

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**La admisión de injustos separados como criterio configurador en el delito
de colusión como delito de encuentro**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

Evelyn Medaly Fernandez Flores

ASESOR

Eliu Arismendiz Amaya

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

Chiclayo, 2024

**La admisión de injustos separados como criterio configurador en el delito
de colusión como delito de encuentro**

PRESENTADA POR
Evelyn Medaly Fernandez Flores

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

ABOGADO

APROBADA POR

Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Caceres
PRESIDENTE

Fatima del Carmen Perez Burga
SECRETARIO

Eliu Arismendiz Amaya
VOCAL

Dedicatoria

Esta tesis se la dedico a Dios y mi primo Kevin quienes me han guiado por el buen camino espiritual, y me han dado fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los problemas que se presentaban. A mi papá, mamá, Gonzalo y mis tíos: Dilmer, Janeth y Juanita por su apoyo, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles, y por ayudarme con los recursos necesarios para estudiar. Me han dado todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi carácter, mi empeño, mi perseverancia, mi coraje para lograr mis objetivos.

Agradecimientos

Gracias infinitas a mis padres y mi hermanito Gonzalo, por su amor y apoyo incondicional. Su fe en mí, incluso en los momentos más difíciles, han sido el pilar de este logro. También expreso mi gratitud a mis tíos, quienes supieron estar cuando más los necesitaba. Sin ustedes, todo esto no habría sido posible. Su amor y sacrificio han sido la luz que guio mi camino a través de este viaje académico. A mi asesor de tesis, el Dr. Eliu Arismendiz Amaya su experiencia y paciencia contribuyeron a mi experiencia en el complejo y gratificante camino de la investigación.

ORIGINALITY REPORT

14%

SIMILARITY INDEX

15%

INTERNET SOURCES

4%

PUBLICATIONS

6%

STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	hdl.handle.net Internet Source	3%
2	www.repositorioacademico.usmp.edu.pe Internet Source	2%
3	dokumen.pub Internet Source	1%
4	tesis.usat.edu.pe Internet Source	1%
5	repositorio.unap.edu.pe Internet Source	1%
6	www.boe.es Internet Source	1%
7	edoc.pub Internet Source	<1%
8	tesisenred.net Internet Source	<1%
9	tesis.unap.edu.pe Internet Source	<1%

Índice

Resumen	6
Abstract	7
Introducción.....	8
Revisión de literatura.....	9
Materiales y métodos	22
Resultados y discusión	23
Conclusiones	33
Recomendaciones	34
Referencias.....	35

Resumen

Lo discutible de la investigación se manifiesta a partir de la determinación de la influencia de las teorías de dominio del hecho y de infracción de deber, en otras palabras, se trata de esclarecer la autoría y participación en el delito de colusión como delito de encuentro. Es por ello que, en el estudio se asimilará la teoría de infracción de deber propuesta por Roxin, así como también la propuesta de Gûnter Jakobs, la teoría del hecho. Por consiguiente, la pesquisa en descripción es de vital importancia porque analiza la admisión de injustos separados como criterio configurador y estudia el delito de colusión como delito de encuentro y el producto conseguido nos instruye a delinear ofertas para desplegar discernimientos homogéneos para la determinación de la autoría y participación en el delito de colusión, teniendo en cuenta los principios y fundamentos de la teoría de infracción de deber (elemento normativo de deber) y la teoría del dominio del hecho. Es decir, armonizar las reglas de dominio del hecho y la teoría de la infracción al deber en los delitos de encuentro, corrigiendo la distribución a utilizar el método científico para generar nuevos conocimientos que se necesitan para mejorar el sistema de administración de justicia. Finalmente, la investigación tuvo un enfoque cualitativo y se utilizó el diseño dogmático.

Palabras clave: Dominio del hecho, Infracción al deber, delitos de encuentro.

Abstract

The questionable aspect of the research is manifested from determining the influence of the theories of the mastery of the fact and the breach of duty, in other words, it is about clarifying the authorship and participation in the crime of collusion as a meeting crime. For this reason, the study will study the theory of breach of duty proposed by Roxin, the theory of breach of duty proposed by Gûnter Jakobs, the theory of the fact. Therefore, the inquiry in description is of vital importance because it analyzes the admission of separate wrongs as a configuring criterion and studies the crime of collusion as a crime of encounter and the product obtained instructs us to delineate offers to deploy homogeneous discernments for the determination of authorship and participation in the crime of collusion, taking into account the principles and foundations of the theory of breach of duty (normative element of duty) and the theory of mastery of the fact. That is to say, harmonizing the rules of dominion of the fact and the theory of infraction of duty in the encounter crimes, correcting the distribution to use the scientific method to generate new knowledge that is needed to improve the system of administration of justice. Finally, the research had a qualitative approach and the dogmatic design was used.

Keywords: Dominion of the act, infraction of duty, crimes of encounter.

Introducción

En la actualidad es un problema esclarecer la autoría y participación en los delitos con la administración pública; sin embargo, doctrinariamente y a través de la jurisprudencia este tema ha sido abordado, no obstante, no se ha llegado a materializarse, es decir, no existe un discernimiento homogéneo que se conciba como válido a todos los presupuestos que simboliza la argumentación de la autoría y participación en los delitos contra la administración pública, más específicamente, en los delitos de encuentro; es por ello que, una parte de la doctrina se origina en Alemania, en tanto que, se presenta la “teoría de dominio del hecho”, que en sus primigenias versiones argumenta la autoría en el discernimiento del dominio fáctico del hecho; así como en sus interpretaciones frescas fundan la autoría en el criterio de dominio sobre el cimiento del resultado.

Por otra parte, se concibe la teoría de infracción de deber, que principalmente es abstraída para poder dar respuesta a defectos en la teoría del dominio del hecho y adaptar su perspectiva solo a delitos especiales concretos. Ahora bien, un sector de la doctrina asume que todos los delitos son de infracción del deber dando como resultado la exclusión de los delitos de dominio, ya que, ellos consideran que la infracción de un deber, ya institucional, es decir, un deber negativo fundamenta la punibilidad en los delitos comunes, no obstante, la infracción de un deber positivo funda la responsabilidad en los delitos especiales.

Ahora bien, para llevar a cabo el presente artículo científico el trabajo se ha estructurado en el siguiente objetivo general: Desarrollar la admisión de injustos separados como criterio configurador en el delito de colusión como delito de encuentro y como objetivos específicos se desprende los siguientes: Analizar la admisión de injustos separados como criterio configurador y estudiar el delito de colusión como delito de encuentro.

Revisión de literatura

Antecedentes

En el siguiente acápite se procede a analizar los antecedentes que valdrán de referencia para el óptimo perfeccionamiento del presente artículo jurídico de estudio, se procederá con la respectiva revisión de diferentes fuentes escritas tales como tesis; aunado a ello, se recurrirá a la revisión de, revistas, libros, y artículos científicos. Será propio también hacer una revisión exhaustiva de lo indicado por la jurisprudencia nacional con el fin de conseguir los objetivos planteados en el presente.

Ccallo, D. Ticona, M. (2017). En su trabajo de investigación: “Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción de deber para delimitar la intervención del intraneus y extraneus en los delitos de colusión y peculado” Ostentada por la Universidad nacional del altiplano. Tiene como propósito “delimitar la intervención del intraneus y extraneus en los delitos cometidos contra la administración Pública concretamente, los delitos de colusión y peculado de otra parte, los delitos de infracción del deber los cuales tiene como fin restringir la autoría y participación y todo ello en base a la presencia del deber especial que exhibe el autor, dichos deberes lo van a vincular con el bien jurídico protegido.” Por lo que, el autor llega la siguiente conclusión: “Los delitos de dominio y de infracción de deber. En los delitos de infracción de deber el círculo de autores estaría restringido a ciertas personas, es decir, no cualquiera podría ser autor, lo cual los equipararía a los delitos especiales.”

“En cuanto al delito de tortura, este puede ser consumado únicamente por funcionarios públicos. Mientras que, hablando de los delitos de dominio, el deber quebrantado procedería de la misma norma penal, en razón de ello, la autoría estibaría únicamente del “dominio del hecho”, y no de la cualidad o capacidad para infringir el deber”. (Ortega, 2017, p. 38).

Esta investigación servirá para desarrollar el contenido de los delitos de dominio en el cual no existen competencias para la autoría, es decir, solo va a depender del dominio del hecho, ello quiere indicar, que, a las posibilidades fácticas de apresurar, retardar o paralizar la obtención del resultado del sujeto, por otro lado, la discrepancia entre estos delitos es de carácter formal, y ello va a depender de las peculiaridades que son exigibles para ser catalogado como autor. Es decir, si se habla de los delitos de infracción de deber hay que tener en cuenta que la autoría va a ser determinada por la transgresión de un deber de tipo extrapenal el cual trata de imposibilitar la culminación, siendo que, está determinado concretamente a ciertos individuos.

