

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



**La posibilidad de admitir la tentativa en la modalidad agravada del delito  
de colusión desleal**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ABOGADO**

**AUTOR**

**Noemi Torres Tafur**

**ASESOR**

**Maximo Medina Lucano**

**<https://orcid.org/0009-0002-6568-9921>**

**Chiclayo, 2024**

**La posibilidad de admitir la tentativa en la modalidad agravada  
del delito de colusión desleal**

PRESENTADA POR

**Noemi Torres Tafur**

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 Cáceres

PRESIDENTE

Fátima del Carmen Pérez Burga

SECRETARIO

Maximo Medina Lucano

VOCAL

## **Dedicatoria**

A mis padres, por comprenderme y ayudarme siempre en cada desafío que enfrenté.

# TESIS COMPLETA NOEMI TORRES TAFUR.pdf

## INFORME DE ORIGINALIDAD

<b>18%</b>	<b>18%</b>	<b>6%</b>	<b>5%</b>
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

## FUENTES PRIMARIAS

<b>1</b>	<b>hdl.handle.net</b> Fuente de Internet	<b>5%</b>
<b>2</b>	<b>qdoc.tips</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>3</b>	<b>idoc.pub</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>4</b>	<b>repositorio.ucv.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>5</b>	<b>repositorio.ucp.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>
<b>6</b>	<b>archive.org</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>
<b>7</b>	<b>repositorio.unasam.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>
<b>8</b>	<b>vsip.info</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>
<b>9</b>	<b>ebin.pub</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>

## Índice

Resumen	7
Abstract	8
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>9</b>
1.1 Justificación de la Investigación	12
1.2 Objetivos de la Investigación	13
1.2.1 Objetivo general	13
1.2.2 Objetivos Específicos	13
<b>II. REVISIÓN DE LITERATURA</b>	<b>14</b>
2.1 Antecedentes	14
2.1.1 A nivel internacional	14
2.1.2 A nivel nacional	14
2.1.3 A nivel regional	16
2.2 Bases Teóricas	16
2.2.1 Bases conceptuales de la tentativa	16
2.2.1.1 Concepto de Tentativa	16
2.2.1.2 Fundamento de la Punición	17
2.2.1.2.1 Teoría objetiva	18
2.2.1.2.2 Teoría Subjetiva	20
2.2.1.2.3 Teoría Mixta	21
2.2.1.2.4 Teoría de la impresión	21
2.2.1.2.5 Teoría funcionalista	21
2.2.1.3 El Iter-criminis	22
2.2.1.3.1 Fase Interna	23
2.2.1.3.1.1 Ideación	23
2.2.1.3.1.2 Deliberación	23
2.2.1.3.1.3 Resolución delictiva	24
2.2.1.3.2 Fase Externa	24
2.2.1.3.2.1 Actos preparatorios	24
2.2.1.3.2.2 Actos de ejecución	25
2.2.1.4. Tipicidad de la tentativa	25
2.2.1.4.1 Tipo subjetivo:	25
2.2.1.4.2 Tipo objetivo	26
2.2.1.5 Clases de tentativa	27
2.2.1.5.1 Tentativa acabada y desistimiento.	27
2.2.1.5.2 Tentativa inacabada y desistimiento.	28
2.2.1.5.3 Tentativa inidónea.	29
2.2.1.6 Delito putativo.	30

2.2.2.7 La Tentativa en los tipos penales _____	30
<b>2.2.2 Bases conceptuales del delito de colusión desleal _____</b>	<b>32</b>
2.2.2.1 Antecedentes del delito de colusión desleal _____	32
2.2.2.2 El bien jurídico _____	32
2.2.2.3 Análisis típico _____	35
2.2.2.3.1 Tipicidad objetiva _____	35
2.2.2.3.1.1. Los sujetos _____	36
2.2.2.3.1.2 Elementos del tipo _____	38
a) Concertación: _____	38
b) Intervención directa o indirecta: _____	39
c) Intervención por razón de su cargo: _____	39
d) Etapas y modalidades de las operaciones a cargo del Estado: _____	40
2.2.2.3.2 Tipicidad Subjetiva _____	43
2.2.2.4 Niveles de intervención delictual _____	44
2.2.2.5 Tentativa y consumación _____	47
2.2.2.6 Extensión de la punibilidad a peritos, árbitros, contadores, tutores, curadores y albaceas. _____	48
<b>III. MATERIALES Y MÉTODOS _____</b>	<b>49</b>
<b>IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN _____</b>	<b>50</b>
4.1 Sobre la tentativa en el derecho penal _____	50
4.2 Fórmula de tipificación en el Código Penal _____	51
4.2.1 ¿Qué es el tipo penal? _____	51
4.2.2 Estructura del tipo penal _____	52
4.2.3 Los tipos penales _____	55
4.2.4 Colusión agravada como delito de resultado _____	58
4.2.5 Visión del delito de colusión en el Derecho Comparado _____	59
4.2.5.2 Otros países _____	60
4.3 Propuesta de separación de los injustos penales _____	62
<b>V. CONCLUSIONES _____</b>	<b>66</b>
<b>VI. RECOMENDACIONES _____</b>	<b>68</b>
<b>REFERENCIAS _____</b>	<b>69</b>

## Resumen

La investigación tiene como objetivo: **Proponer la posibilidad de admitir la tentativa en la modalidad agravada del delito de colusión desleal.** Con enfoque cualitativo, tipo básico, con el fin de realizar un análisis dogmático del delito de colusión desleal, previsto en el artículo 384° del Código Penal. En cuanto a los resultados, existe discordancia en la dogmática, con relación al segundo párrafo del artículo señalado; algunos autores sostienen, que es la modalidad agravada del delito del delito de colusión simple; y otros manifiestan que es un delito autónomo, al tener su estructura típica propia del delito, esto es sujeto activo, pasivo, conducta típica, objeto de delito. Asimismo, es un delito de resultado, cabiendo la posibilidad de admitir la tentativa.

**Palabras Claves:** *Código Penal (C.P.), colusión simple, colusión agravada, defraudar, defraudare.*

### **Abstract**

The objective of the investigation is to propose the possibility of admitting the attempt in the aggravated modality of the crime of Unfair Collusion. With a qualitative approach, basic type, in order to carry out a dogmatic analysis of the crime of Unfair Collusion, provided for in article 384 of the Penal Code. Regarding the results, there is disagreement in the dogmatics, in relation to the second paragraph of the aforementioned article; Some authors maintain that it is the aggravated modality of the crime of simple collusion; and others state that it is an autonomous crime, having its own typical structure of the crime, that is, active subject, passive subject, typical behavior, object of crime. Likewise, it is a crime of result, with the possibility of admitting the attempt.

**Keywords:** *Penal Code (C.P.), Simple collusion, Aggravated collusion, defraud, defraud.*

## I. INTRODUCCIÓN

La tesis surgió a raíz del análisis del delito de colusión desleal, tipificado en el art. 384° del C.P. Delito comprendido en el Capítulo II, del título XVIII, delitos contra la administración pública.

**A nivel internacional**, los delitos contra la administración pública se producen por la corrupción presente en funcionarios o servidores públicos. Según Castillo (2017) la corrupción, es un problema que ocurre en muchos países de África, América del Norte, América del Sur, Asia y en los otros continentes. Por esta razón, la corrupción es un tema frecuente a nivel mundial.

La corrupción se manifiesta principalmente en la conducta de quienes ejercen el poder y desempeñan un papel especial prescrito por ley. En ese sentido, la corrupción es objeto de investigación, diversas corrientes lo describen como una expresión de desmoralización del poder de la autoridad, y declive de la ética de la función pública. Asimismo, se debe a la falta de principios de la conducta humana, la cual se ve reflejada en la inconducta funcional de funcionarios y servidores públicos. En esa línea, se precisa que la contratación pública es uno de los métodos más utilizados para ejecutar los delitos que son contrarios al interés público.

Por otro lado, Martínez (2017) señala que los funcionarios o autoridades u organizaciones de derecho público gastan anualmente alrededor de una quinta parte del Producto Interior Bruto de la Unión Europea en compra de bienes, obras y servicios.

**A nivel nacional**, según el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) del Perú, las adquisiciones públicas en el 2007 superaron los S/.15, 000 000.00, equivalentes al 10% del Producto Bruto Interno (PBI) y mayor al 25% del presupuesto estatal. Al respecto, el gasto que el Estado realiza, debido a contrataciones y adquisiciones públicas es una suma considerada alta, por esta razón, es importante el análisis del artículo 384° del C.P, ya que éste reprocha la conducta del funcionario o servidor público que, por razón de su cargo,

realiza estas contrataciones con finalidad de defraudar al Estado, o defraudare patrimonialmente.

Es importante combatir la corrupción, con leyes que sancionen conductas delictivas que afectan la economía nacional. Es así como, con la Ley N°29758, publicada el 21 de julio del 2011, se modificó el art. 384 del C.P., incluyendo dos modos de delitos distintos, aunque muchos autores señalen que, el párrafo primero es un delito de colusión simple; y, el segundo es la agravante del delito en mención.

Por otra parte, según Rojas (2016), en el delito de colusión desleal, el Estado protege la administración pública; asimismo, los funcionarios o servidores públicos son los sujetos activos que en virtud de sus cargos han interferido directa o indirectamente en un proceso de selección, concesión u operación, por razón del cargo que ocupa, por lo que su participación deberá ser velar o procurar asegurar los fines públicos. Asimismo, Pariona (2017) manifestó que el funcionario debe negociar lo que es más beneficioso para el Estado. Por ello, en referencia al delito de colusión desleal, precisa que éste se da cuando el sujeto activo vulnera el principio de confianza, ocasionando perjuicio al interés público e intereses patrimoniales del Estado.

Ahora bien, el artículo 384 del C.P., en su primer párrafo indica:

*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.*

Como se puede observar, tiene su propia estructura del delito, esto es sujeto activo, pasivo, verbo, conducta típica, y predicado, es decir una consecuencia jurídica, cuyo actuar es

concertar con los participantes con el fin de defraudar al Estado. Siendo un delito de mera actividad, el cual no admite tentativa.

Por otro lado, Oré (2017), señala que la Casación N°661-2016-Piura, cuyo fundamento décimo quinto se indicó que, si se descubre la concertación antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estamos ante colusión simple; por otro lado, si esto se descubre después que se hayan causado perjuicio real al patrimonio del Estado, esto sería colusión agravada.

Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 384 del C.P, señala que :

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones o 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.*

Con relación a lo anterior, se puede observar que al igual que el primer párrafo del delito en estudio, el segundo párrafo antes citado, tiene su propia estructura típica, siendo un delito de resultado, en el cual se requiere la defraudación patrimonial al Estado, delito que admitiría tentativa. En ese sentido, el segundo párrafo del artículo 384° del C. P. no resulta ser del agravante del delito de colusión simple, previsto en el primer párrafo del artículo mencionado, porque en caso no se llegue a un perjuicio real patrimonial en contra del Estado, estaríamos en frente de una tentativa de colusión de defraudación patrimonial.

Según Arismendiz (2018), manifestó que el problema surge respecto a la estructura gramatical o típica del último párrafo del art. 384° del C.P., pues al analizar el agravante del delito de colusión desleal, entenderemos que este es un delito de resultado y lesión, por el verbo utilizado el de “defraudare”; no obstante, el legislador ha dispuesto que se trata de la forma agravada del delito de colusión simple. Entonces, al tratarse de una forma agravante

del delito de colusión simple, la tentativa no es posible, ya que el primer párrafo del delito de colusión desleal es un delito de mera actividad. Sin embargo, la forma agravante resultó ser un delito autónomo, porque tiene su redacción típica, esto es: sujetos, supuesto de hecho y consecuencia jurídica.

