito de colusión

Los elementos normativos, como ya se ha explicado en el apartado anterior, son aquellos que no pueden ser percibidos o comprendidos mediante el uso de nuestros sentidos, sino que para su captación se necesita realizar un juicio de valoración según el caso concreto, valoración que tiene que basarse en ciertas cuestiones. Siendo así, se procederá a identificar estos elementos presentes en las dos modalidades típicas del delito de Colusión, esto es, colusión simple y colusión agravada.

3.2.2.1. Colusión simple

Entre los elementos normativos en el delito de colusión simple, se identifica a los términos “funcionario o servidor público”, “modalidades de contrataciones públicas”, “concertar” o “concertación”.

Respecto al primer término, “funcionario o servidor público”, son conceptos que se aprecian en varios delitos tipificados en nuestro Código Penal, incluido en el delito de Colusión, y los cuales, para su entendimiento y comprensión, necesitan de un juicio de valoración por parte del intérprete que ha de aplicar la ley, no obstante, como ya se señaló, el Juez en estos casos, tiene que recurrir a ciertas cuestiones o criterios para realizar dicha valoración. Así, se tiene que en el caso concreto, se recurre al artículo 425° del mismo cuerpo normativo, en el cual se regula quiénes son los funcionarios o servidores públicos, y es a partir de ello, que el Juez procederá a realizar el juicio de valoración en cada caso concreto con el objetivo de comprender el elemento normativo “funcionario o servidor público”.

Respecto al segundo término “modalidades de contratación pública”, para su entendimiento y comprensión, se tiene que remitir a las normas de contrataciones

del Estado, es decir, a la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, según el caso concreto.

Respecto al último término “concertación”, si bien hemos señalado anteriormente que mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia nacional lo considera como un elemento descriptivo, sin embargo, existen algunos autores con una postura distinta a la manifestada, que entienden a la concertación desde una perspectiva normativa, esto es, la definen como un elemento normativo del tipo penal, y no como un elemento descriptivo del mismo.

Entre ellos, se encuentra Jiménez (2018), quien sostiene que considerar y definir a la concertación como un pacto o acuerdo, como muchos lo vienen haciendo, es una apreciación no adecuada, bastante restringida y que no suma a establecer ni la definición ni el contenido del acuerdo colusorio, pues reduce las opciones que pueden ser consideradas como un acuerdo colusorio. Por tales razones, considera que la concertación implica, necesariamente, una comunicación, entendida ésta como un proceso donde se requiere por lo menos la intervención de tres elementos: la fuente (emisor o codificador), el mensaje y el destino (receptor o decodificador); no obstante, agrega otros elementos como el canal, el código y el contexto.

Asimismo, especial atención merece la postura del autor Arismendiz (2018) respecto a la definición y contenido que le otorga a la concertación, la cual tiene un enfoque distinto a lo que señala mayormente la doctrina. Este autor manifiesta que por la misma naturaleza ilegal del escenario colusorio, éste aparece marcado por conductas ocultas, espurias, subrepticias, donde las partes tienen intenciones con contenido penal debido a que pretenden lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por el delito analizado; siendo así, dichas intenciones de los sujetos contienen una alta dificultad de probanza. Por tal razón, asumir, como lo viene haciendo la doctrina desde una perspectiva fenomenológica, que la concertación consiste en un acuerdo de voluntades entre los sujetos intervinientes, resulta ser un retroceso o freno en la lucha contra la corrupción, puesto que en algunos supuestos se tendría una gran dificultad para probar el pacto colusorio y, en todo caso, si no se llegaría a probar este elemento, no se

estaría configurando el delito de colusión. Por tanto, sostiene que la concertación debe ser entendida como una comunicación, desde una perspectiva normativa, donde se le dote de contenido jurídico.

Por otra parte, respecto de los pronunciamientos jurisprudenciales, se tiene la Casación N° 542-2017 Lambayeque de fecha 03 de mayo del 2019, la cual en su f. j. decimosétimo, respecto del voto discordante de las Juezas Supremas Barrios Alvarado, Castañeda Otsu y Pacheco Huancas, se menciona que la “concertación” es un elemento normativo, sin embargo, a la vez sostienen que se trata del acuerdo colusorio entre funcionarios y los interesados que deriva de acuerdos clandestinos, pactos ilícitos y también de factores objetivos, como una contratación pública inadecuada, aparentando haber cumplido con los requisitos legales, y en consecuencia, constituyendo una fuente generadora de riesgos prohibidos. De ello, se aprecia que, si bien en esta jurisprudencia se considera a la concertación como un elemento normativo, sin embargo, el contenido que se le otorga discrepa con los señalados por los autores anteriores, aparentando incluso como un elemento descriptivo, esto es, como un acuerdo de voluntades aunque con ciertas peculiaridades.

3.2.2.2. Colusión agravada

En el delito de colusión agravada, encontramos los siguientes elementos normativos: “funcionario o servidor público, “modalidades de contrataciones públicas”, “concertación”; términos que han sido desarrollados en el punto anterior.

3.2.2.3. El elemento normativo y la valoración probatoria en el delito de colusión

Antes de pasar al acápite siguiente, es necesario precisar, como ya se ha señalado en las líneas precedentes, que la Colusión es un delito de infracción de deber, en ese sentido, su configuración hace referencia a que su deber es típico, por tanto, su verbo rector “concertar” se basa en el deber funcional que debe tener el sujeto, en este caso, el funcionario o servidor público, en donde media

una relación de confianza. Por otro lado, se tiene que, si bien se ha sostenido que en el delito analizado su deber es típico, sin embargo, esta situación es distinta en lo que respecta a su valoración, pues al considerarse a la “concertación” como un elemento normativo, se necesita para su comprensión un juicio de valoración, el cual para su formación y probanza requiere que se tome en ciertos criterios o indicadores.

En ese orden de ideas, se debe tratar de diferenciar estos aspectos, pues si bien en la configuración del delito de Colusión, el deber es típico, sin embargo, para la valoración de su elemento normativo “concertación”, para el cual se requiere de un juicio de valor, se recurre a ciertos criterios o indicadores que se desarrollarán a continuación.

3.3. Criterios para identificar la concertación como elemento normativo

Primero, conforme se ha señalado precedentemente, en la presente investigación, se opta por definir y dar contenido al acuerdo o pacto colusorio, esto es, al verbo “concertar”, dentro de los alcances de la perspectiva normativa, en el que se le considera como un “elemento normativo” del tipo penal de Colusión y no como un elemento descriptivo, como lo viene sosteniendo gran parte de la doctrina y la jurisprudencia.