Añanca, M. (2018). En su trabajo académico titulado: “Dominio del hecho e infracción de deber en la determinación de la autoría y participación en delitos contra la administración pública, ayacucho-2017”. Presentado por la Universidad San Martín de Porres. El autor tiene como objetivo “Identificar un criterio unitario que tome en cuenta los elementos del dominio y deber como fundamento único de la autoría y participación en los delitos contra la administración pública, tal como ya viene sosteniendo un determinado sector”. Así como también, ejecutar un estudio de los “criterios y fundamentos de las teorías de dominio del hecho e infracción de deber, en primer lugar, a fin de determinar en qué medida cada una de estas teorías influye en la determinación de la autoría y participación en los delitos contra la administración pública doctrinario.”

La postura que toma el autor es “la posición de dominio sobre la falta de protección o desamparo del bien jurídico, no deriva de la simple infracción de un deber extrapenal; sino, sería consecuencia de la proximidad fáctica que tiene el autor, en relación al bien jurídico, que ha sido puesto, en virtud a un acto de confianza por parte de un tercero, y en merito a ello, la indemnidad del bien jurídico quedaría en manos del intraneus, debemos tomar en cuenta que Schönemann, no descarta por completo la infracción de un deber extrapenal, sino por el contrario, dicha situación podría servir como ratio cognoscendi de la infracción del deber de garante”.

Esta investigación nos ayudará a desarrollar una infracción de deber especial extrapenal, puesto que, es una figura incoherente que acompaña habitualmente al ejercicio de dominio penalmente relevante. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, la antijuricidad extrapenal que se puede expresar en dicha transgresión, jamás podrá ser ratio essendi de la antijuricidad penal, ello debido a que solo conseguiría el dominio de protección del bien jurídico que resulta del acto de confianza de su reconocido, que en esta situación sería el funcionario público.

Rojas, J. (2017). En su trabajo académico titulado “Los delitos de corrupción de funcionarios colusión artículo 384° del código penal y el estado de derecho en el Perú” presentado por la Universidad César Vallejo. Tuvo como intención “determinar si se está aplicando correctamente por los operadores del Poder Judicial, Ministerio Público y miembros de la Policía Nacional del Perú, los alcances de la investigación, procesamiento calificación correcta del delito de colusión, de conformidad a lo establecido en el artículo 384° del Código Penal Peruano”. Debido a ello, el autor aterriza en la siguiente conclusión:

“El correcto funcionamiento de la Administración pública es un bien jurídico colectivo, genérico e institucionalizado constituido por diversas condiciones ideales o mínimas de funcionamiento del sistema público, orientados al logro de los fines del Estado. A decir del autor, estas condiciones deberán ser protegidas subsidiariamente por el Derecho Penal y de ser posible, deberán contar con un respaldo constitucional”.

Se requiere que para la imputación existan bastantes compendios de convicción y que además se lleguen a cumplir los tres supuestos del debido proceso. Asimismo, cuando se evidencie la existencia de algún riesgo procesal. Por lo que, en los supuestos contemplados en el segundo parrado del art. 384° del CP se aplicará la prisión preventiva, con una pena no menor de 6 años.

Por otro lado, Quispe, C. Taype, Y (2018). En su trabajo académico denominado: “Análisis dogmático de la intervención del extraneus en los delitos contra la administración pública sobre la base de las teorías de título de imputación, autoría y participación” el cual fue presentado por la Universidad Nacional del Altiplano, donde el autor tuvo como fin “Analizar el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia, la problemática en la teoría y los supuestos en que se justifica la punibilidad del extraneus en los delitos especiales.” Aterrizando en la siguiente conclusión:

“Los delitos contra la administración pública tienen una doble variante; unos son delitos especiales propios y otros son delitos especiales impropios, y a partir de esta delimitación se establece una regla general, en el sentido que la autoría y participación (en sentido estricto) está reservado únicamente para los funcionarios y servidores públicos, sin embargo, existe excepciones como en el delito de colusión, peculado y tráfico de influencias, donde necesariamente comportan la participación del extraneus para la realización del delito y en este marco es necesario plantear los supuestos en las que el extraneus debe responder penalmente por los delitos especiales.”

Actualmente, a raíz de la modificación que se realizó al art. 25°, se ha procedido a defender la tesis de la unidad de título de imputación, en donde el extraneus si es considerado punible y va a responder por un delito de tipo especial, con el cimiento del principio de accesoriedad de la participación. Empero, hay que tener en cuenta que el sustento de la accesoriedad de la participación no se concibe como idóneo para sustentar la punibilidad del extraneus en la comisión de delitos especiales, por lo que, el compromiso penal del extraneus deberá encontrarse sustentado desde el enfoque de la política criminal, el enfrentamiento y la prevención eficaz de la corrupción en todos sus horizontes, además, la penalidad comparable con los intraneus, se encontraría reconocido por la ejecución del derecho penal del enemigo.

Sin embargo, esta presunción no es considerada legítima dando que parece contravenir las garantías constitucionales.

En la misma línea de ideas, Adrianzen, P. (2017). En su trabajo académico nominado: “La participación en los delitos especiales análisis de la intervención de un extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito” el cual fue presentado por la Universidad de Piura. Tuvo como objetivo realizar un “análisis de los principales aspectos constitutivos del delito de enriquecimiento ilícito y de la participación en los delitos especiales”. A raíz de ello, el autor llega a la siguiente conclusión:

“La accesoriedad debe ser entendida como un criterio de la participación, que permite vincular un hecho que supera el estadio de la tentativa, que es objetivamente típico y no está justificado, es decir un hecho punible, a un aporte de participación doloso. Entendiéndose que será el hecho y no el autor, el parámetro respecto del cual se deberá evaluar la accesoriedad del aporte de participación.

La accesoriedad en los delitos especiales de dominio y en los delitos especiales de infracción de deber con elementos de dominio, al concurrir en ellos competencias por organización, funcionará respecto de esta competencia, siendo accesible las instituciones negativas por un partícipe extraneus”.

Cuando hablamos de la inducción, se puede manifestar que es viable sancionar la conducta de establecer a otro a ejecutar un delito, en supuestos en los que el delito es de dominio como en otros supuestos en los que es de infracción de un deber. Ello debido a que la incitación posee una organización exenta al injusto de los autores y los cómplices.

Consecuentemente, en caso de que se llegue a admitir la presencia de delitos de infracción de un deber con elementos de dominio, por consiguiente, en proporción de este mecanismo organizativo será viable una intervención del extraneus en el delito especial, no obstante, la pena a imputar corresponderá irreparablemente atenuarse de modo notable.

Bases Teóricas

2.1 Injustos Separados

a) Conceptos

El prototipo presidiario no puede, ser imparcial debido al injusto. Debemos señalar que la validez de tipos penales abiertos nos deja en evidencia con sinceridad la uniformidad apreciativa de la jerarquía de la tipicidad y antijuridicidad, por lo que, no es realizable hacer una separación clara de ambas categorías.

b) Estructuras

Habitualmente se afirma que aquello que distingue al sistema unitario de autor del sistema diferenciador es la circunstancia de que en el primero no se diferencia entre los que intervienen en el hecho, mientras que en el segundo se reconocen distintas formas de intervención. (Robles, P. 2003, p. 148).

No deberíamos interesarnos, la ausencia o presencia de una pluralidad de sujetos, ya que, se puede ser autor directo también si existe un segundo sujeto que obra entre la conducta de aquél y el hecho.

- La intervención antes del inicio de la tentativa Resulta inexplicable que las aportaciones de un delito posterior estuvieran prohibidas teniendo en cuenta que si esas mismas acciones las realiza el propio autor teniendo en cuenta que si dichas acciones realizadas están penalmente permitidas.
- El objeto de la imputación en la intervención del delito. Es por ello que, estipula que los modelos de la fracción particular describen no solo el propósito de la imputación, sino también del título de ejecución por la que se está imputando.

“La ejecución del hecho que lleva a cabo el autor no puede ser algo ajeno al partícipe, sino que, en alguna medida, debe estar vinculado a ella. Se trata, de una vinculación de carácter normativo.” (Robles, P. 2003, p. 156).

La acción en consecuencia forma parte del resultado a la que está conectado el tercero con su participación.

- El autor (Gómez, M. 2007) en su libro menciona a cerca de Intervención en el delito y principio de autorresponsabilidad lo siguiente:

El conocido principio de responsabilidad posee dos aspectos: uno de carácter positivo o también llamado fundamentador de la responsabilidad y el otro de carácter negativo o excluyente. Por un lado, respecto de su vertiente negativa, este va a garantizar la separación entre los aspectos de responsabilidad individuales. Cabe señalar que el

perímetro de responsabilidad se mantiene cada persona va a estar restringido a su propio comportamiento. (p. 123).