Al respecto, es importante separar los injustos, para poder aplicar correctamente el derecho, puesto que redactar dos delitos distintos en un solo artículo genera confusión, formando ideas incorrectas; a su vez ciertas normas no son estructuradas de forma idónea. Asimismo, admitir la tentativa en un delito, permite que se le reduzca prudencialmente y se pueda determinar correctamente la pena.

Respecto a la tentativa, Villavicencio (2017) señaló que es la interrupción de la ejecución conducente a su consumación, esto es, el sujeto no logra cumplir su objetivo prohibido o delictuoso, por circunstancias voluntarias o ajenas a él.

Con relación a la investigación, se ha formulado el problema de la siguiente manera: **¿Cómo es posible admitir la tentativa en la modalidad agravada del delito de colusión desleal?**

### **1.1 Justificación de la Investigación**

El Estado se ve perjudicado, cuando es golpeado por la corrupción. Por tal razón, se sanciona los delitos de funcionarios o servidores públicos con penas bastantes severas, porque su actuar ilícito va en contra de nuestro sistema social y nos retrocede en todos los ámbitos como nación.

Ahora bien, el funcionario y servidor público tienen deberes especiales dentro de la sociedad, ello con la intención de que su conducta se acorde con los principios de un Estado democrático de derecho, en defensa de la persona humana y su dignidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política del Perú. Los roles, de estos sujetos especiales, se encuentran previstos en disposiciones legales, reglamentos o por resoluciones administrativas. Es por esto, que, al incumplir su deber especial, corrompen a más sujetos, contribuyendo de ese modo, con el incremento de la corrupción de funcionarios en el Perú, generando desconfianza en la población.

El delito recogido en el art.º 384 del C.P., establece que el agente es quien tiene el rol de realizar contrataciones u operaciones públicas, por razón de su cargo, obligación dada por una ley, resolución administrativa y otras normas que atribuyen funciones referentes a operaciones contractuales

El aporte de esta investigación jurídica es proponer separar los injustos penales del artículo de estudio, con el fin de fundamentar la posibilidad de admitir la tentativa en el delito de colusión desleal. En esa línea, el legislador enmienda el error de considerar el segundo párrafo del artículo 384º del C.P., como la modalidad agravada del delito de colusión simple.

Por otro lado, con esta tesis se beneficiarán estudiantes de derecho, abogados, pues servirá como fuente de estudio del delito de colusión desleal; además que, podría utilizarse para la promulgación de un proyecto de ley, para una posible modificación del art. 384º del C.P., respecto a la problemática propuesta. En ese sentido, podría considerarse como un proyecto abierto a nuevas investigaciones.

## **1.2 Objetivos de la Investigación**

### **1.2.1 Objetivo general**

Proponer la posibilidad de admitir la tentativa en la modalidad agravada del delito de colusión desleal

### **1.2.2 Objetivos Específicos**

- a) Describir las formas de tentativa en el derecho penal.
- b) Determinar qué tipo de delitos contiene el art. 384 del C.P.
- c) Desarrollar el delito de colusión desleal en el derecho comparado.

## **II. REVISIÓN DE LITERATURA**

### **2.1 Antecedentes**

#### **2.1.1 A nivel internacional**

Según Jiménez (2021) la corrupción ha existido desde el inicio de la humanidad. Ésta socava los cimientos de la sociedad, por ejemplo, al violar la legalidad de la institución pública. En el siglo XX, tuvo dos significativas premisas: la corrupción se da tanto en países subdesarrollados como en desarrollados o en vía de desarrollo; y su alcance no se limita al sector público, sino también al privado.

La corrupción se ha extendido de manera alarmante, en las últimas décadas. Esto lo convierte en uno de los mayores desafíos. El principal problema al que se enfrenta la sociedad actual es desde el momento en que empiezan a comprender sus desastrosas consecuencias, que afecta el desarrollo económico, la democracia y el Estado de derecho.

Santillán (2024), indicó que del Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) (2023), muestra que la mayoría de los países han logrado pocos avances en la lucha contra la corrupción, que se da en el sector público, pues el promedio del IPC mundial se ha mantenido sin cambios, esto es en 43 puntos durante 12 años consecutivos, con más de dos tercios de los países con una puntuación inferior a 50 puntos. Esto demuestra que la corrupción es un problema grave.

#### **2.1.2 A nivel nacional**

Se debe tener en cuenta la ley N° 30225, Ley de contrataciones del Estado, debido a que dicha ley sirve de base, para determinar en qué momento, podría tener relevancia penal, un tema administrativo de origen contractual. Es así como, en el marco de la contratación estatal, pueden realizarse delitos de corrupción de funcionarios. En ese sentido, tiene incidencia directa el delito de colusión, tipificado en el art. 384 del C.P. Al respecto, la Defensoría del Pueblo (2022) señaló que, entre el año 2017 al 2020, uno de los delitos con mayor frecuencia fue de colusión con un 21 % (5696).

Ahora bien, Pariona (2017) señaló que el delito de colusión desleal ha tenido diversas modificaciones; en el año 1991, el Código Penal, hacía referencia que la defraudación era al Estado, o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado. Posterior a ello, con la ley N° 26713, del año 1996, la defraudación se refería al Estado u organismo del Estado. Posteriormente, con la ley N°29703, del año 2011 se menciona “defraudare patrimonialmente”. Es así como, con la ley N°29758, del mismo año en mención, se distingue entre la modalidad simple y agravada; para luego, en el año 2013, con la Ley N°30111, se menciona la concertación del intraneus y extraneus, a fin de defraudar patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado.

Asimismo, con la ley N°1243, del año 2016, se agrega otra clase de pena, esto es la inhabilitación, tanto en el delito simple y su agravante. Además, con la ley N° 31128, del año 2021, se agregaría otras agravantes al delito objeto de estudio.

En la Casación N°661-2016, en Piura, se señaló que en la colusión simple debe establecerse dos elementos típicos: un acuerdo ilegal entre funcionario público y una persona interesada; y el peligro potencial de perjudicar el patrimonio del Estado, debido a la concertación que realiza, de forma ilegal. Esta modalidad es de peligro potencial, porque requiere que sea posible la afectación al bien jurídico. Asimismo, respecto a la colusión agravada, se indicó que es un delito de efecto lesivo, y la concertación ilegal, no es suficiente para constituir la colusión agravada, pues lo que se requiere es una lesión o daño efectivo al patrimonio del Estado. Además, en el R.N.N°689-2018, en Áncash se precisa que es necesaria la pericia contable, para determinar si existe perjuicio al patrimonio del Estado, con el fin de delimitar la existencia de la colusión simple o agravada, lo cual nos servirá para argumentar o contradecir en el juicio oral.

Por otro lado, mediante R.N.N°1126-2017, en Áncash se señaló que la concertación abarca acuerdos ilegales que son claramente perjudiciales para los intereses del Estado. Por ejemplo, el funcionario realiza simulación de precios o sobrevaluaciones.

### **2.1.3 A nivel regional**

En Lambayeque, con la Casación N°542-2017, se señaló que los tipos penales de la colusión desleal se caracterizan por sus verbos dominantes, esto es para la colusión simple, el verbo concertar; y, para la modalidad agravada, el verbo defraudare. Éste último, sólo ocurre si el funcionario y/o servidor público cause daño real o defraudare el erario público, verificándose la materialización de la concertación realizada previamente. Con el término defraudare, se refiere al impedir la obtención de los mejores resultados para los intereses del Estado.

Asimismo, en la Cas. N°542-2017 se manifestó que la doctrina nacional viene aceptando el término colusión simple y agravado, a pesar de que es técnicamente incorrecto, pues en realidad el artículo 384 del C.P., estructura dos tipos penales notoriamente distintos de colusión. Esto es, el primer párrafo se refiere a la concertación, mediante el cual tiene una finalidad subjetiva, tendiente a que, en un futuro el funcionario público realice un comportamiento defraudatorio. Por lo que el primer párrafo, se consuma con el acuerdo de voluntades del intraneus y extraneus. Mientras que el segundo párrafo del artículo en mención tiene su propia estructura, adicionando el término defraudare patrimonialmente al Estado. Por lo que, en ambos párrafos, no existe la simetría típica que debería tener el tipo básico y el tipo agravado derivado del simple, a modo de ejemplo en el delito de homicidio simple y el agravado se requiere el mismo comportamiento típico, esto es la acción de matar.

## **2.2 Bases Teóricas**

### **2.2.1 Bases conceptuales de la tentativa**

#### **2.2.1.1 Concepto de Tentativa**

Según Vargas & Julcamoro (2017), la tentativa son los actos que van desde el inicio del delito hasta su consumación. Es decir, interrumpe el proceso de ejecución que pretende consumir el ilícito. Además, la tentativa, marca en el derecho penal una línea de gran importancia, delimitando el límite de las libertades de las personas y el ámbito del castigo (Cancio, 2010). Por otro lado, en la tentativa se distingue actos preparatorios, y actos de ejecución.

La tentativa se presenta en la fase externa del delito, la cual consiste en la interrupción de la ejecución de éste (Villavicencio, 2017), en otras palabras, el agente ejecuta la conducta tendiente a originar el resultado del delito, sin embargo, por causas voluntarias o ajenas al sujeto, no pueden culminar la parte objetiva del tipo determinado, quedando interrumpido el proceso de ejecución.

Con la tentativa se considera aquellos hechos cometidos desde el inicio de la comisión del delito, ejecutando algunos factores objetivos del tipo (Gálvez, 2011), por lo tanto, llega a ser un acto imperfecto, siendo el adelanto de la tipicidad anterior a la consumación, puesto que no se da todos los actos que componen el tipo penal, por razones temporales.

Asimismo, la tentativa se define como “un caso de anticipación de pena, que se impone ante un comportamiento delictivo que no ha alcanzado la consumación, y no ha infringido cabalmente el bien jurídico” (Frieyro, 2015, p. 656); diferenciándose de los actos preparatorios, los cuales son actos preliminares encaminados a la ejecución del delito, pero no se dirigen directamente a la realización del delito; el sujeto solo se proporciona de medios para luego comenzar la ejecución del injusto penal.

El artículo 16° del C.P, establece que en la tentativa el agente empieza la ejecución de actos de un delito, sin llegar a consumarlo. El juez reducirá prudencialmente la pena. De lo señalado, podemos destacar algunas características: El dolo de cometer el delito, lo cual implica conocimiento y voluntad, de igual manera, dar principio a la ejecución del delito, ejecutar todos o partes de los actos, y por consecuencia no haber practicado todas las acciones dispuestas en el tipo penal. En esa línea, la tentativa es un grado de desarrollo del delito, porque, por un lado, no llega a consumir el injusto; por el otro, los actos de ejecución han iniciado.

### **2.2.1.2 Fundamento de la Punicción**

Según Frieyro (2015) señala que la tentativa se impone cuando no se ha consumado la conducta delictiva, por lo que no se ha vulnerado por completo el bien jurídico. Para Bustos (2017) la tentativa es entendida como un delito autónomo.

Farré (2008) menciona que la primera pregunta que surge sobre la tentativa de delito es el fundamento de la punición, ¿Por qué se sanciona una conducta que no ha lesionado los bienes jurídicos? Es una de las cuestiones más debatidas en derecho penal. A inicios del siglo XIX, especialmente en 1804, la discusión de la punición de la tentativa se enfatizó claramente en la obra de J. A. Feuerbach, quién advirtió el problema de la tentativa inidónea y de la tentativa en general, apartándose de lo que se entendía, sobre la tentativa en la época de los glosadores y postglosadores, así como en el Derecho Romano, quiénes concebían a la tentativa como la voluntad exteriorizada (su aspecto subjetivo del acontecimiento).

Feuerbach comenzó a fundamentar el aspecto objetivo de la tentativa, basado por el peligro de la acción, en el sentido de la posibilidad objetiva de lograr un resultado.