En ese sentido, para identificar o verificar a la “concertación” como un elemento normativo en el delito de Colusión, el agente del derecho, esto es, el Juez, deberá realizar juicios de valoración según el caso concreto, para dotarle de contenido jurídico; no obstante, como se ha venido sosteniendo, dicha valoración no puede estar supeditada o al arbitrio de la interpretación o valoración que le brinde libremente el Juez, sino que éste, para realizar dicha valoración, debe tener en cuenta ciertos criterios o indicadores que le permitan identificar y probar a la concertación como un elemento normativo del delito de Colusión.

Siendo así, los criterios propuestos para identificar y verificar a la “concertación” bajo un escenario normativo (elemento normativo) en el delito de Colusión, son los siguientes:

3.3.1. Indicios

Para identificar y verificar a la concertación como un elemento normativo en el delito de Colusión, se debe tener en cuenta los indicios que se haya adquirido en la etapa de investigación para dotar de contenido al elemento “concertación”. El indicio es un elemento más de la prueba indiciaria, la misma que requiere una actividad probatoria de naturaleza indirecta y discursiva, cuyo base o fuente es un dato comprobado, concretándose en la obtención de un argumento probatoria a través de una inferencia correcta (Mixán, 1995).

Entre las clases de indicios se encuentran las siguientes: indicios graves, indicios varios, indicios precisos, indicios concordantes, indicio contingente único, indicio antifolórico, indicio de inocencia o contra presunciones, indicios concomitantes, los conraindicios, indicios de las manifestaciones anteriores y posteriores, indicios remotos, indicios próximos, indicios de mala justificación, indicios de personalidad.

Asimismo, la prueba indiciaria se encuentra regulada en el art. 158 inc. 3 del CPP, el mismo que exige la concurrencia de los siguientes elementos para su identificación: i) que el indicio esté probado; ii) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; iii) que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes; así como que no se presenten conraindicios consistentes.

En ese sentido, los indicios son indicadores o criterios que nos permiten identificar una posible concertación en el delito de Colusión, vista desde un escenario normativo. Entonces, si analizamos al sujeto cualificado en el delito de Colusión, quien es el funcionario o servidor público, tales como los alcaldes, gerentes generales, gerentes de infraestructura, sub gerentes de estudios y proyectos, sub gerentes de obras, sub gerentes de logística, miembros del comité especial, inspectores o supervisores de las obras, entre otros, los que en razón de su cargo intervendrían en las contrataciones públicas vinculadas al rubro de obras, que pueden realizarse mediante una licitación pública, adjudicación directa selectiva, adjudicación directa pública, entre otros; se tiene que, algunos indicios que verificarían una posible concertación (elemento normativo) en el delito de

Colusión por parte del sujeto cualificado al lesionar su rol especial, serían los siguientes:

- a) Que se haya elaborado el expediente técnico con requerimientos técnicos mínimos específicos y excluyentes,
- b) Que en el expediente técnico aprobado se haya consignado metrados sobredimensionados,
- c) Que la obra se haya realizado en plazos excesivos,
- d) Que para llevar a cabo la obra se haya realizado estudios de posibilidades del mercado irregulares,
- e) Que se haya otorgado certificaciones presupuestales irregulares por inexistencia de presupuesto,
- f) Que se haya aprobado el expediente de contratación en un tiempo récord a pesar de existir manifiestas irregularidades administrativas que no han sido subsanadas,
- g) Que se haya designado de manera irregular a los miembros del comité especial,
- h) Que se haya inobservado el cuaderno de obra de trabajos no realizados,
- i) Que se haya pagado por trabajos no ejecutados,
- j) Que se haya aprobado deductivos indebidos,
- k) Que se haya recepcionado la obra a pesar de no estar concluida, entre otros.

Por otra parte, si analizamos al sujeto no cualificado en el delito de Colusión, que vendría a ser el interesado o particular interviniente, tales como el miembro de la empresa o consorcio que quiere contratar con el Estado, quien participará en dicho proceso de contratación; se tiene que, algunos indicios que verificarían una posible concertación (elemento normativo) en el delito de Colusión por parte del sujeto no cualificado al lesionar su rol general de no dañar, serían los siguientes:

- a) Que el particular interesado haya presentado una carta fianza falsa,
- b) Que el particular interesado haya presentado certificados de profesionales inexistentes, o en todo caso,

- c) Que el particular interesado haya presentado contratos falsificados para acreditar una experiencia en el rubro exigido por el expediente técnico, entre otros.

3.3.2. Los roles de los sujetos intervinientes

Otro de los indicadores o criterios para verificar la concertación como un elemento normativo en el delito de Colusión, es el identificar los roles que los sujetos intervinientes han asumido en la sociedad y que los han incumplido; los cuales aparecerán materializados a través del ejercicio de sus deberes y derechos.

En ese sentido, el sujeto cualificado, esto es, el funcionario o servidor público (*intraneus*), por el estatus que posee, responderá penalmente en la medida que haya incumplido su rol especial, el cual se encuentra determinado por los deberes de salvamento o de protección que tiene frente al bien jurídico encomendado por su cualidad, asimismo, por el incumplimiento de sus deberes especiales de probidad y lealtad que mantiene frente a la administración pública por su calidad de funcionario o servidor en la misma. Por otra parte, el interesado o particular (*extraneus*), por el estatus de ciudadano que posee, responderá penalmente en el caso que haya quebrantado su rol general de no dañar.

Por tanto, el escenario probatorio del verbo “concertar”, se verificará por el cumplimiento o incumplimiento de las expectativas sociales, vinculadas éstas al rol especial o rol común correspondiente al sujeto cualificado y al interesado, respectivamente, los cuales intervienen en el contexto de una contratación pública, esto es, en cualquier etapa de un proceso de adquisición o contratación pública de obras, bienes o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado.

Por otra parte, la defraudación de la expectativa social de naturaleza normativa⁶, referente al sujeto cualificado que lesiona su rol especial, se evidenciará en la emisión de actos concluyentes defectuosos, en otros términos, “en la emisión de

⁶ La defraudación de la expectativa social de naturaleza normativa, la cual aparece como indicador de responsabilidad penal de corte institucional, está siendo asumida por los diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema, entre los cuales se tiene los siguientes: R. N. N.º 4039-2013 de fecha 5 de marzo del 2015, R. N. N.º 1819-2013 de fecha 6 de agosto del 2014, R. N. N.º 2368-2011 de fecha 9 de agosto del 2012, R. N. N.º 2453-2011 de fecha 27 de marzo del 2012, entre otros.

actos de relevancia, sin los cuales no podrían ejecutarse ni continuar el proceso de contratación pública, por tanto, dicho actos funcionariales comunican con evidencia palmaria la voluntad colusoria del sujeto cualificado” (Arismendiz, 2018, p. 417). En ese sentido, se aprecia que dichos actos son relevantes para comunicar el pacto colusorio.