Debería analizarse el injusto del partícipe, ya que, no solo el autor, es un sujeto autor responsable, sino que también lo es el partícipe y, como consecuencia de ello, debe responder por su propia conducta defectuosa.

c) Identificación del injusto separado.

“El injusto de la intervención en el delito no surge ni del propio injusto del autor ni de la aportación aisladamente considerada, sino de la puesta en relación de la conducta del interviniente con el único hecho injusto que existe: el injusto típico.” (Robles, P. 2003, p. 178).

Ahora bien, el injusto típico no solo es injusto del causante, de igual manera también pertenece al participante. La diferencia que recae en ellos es la manera en que cada uno de ellos responderá por el injusto típico. Mientras que el actor del delito aparecerá como consciente más cercano, en cambio el extraño replica de otra manera, es decir distendido.

2.2 El delito de colusión como delito de encuentro

2.2.1 Injusto Colectivo

a) Conceptos

“El hecho colectivo participa de la misma responsabilidad, por lo que sólo deben interesar los aportes cuantitativos (es decir, las aportaciones objetivas), no así las aportaciones cualitativas (mismas que se podrán valorar en la culpabilidad).” (Burgueño, 2009, p. 120).

Por otro lado, existe entre dos sujetos una relación de jerarquía por la que el subordinado deberá seguir instrucciones del superior en el ámbito de la función que le ha sido encomendada y este tiene el deber de controlar el correcto desempeño.

Cubre una esencial significación el conocimiento, en tanto que, aquel compondrá el factor importante sobre entendido por cada individuo que interactúa en colectividad. En donde, “conocimiento de la norma es conocimiento de la realidad social, conocimiento de lo cotidiano en la sociedad. Si ello es así, entonces, tiene conocimiento de la norma también aquel que si bien conoce la realidad social no la acepta como válida” Jakobs, Günther (como se citó en Burgueño, 2009).

En los casos de pluralidad de administradores en lo que uno de los representantes ignora el contenido de su decisión por confiar plenamente en la información que le ha proporcionado al otro. El no ejercitarlo no podría tener repercusiones penales, salvo se incurra en una situación que fue ignorada bajo premeditación.

b) Estructuras

Competencia en plano vertical La limitada competencia de los subordinados: neutralidad. Las cosas podrían ir cambiando a medida que se sube en la graduación de rango de la sociedad y se reconocen posturas de deber distinguidas por el deber de conservar libre de determinados riesgos.

La amplitud de la competencia de los administradores: su posición de garante: El MINJUS, en el año 2020 ha considerado pertinente indicar en su “análisis y comentarios de las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal” que, las aportaciones activas de los directores a la ejecución de determinado delito no podrían ser adoptadas desde el uso de la ración del dominio del hecho ello debido a que, es “en la empresa donde se observa con mayor claridad que el poder de organización fáctico no puede fundamentar por sí solo la imputación de responsabilidad” (p.224).

Siguiendo esa misma línea, la empresa como organización estable que opera en el seno del ordenamiento jurídico, las aportaciones activas de aquellos que ostentan las máximas competencias de su gestión de escasa relevancia normativa, por las que las figuras como la inducción, coautoría o la autoría mediata no aciertan al núcleo del problema.

Competencia en plano horizontal

Ejemplificándolo de mejor manera diríamos que el encargado de la contabilidad no tiene ningún deber de evitar hechos delictivos que le corresponderá evitar al gerente general o administrados.

c) Identificación del injusto colectivo.

Burgueño (2017) sobre la identificación del injusto colectivo, indica que “Una vez que se concreta la conducta típica y antijurídica de un colectivo, en la que existen varios aportes individuales igualmente típicos y antijurídicos, el siguiente paso será el análisis del injusto colectivo, para el cual, dentro de una concepción dualista moderada, para la integración el desvalor de acción bastará con el conocimiento (o viabilidad de conocer) que respecto de su aporte individual tenga el sujeto para determinar en éste, él tenía la intención de hacerlo así como aquella persona que lo llevo hacer el acto lesivo, y para el desvalor de resultado bastara la peligrosidad o el peligro generado con dicho actuar individual, determinándose así el qué hizo” (p. 45).

Ciertamente parece evidente que consideraciones elementales de proporcionalidad deberían impedir tratar igual a partir de la óptica del desenlace jurídico aquellos casos en los que la comisión de un delito por parte de un empleado que obedece ciertos tipos de controles establecidos por la organización.

Burgueño (2019) sobre la identificación del injusto colectivo, nos dice lo siguiente:

“Sin los límites normales (es decir en el ámbito de la imputación individual) de la autoría y los delitos cualificados propios (principalmente), podemos graduar la culpabilidad de cada uno de los intervinientes (en forma individual), desde el más alto mandatario hasta el más “inocuo” de los ejecutores; así como aquellos que aun sin tener las cualidades propias de un delito cualificado, hayan hecho factible el resultado correspondiente con su aporte individual. En esta concepción unitaria de injusto” (p.122).

2.3 La estructura del delito de colusión

“El Código Penal peruano en el artículo citado, describe en qué consiste el delito de colusión, conceptuándolo como aquel acuerdo que, en el marco de contrataciones estatales y liquidaciones, realizan el funcionario o servidor público competente con terceras personas (interesados) con el fin de defraudar al Estado Configurándolo así, como un delito especial propio, es decir, que el tipo penal sólo puede ser realizado por una persona calificada, en este caso, un funcionario público vinculado funcionalmente con la contratación pública.” García, C. & Castillo, A citado en (Bendenzú, B. 2011, p. 2).

El delito de colusión estriba en un ajuste en donde un servidor público competente, acuerda, firma un contrato o convenio con un extraño la ejecución de un proceso de florilegio que tiene por fin de timar los intereses estatales. Es por ello que, el mencionado es un delito que vulnera un deber especial, es decir, el agente rompe un deber específico que además es de carácter especial que consiste en proteger los bienes del Estado en el convenio de bienes o servicios.

2.3.1 Aspecto Objetivo

a) Elementos referentes al sujeto

“El delito de colusión simple o agravada, respecto al sujeto activo y desde la óptica de los delitos de dominio, resulta ser un delito especial propio, por cuánto la técnica legislativa restringe el radio de autores, consignado a sujetos cualificados, esto es, funcionarios o servidores públicos, por otro lado, respecto a la conducta, se advierte un injusto cualificado debido a la existencia de una institución conocida como administración pública”. Arismendiz, E. citado en (Cabrera, J. 2020, p. 15).

El sujeto activo del delito en referencia es el funcionario o servidor público que ejecuta con un extraño para engañar al Estado o que dicho de otro modo estafa al Estado a causa de tal concertación.

“El que intervenga de manera directa implica que el funcionario actúe en alguna de las etapas de adquisición o contratación pública. Por otro lado, intervenir de manera indirecta significa que actúa por intermedio de otro u otros sujetos.” (Salinas, R. 2018, p. 367). Ahora bien, no solo se trata de un servidor público, sino más bien, así como lo dice el código penal. El

funcionario a cargo debe participar de alguna manera, ya sea de forma evasiva en razón al cargo que se le ha concedido. Es decir, el empleado cuenta con una serie de facultades que el Estado u algún organismo estatal le concedió para poder participar de cualquiera de las etapas, ya sea de transacciones, compromisos u otra realización a en razón del Estado.

“El Estado es el titular del bien jurídico y, subsecuentemente, sujeto pasivo del delito mencionado, en términos similares, conforme se viene indicando en los delitos de corrupción de funcionarios, la doctrina jurisprudencial fijada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el literal 2 del cons. N° 23 de la Cas. N° 103 – 2017 Junín, del 15 de agosto del 2017, expresó que: “En todos los delitos en que el agraviado no sea un persona natural o jurídica: En todos los delitos en que el agraviado no sea un persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada”. Arismendiz, A. citado en (Cabrera, J. 2020, p. 17).

El Estado es conocido como el sujeto pasivo, puesto que, este será el encargado de confiar al funcionario el trabajo de poder personificarlo. Por lo que, el empleado del Estado daña la función estatal porque deja de actuar en cuanto al interés común.

b) Elementos referentes a la conducta

“El tipo penal sanciona la concertación del funcionario público con otro sujeto para defraudar al Estado. La concertación implica un acuerdo ilegal entre el funcionario y el interesado, quienes ponen sus intereses por encima del interés general, con lo cual estamos frente a un acuerdo ilícito.” Pariona, R. citado en (Chanjan, R. & Cabral, E. & Janampa, A. & Gonzales, M. 2020, p. 28).

El comportamiento colusorio se muestra cuando el individuo público en la ejecución de un acuerdo con un extraneus concuerda la coacción de disposiciones o términos contractuales que no tienen ventaja para el Estado de las cuales se podrían haber necesitado mediante una labor de trato activo.

c) Elementos concomitantes

Bien Jurídico: “Existe una serie de posturas respecto al objeto de protección en el delito de colusión ilegal, entre ellas tenemos:” Delgado, W. citado en (Arismendiz, A. 2018, p. 443).

a) La infracción de los deberes de lealtad.