Asimismo, Farré (2008) manifestó que, desde el inicio de este conflicto, se han definido dos posturas básicas de la punición de la tentativa. Una teoría objetiva, que centra la posibilidad de la lesión de los derechos subjetivos o bienes jurídicos. En cuanto a la teoría subjetiva, se refería a la punición en la voluntad delictiva exteriorizada. Muchos estudiosos vieron las dos posiciones como contradictorias, resultando en soluciones muy diferentes para cada problema intentado.

Se ha establecido en la doctrina que, la tentativa no es sólo una forma de expresión de un delito, sino también un delito independiente, pues al momento de realizar los actos, nace el delito (Bustos, 2017). En ese sentido, es punible la tentativa, pero con una proporcional y razonable reducción de sanción que establece la norma penal.

En las páginas siguientes, se desarrollarán las diversas teorías que explican la razón de la punibilidad de la tentativa.

#### **2.2.1.2.1 Teoría objetiva**

Piva (2020) manifestó que la teoría objetiva tiene como fundamento castigar las acciones que amenazan los bienes jurídicos protegidos por el Estado. Según esta posición, el fundamento jurídico del castigo de la tentativa no está en la voluntad del autor del delito, sino en su aproximación objetiva a la vulneración de los bienes jurídicos, contrario a la

postura subjetiva, a través del cual se precisa que tanto en la tentativa y en la consumación la voluntad del individuo es la misma. En ese sentido, la tentativa es punible por la posibilidad de la lesión al bien jurídico.

Al respecto, Piva (2020), también señaló las consecuencias de la política criminal en concordancia con los límites del castigo de la tentativa. Manifestando que el inicio de la tentativa no depende de la voluntad del autor, sino del grado de proximidad con la lesión del bien jurídico protegido, diferenciándose entre actos preparatorios y ejecutivos, y sólo esta última era considerada la tentativa.

El fundamento de la punición de la tentativa depende de la capacidad de la acción de producir resultados, por lo tanto, las acciones que no pueden producir resultados deben estar exentas de castigo. La tentativa es considerada menos grave, si se compara con la consumación del delito. Es por eso, que debe castigarse en grado menor que la consumación. Asimismo, según Robleto (2017) solo será punible el acto exteriorizado que lesiona o pone en peligro el bien jurídico, es decir aquella acción externa que mantenga una relación de causalidad con el resultado esperado.

Por otro lado, Alba (2017), señaló que Von Hippel consideró que la tentativa debe sancionarse penalmente porque crea un peligro objetivo de cometer un determinado tipo de delito. Sin embargo, la teoría no especifica cómo debe implementarse el riesgo de acción; y, por lo tanto, no cumple con satisfacer lo que exige la seguridad jurídica. Asimismo, Wezel (2010) indicó que las críticas a estas teorías “se basan en las dificultades prácticas de distinguir entre conductas riesgosas y no riesgosas, por lo que no cumplen con el requisito de seguridad jurídica.

Por otra parte, según esta teoría, la tentativa es más peligrosa, porque a medida que avanza por el itercriminis, disminuye la probabilidad material y temporal de que el autor cambie de opinión, o la probabilidad de que suceda. Es claro que las acciones preparatorias no deben ser sancionadas ya que no se acercan a vulnerar o menoscabar los bienes jurídicos protegidos.

### 2.2.1.2.2 Teoría Subjetiva

Según Piva (2020), sostuvo que, en cuanto a la subjetividad, la base de la pena de la tentativa radica en la voluntad ilícita exteriorizada. En ese sentido, importa la orientación de la voluntad de su manifestación externa sobre el bien jurídico.

Para Torregrosa (2015), la teoría subjetiva, que tuvo cabida en la escuela positivista alemana y que también fue popularizada por la jurisprudencia italiana, dejó claro que no son tanto los elementos de la conducta, sino el propósito del sujeto. En otras palabras, las teorías subjetivas intentan establecer sanciones por conductas tentativas, cuyo sustento se basa en la idea de por qué no sancionar del todo las conductas injustas que exige el tipo delictivo recogido en el ordenamiento jurídico. Según esta teoría, la voluntad de violar la norma se ha exteriorizado, o sea, la voluntad que produce el hecho delictivo sale del escenario interno, existe en el escenario interno del delito para manifestarse en el escenario externo del delito. De esa forma, la forma posible es la punición por el intento ilícito.

Finalmente, Piva (2020) consideró las siguientes consecuencias políticas criminales:

- El inicio de la ejecución de la tentativa estará determinado por la existencia de una voluntad expresa de lesionar el bien jurídico, cualquiera que sea la proximidad de la acción al perjuicio. Las teorías subjetivas, por otro lado, rechazan las cuestiones de intentos inapropiados.
- Si la pena se fundamenta en la voluntad objetivamente expresada de cometer un delito, entonces la existencia de una tentativa de castigo no puede depender de la conformidad o no conformidad objetiva de la acción con el delito.
- En principio, todo acto que exprese la voluntad antes mencionada es punible. En cuanto a la pena por tentativa, tentativa acabada será castigada igual que la consumación. Siendo la misma voluntad expresada. Se atenuará la pena en la tentativa inacabada, por el hecho que no se exteriorizó por completo la voluntad ilícita.

### **2.2.1.2.3 Teoría Mixta**

Según Piva (2020), con esta teoría se castigaría algunos actos preparatorios, atenuándose la pena. La teoría mixta combina la teoría subjetiva y objetiva de la pena, su sanción radica en la voluntad contraria a derecho y se confirma con el peligro al del bien jurídico.

### **2.2.1.2.4 Teoría de la impresión**

Esta es una variante del subjetivismo, porque la base del castigo todavía se basa en la voluntad criminal del autor, y solo se utilizan criterios objetivos para el castigo de la tentativa.

Por lo tanto, la base de la punición de la tentativa es la voluntad delictiva del sujeto, y la misma voluntad exteriorizada debe dejar un impacto en la sociedad, es decir el impacto psicológico- relevante, pudiendo crear la conducta de los sujetos activos, provocando desconfianza por la falta al ordenamiento jurídico.

Por otro lado, el aspecto objetivo de la teoría se observa en la reducción prudencial de la pena. Cabe decir que, el sistema legal acepta parcialmente esta teoría, asimismo considera que la tentativa irreal no debe ser sancionada.

### **2.2.1.2.5 Teoría funcionalista**

La norma constituye el bien jurídico protegido, y cuando se viola el precepto normativo se comete el injusto penal. En esa línea, la tentativa sería aquello que lesiona la validez de la norma.

Asimismo, plantea que toda persona desarrolla una libertad de organización interna, mediante la cual debe procurar que, desde su ámbito de organización, no exteriorice procesos causales dañosos. Por lo tanto, afirma que la libertad, implica el deber de respetar la norma preexistente.

Por otra parte, se puede diferenciar una tentativa material y otra formal; la primera consistente en que la base para castigar la tentativa es por la conducta manifiesta contraria a la norma; la segunda, cimienta la sanción de la tentativa, en que, a dicho comportamiento, se exterioriza. Por consiguiente, la idea de la prohibición penal es no realizar conductas que socialmente puedan perjudicar el bien jurídico, por ello se espera del sujeto la observancia de su determinado rol, dentro de la sociedad, sólo así respetará el ordenamiento jurídico, afirmando la vigencia de la norma.

### **2.2.1.3 El Iter-criminis**

Según Gallo (2021), citando a García (2014), El iter criminis implica el estudio de etapas que recorre el sujeto activo, desde la idea delictiva nacida en su mente hasta el agotamiento, esto es terminando con el cumplimiento de sus deseos delictivos. De igual forma, haciendo referencia a Mir (2016), quién señaló que el comportamiento humano pueda realizar o llevar a cabo el tipo intencional indicado en la consumación del delito, todo esto pasa por diferentes etapas, por lo general significa el escenario donde transcurre el iter criminis, ahora el delito pasa por una fase interna y otra externa.

Por otro lado, Gaeti (2021), citando a Orts (2016), quién señaló que, aunque el iter Criminis consta de ciertas fases, es importante recalcar que no todos son probados en todos los casos; existe la probabilidad de que este camino se cambie o incluso se detenga en las primeras etapas, sin que la actuación se desarrolle en su fase externa.

Por otra parte, para Figueroa & lozano (2017), el Iter Criminis es un tema general de derecho penal que incluye la investigación de todo el tiempo de la ejecución del injusto desde la concepción hasta la consumación. Además, es importante el estudio de esta materia, debido a que nuestros tribunales deben calificar legalmente los hechos ante ellos, y muchas veces hay dificultades con la interpretación o las calificaciones legales sobre la actuación delictiva. A modo de ejemplo, se tiene que identificar si la conducta constituye una tentativa delictiva.

### **2.2.1.3.1 Fase Interna**

Es una etapa subjetiva que alude a fenómenos psicológicos dentro del sujeto, por lo que no adquiere relevancia penal, al no exteriorizarse los pensamientos criminales, quedando éstos en la conciencia del individuo. La fase interna concibe diferentes etapas: ideación, deliberación y resolución delictiva.

#### **2.2.1.3.1.1 Ideación**

Según Figueroa & Lozano (2017), citando a Arango (2001), indicó que esta etapa ocurre cuando una persona pretende cometer un delito, en otras palabras, en la mente del sujeto nace la idea de realizar un delito; y, asimismo, aún está indeciso sobre la perpetración del crimen, incluso puede llegar a su mente como una idea fugaz. Al respecto, esta etapa es competencia interna del sujeto, por lo tanto, no puede ser sancionada por ningún motivo.

Para Gaeti (2021), la ideación resulta ser la primera tentación de ejecutar el delito. La persona imagina la idea de delinquir, sin superar barreras personales de ideas. Cuando imagina desarrollar la conducta, existe un sentimiento de deseo de ejecutarlo.

#### **2.2.1.3.1.2 Deliberación**

La persona está sumida en un conflicto interno, entre la ejecución del delito y el temor a las consecuencias legales que pueda tener que soportar. A la hora de plantearse si cometer o no actos ilícitos, existen dos opciones: ejecutar el plan delictivo, o abandonar la idea delictiva. (Gaeti, 2021).

El sujeto mantiene la intención de delinquir, pero entra en un proceso de dudas. A modo de ejemplo, una persona observa cómo su cónyuge comete adulterio, pudiendo pensar en matarlos, pero la razón advierte que es inmoral, por lo tanto debate internamente si decide matarlos o no (Figueroa & Lozano, 2017).

### **2.2.1.3.1.3 Resolución delictiva**

En esta etapa, la persona se identifica con el delito, en su psique ha decidido realizarlo, y probablemente ejecute el ilícito (Figuroa & Lozano, 2017). Asimismo, tiene presente cómo actuar, y las medidas que producirán el resultado deseado (Gaeti, 2021).

### **2.2.1.3.2 Fase Externa**

Durante esta fase, se supone que la voluntad del sujeto exteriorizada activamente por el sujeto, de realizar el acto prohibido puede convertirse en una peligrosa realidad. En esta etapa, se refiere a actos preparatorios o de ejecución que concibe la tentativa, o la consumación.

#### **2.2.1.3.2.1 Actos preparatorios**

Según Gallo (2021), la preparación es de naturaleza distinta a la relacionada con la actividad ejecutiva, también es diferente a la expresión de una idea delictiva, en esta etapa la persona elige cuáles serán los medios, puede crear las condiciones requeridas para el logro de un objetivo o fin previsto, lo que sugiere una típica etapa intermedia entre la fase interna y la iniciación favorable de la conducta deseada.