Respecto a los actos señalados, se tiene los siguientes ejemplos: que se haya elaborado el expediente técnico con requerimientos técnicos mínimos específicos y excluyentes, el cual haya sido aprobado por el gerente de infraestructura; que el gerente general apruebe el expediente técnico donde se ha consignado metrados sobredimensionados y requerimientos mínimos específicos y excluyentes, y a pesar de no contar con el informe de estudios de posibilidades de mercado y con la certificación presupuestal, entre otros requisitos; que se haya designado de manera irregular a los miembros del comité especial; que este comité haya aprobado el otorgamiento de la buena pro con metrados sobredimensionados e incluso con requerimientos mínimos específicos y excluyentes; que el inspector de la obra haya aprobado el informe de avance de obra para el pago de valorizaciones, sin que el contratista cumpla con el avance registrado en el cronograma periódico; que el comité de recepción, recepcione la obra a pesar que aparezca inconclusa o en un tiempo récord a pesar de existir manifiestas irregularidades administrativas que no han sido subsanadas; entre otros; advirtiéndose con ello situaciones que requieren obligatoria observación en pro de la tutela de los intereses del Estado.

Asimismo, para verificar de manera objetiva la concertación o pacto colusorio, esto es, el proceso de comunicación normativo, los actos concluyentes defectuosos realizados por el funcionario o servidor público, además, deberán generar beneficios, ya sea directos o indirectos, en pro del interesado (*extraneus*) interviniente en la contratación pública.

3.3.3. Normas extrapenales

Otro de los criterios para identificar a la concertación bajo un escenario normativo son las normas extrapenales vinculadas al contexto del delito de Colusión.

En ese sentido, respecto de los sujetos cualificados, las normas extrapenales aparecen como indicadores de su accionar. Siendo así, se tiene que el sujeto cualificado en el delito de Colusión es el funcionario o servidor público. Éstos, en el contexto del delito analizado (entidad edil), podrían ser el alcalde, gerente general, gerente de infraestructura, sub gerente de estudios y proyectos, sub gerente de obras, sub gerente de logística, miembros del comité especial, inspector o supervisor de la obra, etc.; los cuales, en razón de su cargo, intervendrán en las contrataciones públicas vinculadas al rubro de obras, que pueden realizarse mediante una licitación pública, adjudicación directa selectiva, adjudicación directa pública, entre otros. Asimismo, el sujeto cualificado “responderá penalmente en la medida que haya generado un riesgo jurídicamente relevante para el derecho penal, lesionando su rol especial determinado en sus deberes especiales impuestos y delimitados en la normatividad existente” (Arismendiz, 2018, p. 411); es decir, en esta normatividad se encontrará plasmado y delimitado los parámetros de la conducta del sujeto interviniente.

Siendo así, la citada normatividad, a través de la cual se identificará una posible concertación bajo un escenario normativo, vendría a ser la siguiente:

- Ley de Contrataciones del Estado – Ley N° 30225: específicamente en los apartados siguientes - Principios que rigen las contrataciones (art. 2); Funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones (art. 8); Responsabilidades esenciales (art. 9); Impedimento (art. 11); Calificación exigible a los proveedores (art. 12); Participación en consorcio (13); Requerimiento (art. 16); Prohibición de fraccionamiento (art. 20); Procedimientos de selección (art. 21); el Contrato (art. 32); Pago (art. 39); Responsabilidad del contratista (art. 40); entre otros.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: específicamente en los apartados siguientes – Actuaciones preparatorias (Título IV) que comprende Requerimientos y preparación del Expediente de Contratación (Capítulo I), Órganos a cargo del procedimiento de selección (Capítulo II) y Documentos del procedimiento de selección (Capítulo III); asimismo, los

Métodos de contratación (Título V) que comprende las Disposiciones generales aplicables a los procedimientos de selección (Capítulo I) y las disposiciones específicas para cada procedimiento de selección; y finalmente la Culminación de la ejecución contractual (Capítulo V – Título VII); entre otros.

- Ley Orgánica de Municipalidades – Ley N° 27972: específicamente en los apartados siguientes – Consejo Municipal y Alcaldía (Subcapítulo I y Subcapítulo II – Título II); la Gestión Municipal (Subcapítulo IV – Capítulo I – Título III); entre otros.
- Reglamento de Organización y Funciones (ROF): específicamente en los apartados en donde se establece las funciones generales y específicas de la entidad que se regula y cada uno de sus órganos y unidades orgánicas, que tengan facultades que los involucre en un proceso de contratación.
- Manual de Organización y Funciones (MOF): específicamente en los apartados en donde se establece el detalle de los puestos de trabajo como sus funciones, relaciones, dependencias jerárquicas, que tengan relación con el contexto de un proceso de contratación.
- Directivas, instructivos: específicamente en los apartados que tengan relación con el contexto de un proceso de contratación.
- Código de ética: específicamente en los apartados donde se establece los roles de un funcionario que tiene que custodiar los recursos del Estado que le han sido encomendados.

Ahora, si bien se ha establecido los criterios - indicadores para identificar y verificar la concertación como un elemento normativo del delito de Colusión, no obstante ello, es necesario establecer una plataforma en la cual puedan ser ensamblados los criterios antes expuestos, la misma que se desarrollará a continuación:

3.3.4. Plataforma: la concertación como una comunicación

Al considerar nuestra teoría a la “concertación” como un elemento normativo, la manifestación de éste no debe entenderse ni identificarse como un acuerdo de voluntades fácticas entre el sujeto cualificado y los interesados, conforme se lo identifica desde la perspectiva fenomenológica (elemento descriptivo), en donde se exige para su probanza la demostración fáctica del acuerdo de voluntades, esto es, demostrar que los sujetos intervinientes conversaron, dialogaron, lograron conocerse, se reunieron, se mensajearon, se enviaron correos electrónicos, así como establecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se llevó a cabo el presunto acuerdo colusorio (criterios fenomenológicos, existenciales); sino que la “concertación” como un elemento normativo del delito de Colusión, debe entenderse como una “comunicación”, conforme se ha venido sosteniendo, siendo ésta la plataforma que ensamblará los criterios expuestos.