“En ese criterio resulta ser muy abstracto, por cuanto, en el caso en concreto, el objeto de tutela no está orientado a deberes del sujeto activo, estos son obligaciones que sustentan la consumación delictual tanto mediante un hacer o dejar de hacer, mas no, así como objeto de tutela.” (Delgado, W. 2015, p. 443).

b) La imparcialidad en la administración pública.

“Este criterio no es correcto por cuanto el funcionario o servidor público – normativamente- está obligado a cautelar, defender y dirigir la prevalencia de un interés concreto, la defensa del patrimonio estatal e interés público.” (Arismendiz, A. 2018, p. 443). El funcionario al estar acreditado normativamente tiene el deber de proteger y tomar precauciones sobre un provecho en concreto, el cual es el amparo del patrimonio del Estado y el rédito notorio.

c) La libre competencia de los proveedores.

Arismendiz (2018) sobre la libre competencia de los proveedores nos menciona lo siguiente que este criterio hará su aparición cuando el contrato estatal ha sido conseguido por alguien con interés que se va a concertar de forma ilegal con un funcionario o servidor público y en razón de ello, le otorgará la buena pro lo favorecerá con circunstancias más favorables; sin embargo, este criterio a nuestro modo de ver las cosas, deviene en etéreo “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 socioeconómicos” (p. 443).

Se debe analizar al término de concertar sin exigir algún componente pecuniario, ya que, la visión jurídico – Penal, dentro del razonamiento de los delitos de infracción al deber, lo brinda de un contenido mucho más extenso, en tantos deberes institucionalizados que deberá resguardar el sujeto obligado.

d) Los principios de legalidad, eficiencia y economía que permiten un correcto funcionamiento de la administración pública.

“El derecho penal no busca proteger principios de la formación de seres humanos como sujetos responsables en sociedad sino por el contrario lo que busca tutelar el derecho penal en el delito de colusión es algo más tangible como el patrimonio estatal por cuanto dicho objeto justifica – en la medida que exista lesión al mismo – una imputación jurídico penal”. (Arismendiz, 2018, p. 443). El citado autor considera que en el delito de colusión el derecho penal buscar proteger lo referente al patrimonio estatal, en cuanto, a la lesión que se ha realizado.

e) El patrimonio estatal de un proceso contractual de naturaleza económica.

“En la medida que tanto el sujeto cualificado – intranei – como el interesado – extranei -, con sus conductas concertadoras ponen en peligro y/o lesionan el objeto tangible de protección y que justifica la existencia del delito de colusión, esto es, el patrimonio del estado peruano.” Delgado, W. citado en (Arismendiz, A. 2018, p. 443).

El asunto de cautelar es la gestión pública. Ahora bien, el parlamentario, buscará defender el principio de objetividad y la idoneidad del gesticular de los empleados públicos representados en las obligaciones de fidelidad e integridad necesarios en la administración pública.

f) Relación causal e imputación objetiva.

En cuanto a la colusión simple se resalta lo siguiente: Los criterios de imputación objetiva, no pueden ser aplicados en un delito de mera actividad, esto es, de comisión instantánea, por cuanto su estructura es ajena al baremo “espacio temporal”, propio de los delitos de resultado. (Arismendiz, 2018, p. 444).

“En cuanto a la colusión agravada: Los diversos criterios de imputación objetiva, son perfectamente admisibles por la misma naturaleza a fin de los delitos de resultado, por lo tanto, pueden invocarse los diversos filtros de enervación de responsabilidad penal.” (Arismendiz, 2018, p. 444).

En esa misma línea el autor considera que se debe tener en cuenta que la imputación objetiva requiere de presupuestos los cuales pueden ser, la creación de un riesgo que se vincula al lado lesivo. Asimismo, aún persiste la petición de saber cuál será el índice de referencia para atravesar la línea que divide aquello que está permitido y aquello que está prohibido.

2.3.2 Aspecto subjetivo

a) Concepto

“Son aquellos donde las actividades de las personas intervinientes se dirigen a un mismo objetivo, pero lo hacen desde lados o posiciones distintas, de tal manera que las conductas acaban por encontrarse”. (Minaya, 2015, pág. 45)

Este tipo de delito, serán donde las actividades de los individuos que participan tienen una misma finalidad, sin embargo, lo realizan desde una posición diferente, originando así que las conductas tengan que encontrarse. Ahora bien, es cierto que las actuaciones de los participantes tienen una misma dirección, lo hacen desde formas distintas y de manera complementaria.

“Los delitos de encuentro contemplan actos provenientes de distintas direcciones que se complementan entre ellos para la configuración del delito. Respecto de los delitos de encuentro no hay acuerdo sobre la posibilidad de castigar al interviniente que se favorece con el hecho como partícipe en el delito cometido por el autor.” Pariona, R. citado por (Castillo, A. 2020, p. 300).

Se debe hacer una disimilitud en esta clase de delitos, debido a que, el tipo penal está creado con el fin de amparar al mediador que asiste con el que domina la acción de aquellos delitos que conciertan en que el tipo penal no estaría formado principalmente para preservar al extraneus concomitante ocasionando así una problemática en la doctrina penal.

“Es muy importante diferenciar los delitos de encuentro en que el tipo penal está configurado para proteger a la tercera persona que concurre con el autor en el hecho prohibido (por ejemplo, en el delito de violación sexual de menor), de aquellos delitos de encuentro en que el tipo penal no está configurado para proteger a la tercera persona concurrente (por ejemplo, el delito de colusión). En el primer caso, es muy claro que el tercero es una víctima del delito y no responde por delito alguno, mientras que, en el segundo caso, como se menciona más adelante, no hay ningún problema para que responda como cómplice o que se ingue según las reglas de la parte general.” (Delgado, T. 2015, p. 104).

Asimismo, el encéfalo de los delitos de transgresión de deber lo compone una obligación única del actor. Es decir, dicha obligación no hace referencia a la obligación en forma general que tiene al respetar las leyes, que termina por afectar a todos los individuos, sino más bien a obligaciones extrapenales que se hallan como existencias precedentes al tipo y donde, además, es imprescindible para su ejecución.

“Se debe diferenciar los delitos de encuentro en que el tipo penal está configurado para proteger a la tercera persona que concurre con el autor en el hecho prohibido de aquellos delitos de encuentro en que el tipo penal no está configurado para proteger a la tercera persona concurrente.” (Salinas, R. 2018, p. 122).

Es decir, el participante inevitable no alegaría penalmente, dado que no es posible emplear las normales de carácter general de la participación criminal, ya que, su colaboración no sería igual a la de un mediador cualquiera que favorece de forma directa en el injusto central. El superponer las mismas conclusiones de punición al interviniente necesario y al tercero partícipe constituía una vulneración del principio de igualdad, dado que estos no podrían ser casos que alcancen a ser tratados del mismo modo.

b) Estructura del delito de encuentro

El sitio web Parthenon (<https://bit.ly/3HoNfZQ>) desarrolla dos tipos:

“a) Donde el interviniente necesario es el titular del bien jurídico protegido por el tipo: Aquí se protege al interviniente necesario y esta tiene que desplegar alguna conducta. Por ejemplo, el Delito de Violación sexual (artículo 170 del CP).”

El sitio web Parthenon (<https://bit.ly/3HoNfZQ>) desarrolla el siguiente tipo:

“b) Donde el delito de encuentro favorece al interviniente necesario: El interviniente necesario se beneficia con la conducta del autor. Aquí, puede haber dos modalidades: una donde el interviniente necesario es sancionado, no como partícipe de este delito, sino como autor de otro caso (cohecho activo art 393 CP). La otra, donde la conducta del partícipe necesario no es sancionada por otro delito (como en el Delito de Colusión art.384 CP). Esta última modalidad ha generado un debate en la interpretación. No se sabe si la intención del legislador fue dejar impune esa conducta o interpretar de acuerdo a dogmática de a la autoría y participación de la parte general del código penal. (23 y ss.)” (Montoya, Y. 2013, p. 102).

En otras palabras, el acto tiene como resultado de la concertación de varios convenios de voluntades en forma de un acuerdo, tal cual ocurre con el cohecho, el cual trata sobre el recibimiento de donativos por el empleado público.

c) Configuración del delito de encuentro

“La jurisprudencia y la doctrina nacional consideran al delito de colusión como un delito de encuentro, dado que concurren en el injusto penal conductas desplegadas por diferentes sujetos imputables que buscan una misma finalidad, pero trabajan desde lados o posiciones distintas.” (Fidel, R. 2017, pag. 213).

Es ordinario que los participantes en la ejecución actúen proporcionando un cometido a los individuos públicos en caso de que se llegue a formalizar la concesión. Además, sucede en circunstancias en las que los participantes necesarios admiten dar una prima que con anterioridad pretende el mal sujeto público. La superioridad patrimonial que se toma o insta se conforma por dos tipos, una actual y otra futura.