Asimismo, Gallo (2021) citando a Córdova (2014) señala que en esta etapa el autor ha elegido los medios que crea las condiciones básicas para perpetuar el delito, realizando los primeros actos que faciliten la ejecución del delito. Al respecto, en esta fase estará la voluntad externa, en la que el sujeto busca activamente objetos útiles para crear las condiciones favorables para la comisión del delito. Este comportamiento, precede a la ejecución típica del delito. Por regla general, las acciones preparatorias no son típicas, pero por motivos penales existen excepciones legales, por lo que serían típicas las acciones preparatorias que constituyen una intervención en el derecho penal. Así, son típicos debido a la acción del sujeto, de manera independiente, por ejemplo, la conspiración, apología, entre otros delitos.

Inicialmente, estas acciones preparatorias quedan impunes. Debe valorarse que no constituyan una amenaza grave a la integridad de los bienes lícitos, faciliten o fomenten la comisión de un delito (Gaeti, 2021).

Por otra parte, Figueroa & Lozano (2017) precisan que los actos preparatorios se pueden presentar en una forma sencilla o más estructurada, desarrollado por el sujeto. Asimismo, puede no existir actividad previa a la ejecución del delito. A modo de ejemplo, por lo general un hurto simple no requiere de una operación previa, porque el actor ve una billetera en el estante e inmediatamente la agarra, y de manera rápida la guarda en su bolsillo. En otros casos, los actos previos se pueden observar claramente como el seguir a una mujer con la intención de cometer el delito de violación sexual.

#### **2.2.1.3.2.2 Actos de ejecución**

La etapa de ejecución se refiere a la aplicación específica de los medios seleccionados, para cometer el delito. Gallo (2021) citando a Jiménez (1970) señala que la ejecución se considera desde el momento en que la acción comienza a entrar en el núcleo del tipo penal, hasta que el hecho delictivo logra el resultado.

Asimismo, Gaeti (2021) mencionó que los actos ejecutivos son punibles por el sistema jurídico, por la voluntad del sujeto ha sido exteriorizada. Los escenarios que se presentan son la tentativa y la consumación.

#### **2.2.1.4. Tipicidad de la tentativa**

En la tentativa se distingue entre tipo subjetivo y objetivo, así como factor negativo. Así, la tentativa es de tipo subordinado, ya que sus elementos son sustancias para la consumación del delito. A continuación, se desarrollará la tipicidad de la tentativa.

##### **2.2.1.4.1 Tipo subjetivo:**

El primer elemento, para hablar de tentativa es el propósito de cometer un delito en particular, es decir actúa con dolo. Max Ernst Mayer expresa que la resolución delictiva debe haber llegado al inicio de la ejecución del delito.

Por otra parte, los juristas han expresado que al dolo se le debe concebir como un elemento normativo, ello conlleva a verificar las circunstancias objetivas que rodean la acción del sujeto (Sánchez, 2015).

Asimismo, el dolo no es una entidad preexistente, sino una propiedad normativa, por lo tanto, no debe equipararse al dolo con actitudes internas, ni creencias o intenciones, es decir se actúa con dolo, cuando el sujeto activo conoce que su acción puede recaer en un hecho injusto, esto supone un previo conocimiento de los elementos que integran el hecho típico del delito, no obstante, pese a ello tiene la intención de causar la consumación.

Así pues, cuando se decide cometer el delito, esto debe ser determinante, es decir que el sujeto se encuentre firme de ejecutar el injusto penal, esto es tener el pleno conocimiento y voluntad que con su actuar va a contradecir la norma de derecho. En consecuencia, no existirá tentativa cuando se actúa culposamente o, mejor dicho, de modo imprudente. Cabe decir, que el conocimiento es la posibilidad de representar que algo malo puede ocurrir con el ejercicio de determinada conducta; y la voluntad es realizar esa conducta, a sabiendas que se va a producir un resultado negativo.

Por otro lado, Zambrano (2015) manifiesta que no existe dolo de tentativa, ya que con dicho dolo se busca la consumación del delito, sin embargo, por causas ajenas o voluntarias, se evita el resultado. En otras palabras, se hace referencia a que el dolo es el mismo ya sea en la tentativa o consumación.

El segundo elemento que constituye la forma subjetiva de la tentativa de delito son los elementos subjetivos de la ilicitud exigida en los casos correspondiente a un delito consumado. A modo de ejemplo, el hurto implica la voluntad de tomar un bien ajeno, pero además el ánimo de querer apropiarse de él y obtener ventaja patrimonial. Además, el dolo sería un elemento subjetivo del injusto (Piva, 2020).

#### **2.2.1.4.2 Tipo objetivo**

En la parte objetiva de la tentativa, primero se deben cumplir los requisitos del tipo de delito del que se trate, esto es, “el sujeto (...), el objeto material, la conducta, el bien jurídico y los

elementos normativos” (Piva, 2020, p. 45), siendo necesario que el sujeto haya comenzado la ejecución del delito. Al respecto, el inicio de la ejecución de la tentativa es cuando el sujeto se coloca en actividad directa para la realización de las características del tipo penal, cuyo fin es consumir el delito, pero no lograr consumir el ilícito.

#### **2.2.1.5 Clases de tentativa**

En nuestro Código Penal, el legislador ha considerado a la tentativa como un grado de desarrollo del delito, por el cual es admisible la reducción prudencial de la pena; a su vez, la doctrina nacional, enfatiza que será tentativa, cuando el sujeto activo mediante sus actos comienza la ejecución del tipo penal, éstos son objetivamente adecuados para la realización de la consumación del delito.

En la tentativa, la tipicidad está presente antes de producirse todos los efectos que acarrea del tipo objetivo. El Código Penal regula la tentativa acabada e inacabada, de las que nos referiremos a continuación.

##### **2.2.1.5.1 Tentativa acabada y desistimiento.**

La tentativa es acabada cuando el sujeto, como había previsto, haya tomado todas las medidas necesarias para consumir el delito (Piva, 2019). En otras palabras, la tentativa acabada, hace referencia a la realización de los actos que conllevarían a la consumación del delito, pero éste no se produce. En ese sentido, se atenúa la pena, puesto que no se llegó a la consumación del injusto penal.

Por otro lado, la tentativa acabada es diferente al delito frustrado. Maggiore postula que en un delito frustrado el sujeto no hace todo lo necesario para producir el resultado, frustrándose el propósito de la tentativa (Ballesteros, 2009).

Por otra parte, en cuanto al desistimiento, éste se produce cuando el actor ejecuta los actos para la producción del resultado, pero decide realizar una nueva acción para impedir la consumación. El desistimiento debe ser definitivo, pudiéndose valer, incluso de un tercero para impedir la consumación. Es por ello, que se distingue entre el desistimiento en la

tentativa acabada y la inacabada, en cuanto es necesaria la espontaneidad del sujeto para evitar el resultado.

Misari (2017) citando a García (2012) señala que el desistimiento es la voluntad de no proseguir con los actos de ejecución o impedir su resultado. En nuestro país, el desistimiento es impune, en cuanto los actos preparatorios no hayan generado un delito, si el desistimiento se realiza luego de consumado el delito, por ejemplo, que quien luego de hurtar un objeto, se arrepiente y devuelve la propiedad a su dueño, estamos hablando de otra figura del derecho, esta es “el arrepentimiento”, con lo cual se puede graduar la pena.

Para Alastuey (2011), sostiene que la tentativa acabada merece más pena, porque el sujeto activo, con sus actos ha ido más lejos para la consumación del delito, debido a que el sujeto ya ha finalizado su intervención, pero realiza una conducta para evitar el resultado, diferenciándose, de ese modo de una tentativa inacabada, ya que el sujeto no culminado las acciones necesarias para producir el resultado, por ello basta con suspender la ejecución. De igual forma, analiza el desistimiento, considerando importante diferenciarlo de la tentativa, ya que en ésta no existe desistimiento voluntario, sólo se da por causas independientes de la voluntad del autor. Cabe agregar, que con el desistimiento se queda exento de responsabilidad penal.

#### **2.2.1.5.2 Tentativa inacabada y desistimiento.**

A diferencia de la tentativa acabada, en la inacabada no se ejecuta todos los actos necesarios para la producción del resultado, debido a razones involuntarias o accidentales. Con respecto a lo anterior, el autor no logra realizar todos los actos considerados en su plan delictivo, por razones establecidas en el artículo 18° y 16° del C.P.

Por otro lado, nos referimos al desistimiento cuando el sujeto abandona voluntariamente la ejecución, sin haber perpetrado todas las acciones, para que se configure el delito. Entonces, de ello se desprende que, el desistimiento debe ser voluntario, es decir no es producto de decisiones externas al sujeto, además es definitivo y eficaz.

Por otra parte, La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el Expediente N°002672-2017, sobre Recurso de Nulidad, manifestó que, en el caso de un delito inconcluso, la posibilidad de reducción de la pena se desarrolla respecto a que el sujeto haya realizado completamente la acción requerida para ejecutar el delito, a esto se le denomina tentativa acabada. En cambio, cuando es tentativa inacabada la realización es posible interrumpir.

### **2.2.1.5.3 Tentativa inidónea.**

MEZGER señala que la idoneidad corresponde al grado de probabilidad de cometer un delito, y si no se da, tenemos una tentativa inidónea, que es el resultado de la falta de un objeto, un sujeto pasivo, o la absoluta inutilidad del objeto para conseguir el resultado, generando un delito imposible (Piva, 2019). En la tentativa inidónea, para Mir Puig, la peligrosidad se presenta ex ante, no obstante, ésta es insuficiente para producir el resultado delictivo (Alcácer, 2013).

En la tentativa inidónea en principio hablamos de la no idoneidad de los medios, por ello se torna en imposible la realización de la lesión al bien jurídico. Con respecto al término medio, éste se refiere a los instrumentos que utiliza el sujeto al realizar su conducta.

A modo de ejemplo A, se propuso matar a B, para ello adquirió, una pistola calibre 45, la cual, al ser utilizada el agente, no logró martillar el proyectil, por un obstáculo insuperable defecto de fábrica insuperable, no ocasionando peligro, el derecho legal protegido a la vida (Castro, 2009). Segundo, el siguiente elemento, se refiere a la idoneidad del sujeto activo; a modo de ejemplo, el agente no posee las cualidades de un sujeto especial, por lo tanto, no comete el delito especial propio, aunque su conducta puede recaer en otros delitos. Por último, el tercer elemento consiste en la no idoneidad del objeto material. Asimismo, la ineficacia del medio debe ser absoluta, por consiguiente, no en cuanto el objeto y medio sean relativos, el hecho si será castigado por el artículo 16° del Código Penal.

Nuestro C.P., establece la impunidad de la tentativa absoluta inidónea, ya que mediante ella no existe probabilidad que se genere la consumación del delito, pues por la ineficacia de los medios u objeto, no se coloca en peligro el bien jurídico. En ese sentido, sí es posible hablar

de una tentativa relativamente inidónea, no obstante ésta debe contener los mismos elementos esenciales que irradia en una tentativa idónea, éstos son los ya analizados en la presente tesis, nos referimos al dolo, al comienzo de la ejecución del delito, y la falta de consumación del tipo, cabe decir que se debe medir con criterios objetivos la peligrosidad al bien jurídico, con el fin de verificar la probabilidad de peligro, ello conlleva a que se valore “el propósito del autor situándose en sus circunstancias y en el contexto en que actuó” (Muñoz, 2010, p.421).

#### **2.2.1.6 Delito putativo.**

El delito putativo es un delito imaginario, éste se da cuando el sujeto considera que su conducta está prohibida por la norma penal, cuando en realidad no forma parte de ningún supuesto de algún tipo penal previsto. Para Apumayta & Valencia (2020) señala que es una categoría cuyo contenido recae en una idea equivocada del actor, quien supone que su acción constituye delito. Es decir, el delito sólo se encuentra en la psique del autor, ya que su actuar no conlleva a un reproche social. Por lo tanto, no es una clase de tentativa, esto es debido a que no existe norma que sancione dicho actuar, a saber, lo que no está prohibido, se encuentra permitido.