En ese sentido, la “concertación” vista como un elemento normativo debe entenderse como una “comunicación” y no como un acuerdo de voluntades fácticas. Por tanto, al considerar, en primer lugar, a la concertación como una comunicación, se podrá aplicar los criterios antes expuestos, pues constituye la plataforma esencial a partir de la cual se desarrollará y aplicará los citados criterios. Siendo así, la concertación vista como una comunicación se desarrollará a continuación:

La sociedad es un ente autónomo, y si bien es producto de la acción del ser humano, sin embargo, se encuentra desligada de su carácter ontológico y en consecuencia, también de su conciencia individual, de modo que la sociedad vendría a ser un sistema integrado por cualquier elemento social o cultural evidenciado en la sociedad, como puede ser la religión, educación, derecho, etc., operando éstos como subsistemas dentro de un sistema mayor, que sería la sociedad. Asimismo, estos subsistemas tienen su propio código comunicativo e interactúan entre sí, transmitiendo comunicaciones, las cuales son conocidas como expectativas sociales, y contienen el mensaje de la norma. En tal sentido, uno de los subsistemas que se destaca es el ordenamiento jurídico,

específicamente el derecho penal, el cual tiene como finalidad transmitir mensajes normativos (Arismendiz, 2018).

En ese sentido, normativamente sabemos que el derecho es un sistema de comunicación, en esencia así lo es, y por tanto es necesario remitirse al proceso de comunicación. La comunicación es una situación propia del lenguaje y éste se plasma a través del habla (básicamente elemento fundamental de la comunicación), el cual puede ser auditivo a través de la modulación de las cuerdas bucales, siendo este tipo una fenomenología, es decir, algo natural. Por otro lado, nos encontramos con otro tipo de habla que comunica también el mismo lenguaje, que es el de las señas, al cual se le conoce como el lenguaje kinesiológico, en donde se gesticula los músculos de la cara, de la mano, de las extremidades, entre otros, y en donde se encuentran las personas que carecen de voz pero que se comunican por señas.

Asimismo, este lenguaje kinesiológico cumple con la regla del lenguaje, la cual requiere que se cumpla con el emisor, el receptor, y por medio de ello la transmisión de un mensaje, es decir, éstos están entrelazados por un mensaje, y es esa palabra mensaje es que tenemos que manejarlo a través del habla, pero no solamente por el habla auditiva, sino también por el de señas, que siempre emite un mensaje.

Así, entre los ejemplos de señas encontramos las de tránsito, en donde un semáforo comunica un mensaje cuando cambia de color de luz y en donde no es necesario que se hable fenomenológicamente para entender el mensaje que se quiere transmitir, o las emitidas por la prensa, por los medios masivos que comunican siempre un mensaje; lo mismo sucede cuando vas a un banco, una farmacia, un mercado, en donde encuentras la señalización de un metro o metro y medio de distancia a través de una cola, y en donde no se necesita que alguien te hable sino que entiendes el mensaje que tiene que formar una cola respetando la distancia, cumpliéndose con ello el proceso de comunicación. En ese sentido, lo mismo sucede en el delito de colusión, en donde el derecho coge esa herramienta de la comunicación.

En ese orden de ideas, conforme se ha venido sosteniendo, considero que el verbo “concertar” o el “acuerdo colusorio”, elemento indispensable para la configuración del delito de Colusión, no implica el acuerdo de voluntades fácticas entre el sujeto cualificado, ya sea funcionario o servidor público (*intraneus*), y los interesados (*extraneus*), como lo viene sosteniendo mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia; sino por el contrario, el “acuerdo colusorio”, bajo un escenario normativo, es esa “comunicación” (plataforma) entre el sujeto cualificado, funcionario o servidor público, y los interesados, no obstante, cabe precisar que dicha comunicación no hace referencia a la expresión fonética propia del habla o del lenguaje corporal del ser humano, la cual se manifiesta, por ejemplo, en conversaciones, reuniones fácticas, llamadas telefónicas y otras situaciones afines (perspectiva fenomenológica), sino que hace referencia al lenguaje de señas o también llamado lenguaje kinesiológico, a través del cual se transmite un mensaje, siendo que en el caso concreto del delito de Colusión, el derecho estaría comunicando normativamente a través del habla, por ejemplo, un mensaje a través del expediente técnico emitido en el marco de las contrataciones públicas.

3.4. Viabilidad de la propuesta: la concertación como elemento normativo

Desde la óptica jurisprudencial, conforme se ha desarrollado en el Capítulo II de la presente investigación, la Corte Suprema mediante diversos pronunciamientos se ha referido respecto a la definición y contenido del elemento “concertar” o “concertación”, también llamado “acuerdo colusorio”, “pacto colusorio” o “pacto defraudatorio”, y lo ha hecho desde una perspectiva fenomenológica, esto es, se ha decantado por un sentido causal-natural, en el cual se entiende a la concertación como un acuerdo de voluntades entre el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, y el interesado (elemento descriptivo).

Por otro lado, en la presente investigación, se opta por definir y dar contenido al acuerdo o pacto colusorio, esto es, al verbo “concertar”, dentro de los alcances de la perspectiva normativa, en el que se le considera como un elemento normativo del tipo penal de Colusión y no como un elemento descriptivo, como lo viene sosteniendo gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, para lo cual se ha

establecido diversos criterios - indicadores que han sido desarrollado en extenso en los apartados precedentes.

En ese sentido, ante la inexistencia de un pronunciamiento judicial o un acuerdo plenario, sería conveniente que los criterios de interpretación y la plataforma, expuestos en la presente investigación, para identificar y verificar a la “concertación” como un elemento normativo, sean uniformizados a través de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, estableciéndose un nuevo criterio jurisprudencial, con el fin de tratar de evitar los grados de impunidad que se generarían por su dificultad de probanza si es que se sigue identificando a la concertación como un elemento descriptivo, y de esa manera, se sancione a los responsables.

3.5. Materialización de la concertación como un elemento normativo

Los criterios y la plataforma antes expuesta para identificar y verificar a la concertación como un elemento normativo en el delito de Colusión, lo operativizamos con el siguiente ejemplo:

Juan Pérez es un funcionario público encargado, en razón del cargo, de poder llevar a cabo el proceso de contratación, encontrándose en calidad de presidente del comité especial que llevará a cabo una licitación pública. Él se encuentra en la ciudad de Lima y el proceso de convocatoria se realiza en Chiclayo. Por otra parte, el empresario Ricardo Díaz, quien es el particular interesado en contratar con el Estado a través de la mencionada licitación pública, se encuentra en Estados Unidos, en la ciudad de Miami.