“El papel jugado por el interesado o contratista (comúnmente por su representante), para perfeccionar la figura de colusión defraudatoria, y por lo mismo para diferenciar este ilícito de otros en los que podría incurrir el funcionario o servidor público al delito de colusión y diferenciarlo de simples estafas contra el patrimonio público.” (Fidel, R. 2017, pag. 214).

A diferencia de los delitos donde se necesita alguna intervención, el tipo penal exige obligatoriamente la participación de una diversidad de sujetos, de forma que no sea factible sustentar la ejecución de estos delitos por un solo individuo.

“La colusión es un delito de encuentro; para su configuración, resulta necesaria la realización de dos conductas de sujetos distintos que, orientándose a una finalidad común, se complementan en el hecho típico: por un lado, la conducta del funcionario o servidor público y, por el otro, la conducta del tercero interesado, que puede ser una persona natural o jurídica que tiene interés de contratar con el Estado.” (Salinas, R. 2018, p. 122).

El delito de colusión al encontrarse dentro de los delitos participación imprescindible, en cambio, el tipo penal necesita la intervención de varios intervinientes, de manera que no será realizable sustentar la ejecución de estos delitos por una sola persona.

En palabras del autor (Abanto, M. 2014) menciona lo siguiente:

“La punibilidad o impunidad de quien realiza conductas de partícipe en un delito de encuentro que solamente prevé la punibilidad como autor del otro interviniente, así como estrechamente relacionado con esto la aplicabilidad o no de las reglas generales sobre autoría y participación en algunos grupos de delitos.” (p. 412).

Por otro lado, si hacemos una distinción de cada modelo penal, no asistiría, puesto que, en la gran parte de los casos no se ubican parámetros especiales que aprueben colegir, ya que, debería existir punibilidad o impunidad del interviniente forzoso, ese sería el móvil que se debería acudir a una reflexión de carácter general.

En palabras del autor Abanto, M. (2014) en su libro sobre participación necesaria menciona que la aparición del problema suscitaría en base a la relación con los llamados terceros ajenos. Dicho de mejor forma, el autor hace referencia a aquellos sujetos que no son considerados autores principales y tampoco como partícipes necesarios, sin embargo, van a contribuir la conducta de los mencionados: si partimos considerando que la reglamentación de la parte especial sería *lex specialis* frente a las reglas generales de autoría y participación. (p. 418)

Ahora bien, se debería destacar que estamos frente a una no aceptación de confirmar la punibilidad de este interviniente necesario, asimismo evidenciar la inconsistencia de la fundamentación tradicional de esta impunidad originando así una discusión dogmática sobre este punto.

Materiales y métodos

El presente artículo jurídico, se configura de ejemplar documental o teórico, debido que se tiene como propósito, llegar a resultados que puedan cimentar científicamente la aprobación, rechazo, innovación o el nacimiento de nuevas propuestas de una materia en la ciencia en general. En el contenido del desarrollo, se tomó como base el diseño de investigación bibliográfica. De esta manera, se hizo uso, de un método analítico para poder distinguir desde diversas perspectivas el objeto de estudio y sus elementos (resolver la problemática de la admisión de injustos separados como criterio configurador en el delito de colusión como delito de encuentro) Además se configuró como una investigación aplicada y a su vez, se utiliza la técnica de fichaje, empleando fichas tanto textuales como de resumen, incluyendo además las bibliográficas con el objeto de fundamentar el sistema teórico de la indagación.

En cuanto al procedimiento empleado, involucró la reflexión y el análisis, que implicar examinar, recopilar, interpretar y concentrar datos e información sobre el tema central de la presente, así como también, evaluar la realidad problemática, el planteamiento del problema, los objetivos generales y específicos y finalmente, la hipótesis, con el fin que el trabajo realizado tenga una exhaustiva revisión.

Resultados y discusión

3.1 Los injustos separados como criterio configurador.

3.1.1 Tesis de los injustos separados.

Que con relación a los injustos separados tenemos a Lúderssen: “El injusto del partícipe debe separarse del injusto del autor pues no está formado más que por la acusación de un ataque al bien jurídico protegido.” Lúderssen (como se cita en Miró, 2009). El citado autor sostiene que el partícipe puede afectar directamente al bien jurídico con su comportamiento personal, ya que, este tiene un rol general. Entonces, debería aceptarse la punición al partícipe aun cuando falte el hecho del autor. Ahora bien, para la sanción del extraño se debe advertir la tipificación clara del mérito de pena de su comportamiento como ocurre en los delitos de cohecho o en el tráfico de influencias.

Cuando se castiga al intraneus se lo hace porque la institución a la que sirve se define por la conducta adecuada a los deberes de quienes la integran, si no deja de ser una institución y, con ello, decae la garantía del mantenimiento de la juricidad. “Los delitos especiales de deber responden a un fundamento del injusto diferente: en ellos el destinatario de la norma tiene que producir personalmente una prestación en virtud de la asunción de derechos y deberes de carácter institucional. La razón de su castigo es la infracción de aquel deber personal.” (Robles, R. 2014, p.353).

El autor adopta una postura en la que considera que aquel individuo quien no consigue adquirir la obligación no puede replicar por esta clase de delitos, es decir, lo que produzca o incumpla el extraño es inofensivo para el tipo que sólo castiga la desobediencia de deberes especiales, que eximió, por ende, el extraneus lacera los bienes jurídicos elaboradas de modo general.

Según lo expresado por Tayo, 2020, “La cuestión que está detrás de la denominada “accesoriedad cuantitativa” es la qué grado de lesividad en el hecho es legítimo exigir para que pueda afirmarse que una conducta es penalmente relevante: será siempre necesario que el hecho sea ya expresión de un hecho típico y, por consiguiente, haya entrado en una fase ejecutiva.” (p.41).

Se asume que la colaboración, es suficiente con que este parta estando referido a la parte objetiva del injusto, es decir, deberá convenir de un hecho objetivamente típico y no debe hallarse justificado de forma objetiva. Asimismo, tampoco es posible aceptar que sea la conducta del autor la que dé lugar a la responsabilidad del partícipe: es la suya propia, independiente de la del autor en cuanto a la posibilidad de evitación y a significado de injusto, la que supone una negación de lo esperado por la norma, que en este caso es el integrarse en el proceso de realización delictiva llevado a cabo por el autor. Lo que se prohíbe con la regulación normativa de la forma de intervención como partícipe no es la colaboración o facilitación del delito de otro, ni la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado llevada a cabo a través del autor, sino, la composición en el injusto de otro a través de una conducta que presume pasar a constituir parte del proceso que implica realizar el injusto que el legislador expresa que desea impedir.

Es decir, que la protección de los bienes jurídicos no solo se protege mediante la motivación a la no realización de determinadas conductas cuyo sentido social es el de poner en peligro los mismos, sino mediante la motivación a no sumarse a un proceso de implicar poner en riesgo los bienes jurídicos llevado a cabo por otro.

De la problemática de los injustos separados se asume que las teorías de tipo penal, existe una necesidad para poder entender y asumir que, en algunos casos, donde cada sujeto responde por cada injusto es por ello que, la mayor parte de la doctrina sigue considerando que el autor y partícipe realizan injustos diferentes, haciendo una diferencia entre las teorías que hablan sobre el grado de importancia que se le da a lo propio y a lo derivado en la construcción del injusto de participación. Lo que se trata de conseguir en la siguiente investigación es encontrar el fundamento de la punición al partícipe en la significación de su aportación en relación con el delito del causante.

Siguiendo en esa misma línea, el delito de colusión se domina la acción de los mencionados delitos donde el tipo penal no se encuentra desarrollado principalmente para resguardar al extraño ocasionando así una problemática en la doctrina penal.

“Se debe diferenciar los delitos de encuentro en que el tipo penal está configurado para proteger a la tercera persona que concurre con el autor en el hecho prohibido de aquellos delitos de encuentro en que el tipo penal no está configurado para proteger a la tercera persona concurrente.” (Salinas, R. 2018, p. 122).

Es decir, el participante inevitable no replicaría penalmente, en tanto, no es posible adaptar las reglas universales de la colaboración criminal, ya que, su colaboración no sería igual a la de un mediador cualquiera que coadyuva de forma directa en el injusto central. El súper poner las

mismas conclusiones de sanción al partícipe necesario y al tercero interviniente afectarían al principio de igualdad, ya que, serían asuntos que no ameriten que se traten del mismo modo.

A diferencia de los delitos donde se necesita alguna intervención, el tipo penal exige obligatoriamente la participación de una colectividad de sujetos, de tal forma que no se podrá mantener la ejecución de estos delitos por un determinado individuo. Ahora bien, se debería destacar que estamos frente a una no aceptación de aseverar la punibilidad de este partícipe necesario, asimismo evidenciar la inconsistencia de la fundamentación habitual de este abuso originando así una discusión dogmática sobre este punto.