Con relación a lo anterior, se considera erróneamente que su actuar es ilícito, sin embargo, su conducta no acarrea ningún acto contrario a derecho. En tal orden de ideas, será imposible sancionar el delito putativo, ya que el derecho penal, recoge el principio de nullum crimen sine lege, es decir no se puede acusar o condenar a un sujeto, sin ley previa. Lo dicho, se encuentra instaurado en el literal “d”, numeral 24°, del artículo 2° de la Carta Magna.

#### **2.2.2.7 La Tentativa en los tipos penales**

En cuanto a los tipos penales y el tratamiento que reciben en los ámbitos de tentativa, podemos resaltar lo siguiente:

Madrigal (2015) citando a Roxin (1997) señala que un delito de resultado es aquel que produce una lesión o de puesta en peligro separado en el tiempo y en el espacio de la conducta del sujeto. Por ejemplo, el delito de homicidio: hay una distancia de tiempo y

espacio entre la acción (usar un cuchillo para apuñalar el cuerpo de la víctima) y el resultado (muerte).

Asimismo, algunos tipos penales requieren el resultado típico (determinado) y otros no, por ejemplo, un asesinato necesita la muerte de la persona (delitos de resultado), en cambio la injuria cumple el tipo con la realización de la conducta, llamados delitos de mera actividad. Los delitos de mera actividad son simplemente aquellos que describen sólo el comportamiento de riesgo que está prohibido y no prevén la causación en los resultados que son espacial y temporalmente separables (Meini, 2014).

Con relación a los delitos de mera actividad, éstos se sancionan por ejecución de la acción, en cambio en los delitos de resultado, cuando no se produce el resultado típico se sanciona a título de tentativa.

Por otro lado, los tipos de lesión, se caracteriza con un comportamiento típico relacionado con la afectación efectiva del bien jurídico, como ejemplo el homicidio. (Meini, 2014).

Por otra parte, son delitos de mera actividad, los nombrados delitos de peligro abstracto, cuya realización del tipo se agota en el último acto realizado por el agente, no esperando un resultado típico. Su punibilidad, se da producto de la peligrosidad general de la conducta para un determinado bien jurídico.

En esa línea, la doctrina ha diferenciado los delitos de peligro abstracto del delito de peligro concreto, manifestando que, éste último la realización de este tipo objetivo requiere la comprobación de la conducta y el peligro específico que recae en el bien jurídico tutelado (Madrigal, 2015). Asimismo, la conducta debe poner en peligro efectivo, real, comprobable y que debe ser probado en el proceso (Meini, 2014), correspondiéndose a los tipos de resultado, debido al comportamiento prohibido y la situación de peligro concreto que conlleva al resultado típico.

## **2.2.2 Bases conceptuales del delito de colusión desleal**

### **2.2.2.1 Antecedentes del delito de colusión desleal**

Según Pariona (2017) señala que el delito de colusión desleal en el Perú ha sido objeto de numerosas reformas en los últimos años, que apuntan a regular este tipo de delito con la base referencial de las normas de contratación con el Estado. Asimismo, el antecedente más próximo se insertó en el artículo 334° del C.P. de 1924. Posteriormente, en el artículo 384° del C.P. de 1991.

Asimismo, hasta ahora se ha llevado a cabo diversas reformas legislativas. La primera modificatoria se realizó en 1996 mediante la Ley N°26713, que tuvo como objetivo ajustar el tipo delictivo a los nuevos parámetros políticos y económicos establecidos por la Constitución Política de 1993. Para el año 2011, se publicó la Ley N°29758, en la que se estableció dos modalidades denominadas colusión simple y agravada. Posteriormente, sufrió modificaciones, en virtud del cumplimiento de los objetivos del Plan Nacional de la Lucha contra la Corrupción 2012-2016, cuyo contenido se plasmó en la Ley N°30111, publicado el 26 de noviembre del 2013, adicionando los días multa. Ahora bien, con el D. Leg. N°1243, publicado en el año 2016, se incorporó la sanción de inhabilitación en el delito de colusión.

Por otra parte, Salinas (2018) precisó que, en el Sistema Nacional Especializado en el Delito de Corrupción de funcionarios, dispuesto mediante D. L N°1307, en el año 2017, se realizaron varias investigaciones respecto al delito de colusión, y además el delito de Peculado, los cuales son los más frecuentes cometidos contra la Administración Pública.

### **2.2.2.2 El bien jurídico**

En la doctrina, se discute sobre la determinación del bien jurídico que protege el delito de colusión, un sector de esta señala que los bienes jurídicos tutelados en el delito de colusión son la legalidad, la imparcialidad y la objetividad en los procedimientos de contratación pública o ejecución de los contratos para evitar daños al patrimonio del Estado (Salazar, 2014). Asimismo, Salazar (2014) precisó que los bienes jurídicos tutelados por el delito de colusión son el buen funcionamiento de la administración pública, y de forma específica son

la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad que deben ser valores presentes en el actuar del funcionario.

La Corte Suprema, ha establecido dos bienes de protección, estos son, que la conducta del sujeto público no infrinja el deber que le es conferido por razón de su cargo; asimismo, asegurar la imagen institucional. Por lo tanto, con el resguardo del bien jurídico se pretende evitar el deterioro de los procesos de contratación, adquisición de bienes, obras y servicios; así también otros negocios jurídicos de naturaleza contractual; y de ese modo, conservar la imagen de la entidad pública.

El bien jurídico protegido, en el derecho penal es de suma relevancia para identificar las conductas jurídicas penalmente relevantes. Asimismo, llega a ser el instrumento, a través del cual la ley penal actúa (Parma, 2017). Ahora bien, el bien jurídico genérico protegido por el delito de colusión en palabras de Salinas (2018) es el normal y correcto funcionamiento del organismo de la administración pública, que no es más que el Estado; y, bienes jurídicos estos son el principio de transparencia, imparcialidad y trato equitativo de los contratistas, cuyos principios rigen en la labor de los funcionarios o servidores públicos que participan en las contrataciones con el Estado, en la forma prevista por la Ley N° 30225 y sus disposiciones. Asimismo, se afirma el objeto es el patrimonio administrado por el Estado.

Por otra parte, el delito de colusión es una modalidad de corrupción de funcionarios o servidores públicos, pero el término "colusión", por sí mismo no es ilícito, éste se convierte en un acto prohibido, cuando los agentes públicos, por razón de su cargo coluden con los interesados para defraudar al Estado. Por esta razón, se hace uso indebido del poder, conferido por el órgano público, y por añadidura se obtiene beneficios que son ocultos, con el propósito de que el Estado no ejerza su poder punitivo.

Por otro lado, Guimaray (2015) destaca el fomento de una educación en valores. Pues, en una Democracia Social y Constitucional de Derecho, la corrupción interfiere y/o impide el ejercicio de una serie de derechos fundamentales que permiten o garantizan la libre participación y el desarrollo de todas las personas en sociedad.

El derecho penal, se preocupa por el buen funcionamiento de la administración pública, ya que sin ella el Estado se ve deteriorado (Rojas, 2017), por ello el cuerpo normativo penal debe contener las sanciones correspondientes, con el fin de prevenir que el agente público incurra en un actuar negativo.

La administración pública es entendida como una actividad encargada a funcionarios o servidores públicos, a ellos se le asigna determinados deberes institucionales y funciones, debido al buen funcionamiento del sistema social (Alán, 2017). Es por ello, que la administración pública se encuentra metida en una jerarquía o niveles a través de sus órganos o entidades estatales. Asimismo, a través de la administración pública se busca alcanzar ese bienestar que toda sociedad aspira, cuyos encargados de estos servicios, labor o actividades públicas lo ejecutan tanto los funcionarios o servidores públicos (Salina, 2016). En otras palabras, la administración pública, es también considerada una institución completa, la cual comprende determinados cargos, funciones, deberes, principios, entre otras particularidades.

Además, la administración pública, puede ser definida, de modo objetivo y subjetivo; respecto al primero, se refiere al conjunto de actividades o labores que realiza el sujeto público, en virtud de los fines del Estado; el segundo, refleja las funciones o roles de estos sujetos públicos en sus respectivas instituciones públicas, cuyo marco normativo se encuentra regulado en leyes, y reglamentos. De ahí que, estos agentes públicos tienen deberes institucionales.

Por otra parte, la administración pública se protege, en virtud de su naturaleza general, lo cual implica que tanto el funcionario o servidor público al tener una serie de funciones previstas en el ordenamiento jurídico, a través de sus órganos competentes debe actuar de manera correcta y coherente en el ejercicio de su cargo, de ahí se menciona que tiene la obligación de ser imparcial y legítimo (Prado, 2017). De igual modo, se resguarda, por los principios, deberes y prohibiciones, los cuales deberán observar los funcionarios y servidores públicos en todos los ámbitos de la administración pública

En relación a lo expresado, la existencia de estos valores, es precisada en la ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, en su Art. 6°, en la cual se establece los siguientes principios: la probidad, la eficiencia, la idoneidad, la veracidad, la lealtad, la

obediencia, la justicia y, la equidad; asimismo, en su Art. 7º de la mencionada ley, se menciona los deberes, estos son: la neutralidad, la transparencia, la discreción, el ejercicio adecuado del cargo, el uso adecuado de los bienes del Estado y la responsabilidad; y finalmente, en el artículo 8º de la ley en mención, se fija que mantener intereses en conflicto, obtener ventajas indebidas, hacer mal uso de información privilegiada, y otros son prohibiciones.

En ese orden de ideas, la administración pública contiene elementos esenciales, el primero de ellos está dirigido a que el Estado se conecte con el orden público y la sociedad, siendo posible, a través de sus órganos, mediante los cuales se ejercen un conjunto de actividades, funciones o servicios públicos; segundo, al cumplir con los deberes funcionales, de acuerdo a lo establecido en las leyes, reglamentos o resoluciones administrativas, se garantiza la confianza que deposita, los miembros de la sociedad en el Estado; por último, se evidencia un conjunto de principios que debe cumplir el órgano público, entre ellos está la imparcialidad, la transparencia, y otros valores públicos.

En el R.N.Nº874-2018, sobre el delito de colusión, se precisa que los bienes jurídicos tutelados, son: “a) la actuación conforme al deber que importe el cargo; b) asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de este a los funcionarios o servidores públicos”(p.6). Es decir, se protege el actuar de acuerdo con el deber que corresponde debido a su cargo; y así también, proteger la imagen de la institución pública.

Por otro lado, mediante Casación N°9-2018, se señaló que el bien jurídico protegido, no sólo es el patrimonio del Estado, “el agente activo de la colusión tiene el deber de obrar con pulcritud y dotar de eficiencia los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer de dinero público” (p.4).

### **2.2.2.3 Análisis típico**

#### **2.2.2.3.1 Tipicidad objetiva**

### 2.2.2.3.1.1. Los sujetos

En el delito de colusión desleal, el sujeto activo es aquel que tiene la calidad de funcionario y/o servidor público, y en el ámbito de su función está obligado a participar en cualquier etapa de las modalidades de las contrataciones con el Estado.

Por lo tanto, el sujeto activo no es sólo el funcionario y/o servidor público que decide otorgar la buena pro, en virtud de un contrato administrativo, sino todo aquel que se relacione directa o indirectamente con la contratación pública realizada, debido a sus funciones. A modo de ejemplo, será sujeto activo el funcionario y/o servidor público que está obligado a supervisar o hacer un informe de la obra pública, más no será sujeto activo el representante de la empresa, puesto que responderá como cómplice primario en el delito de colusión desleal.

En ese orden de ideas, la administración pública define las funciones tanto de los funcionarios y/o servidores públicos, como los procedimientos de la contratación pública, para un buen desarrollo del sistema social.