Asimismo, se tiene que en la primera semana de mayo del año 2020 se llevó a cabo la etapa de actos preparatorios de la contratación pública, la cual se da con la aprobación del presupuesto del proyecto que estaba consignado en el Plan Anual de Contrataciones (PAC) hasta la aprobación del expediente técnico; fecha en la que ambas personas (tomando como referencia el día 01 de mayo del 2020 a horas 09:00 am) se encontraban en diferentes países, en diferentes ciudades y hasta en diferentes horas, hablando fenomenológicamente en el contexto natural,

y además, fecha en la cual el Ministerio Público alega que se llevó a cabo la “concertación” entre los sujetos intervinientes.

Primera postura: Perspectiva fenomenológica

Esta perspectiva identifica a la “concertación” como un elemento descriptivo del tipo penal, entendiéndola como un acuerdo de voluntades como la presencia física de los sujetos intervinientes, es decir, la presencia tanto del sujeto cualificado que vendría a ser el funcionario Juan Pérez, y del interesado que vendría a ser el empresario Ricardo Díaz; en donde para su probanza se requiere demostrar que los sujetos intervinientes conversaron, dialogaron, lograron conocerse, estableciéndose las circunstancias de modo, tiempo y lugar de ese acuerdo.

En ese sentido, si se entiende fenomenológicamente a la “concertación”, en el presente caso es imposible arribar a la demostración de un acuerdo colusorio, pues en la fecha que se cuestiona que se llevó a cabo la misma, ambos sujetos intervinientes (funcionario público y empresario) se encontraban en diferentes países, en diferentes ciudades y hasta en diferentes horas, hablando fenomenológicamente en el contexto natural.

Entonces, bajo dicha postura, la defensa técnica de los sujetos imputados sostendrá que el Ministerio Público no ha demostrado su teoría del caso, bajo el siguiente argumento: si la Fiscalía está afirmando que la “concertación” se llevó a cabo dentro de la etapa de actos preparatorios que se dio desde la aprobación del presupuesto del proyecto que estaba consignado en el Plan Anual de Contrataciones (PAC) hasta la aprobación del expediente técnico que duró la primera semana de mayo del 2020, entonces no ha llegado a demostrar que en esa fecha el funcionario público Juan Pérez y el empresario Ricardo Díaz se encontraron para llevar a cabo lo que se conoce como acuerdo de voluntades (la concertación vista como un elemento descriptivo-perspectiva fenomenológica)

Aunado a ello, la defensa técnica sostendría que en ningún momento dichos sujetos se encontraron y llevaron a cabo el acuerdo colusorio, presentando como

elemento de descargo que en esa semana de la aprobación del presupuesto hasta la aprobación del expediente técnico, que es la fecha en que la Fiscalía afirma que se llevó a cabo la concertación, su patrocinado, esto es, el empresario, estuvo en la ciudad de Miami - Estados Unidos de vacaciones y presentará el reporte de migraciones de entrada y salida del país, además presentará boletos de la línea aérea respectiva, también la visa, el pasaporte y todos los elementos que demuestran fácticamente que en esa fecha el empresario no estuvo en el Perú, e incluso, para ir más allá, presentará el reporte telefónico de que esa semana el internet no funcionó, no existiendo la forma de poder comunicarse con el funcionario público.

En consecuencia, desde esta postura y con los datos expuestos, sería imposible demostrar la existencia de un acuerdo colusorio entre los sujetos intervinientes (funcionario público y empresario), puesto que los mismos, en la primera semana de mayo de 2020 (fecha en que se sostiene que se llevó a cabo la concertación), se encontraban en diferentes países, en diferentes ciudades y hasta en diferentes horas, hablando fenomenológicamente en el contexto natural; y al exigir la “concertación”, vista como un elemento descriptivo desde la perspectiva fenomenológica, la existencia de un acuerdo de voluntades entre los sujetos intervinientes para su probanza, requiriendo la presencia física de ambos, no sería posible afirmar la existencia de dicho pacto colusorio conforme a lo analizado.

Segunda postura: Perspectiva normativa

Conforme se ha señalado precedentemente, si nosotros entendemos el acuerdo de voluntades como la presencia física de los sujetos intervinientes (funcionario público y empresario), es decir, si consideramos a la “concertación” como un elemento descriptivo del tipo penal desde una perspectiva fenomenológica, tendríamos que decir que en el presente ejemplo es imposible arribar a la demostración del acuerdo colusorio; sin embargo, nuestra tesis que es normativa (perspectiva normativa) admite la posibilidad de llegar a sostener la existencia del elemento “concertación” en el delito de Colusión, a pesar que los sujetos intervinientes, en el ejemplo dado, se encontraban en diferentes países, en

diferentes ciudades y hasta en diferentes horas, hablando fenomenológicamente en el contexto natural, al momento que se llevó a cabo la posible concertación; pues esta tesis entiende a la concertación como una comunicación, conforme se ha explicado en el acápite precedente, además de tener en cuenta ciertos criterios para su verificación.

Por tanto, es necesario analizar el ejemplo dado bajo la tesis normativa para llegar a demostrar la existencia del elemento “concertar”. En ese sentido, primero se tiene que delimitar en qué momento se llevó a cabo la concertación por el principio de imputación necesaria. Entonces, si nosotros entendemos que la colusión tiene diversas etapas desde el punto de vista de las contrataciones públicas, por ejemplo, la etapa de actos preparatorias, la etapa de selección, la etapa de ejecución contractual, la etapa de recepción de la obra, la etapa de conformidad, entre otros, todas éstas establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado; nosotros como operadores del derecho tenemos que fijar de manera específica en qué momento se dio la concertación y ahí entra justamente el escenario probatorio en el cual muchos dicen que no puede haber “concertación” porque el Ministerio Público no ha demostrado la presencia física de los sujetos intervinientes (funcionario público y empresario) dentro de la etapa de actos preparatorios que iría desde la aprobación del presupuesto del proyecto que estaba consignado en el Plan Anual de Contrataciones (PAC) hasta la aprobación del expediente técnico (fecha en que se llevó a cabo la concertación conforme al ejemplo dado); es decir, la Fiscalía no ha demostrado que Juan Pérez (funcionario) y Ricardo Díaz (empresario) se encontraron y llevaron a cabo lo que se conoce como acuerdo de voluntades, mostrando la defensa técnica de los imputados algunas pruebas conforme se ha señalado precedentemente;

En ese sentido, nos preguntamos cómo podemos identificar en el supuesto mencionado que hay comunicación (la concertación vista como un elemento normativo), que existe el habla entre los sujetos intervinientes (funcionario público y empresario) y por tanto, que se llevó a cabo la “concertación” en la primera semana de mayo del 2020 (etapa de actos preparatorios que va da desde la aprobación del presupuesto del proyecto que estaba consignado en el Plan Anual

de Contrataciones (PAC) hasta la aprobación del expediente técnico), si no tenemos ninguna prueba, no tenemos correos, no tenemos llamadas, no tenemos testigos, no tenemos colaboradores eficaces, a menos de lo que está en el expediente formal. Es en esa interrogante que entra a tallar nuestra tesis normativa.