3.2.1 Tesis de la teoría normativa

Con respecto al desarrollo de esta tesis, es necesario recalcar que se tiene por objeto analizar la admisión de injustos separados como criterio configurador. En este caso se asume que la única posibilidad es que el concepto de dominio sea normativizada, es decir, la expectativa social no solo va al funcionario, sino, también va al extraneus, porque tiene la expectativa de no dañar al tercero. Normativizar al extraneus.

Se castiga al que colaboró como instigador del delito especial propio, a pesar de la implícita exculpación del inculpaado como actor, ya que este ejecutó de forma errónea la prohibición que discriminaba su culpabilidad. Con este principio lo que se intenta es crear un principio distinto a lo que se maneja comúnmente como principio de accesoriedad limitada. Si hablamos sobre el art. 25, se sostiene que el principio de accesoriedad limitada no existe argumento sólido hará trasladar a un delito de infracción de deber.

Se afirma que, sin un hecho penalmente notable, no existe ninguna obligación para ningún participante. En ese sentido cabe aclarar que la inherente complejidad objetiva del hecho típico no se considera de carácter accesorio para el participante, por el contrario, si es fundamental. Después de haber comprado la presencia de una ligadura objetiva entre comportamiento de participación y hecho, el compromiso de cada uno de los diferentes individuos comprometidos será independiente.

Finalmente, a efectos de poder brindar una afirmación de la colaboración, es suficiente con que se haga referencia a la parte objetiva del injusto, dicho de una forma más clara, debe convenir de una objeción objetivamente típica y no debe encontrarse objetivamente justificado. Además, desde la visión objetiva, si el hecho se funda en un injusto típico antijurídico podrá mencionarse entonces de interposición en el mismo.

Sintetizando, tenemos que el partícipe no ayuda al autor, sino que, el también lesiona un bien jurídico, es decir, un deber de prohibición, un rol general, el cual radica en la participación del extraño. La norma de prohibición también está en las normas de mandato, lesiona un deber

general y es por lo que, se le imputa. Ahora bien, tenemos que el autor lesiona su rol especial, su deber positivo, de salvamento y fomento que se encuentran en el delito de colusión.

Cada uno responderá por su propio accionar, se debe entender, además, que la concertación no es un acuerdo de voluntades, es la defraudación de roles. El funcionario responderá porque como lo hemos ido mencionando defrauda su rol de mandato y el extraño responde por cuanto defrauda su rol general.

“Nótese que se trata de un delito de mera actividad, por tanto, a diferencia del cohecho en que el medio corruptor es el protagonista, el cual deber ser identificado o identificable; en el tráfico de influencias, son estas y no el medio corruptor el que colma este delito común.” (Recurso de Apelación , 2023)

En el recurso de apelación emitido por la sala penal de la corte suprema, menciona que basta con que se dé el verbo rector y ya no se de los elementos descriptivos para entender así la dinámica de los injustos, es decir, basta que exista la influencia para dar por sentado el delito y ya no es necesario los medios corruptores. En el presente trabajo de investigación donde el tema principal en la colusión, se afirma que la concertación entre el intraneus y el extraneus, no necesitaría que se lleve el otorgamiento de una buena pro, sino que, eso implica la existencia de los injusto separados y consecuentemente, la responsabilidad de cada uno de ellos. Ahora bien, teniendo el enfoque del recurso de apelación, entendemos que si absolvieran al intraneus podríamos decir que no existe, sino, que se reconduce negociación incompatible.

“Es suficiente que la influencia sea patente para el traficante corrompido, aunque el beneficio, donativo o promesa nunca se llegue a realizar.” (Recurso de Apelación, 2023). Partiendo de esa misma línea, en la tesis de los injustos separados, el injusto penal, el delito solo alcanza perfeccionamiento en el verbo rector, a pesar de que no se den los elementos descriptivos. El verbo rector en la colusión es concertar, los elementos descriptivos y normativos en un proceso de contrataciones. Por ejemplo, el funcionario que está habilitado en un proceso de contratación saca una licitación pública, aún no está publicado, pero ya está programado para que suceda. Ahora bien, este funcionario, acude a un empresario y le informa que va a salir unas obras, en ese sentido, el delito ya tiene perfeccionamiento. Es como lo precisa el recurso de apelación, en mención, con ello se evidencia que no se necesita que se lleve a cabo el proceso de contratación, los injustos son separados. **No obstante, si el acuerdo colusorio no se llegaría a demostrar, entonces, la tesis de los injustos separados tendría contenido, es decir, el intraneus respondería como autor de otro delito con características similares, por ejemplo, el delito de negociación incompatible; y el interesado respondería por este último delito a título de cómplice, pues ambos registran injustos separados y autónomos.**

“El obligado positivamente responde en caso de incumplimiento como autor – salvo alguna excepción ni tan siquiera digna de mención -, y ello con independencia de si junto a él un actuante – con o sin dominio del hecho-. Un omitente o las fuerzas de la naturaleza contribuyeron a que se produjese el resultado.” (Sánchez, J. 2014, p. 305).

Ahora bien, sabemos que cada vez que se lacera una organización positiva nos encontramos frente a un quebrantamiento a la infracción al deber especial, con autonomía de la enunciación exterior del tipo penal y lo que es más considerable, con individualización de la formulación externa del tipo penal, y con autosuficiencia de si se han llevado a cabo conductas de ayuda. Cabe resaltar que, en cuanto a la ruptura de la institución negativa por un obligado de forma positiva, este va a perjudicar también la institución positiva.

“Si coincide el quebrantamiento del deber de un obligado especial con el comportamiento del autor de un delito de dominio, por ejemplo, la esposa omite impedir que un tercero mate a su marido, ambos, obligado y no – obligado, esposa y tercero, será autores independientes. Para el obligado especial, la mujer, se trata de un delito de infracción de deber, para el extraneus, de un delito de dominio. Puesto que al extraneus no le incumbe el deber especial, ambos sujetos nunca podrán ser coautores.” (Sánchez, J. 2014, p. 307).

Entonces, no será viable la existencia de “coautoría de dos obligados por la institución positiva”. Si un individuo que ostenta un deber especial utiliza a un tercero que en el caso concreto es un extraño para poder incurrir en la vulneración de un deber, va a replicar como causante del mismo modo que, si hubiera incurrido en omitir el impedir el hecho. Ahora bien, el obligado especial no se vale de un instrumento que comete el delito, sino de un tercero que no puede ser autor, ya que, no posee un deber positivo. “El sujeto especial siempre será autor directo con independencia de la responsabilidad del hombre de adelante. Existe un delito de infracción de deber cuando la persona especial no imposibilita hechos delictivos de un tercero.”

Estar obligado positivamente representa tener que construir un orbe en común para promocionar y ayudar de un determinado bien jurídico y con autonomía de si se hubiera dañado una organización negativa, en tanto que, no se hubiese estado obligado positivamente. La institución negativa, se debe distinguir de forma clara de las instituciones positivas.

“En los delitos de infracción de deber propios e impropios, se trata de igual manera, del incumplimiento de los deberes que impone una institución positiva. O bien, esa lesión se ha producido y entonces la denominación del delito de infracción de deber como impropio es absolutamente superflua.” (Sánchez, J. 2014, p. 312).

Por otro lado, cuando alguien tiene la obligación de preservar a otro de una definida manera, con lo que la infracción de ese deber ya demostrará una laceración del otro. “La fusión en el

individuo del obligado especial de un delito común o de dominio del hecho con uno de infracción de deber, fundamenta un concurso aparente entre ambos delitos o un concurso aparente de leyes.” Toda conducta del sujeto positivo que magulle la organización negativa lesiona siempre también la institución positiva. Es decir, el obligado positivo, quien actúa va a cometer semejante delito de infracción de deber que quien se encarga de omitir. Ello sería una razón para tratar de la misma forma los delitos de infracción de deber, los cuales son conocidos también como propios e impropios y junto con ello, a la participación en ellos.

3.2.1 Tesis ontológica

“La accesoriad es una necesidad conceptual toda vez que implica una conducta básica, la del autor que realiza el núcleo del delito y otras conductas periféricas que acceden a la principal. De este principio de accesoriad se derivan una serie de aspectos, que están relacionados con ésta, unas veces porque integran por sí mismos su propio contenido o esencia, y otras porque tal vez son consecuencia de la misma.” (Gómez, O. 2001, p. 118).

Se afirma entonces que la colaboración tiene índole accesoria que es similar afirmar que su evaluación jurídica depende de la apariencia que pertenece al delito realizado por el autor principal. Tal como lo mencionaba Roxin, elude la inseguridad jurídica que comporta toda desviación de la existencia de tipicidad de la conducta. Asimismo, se debería hacer una mejor interpretación sostenida en la ejecución del principio de que la competencia sólo puede ser precisamente particular. Además, considerarse que existe uniformidad en que también el extraño debe de replicar sólo por su propio injusto, “y no en que la participación reciba su contenido de injusto del hecho principal.”