Ahora bien, el concepto de funcionario público (sujeto especial propio) y los particulares se asocia a actos ilícitos, sólo en la medida en que afecte el buen funcionamiento del sistema administrativo, el cual se caracteriza por ser una persona jurídica benevolente creada por el Estado con fines y fines específicos, teniendo como base el concepto de estado de derecho, sociedad y democracia (Urquiza, 2016). Es así como, en el Derecho Penal, se concibe al agente público como aquel sujeto que tiene ese vínculo con el bien jurídico, de protegerlo de posibles lesiones o puestas en peligro.

El artículo 425° del C.P., precisa lo siguiente:

***“Artículo 425. Funcionario o servidor público***

*Son funcionarios o servidores públicos:*

- 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
- 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
- 3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza*

*con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.*

*4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*

*5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*

*6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.*

*7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.”*

Asimismo, el segundo párrafo del artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de fecha 29 de marzo de 1996, establece la siguiente definición:

*“Funcionario público, oficial gubernamental o servidor público, cualquier funcionario empleado del Estado de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al Servicio del Estado, los niveles jerárquicos”.*

Respecto del concepto de funcionario extranjero, en el artículo 2º del Capítulo I de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, del año 2004, incorpora al funcionario público extranjero y el funcionario de una organización internacional pública, de la siguiente forma:

*“El inciso b) del artículo 2º (...) funcionario público extranjero se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, dativo o judicial de un país extranjero, sea designado elegido; y toda persona que ejerce una función pública para un país extranjero, es un organismo público una empresa pública; y el inciso c) del mismo artículo precisa, funcionario de una organización internacional pública, se entenderá empleado público*

*internacional a toda persona que tal organización haya autorizado actuar en su nombre”.*

Ahora bien, el delito de colusión desleal tiene como sujeto pasivo a la entidad u organismo del Estado que se ha visto agraviado, quien es el titular del bien jurídico. Además, extendiéndose a las empresas que han participado de la contratación pública de manera acorde a la ley.

#### **2.2.2.3.1.2 Elementos del tipo**

##### **a) Concertación:**

La concertación es el verbo principal del delito de colusión desleal, ello quiere decir, que los funcionarios o servidores públicos acuerdan con los interesados, con la finalidad defraudar al Estado.

Un contrato sería ilegal si violara los principios institucionales del buen desempeño de las funciones públicas relacionadas con la celebración de la contratación pública. Asimismo, la concertación se refiere al intercambio de comunicación que existe entre el agente público y el particular, con un mismo objetivo. En consecuencia, el delito de colusión es de intervención necesaria, es decir, sin existencia de la comunicación del interesado de concertar con el sujeto público, no se podría configurar el delito mencionado.

Es por esta razón, que el extraneus, no es sujeto activo del delito, ya que no posee los deberes normativos institucionales, aunque sin su intervención no se configuraría el delito de colusión desleal.

En efecto, la concertación debe ir en contra de los intereses públicos, y de los principios que irradian la actuación administrativa. Pero, para ello, dicho acuerdo deberá ser útil para cumplir con la finalidad de defraudar al Estado.

**b) Intervención directa o indirecta:**

El autor del delito de colusión interviene por razón de su cargo, ya sea de manera directa o indirecta, existiendo el vínculo con el bien jurídico protegido, por lo mismo que tiene el deber de resguardarlo, al momento de realizar sus funciones y obligaciones en relación con la contratación y ejecución pública.

Al respecto, la intervención indirecta hace referencia a que el funcionario público, mediante un intermediario concierne con los interesados. El funcionario público será autor de delito de colusión. De igual modo, serán responsables como autores del delito, aquellos funcionarios públicos, a quienes se les ha delegado, encargado realizar o ejecutar acciones respecto a acciones de contratación pública, adquisición de bienes o servicios, u otras operaciones por razón de su cargo. Por lo tanto, los funcionarios públicos competentes que dan la orden al intermediario deberán mantener sus deberes de control y supervisión de manera que, si sus delegados se coluden con los interesados, serán penalmente responsables por el número y proporción de las infracciones a sus obligaciones de control y supervisión.

De igual manera, también serán responsables los órganos de control de las entidades que intervienen debido a su posición en la contratación pública, esto se da por la omisión de sus deberes, aunque el juez con imparcialidad, objetividad, y aplicando los principios del derecho, tiene la obligación de considerar la magnitud del actuar de estos órganos públicos.

**c) Intervención por razón de su cargo:**

En la administración pública, se precisa el marco de deberes y funciones que tiene tanto el funcionario público como el servidor público, con el propósito de que ellos sean quienes velan por los interés públicos, de tal forma que se determina competencias a los agentes públicos, aquello se encuentran inmersos en los procesos de contrataciones con el Estado, pues tienen la facultad legal de realizar actos de contratación en nombre del Estado, siempre de modo coherente con los principios y objetivos institucionales. Lo expresado, hace referencia al elemento “por razón de su cargo”. Es ese sentido el Estado, mediante sus leyes, reglamentos, o resoluciones administrativas ha previsto las responsabilidades para cada

agente público, al separar determinados roles a los sujetos cualificados encargados de las contrataciones públicas.

Asimismo, existen dos ámbitos de la administración: interna, relacionada con la propia organización de gestión; y externa se refiere a la relación con los ciudadanos que realizan actividades relacionadas con los fines institucionales; por tanto, sólo pueden ser estas últimas, definidas como “acciones funcionariales” que es válida para consecuencias penales (Goicochea, 2014). En este orden de ideas, el órgano público, a través de sus funcionarios o servidores públicos, los cuales actúan por razón de su cargo, y tienen una vinculación directa con el bien jurídico protegido, serán responsables del delito de colusión desleal, en el caso que pretendan defraudar o defrauden al Estado perjudicando incluso el erario.

#### **d) Etapas y modalidades de las operaciones a cargo del Estado:**

Los funcionarios y/o servidores públicos, que debido a su rol ejecuten alguna operación de contratación pública, en otras palabras, acuerden, ya sea de forma oral o escrita, a favor del interés público, están efectuando un tipo de acto jurídico válido para el derecho. Al contrario, cuando dichos agentes públicos son corruptos, desarrollando una actividad contractual perjudicial o contraria a la norma, mejor dicho, su actuar ilícito se refleja en las etapas de elaboración de las bases, proceso y selección, o en ejecución del contrato, cometen el delito de colusión desleal.

Por lo tanto, el delito de colusión no se da en cualquier tipo de proceso que participe el Estado, sino sólo en los acuerdos de carácter patrimonial, mediante las contrataciones públicas, u otra operación por razón de su cargo en las distintas etapas de contratación o adquisición de obras bienes o servicios, así como otra forma de operación por razón de su cargo, pero que tenga naturaleza contractual. Hay que señalar que el funcionario recae en este delito, por no seguir las reglas, procedimiento, principios de la contratación pública.

Por otro lado, los tipos de contratación que encontramos en la Ley de Contrataciones con el Estado, Ley N° 30225 son los siguientes: licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, contrataciones directas, subasta inversa electrónica.

En cuanto a la licitación pública, el inciso 1° del artículo 22° de la ley en mención, cuyo texto precisa que dicha modalidad es utilizada para la contratación de bienes y obras; en cambio, cuando hablamos de concurso público, hacemos referencia a la contratación de servicios. De ahí, que se debe tomar en cuenta el valor referencial de la ley del presupuesto público fijado previamente.

En el artículo 23°, se establece la adjudicación simplificada, la cual consiste en la contratación de bienes, servicios y obras a menor costo que en la licitación y concurso público. La adjudicación simplificada se celebra en la contratación bienes y de prestación de servicios, excepto por los servicios prestados a consultores individuales, además cuando se ejecuten obras, cuyo valor de referencia se determine por ley.

En el caso de selección de consultores individuales, la persona con mayor experiencia, y por ende calificada, determinará quien está apto para realizar la labor de consultoría, siempre que su valor referencial, se precise dentro de los márgenes de la ley.

El art. 25° de la Ley N° 30225 señala que, la comparación de precios, de precios puede utilizarse para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, distintos a los de consultoría, que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones del contratante, siempre que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado, conforme a lo que señale el reglamento. De esta manera, ya no se considera el valor inferior a la décima parte del límite mínimo precisado en la ley del presupuesto público para la licitación y el concurso público.

Por otra parte, con relación a las contrataciones directas, se da para casos específicos, ya sea servicios jurídicos, contables, comerciales entre otros. A su vez, suscriben contratos de servicios de capacitación de trascendencia institucional con autoridades u organismos internacionales especializados

En cuanto a la subasta inversa electrónica, se realiza un proceso de selección, mediante el cual se contratan bienes y servicios comunes, los cuales son señalados en el listado de bienes

y servicios comunes, donde el postor ganador es quien a través de su oferta favorezca los intereses del Estado.

En el Código Penal, se establece que las concesiones pueden ser un medio para defraudar al Estado, pese a no estar previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento que comprende métodos especiales de contratación.

En otro orden de ideas, la defraudación al Estado se da en cualquiera de las etapas de las contrataciones o adquisiciones de bienes, obras y servicios, concesiones, u otras operaciones por razón del cargo de funcionario o servidor público competente para realizar acuerdos o negocios jurídicos de naturaleza contractual a favor del Estado.

Ahora bien, en cuanto a las demás actividades que pueden realizar las autoridades, excepto a licitaciones, concurso público, subastas, deben formalizarse en el proceso de selección y contratación estatal para adquirir bienes, obras o servicios del Estado.

Precisamente, mediante las etapas de contratación pública, se observa el acto de colusión, el acuerdo o la concertación que realiza el agente público con los interesados para defraudar al Estado. De ahí que, se toma en cuenta para la sanción penal, ya que llegado a una etapa más avanzada se perjudica patrimonialmente al Estado.

En primer lugar, la etapa de actos preparatorios consiste en establecer los requerimientos técnicos, económicos, presupuestales, y otros que sean necesarios para la contratación de bienes, obras y servicios públicos. En adición, el legislador ha tenido conveniente que el sector se encuentre dentro de los límites del alcance de la punibilidad, debido a que puede existir que los funcionarios y/o servidores públicos concierten para direccionar los requerimientos legales que existe en las contrataciones públicas, con la finalidad de que el interesado obtenga la buena Pro.

A continuación, en la etapa de selección el comité especial de contrataciones elegirá la mejor propuesta técnica – económica, que se adecuen a los requerimientos establecidos por la administración pública. Dicho comité, lo conforman funcionarios y/o servidores públicos que tengan competencias en las contrataciones públicas. De ese modo, los agentes públicos

al realizar sus funciones de convocación, evaluación y selección de la propuesta en mención aplicarán las medidas que considere necesarias para la protección y satisfacción de los intereses públicos. Una vez que se llega a la etapa de ejecución, el Estado de acuerdo con lo señalado en el contrato, materializará la prestación.

#### **2.2.2.3.2 Tipicidad Subjetiva**

Según Chávez (2018), la doctrina nacional afirma que el dolo es el medio subjetivo para cometer este tipo de delito, no habiendo lugar para la culpa. El actor conoce los elementos objetivos del delito y actúa voluntariamente defraudando la confianza que el Estado le ha depositado, con el propósito de realizar un perjuicio real o posible.

Para la ejecución del delito de colusión, es de vital importancia que exista comunicación entre el agente público y el interesado, esto es se necesita del dolo de ambos, es decir el conocimiento y voluntad, de saber que sus acciones conllevan un reprochable penal. Por consiguiente, si faltara dolo no se configuraría el delito en mención. Justamente, se requiere que el agente público actúe con comisión dolosa, esto es tener el pleno conocimiento y voluntad de concertar para defraudar al estado; en vista de esto, no es posible el dolo eventual, tampoco la culpa.