Así, se tiene que en esa fecha, en ese periodo que puede durar una semana o puede durar horas según el caso concreto para llevar a cabo actos en la contratación pública (en el ejemplo dado la primera semana de mayo del 2020), bajo nuestra tesis normativo, que admite la posibilidad de llegar a sostener la configuración del delito de Colusión, nosotros entendemos que en ese periodo sí existió “concertación”, la misma que es entendida como una comunicación, conforme se ha explicado en el acápite anterior.

En ese sentido, nosotros entendemos de que esa comunicación desde un prisma normativo, sin adulterar la comunicación, la cogemos como tal, en donde existe la presencia de un emisor y de un receptor, éstos están entrelazados por un mensaje; entonces esa palabra “mensaje” tenemos que manejarlo a través del habla, el cual no es solamente auditivo por las cuerdas bucales, sino también el habla es kinesiológico, pues siempre emite un mensaje a través de las señales, como si fuera un concepto fenomenológico. Por tanto, si bien durante la primera semana de mayo del 2020 los imputados se encontraban en países diferentes y en horas distintas, sin embargo, conforme se ha señalado, el derecho está comunicando normativamente a través del habla de que hay un mensaje, por ejemplo, en el expediente técnico.

Por tanto, para llegar a demostrar la “concertación” como un elemento normativo, se tiene que construir la plataforma de que el elemento “concertar” es entendido como una comunicación, en donde a través del habla se emiten mensajes por las señales, la misma que es articulada con los otros criterios expuestos, como los indicios, los roles y la normas extrapenales; con el fin de entender que la concertación no es un elemento descriptivo del tipo penal, sino un elemento normativo.

En consecuencia, para probar que se llevó a cabo la concertación en el ejemplo dado, entre el funcionario público y el empresario, se entiende que la concertación es una comunicación entre los sujetos intervinientes, en donde a través del habla se emiten mensajes por señales; siendo así, en el caso concreto, el derecho está comunicando normativamente a través del habla de que hay un mensaje en el expediente técnico (el cual es la plataforma para articular los otros criterios expuestos).

Así, el mensaje en el expediente técnico es el siguiente: observamos que en el expediente técnico o en el expediente de contratación para ser específicos, se encuentran algunos indicios de manera copulativa, como el que se haya elaborado el expediente técnico con requerimientos técnicos mínimos específicos y excluyentes, que en el expediente técnico aprobado se haya consignado metrados sobredimensionados, que la obra se haya realizado en plazos excesivos, que para llevar a cabo la obra se haya realizado estudios de posibilidades del mercado irregulares, que se haya aprobado el expediente de contratación en un tiempo récord a pesar de existir manifiestas irregularidades administrativas que no han sido subsanadas, que se haya presentado cartas fianzas falsas, entre otros; siendo que todos estos indicadores están llevando un mensaje que está comunicando el expediente técnico, y ese mensaje es justamente un mensaje kinesiológico.

Aunado a ello, también encontramos los roles, por lo que nos preguntamos ¿cuál sería el rol del funcionario? En este caso, el rol de Juan Pérez, en su calidad de presidente del comité especial, era que registre en el proceso de contrataciones, en las bases administrativas, requerimientos generales y no específicos como aparecen en el expediente, entre otros; entonces éste es un mensaje que está dando y no se necesita que el funcionario público se encuentre físicamente el mismo día, en el mismo lugar y en la misma hora con el empresario; no es necesario eso, pues allí ya hay un mensaje. Asimismo, hay un mensaje en el contexto de que el funcionario por su rol tenía que contratar respetando el principio de economía en favor del Estado, es decir, debió considerar los mejores precios y las mejores comisiones para el Estado, sin embargo, del expediente

técnico se advierte que hay pagos y hay precios sobrevalorados que perjudican al Estado, siendo que ahí está generando la lesión de su rol específico, de su rol cualificado de funcionario; no obstante, ese rol no lo creó el fiscal ni el juez, sino que se debe recurrir a las normas extrapenales como un indicador para ver donde están establecidos los roles, encontrándose entre ellos la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, la Ley de las Municipalidades, el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), en el Manual de Organización y Funciones (MOF), algunos instructivos o directivas de la propia entidad, e incluso hasta en el Código de ética que establecen los roles de un funcionario que tiene que custodiar los recursos del Estado que le han sido encomendados.

Por otro lado, el empresario tiene un rol general porque se mueve como un extraño (*extraneus*), y su rol general justamente es no dañar, en el caso concreto, la Administración Pública y además el patrimonio del Estado, advirtiéndose por ejemplo que el particular presentó propuestas sobrevaloradas, un expediente técnico con metrados mayores de lo que se está ejecutando en el mundo real, por el cual cobró. Entonces, bajo ese sentido, el rol general también evidencia un indicador que nos permite construir un indicio concomitante para sostener el pacto colusorio; así como los demás indicadores que se han venido sosteniendo.

Por tanto, para llegar a identificar y verificar a la “concertación” como un elemento normativo, se ha establecido una plataforma, que vendría a ser la comunicación entre los sujetos intervinientes, a través de la cual se han ensamblado los criterios expuestos como los indicios, los roles de los sujetos intervinientes y la normas extrapenales; llegándose a determinar normativamente en el caso expuesto, la existencia de la “concertación”.