“Se acepta que dichos preceptos comprometen una considerable ruptura en el agarrotado principio de accesoriad de la participación con la intención de ocultar las carencias de punibilidad que se producen. Es decir, se cambia de una accesoriad limitada a una accesoriad restringida a la afluencia de los elementos objetivos de la antijuricidad.” Ahora bien, al suceder el juicio de la accesoriad limitada y ordenar exclusivamente que la acción primordial sea típico y antijurídico, descarta la culpabilidad del actor de los componentes que tiene la potestad de asistir al partícipe al participar en el hecho típico. Lo que se desea manifestar es que la punibilidad del tercero depende de efectuar del tipo objetivo y de la antijuricidad porque son características de la acción, es decir que se trata de presupuestos de punibilidad cuya confluencia depende de valoraciones normativas iguales para autores y partícipes.

“La segunda fractura del modelo limitado de la accesoriad en el ámbito de los delitos de infracción de deber se produce en el aspecto subjetivo del injusto principal al que accede el partícipe. Además de los casos problemáticos que trataremos de forma específica en los puntos

que siguen, es importante destacar que la doctrina dominante permite —a diferencia de lo que sucede en los delitos de dominio— la participación del extraneus en un hecho principal imprudente del intraneus.” Jakobs citado en (Vachelli, E. 2015, p.13).

Como se sabe se está estudiando el delito de colusión como un delito de encuentro. Esto en razón de que se tiene en primer lugar que, no es de interés si el particularmente obligado cumple o no de manera irreflexiva la norma, sino más bien, que quebrante de forma típica su deber frente a la organización estatal al cual está. Por otro lado, la punición de la intervención será conveniente ya que, la acción principal es injusto imputable para el competente incluso a título de imprudencia.

“En relación con los delitos de dominio, según el punto de vista jakobsiano, cuando son varios los que toman parte coordinando mutuamente sus ámbitos de organización, si los actos organizativos son de la misma importancia, los partícipes son coautores; y si su organización presenta grados distintos, los que contribuyen con menor importancia son partícipes.” (Vachelli, E. 2015, p.14).

Se afirma entonces que entre el causante e intervención la disimilitud sería solamente de cantidad. El funcionamiento en la parte de los delitos de violación de deber no funciona así. Es por ello que, se presenta una tercera desviación de la accesoriedad. Ahora bien, la forma única del estatus que sustenta a la posición de garantía imposibilita los medios de una coautoría, aún en conjeturas de multiplicidad de agentes únicamente forzados que efectúan actos de estructura de igual valor, ya que, cada representante replica de forma independiente por la infracción de su deber sin importar la grandeza de su contribución.

3.2 Del Estado de la cuestión

La concertación no podría ser entendida como cierto mecanismo descriptivo del tipo penal, es así que, el concertar debe dotarse de argumentos jurídicos, ello quiere decir que, el pacto colusorio debe ser estimado como un componente legal del tipo penal, por lo tanto, al sujeto del derecho le corresponderá analizar juicios de valoración en base a cada caso determinado. A continuación, la concertación no puede ser entendido como un acto unilateral, resulta ser un acto bilateral, siendo cualquier persona con capacidad de reprochabilidad, ambos vinculados al proceso de contratación pública, ya que, es imposible el delito de colusión entre cómplices, tampoco existiría colusión entre sujetos cualificados que intervienen en razón de su cargo, no es posible el pacto colusorio, únicamente entre autores. Los delitos de participación necesaria, de forma más clara los delitos de encuentro, en el cual se requiere pluralidad de personas que intervengan con diversos estatus, es decir, intraneus o extraneus.

La dinámica de una sociedad se encuentra definida por patrones conocidos como “deberes” y “derechos” cuya genealogía es normativa, por lo tanto, la sociedad determinaría el estatus de “persona” comunicándole patrones normativos, esto es, “roles”, los cuales pueden ser “genéricos” o “específicos” según el “estatus” de la “persona.” (Arismendiz, E. 2017, p. 409).

El verbo concertar es la comunicación entre el individuo calificado, administrativo o empleado público y los interesados, por ende, en la medida que el acordar hace su aparición asociándose al acuerdo colusorio. Es por ello que, la imputación jurídico penal se centrará en que el individuo proceda a defraudar las expectativas del entorno social en las que se halla sumido por poseer la clase de habitante, en vista de que procedió a organizar deficientemente sus capacidades al no cumplir el rol que le correspondía.

Consecuentemente, el funcionario tendrá que responder penalmente en tanto no se haya dispuesto a cumplir el rol especial que se encuentra definido por los deberes de salvamento o de protección que se encuentra a la par del bien jurídico encargado, así como la inobservancia de sus compromisos de honestidad y lealtad que sostiene frente a la administración pública. Por consiguiente, el extraño tendrá que responder cuando haya quebrantado su papel principal, que es no dañar.

“Como se sabe, en este supuesto, se protege la expectativa normativa que tiene la sociedad respecto a que los intervinientes —particular, funcionario o servidor público— no abusen de las influencias que poseen o pretenden ostentar, y pongan en peligro los intereses sociales.” (Recurso de Apelación , 2023, pág. 20).

Es decir, el extraneus infringe la norma general de no dañar o de realizar algo que está prohibido, en esos dos supuestos, nosotros entendemos que el funcionario responde porque infringe su deber especial y eso también es una expectativa social. Entonces, esa expectativa social al extraneus que infringe un deber social, es un elemento común para los dos, pero cada uno con su propio injusto. Es decir, el funcionario defrauda su deber especial cuando infringe su deber específico, el extraneus defrauda su expectativa social cuando lesiona su deber general de no dañar, injustos separados, pero a la vez unidos por una defraudación de una expectativa social.

“Entiéndase 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, el funcionario o servidor público, responderá penalmente en la medida que haya incumplido su rol especial determinado por los deberes de salvamento o de protección que tiene frente al bien jurídico encomendado así como el incumplimiento de sus deberes especiales

de probidad y lealtad que mantiene frente a la administración pública.” (Arismendiz, E. 2017, p. 417).

El fraude de la perspectiva social de naturaleza normativa, respecto al sujeto calificado, materializada en la lesión al rol especial, en la emisión de actos funcionales de importancia, donde sin estos, no se podría ejecutar, ni tampoco proseguir el procedimiento de contratación pública. Tales hechos son suficientemente significativos. Podemos afirmar que, en caso de la colusión simple se termina con la concertación, sin la obligación de que la administración pública soporte algún daño patrimonial ni que se compruebe la consecución de prelación del funcionario; dado que la amenaza de cometer un riesgo al patrimonio estatal, consintiéndose como idóneo que la actuación colusoria tenga como propósito escamotear al patrimonio del Estado. Por otro lado, si se quiere conformar la colusión agravada, será estrictamente obligatoria la concertación entre los individuos. Además, se requiere una defraudación patrimonial al Estado, en el que se provoque un menoscabo real al patrimonio del estado.

La postura antes mencionada fue tratada en la casación 1500 – 2017/ Huancavelica, donde se menciona que “el delito de peculado es uno de infracción de deber (más específicamente, un delito especial de deber) Se edifica sobre las obligaciones que se implantan a determinados sujetos que, por su nexo de organización con ciertos bienes jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada. Lo que se reprime es, la infracción de normas muy específicas, para la constitución del tipo penal es necesaria la presencia de un deber especial.”

Siendo así, una vez llevado a cabo el presente trabajo de investigación, a criterio personal se toma la postura en el sentido que; la teoría de dominio debe ser normativizada, es decir, la expectativa social, no solo va al funcionario, sino, también se dirige al extraneus, porque tiene la expectativa de no dañar al tercero; siendo así, cada sujeto delictual (intraneus y extraneus) responderán por su propio injusto penal en la medida que el escenario típico lo permita, por tanto, en el delito de colusión desleal, autor será aquel que lesiona su deber o rol especial a nivel de expectativa social o jurídica, y cómplice será aquel que defrauda su expectativa general o deber de no dañar, estos dos injustos penales encuentran comunicación o fusión en un delito de encuentro en la medida que, la base de punición radicarán en la competencia de cada injusto penal vinculado a la naturaleza de los sujetos intervinientes. Finalmente, a fines de pragmatizar nuestra tesis a casos concretos, se postula la siguiente propuesta legislativa.

Artículo 384 del CP:

“El funcionario o servidor público, 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, **realizan su propio injusto delictual** será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.”

“El funcionario o servidor público, 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, defraudan patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, **realizan su propio injusto delictual** será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”

“La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.
3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.”