El delito de colusión desleal requiere de dolo y también el ánimo de defraudar al Estado. En consecuencia, no es correcto hablar de delito imprudente, es decir que el agente público no ha sido precavido en observar los requisitos generales específicos de la norma de la administración pública, pero lo ha hecho de modo no intencional.

Por consiguiente, coincidimos que el delito de colusión desleal es doloso, por lo tanto, para que constituya la tipicidad de la conducta, deberá concurrir los elementos objetivos del tipo, tener conocimiento y voluntad. Justamente, el sujeto activo, será aquel funcionario y /o servidor público que por razón de su cargo realice actos de contratación o adquisición de bienes, obras o servicios, u otra operación de naturaleza contractual, siempre que éste tenga el pleno conocimiento de que los actos de concertación son ilegales.

#### 2.2.2.4 Niveles de intervención delictual

Pariona (2017) señala que el delito de colusión, al ser un delito de infracción de deber, tiene implicaciones para definir diferentes formas de intervención en el delito. Los delitos de infracción de deber exigen para su configuración ser sujeto especial portador de deberes especiales que lo vinculan con el bien jurídico protegido, siendo deberes de base administrativa, entonces estamos frente a una autoría restringida, en el cual el sujeto activo posee cualidad especial. Asimismo, esos deberes pueden ser deberes de distinta naturaleza, por ejemplo, paterno- filiales, de confianza o deberes de función; por lo tanto, el sujeto cualificado no tiene simple deberes generales, pues éstos fundamentan los delitos de dominio u organización.

En ese sentido, el comportamiento típico de infracción del deber del intraneus es la violación de los deberes internos formales, definidos por dos supuestos: pertenecer a una organización pública y una relación funcional específica que le permite directamente realizar una división del trabajo dinámica dentro de una organización (Armas, 2017).

Estos sujetos especiales son portadores de roles o status, los cuales se encuentran normativizados, por lo tanto, se encuentran vinculados por norma previa. Por ello, los delitos de infracción de deber hacen referencia a roles cerrados, a diferencia de los delitos de dominio.

Por lo tanto, es necesario revisar el marco de atribuciones del funcionario para tener una idea cierta y objetiva, si ese deber es parte de las atribuciones del funcionario. Además, de la teoría de infracción de deber planteada por Claus Roxin se precisa que solo es autor el que infringe su atribución especial (Arismendiz, 2016, p.93), por lo tanto, todas aquellas personas que sean extraneus no podrán ser autores mediatos, ni coautores de estos tipos de delitos. Por ello, ningún partícipe puede adquirir la calidad de autor.

Ahora bien, la estructura del tipo le permite al intérprete descifrar si estamos ante un delito de dominio o de infracción del deber. Por su parte Jakobs, considera que la infracción del deber está vinculado a la idea jurídica- positiva de instituciones positivas. Éstas permiten a los funcionarios desenvolverse a conseguir sus fines, estas instituciones están vinculadas con

bienes jurídicos. Además, menciona que el funcionario es parte de la institución positiva, siendo garante de ésta, portador de roles o status. Por eso, cuando un funcionario ataca la institución positiva, quebrando ese mundo de solidaridad con los demás funcionarios, se produce el delito de infracción de deber.

Jakobs plantea que la infracción del deber fundamenta la autoría, la imputación penal y la culpabilidad. Siendo indiferente que el enfoque del intérprete se centralice en verificar si estamos frente a un delito de comisión u omisión. Asimismo, el dominio es intrascendente, punto criticable porque en la realidad el dominio funcional o control también forma parte del injusto penal. A su vez, Jakobs considera al dolo irrelevante, sin embargo, es importante para diferenciar por ejemplo un delito de peculado por apropiación de un delito de peculado por uso que no llega a terminar el uso, porque intervienen al sujeto antes de que éste regrese los bienes a la administración.

Ahora bien, los delitos cometidos por funcionarios públicos, todos estos delitos funcionariales suponen la existencia de dos marcos de deberes; en primer lugar, los deberes administrativos de fomento de la institución positiva, de base primaria; en segundo lugar, los deberes que se encuentran implícitos o explícitos en normas penales, así tenemos el delito de colusión, en el cual se exige ser funcionario o servidor público que colude deslealmente con un tercero, por razón de su cargo. Entonces, se vulnera la norma administrativa y la norma de contenido penal.

Con relación a lo expuesto, los delitos de infracción del deber son cometidos por quienes se encuentran vinculados con la administración pública, dado que tiene deberes especiales, otorgados mediante leyes, reglamentos y resoluciones administrativas, incluso directivas, es por ello por lo que debe velar por su protección, y el respeto de los principios que hacen valer el bien jurídico penalmente relevante.

Ahora bien, como se ha mencionado, los delitos de infracción de deber se diferencian de los delitos de dominio o de organización, en cuanto el sujeto activo especial se encuentra vinculado directamente con el bien jurídico, es por esta razón que merece mayor sanción los delitos cometidos por dichos agentes.

Por otro lado, de la teoría de los delitos de infracción no se acepta la coautoría, en virtud de que los funcionarios que participan en la comisión del delito, infringiendo su deber especial impuesto por razón de su cargo, puesto que cada uno responderá como autor del delito, ya que los deberes son personalísimos (Salinas, 2017). En principio, la coautoría exige una decisión común, un aporte esencial, tomar parte de la fase de ejecución del resultado injusto. Por consiguiente, sólo el funcionario público puede infringir directamente su deber especial.

Por otra parte, como se viene mencionado, la mayoría de los ejemplos que se puede ver de delitos de infracción de deber, son los contenidos en los delitos contra la administración pública, como el Cohecho, la colusión desleal y otros; estos se caracterizan, porque el sujeto activo infringe su deber especial, esto es su rol social impuesto, ocasionando un peligro potencial o lesión al bien jurídico protegido. Cabe decir que, los funcionarios o servidores públicos que ejecuten delitos contra la administración pública violan normativas institucionales y no generales.

En otro orden de ideas, los delitos de infracción de deber, acarrea violaciones a instituciones positivas, el sujeto activo es el portador del deber y el bien jurídico protegido está bajo su resguardo. En el sentido de las ciencias sociales, una institución es entendida como una forma estable y legalmente reconocida de relaciones sociales que se origina, o más bien constituye, las inclinaciones de un individuo (Caro, 2014). Es por esta razón, que los sujetos especiales deben garantizar la protección de los bienes jurídicos que están en su esfera, evitando que otros lesionen dichos bienes; por consiguiente, se considera un contenido positivo.

El delito de colusión desleal tan sólo describe al sujeto activo, como aquel funcionario y/ o servidor público que tiene el deber especial de protección del bien jurídico. Entonces, el particular, al no tener competencia ni vinculación con el bien jurídico responderá como cómplice necesario, pese a que su aporte se puede dar en todas las etapas de realización del delito (Tisnado, 2018, p.62). Existe una contradicción, en cuanto el aporte del cómplice primario es indispensable en la etapa de preparación. Sin embargo, la conducta de los interesados no se subsume en la complicidad, ya que el artículo 25° del Código Penal, establece que la categoría jurídica, se refiere a prestar auxilio a otro para la ejecución de un

delito, es decir, sólo como apoyo, entonces no actúan juntamente con el sujeto activo, desde el inicio hasta la producción del resultado.

Ahora bien, las formas de intervención que se presenta en el delito de colusión son la autoría y la participación, en este último ya sea en la condición de cómplices o instigadores, esto se da también en funcionario y/ o servidores públicos que se involucren en el delito, aunque no sea por razón del cargo. Es necesario resaltar que, este delito es de cooperación necesaria, dado que se presenta la voluntad tanto del obligado especial y extraneus.

En este orden de ideas, la calidad de sujeto público y su deber por razón de su cargo, será determinante para que sea castigado como autor del delito, sin importar que tenga el dominio del hecho, como sucede en los delitos comunes. Ahora bien, existe autoría mediata en el delito de colusión, cuando el funcionario o servidor público a través de un tercero, concierta con los interesados para defraudar al Estado, en ese sentido, el intermediario responde en calidad de cómplice, porque no posee los deberes especiales normativos e institucionales por razón de su cargo.

Finalmente, autor será quien incumpla el deber positivo, es decir quebrantar los deberes de administración, lealtad y de contribución con la administración pública; previo a ello resistencia de acuerdo colusorio y las estrategias con las que se va a defraudar al Estado (Reaño, 2016). Conjuntamente, algunos precisan que la coautoría entra a tallar en el delito de colusión, precisamente porque para la congregación de las contrataciones públicas se lleva a cabo por un órgano de decisión unido, por consiguiente, se requiere el consentimiento de los funcionarios que tienen competencia.

#### **2.2.2.5 Tentativa y consumación**

Pariona (2017), desde sus inicios, la tipificación del delito de cooperación ha sido objeto de interpretaciones dogmáticas y jurisprudenciales, las cuales han mostrado distintas formas de definir el delito, especialmente en su etapa consumativa. Con la Ejecutoria Suprema, de fecha 03 de febrero de 2006 se señaló que el delito de colusión es de naturaleza de peligro y de mera actividad. A su vez, con la Ejecutoria Suprema del 25 de abril de 2006 establece que la defraudación patrimonial es un delito de resultado.

Asimismo, con la entrada en vigor de la Ley N° 29758, en el año 2011, se tipificó dos modalidades del delito: la colusión simple y agravada. El propósito de este cambio fue dejar atrás mucha confusión e inexactitudes en la aplicación del tipo penal. Para lograrlo, el primer párrafo establecía el delito de peligro. El segundo párrafo es un delito de lesión y resultado, por el perjuicio patrimonial.

Con relación a la colusión agravada, la consumación ocurre cuando el Estado sufre un daño en su patrimonio. Por lo tanto, si un acuerdo ilegal, además de crear una amenaza específica al patrimonio del Estado, configura una situación en la que no se realiza un resultado dañino por razones ajenas a la voluntad del culpable, entonces es adecuado castigar un delito grave en grado de tentativa. (Pariona, 2017). Sin embargo, Salinas (2016) sostiene que no cabe la tentativa en la supuesta modalidad agravada, porque la acción intentada se subsumiría en el delito de colusión simple (Pariona, 2017).

#### **2.2.2.6 Extensión de la punibilidad a peritos, árbitros, contadores, tutores, curadores y albaceas.**

El artículo 386° del Código Penal, hace referencia la extensión de la pena a los peritos, árbitros, contadores, tutores y albaceas, por ser sujetos especiales que intervienen en acuerdos o contratos que atenten o afecten el interés público, mediante el procedimiento de contratación pública. Por ejemplo, que el contador colude con los sujetos públicos o interesados, para evitar la justicia.

### **III. MATERIALES Y MÉTODOS**

Se utilizó el Método Analítico deductivo, porque se dedujo de lo general a lo particular, desarrollándose el tema de tentativa y delito de colusión desleal, a fin de realizar el aporte jurídico de la presente tesis.

El enfoque de investigación es cualitativo de tipo documental, teniendo fuentes bibliográficas, las bases y elementos teóricos como fundamento, que se hallan de fuentes primarias, esto es libros, tesis, y fuentes secundarias. Asimismo, se utilizaron fichas bibliográficas, de resumen y de comentarios que sirvieron de base para argumentar la problemática de estudio, realizando una tesis en base de fuentes doctrinaria.

## IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Teniendo como base los objetivos, y verificando con doctrina se tiene los siguientes resultados:

### 4.1 Sobre la tentativa en el derecho penal

La doctrina y jurisprudencia nos enseña diversos tipos de tentativa:

***Tentativa inacabada***, se da cuando el agente comienza a realizar una actividad ilícita, pero por alguna razón no llega a realizar por completo el acto. Es así como, existe la intención e inicio de la ejecución de la conducta.

A modo de ejemplo, un sujeto intenta robar un teléfono móvil, pero es detenida por la policía. En este supuesto, la conducta ilícita fue obstaculizada por intervención de la policía, presentándose una tentativa inacabada.