CONCLUSIONES

- En la presente investigación se llegó a establecer los criterios y la plataforma para aplicar la concertación como un elemento normativo en el delito de Colusión, contribuyendo con ello a una correcta configuración del citado delito, con el fin de tratar de evitar los grados de impunidad que se generarían por su dificultad de probanza si es que se sigue identificando a la concertación como un elemento descriptivo, y de esa manera, se sancione a los responsables.
- Se explicó la estructura del delito de Colusión, entre ellos, a la concertación, advirtiéndose que es el principal elemento y núcleo central del citado delito, siendo su estudio de vital importancia para la configuración de este tipo penal.
- Se definió a la concertación desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial peruana, advirtiéndose que es considerada tanto un elemento descriptivo como un elemento normativo. Así, desde la perspectiva fenomenológica, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia señalan que la concertación consiste en un acuerdo de voluntades entre el funcionario o servidor público y el interesado (elemento descriptivo), y además, exige para su probanza que se establezcan las circunstancias de modo, tiempo, lugar y demás particularidades; considerándose que dicha perspectiva es un retroceso o freno a la lucha contra la corrupción, puesto que en algunos supuestos se tendría una gran dificultad para probar el pacto colusorio, debido a que demostrar que los sujetos intervinientes conversaron, dialogaron, lograron conocerse, entre otros, es difícil, teniendo en cuenta que el escenario colusorio, por su misma naturaleza ilegal, se encuentra

marcada por conductas ocultas, espurias y subrepticias; y en consecuencia, si no se llega a probar este elemento no se podría configurar el delito analizado, quedando impune el hecho imputado. Por otro lado, desde la perspectiva normativa, la doctrina minoritaria sostiene que la concertación es un elemento normativo, por lo que no debe considerarse como un acuerdo de voluntades, pues ello dificulta su probanza; adoptándose esta postura en el presente trabajo de investigación.

- Se explicó a la concertación como un elemento normativo del delito de Colusión, siendo que para su identificación y verificación, el agente del derecho, esto es, el Juez, deberá realizar juicios de valoración según el caso concreto, para dotarle de contenido jurídico; no obstante, dicha valoración no puede estar supeditada o al arbitrio de la interpretación o valoración que le brinde libremente el Juez, sino que éste, para realizar dicha valoración, debe tener en cuenta ciertos criterios - indicadores que le permitan identificar y probar a la concertación como un elemento normativo del delito de Colusión, siendo éstos los indicios, los roles de los sujetos intervinientes y las normas extrapenales. Asimismo, se ha establecido una plataforma en la cual puedan ser ensamblados los criterios antes expuestos, siendo ésta la comunicación, es decir, la concertación como un elemento normativo del delito de Colusión, debe entenderse como una “comunicación”, siendo ésta la plataforma que ensamblará los criterios expuestos.
- Por último, ante la inexistencia de un pronunciamiento judicial o un acuerdo plenario, sería conveniente que los criterios de interpretación y la plataforma, expuestos en la presente investigación, para identificar y verificar a la “concertación” como un elemento normativo, sean uniformizados a través de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, estableciéndose un nuevo criterio jurisprudencial, con el fin de tratar de evitar los grados de impunidad que se generarían por su dificultad de probanza si es que se sigue identificando a la concertación como un elemento descriptivo, y de esa manera, se sancione a los responsables.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. Abanto, M. (2001). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima, Perú: Palestra Editores.
2. Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. 2° ed. Lima, Perú: Palestra Editores.
3. Arismendiz, E. (2018). *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
4. Cáceres, R. y Carrión, J. (2011). *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima, Perú: Idemsa.
5. Castillo, J. y Caveró, P. (2008). *El delito de colusión*. Lima, Perú: Grijley.
6. Castillo, J. (2017). *El delito de colusión*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
7. Feijoo, B. (2002). *Imputación objetiva en Derecho penal*. Lima, Perú: Grijley.
8. García, P. (2008). Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal. En P. García Caveró & J. L: Castillo Alva. *El delito de colusión*. Lima, Perú: Grijley.
9. García, P. (2003). *Derecho Penal económico. Parte general*. Lima, Perú: ARA.
10. García, P. (2015). *Derecho Penal económico. Parte especial*. Vol. II. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
11. Hugo, J. y Huarcaya, B. (2018). *Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
12. Jakobs, G. (2015). *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho Penal. Expectativas normativas, intervención delictiva y Derecho penal del*

- enemigo. Traducido por José Caro John y Miguel Polaino Orts. Lima, Perú: Editores del Centro.
13. López, C. (2005). La teoría de la imputación objetiva. En M. Bolaños Gonzáles, *Imputación objetiva y dogmática penal* (pp. 154-155). Mérida, Colombia: Universidad de los Andes.
 14. Martínez, R. (2017). *El estado actual del delito de colusión*. Lima, Perú.
 15. Mixán, F. (1995). *Prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos*. Trujillo, Perú: BLG.
 16. Morón, J. (2016). *La contratación estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
 17. Nakazaki, C. (2013). *Los delitos contra la administración pública en la jurisprudencia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
 18. Nolasco, J., Velarde, J., Ayala, E., y López, R. (2011). *Manual de litigación oral en delitos gubernamentales*. Lima, Perú: Ara Editores.
 19. Pariona, R. (2017). *El delito de colusión*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
 20. Peña Cabrera, A. (2010). *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo V. Lima, Perú: Idemsa.
 21. Polaino, M. y Polaino M. (2004). *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*. Lima, Perú: Grijley.
 22. Posada, R. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Tomo I. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
 23. Reátegui, J. (2012). *Derecho Penal. Parte especial*. Volumen II. Lima, Perú: Ediciones Legales.
 24. Rojas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima, Perú: Nomos & Thesis.
 25. Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Grijley.
 26. Roxin, C. (2016). *Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid, España: Marcial Pons.
 27. Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública*. 5^a edición. Lima, Perú: Grijley.

28. Salinas, R. (2016). *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición. Lima, Perú: Grijley.
29. Salinas, R. (2014). *Delitos contra la Administración Pública*. 3era edición. Lima, Perú: Grijley.
30. Talavera, P. (2009). La Prueba. En el Nuevo Proceso Penal. Manual del derecho probatorio y de la valoración de las pruebas. Lima, Perú: Academia de la Magistratura.