Conclusiones

1. Finalmente, en lo que respecta al objetivo general, desarrollar la admisión de injustos separados como criterio configurador en el delito de colusión como delito de encuentro, se asume la posibilidad que el concepto de dominio del hecho sea normativizado, ya que, se lesiona una expectativa social, es decir, no solo está dirigido al funcionario, sino más bien, al extraneus, porque tiene una expectativa de no dañar a un tercero.
2. El tema materia de estudio de la presente investigación, se centra en el resultado obtenido del primer objetivo específico el cual es la admisión de injustos separados como criterio configurador en el delito de colusión, como delito de encuentro. Donde se evidencia el problema sobre los injustos del artículo N° 384 del Código Penal peruano, puesto que, no asume la tesis del injusto separado donde cae en error en lo que respecta la responsabilidad del partícipe, por tal razón, se concluye que el camino es la tesis de los injustos separados, ya que, el injusto del autor es un injusto especial, y el extraneus al no tener tal condición, es erróneamente considerado como cómplice según la parte penúltima del artículo 25 del código penal, el cual, hace referencia a delitos distintitos a un delito de encuentro y eso no significa la ruptura del título de imputación, sino que lo reafirma.
3. Por su parte en lo que corresponde al segundo objetivo específico el cual es colusión como un delito de encuentro, se concluye, que este se califica como un delito de participación necesaria, la cual advierte la intervención de sujetos que tienen una misma meta para cometer el hecho delictivo por la concertación de ambos, de allí que, estén unidos por un verbo “concertar”. Ahora bien, basta con que se dé el verbo rector y ya no se de los elementos descriptivos para entender así la dinámica de los injustos, es decir, basta que exista la influencia para dar por sentado el delito y ya no es necesario los medios corruptores.

Recomendaciones

1. Se aconseja a los gestores del derecho, que con el objeto de distinguir y resolver la autoría y participación en los delitos que se configuran contra la administración pública, explícitamente, en el delito de colusión, acogerse a la teoría de infracción del deber, ya que, hablamos de un funcionalismo moderado, puesto que, sustenta la imputación en la expectativa que debe cumplirse, las formas de imputar están en parámetros objetivos. Ahora bien, el concepto del dominio del hecho debe ser normativizado, en tanto que, la expectativa social, no solo va hacia el funcionario, sino también, al extraneus.
2. En tal sentido, se recomienda la aplicación de injustos separados propuesta en esta investigación, debido a que, en casos específicos, de acuerdo con su complejidad, con respecto a la punición a los autores directos del delito de colusión, considerándolo como delito de encuentro, donde el intraneus y el extraneus respondan por su injusto penal, sin embargo, ambos respondan por el mismo delito en cuestión. Es debido a todo ello que, se plantea una propuesta legislativa en aras de las técnicas de tipificación del delito de colusión y art. 25 con respecto a la complicidad con fines de operativizar los conceptos propuestos.
3. Siguiendo esa línea, se sugiere, el análisis de la composición de los determinados delitos de infracción de deber, para así poder instituir si hay una admisión a la participación del extraneus o si, en su defecto, se prescinde de esa participación necesaria. Por ende, la concertación no es un acuerdo de voluntades, sino más bien, la defraudación de roles, por lo tanto, el operador del derecho tendrá que analizar juicios que comprenden la valoración oportuna de determinados casos en específico y así se estaría llevando un adelantamiento de la barrera de punición y esto porque los bienes jurídicos de carácter público son de gran valía.

Referencias

1. Abanto, M. (2014). Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública. Lima: Ediciones Grijley.
2. Adrianzen, P. (2017). En su trabajo académico optar el grado académico de maestro en derecho penal y procesal penal: La participación en los delitos especiales. análisis de la intervención de un extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito. Presentado por la Universidad de Piura. Recuperado a partir de: http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/14871/Ayamamani_Jim%C3%A9nez_Yuly_Katy.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
3. Añanca, M. (2018). Dominio del hecho e infracción de deber en la determinación de la autoría y participación en delitos contra la administración pública, ayacucho-2017. (tesis para optar el título profesional de abogado). Universidad San Martín de Porres. Pág. 55. Recuperado a partir de: http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/5800/Ccallo_Chavez_Elisban_Davi_d_Ticona_Calci_Mauro.pdf?sequence=1&isAllowed=y
4. Arismendiz, E. (20108). Manual de delitos contra la administración pública. Ed. Instituto pacífico, Lima.
5. Ayamamni, Y. (2021). “Imputación concreta en el delito de peculado como delito de infracción del deber, en los requerimientos acusatorios de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de puno (tesis para optar el título profesional de abogado). Universidad del Altiplano. Pág. 55. <http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/8991>.
6. Bendenzù, R. (2011). Análisis típico del delito de colusión y su tratamiento jurisprudencial. Ius, 6.
7. Burgueño, L. (2017). Injusto colectivo. Con especial referencia a la responsabilidad penal por organización. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México.
8. Burgueño, L. (2019). Autoría Penal por responsabilidad colectiva. Más allá del injusto individual. México. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México.
9. Ccallo, D. Ticona, M. (2017). Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción de deber para delimitar la intervención de los intraneus y extraneus en los delitos de colusión y peculado (tesis para optar el título profesional de abogado). Universidad nacional del altiplano. Recuperado a partir de: chanjan,

10. R. & Cabral, E. & Janampa, A. & Gonzales, M. (2020). Manual sobre persecución penal de delitos de corrupción y técnicas de investigación periodística. <https://hdl.handle.net/11537/27905>.
11. Figueroa, Y. (2009). Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, delitos de infracción de deber. Madrid: Editorial Dykingson, SL.
12. Gómez, O. (2001). Participación Criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial. MadridEd: Dykinson, SL.
13. Hurtado, J. (13 de marzo del 2018) El delito colusión: un delito de encuentro a propósito del caso Odebretch y las consorciadas. Parthenon. <https://bit.ly/3kFsPSs>.
14. Martínez, R. (2019)- El delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia. Lima: Editores del centro.
15. Gómez, O. (2001). Participación Criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial. MadridEd: Dykinson, SL.
16. Figueroa, Y. (2009). Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, delitos de infracción de deber. Madrid: Editorial Dykingson, SL.
17. Minaya, H. (2015). Fundamentos para la aplicación de la prescripción especial al Extraenus en delitos de colusión desleal como medida para combatir las organizaciones ilícitas para delinquir. Juliaca: Universidad Andina. Recuperado de: https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/4205/ananca_am.pdf?sequence=1&isAllowed=y
18. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2020). Análisis y comentarios de las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal – Tomo II. Lima: Editorial Minjus.
19. Mirò, F. (2009). Conocimiento e Imputación en la participación delictiva. Barcelona: Atelier. PARIONA ARANA, Raúl. El delito de colusión. Lima: Instituto Pacífico, 2017. P. 25.
20. Quispe, C. Taype, Y (2018). En su trabajo académico optar el grado académico de maestro en derecho penal y procesal penal: Análisis dogmático de la intervención del extraneus en los delitos contra la administración pública sobre la base de las teorías de título de imputación, autoría y participación. Presentado por la Universidad Nacional del Altiplano. Recuperado a partir de: http://tesis.usat.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/20.500.12423/2632/TL_TayoSalazarDerly.pdf?sequence=1&isAllowed=y

21. Robles, R. (2003). La participación en el delito: fundamento y límites. Madrid:Ediciones Jurídicas y sociales.
22. Robles, R. (2014). La responsabilidad en los delitos esenciales. Buenos aires: EditoresEuros Editores.
23. Rojas, F. (2017). Delitos contra la administración pública. 2ª edición.
24. Rojas, J. (2017) Los delitos de corrupción de funcionarios colusión artículo 384° del código penal y el estado de derecho en el Perú. (Tesis para optar el gradoacadémico de maestro en derecho penal y procesal penal). Universidad César Vallejo. Recuperado a partir de: <https://epdf.tips/participacion-criminal-analisis-doctrinal-y-jurisprudencial.html>
25. Recurso de Apelación, 07 - 2023 (Sala Penal - Corte Suprema 09 de enero de 2023).
26. Salinas, R. (2018). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. Lima: San Marcos.
27. Salinas, R. 2018. El delito de colusión en el sistema Penal Peruano. Jurídica, 2. <https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/682/web/index.html>
28. Tayo, D. (2019). En su trabajo académico optar el grado académico de Abogado: La regulación de la figura de complicidad posconsumativa como una modalidad de participación en el ordenamiento jurídico penal peruano.Presentado por la Universidad de católica Santo Toribio de Mogrovejo. Presentado por la Universidad de Piura. Recuperado a partir de: https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/14546/Rojas_MJS.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=La%20presente%20tesis%20titulada%3A%20%E2%80%9CLos.que%20incurren%20en%20este%20tipo
29. Vacchelli, E. (2015). La crisis de la Accesoriedad Limitada. Cuyo. Ed: UniversidadNacional de Cuyo.
30. Welzel, H. (1976). Derecho Penal Alemán, parte general. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile: Ed. Jurídica de Chile.