Revistas

31. Abazalo, S. (Noviembre de 2018). El delito de colusión: alcances sobre el sujeto activo y el bien jurídico protegido. *Actualidad Jurídica*, (300), pp. 132-139.
32. Bramont, L. (1996). El tipo penal. *Derecho & Sociedad*, (11), pp. 188-194.
33. Carrión, J. (2010). El delito de colusión. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (16), pp. 242-248.
34. Coord. García, P. (Abril de 2018). El delito de colusión en el Código Penal peruano. *Actualidad Jurídica*, (293), pp. 39-61.
35. García, G. (Diciembre de 2018). Cuatro problemas jurisprudenciales en el delito de colusión. *Gaceta Penal & procesal penal*, (114), pp. 28-40.
36. Jiménez, S. (Diciembre de 2018). ¿Qué es concertarse? A propósito del elemento del tipo del delito de colusión. *Gaceta Penal & procesal penal*, (114), pp. 11-27.
37. Martínez, R. (Marzo de 2018). El delito de colusión: análisis del elemento concertación. *Gaceta Penal & procesal penal*, (105), pp. 94-102.
38. Montoya, Y. (2008). Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código Penal Peruano. *Actualidad Jurídica*, (171), pp. 97-101.
39. Rodríguez, M. (2007). La concertación en el delito de colusión y la imputación objetiva. *Revista de Derecho y Ciencia Política-Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, (64), pp. 261-275.
40. Salinas, R. (2011). Delito de colusión según la Ley N° 29758. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (29), pp. 124-144.

41. Valle, O. (Marzo de 2018). El deber de individualización del extraneus en el delito de colusión. A propósito del caso Kouri. *Gaceta Penal & procesal penal*, (105), pp. 75-93.
42. Vega, H. (Enero de 2016). El análisis gramatical del tipo penal. *Justicia*, (29), pp. 53-71.
43. Villegas, E. (Diciembre de 2018). Notas sobre el delito de colusión desleal: tratamiento doctrinal y jurisprudencial. *Gaceta Penal & procesal penal*, (114), pp. 41-48.

Tesis

44. Díaz, I. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano* (Tesis doctoral). Universidad de Salamanca, España.
45. Mandujano, J. (2017). *Problemas de imputación y prueba en el delito de colusión* (Tesis de maestría). Universidad de Huánuco, Perú.

Jurisprudencia

46. SALA PENAL TRANSITORIA, Casación N° 542-2017 Lambayeque, Lima: 03 de mayo del 2019, f. j. 17.
47. SALA PENAL PERMANENTE, Casación N° 231-2017 Puno, Lima: 14 de septiembre del 2017.
48. SALA PENAL TRANSITORIA, Casación N.° 103-2017 Junín, Lima: 15 de agosto del 2017, f. j. n.° 23, literal 2.
49. SALA PENAL PERMANENTE, Casación N° 661-2016 Piura, Lima: 11 de julio del 2017, f. j. n° 14-17.
50. SALA PENAL TRANSITORIA, R. N. N.° 1842-2016 Lima, Lima: 6 de julio del 2017, f. j. n.° 4, 27.
51. SALA PENAL PERMANENTE, Casación N.° 841-2015 Ayacucho, Lima: 28 de junio del 2016, f. j. n° 31.
52. SALA PENAL PERMANENTE, Casación N° 841-2015 Ayacucho, Lima: 24 de mayo del 2016.

53. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1305-2014 Áncash*, Lima: 10 de noviembre del 2015, f. j. n° 3.
54. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 341-2015 Lima*, Lima: 4 de noviembre del 2015, f. j. n° 4.3 al 4.6.
55. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 2712-2014 Lima*, Lima: 7 de octubre de 2015, f. j. n° 3.3.
56. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1109-2014 Callao*, Lima: 9 de junio del 2015, f. j. n° 7 y 9.
57. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 78-2013 La Libertad*, Lima: 9 de diciembre del 2014, f. j. n° 3.2.
58. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1199-2013 Arequipa*, Lima: 6 de agosto del 2014, f. j. n° 4 y 5.
59. SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 2677-2012 Madre de Dios*, Lima: 15 de abril del 2014, f. j. n° 12.
60. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1076-2013 Ucayali*, Lima: 2 de abril del 2014, f. j. n° 3.
61. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1969-2012 La Libertad*, Lima: 16 de enero del 2014, f. j. n° 4.
62. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1565-2012 Ica*, Lima: 10 de noviembre del 2013, f. j. n° 5. 5.1.
63. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 2587-2011 Cusco*, Lima: 23 de enero del 2013, f. j. n° 4.3.
64. SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 77-2012 Cusco*, Lima: 22 de agosto del 2012, f. j. n° 52.
65. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1105-2011 Ica*, Lima: 22 de agosto del 2012, f. j. n° 3.
66. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 2368-2011 Cusco*, Lima: 9 de agosto del 2012, f. j. n° 4.
67. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 2264-2011 Piura*, Lima: 7 de agosto del 2012, f. j. n° 4.
68. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 1397-2011 Ayacucho*, Lima: 22 de mayo de 2012, f. j. n° 4.3, 4.6.

69. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.º 2726-2012 Lima*, Lima: 21 de mayo del 2012, f. j. n.º 5.
70. SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.º 4031-2011 Lima*, Lima: 16 de mayo del 2012, f. j. n.º 3.
71. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.º 1730-2011 Junín*, Lima: 9 de mayo del 2012, f. j. n.º 7.
72. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.º 1034-2011 Cusco*, Lima: 28 de marzo del 2012, f. j. n.º 7.
73. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.º 707-2011 Lima*, Lima: 7 de marzo del 2012, f. j. n.º 5.
74. SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.º 215-2011 Huánuco*, Lima: 6 de marzo del 2012, f. j. n.º 4.
75. SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.º 3043-2010 Lima*, Lima: 9 de noviembre del 2011, f. j. n.º 4.
76. SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.º 5315-2008 Puno*, Lima: 3 de mayo del 2010, f. j. n.º 5.
77. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.º 1015-2009 Puno*, Lima: 17 de febrero del 2010, f. j. n.º 5.
78. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.º 3307-2008 Loreto*. Lima: 13 de mayo del 2009, f. j. n.º 9.
79. SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.º 1296-2007 Lima*, Lima: 12 de diciembre del 2007, f. j. n.º 5.
80. SALA PENAL ESPECIAL, *Exp. N.º 20-2003 A.V.* Lima: 18 de octubre del 2005, f. j. n.º 27.
81. SALA PENAL ESPECIAL, *Exp. N.º 25-2003 A.V.* Lima: 03 de agosto del 2005, f. j. n.º 39.
82. SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.º 1464-2004 Cusco*, Lima: 17 de febrero del 2005.
83. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.º 1480-2003 Arequipa*, Lima: 22 de julio del 2004, f. j. n.º 3.
84. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Exp. N.º 00017-2011-PI/TC*, 3 de mayo del 2012, f. j. n.º 28.