***Tentativa acaba***, el agente entiende haber cometido todos los actos delictivos para la configuración del h, pero por alguna razón no los completó. Esto significa que el autor ha cometido los actos delictivos, pero el acto aún no se ha consumado. Por ejemplo, si un sujeto dispara con un arma de fuego, con el objetivo de matar a su víctima, pero ésta sobrevive, estamos frente a una tentativa acabada. En este caso, el agente creyó que había completado el hecho ilícito.

Al respecto, la Cas. N°539 (2017), refiere que la producción del resultado, no se da por motivos de desistimiento voluntario, recogido en el artículo 18° del C.P., o por circunstancias ajenas al agente, previsto en el art. 16° del C.P. Además, se indicó que existe desistimiento pasivo, presente en la tentativa inacabada, en caso de que el agente desista del realizar actos que conlleven a la producción del resultado; además, desistimiento activo, se da cuando la acción puede producir el resultado esperado, pero se evita real y efectivamente, a través la

acción activa del propio agente. El aspecto subjetivo, se expresa con la voluntad libre del sujeto de apartarse del comportamiento criminal.

## **4.2 Fórmula de tipificación en el Código Penal**

### **4.2.1 ¿Qué es el tipo penal?**

Según Avellán & Bolívar (2020) citando a Bacigalupo (1999) el tipo penal es la descripción del comportamiento prohibido según norma. Asimismo, Donna (1995) señala que las conductas contenidas en el tipo penal son las únicas que pueden ser sancionadas penalmente. Posteriormente, Vega (2015) manifestó que el tipo penal es una oración gramatical que tiene como elementos principales los sujetos, objeto jurídico, circunstancias. De ahí que, el juez penal no puede admitir un delito no previsto de conformidad con la ley, y sin tener en cuenta las agravantes, sino también los jueces penales ni siquiera pueden castigar o agravar un comportamiento no implícito en la norma, a esto se le conoce como garantía de tipicidad (Bacigalupo, 2019).

Por otra parte, Peña & Almanza (2010) menciona que el tipo es una figura creada por el legislador para juzgar determinada conducta delictiva. En otras palabras, se puede decir que es una descripción abstracta del comportamiento prohibido. Es una herramienta legal, lógicamente necesaria y sobre todo descriptiva, cuya función es la individualización de las conductas que son relevantes en el Derecho Penal.

Se considera tipo legal, al conjunto de todos los presupuestos necesarios para la aplicación de la pena. Mir Puig señala que la estructura del tipo se divide en tres elementos: conducta típica, sujetos y objeto.

Por otro lado, Peña & Almanza (2010) señala las funciones del tipo penal, estos son: i) función seleccionadora que consiste en identificar la conducta de relevancia penal; ii) función de garantía, mediante la cual se garantiza sancionar los comportamientos subsumidos en la norma penal; y por último iii) función motivadora general, a través de ésta el ciudadano identificará que conductas son prohibidas, ya que se encuentran descritas en el

tipo penal. Según Valarezo (2019) menciona que la mayoría de los autores coinciden en que el tipo penal es la conducta descrita en la norma penal.

#### 4.2.2 Estructura del tipo penal

En Colombia, Vega (2015) refiere que el delito, se encuentra gramaticalmente dividido, y en este sentido estudiamos cada uno de sus elementos, independientemente de la relación de categorías dogmáticas. Asimismo, citando a Barboza (2002) señala que el tipo penal debe describir la conducta ilícita de la forma más clara e inequívoca posible, debe entenderse que utiliza una fórmula gramatical que incluye uno o más verbos que definan la conducta, así como sujetos que ejecuten el ilícito, y algo sobre lo que recaiga la misma (oración completa con sujeto, verbo y predicado).

En esa línea, los elementos estructurales del tipo penal (oración gramatical) hacen referencia a exigencias objetivas y subjetivas para que la conducta sea llamada típica. Es así como, el tipo objetivo necesita tener un *sujeto activo* (una persona que realiza la conducta activa u omisiva). Sin embargo, desde el punto de vista cuantitativo, se divide en delitos monosubjetivo y plurisubjetivo.

Con relación al tipo penal monosubjetivo, éste consiste en que basta la presencia de un solo sujeto activo para que se configure el tipo. En cambio, el plurisubjetivo se refiere a la pluralidad de sujetos activos.

Vega (2015) indica que existe dos clases de sujeto activo: determinado (aquel que requiere una característica) e indeterminado (aquel que realiza el tipo, sin la necesidad de tener cierta característica, lo que configuraría en el primer supuesto el tipo penal especial, y en el segundo, el tipo penal común).

Al respecto, los tipos especiales, se dividen en impropios (relación con el tipo penal común, en cuanto a su estructura), y propios (no poseen semejanza estructural con un delito común). La distinción entre tipos penales especiales resulta relevante en la cuestión de identificar al extraneus y su relación con los tipos especiales.

Por otro lado, el tipo objetivo también requiere de *sujeto pasivo*, quien es el titular del bien jurídico protegido.

Ahora bien, también forma parte de la estructura del tipo penal, *el objeto*, el cual se divide en objeto jurídico y material; el primero resulta ser el bien jurídico, por lo tanto, debemos acudir al título que pertenece el tipo penal, de ahí que se identifique si se tutela un solo bien jurídico (monofensivo) o varios (pluriofensivo); y para la configuración del delito, debemos determinar si se ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico. En cuanto al objeto material, es la sustancia física, sobre la cual recae el comportamiento, según Vega (2015), al ser el delito una oración gramatical, su objeto material será las palabras sobre la que se realiza el acto. Además, el objeto puede recaer en una cosa, persona o fenómeno jurídico diferente.

Por otra parte, el tercer elemento estructural es *la conducta*, para Vega (2015), ésta se divide en tres sub-elementos, tales como los verbos, las circunstancias y las estructuras típicas. Con relación al verbo, se habla de verbo rector elemental o compuesto, éste último disyuntivo o copulativo. Asimismo, dentro de la conducta se hace referencia a las circunstancias, las cuales no necesariamente tienen que estar presentes en un tipo penal. Las circunstancias manifestadas en el tipo, las cuales pueden ser de tiempo, modo y lugar; y otras que no están dentro del tipo penal como las circunstancias específicas y/o genéricas de agravación o atenuación que se originen en el injusto.

Para Vega (2015), señala que las circunstancias específicas se encuentran fuera del tipo penal, pero hacen alusión al tipo o grupo de delitos; y además sólo afecta a un grupo determinado de tipos penales. Asimismo, respecto a las circunstancias genéricas, refiere que pueden impactar a cualquier tipo penal; y para que estas sean consideradas elementos del tipo, deben referirse al injusto penal.

Por otro lado, según Vega (2015) la conducta también hace referencia a estructuras típicas del tipo, señalando que los tipos pueden tener distinta estructura penal, presentándose en algunos la acción, omisión, el resultado, dolo, culpa y la preterintención. Asimismo, Vega (2015) manifiesta que la estructura típica de la acción implica un hacer, mientras que la omisión requiere de un mandato que prohíbe determinado comportamiento.

Con relación a la estructura típica del resultado, alude a un resultado fáctico, el cual modifica el mundo externo, situación que no se da en los delitos de mera actividad.

Ramírez (2017) señala que los elementos esenciales del tipo penal son los sujetos, el verbo rector, bien jurídico, y elementos normativos y valorativos. Al respecto, el sujeto activo es quien efectúa el tipo, y se identifica con códigos “el que”, “los que”, “la persona que”, etc.; en cambio el sujeto pasivo es aquel titular del interés afectado por el sujeto activo.

Asimismo, con relación a la acción al verbo rector, consiste en dar sentido a la oración del tipo penal, de esa manera mide objetivamente el comportamiento prohibido. El verbo rector nos permite identificar la clase de delito, si estamos frente a un delito de mera actividad o de resultado; el primero se perfecciona con la efectuación de la acción descrita en el tipo; y el último requiere un resultado material. Además, depende de la cantidad de verbos para que el delito sea considerado simple o compuesto.

Asimismo, los tipos penales pueden requerir elementos accidentales que forman una parte del todo y contribuyan a la formulación del tipo. Estos elementos se denominan valorativos y normativos. Los primeros, llamados también descriptivos, que es una forma característica de explicar la situación descrita en el tipo. A modo de ejemplo, en el tipo penal del acoso sexual, el término “acto de naturaleza sexual”, requiere que el juez interprete subjetivamente qué conducta se puede marcar como esta condición para determinar si se ha cumplido con este elemento valorativo; y respecto, a el elemento normativo, éste es la descripción de un acto, es decir, una acción u omisión que está prohibida por la ley. Esta descripción debe ser lo suficientemente clara para que cualquier persona pueda comprender si ha cometido un delito o no.

CIJUL (2014) citando a Sánchez y Rojas señalan que los elementos descriptivos son creaciones del lenguaje contenidas en una definición típica, cuyo significado ("daño", "lesiones", "muerte", etc.) puede ser entendido por cualquier persona y percibido por los sentidos. Por otro lado, los elementos normativos que siempre implican valoración y por lo tanto tienen un cierto grado de subjetividad ("documentos", "honor", "buenas prácticas", etc.); o son referencias directas a otras órdenes de evaluación a realizar o formular el juez.

No es un juicio personal, sino que se rige por normas jurídicas, sociales y de conductas ético-jurídico socialmente reconocidas y conocidas por su carácter manifiesto y notorio.

### 4.2.3 Los tipos penales

El delito es un acto social que viola el orden jurídico, es castigado según su gravedad.

Meini (2014) clasifica los tipos penales de la siguiente manera:

- *Con respecto a las categorías objetivas del delito:*
  - a) **Tipo penal de mera actividad:** el tipo de mera actividad son aquellas que describen únicamente conductas prohibidas y no prevén una relación de causalidad en el espacio y el tiempo, en cambio en los delitos de resultado la causación de un resultado puede ser separables espacial y temporalmente.
  - b) **Los delitos de resultados:** incluyen, además del delito, efectos en su estructura que se separan temporal y espacialmente del acto anterior. El resultado material, es la consecuencia de un delito, que, por su carácter temporal, sólo incide en la necesidad de la sanción criminal.
  - c) **Tipo activo:** El tipo activo se realiza a través de acciones.
  - d) **Tipos omisivos:** Los tipos omisivos requerirán acciones específicas, y su implementación resultará una conducta omisiva. En la categoría de omisión, hay una distinción entre omisión propia, y omisión impropia. La omisión propia es un delito de mera actividad omisiva; por ejemplo, la omisión de no brindar apoyo o no denunciar. La omisión impropia o comisión por omisión es el resultado de la inacción. La muerte de un paciente, porque el médico no suministró la medicación requerida o suficiente.
  - e) **Tipos de medios determinados:** Algunos tipos de delitos ofrecen múltiples formas de hacerlo.
  - f) **Tipos de resultados:** En estos casos, la premisa de hecho del delito describe el resultado de la consecuencia, como es el caso del delito de homicidio.

- g) **Los Tipos de acción**, son aquellos que se realizan con un solo acto. Por ejemplo, el delito de injuria.
- h) **Tipos de pluralidad de actos, y de actos alternativos**, requiere más acción y varían dependiendo de si las acciones que constituyen la conducta típica ocurren de manera simultánea, gradual o alterna.

- *Respecto las categorías subjetivas:*

Meini (2014) indica que en el Art.11° del C.P. precisa que las únicas características subjetivas de un delito son el dolo y la imprudencia.

Asimismo, existen tipos dolosos con elementos subjetivos trascendentales, que exige que la conducta del agente tenga un objetivo en específico, sin embargo, este objetivo va más allá de la conducta típica y para el logro de este objetivo no se requiere consumir el tipo penal. Estos tipos penales se consuman con el primer acto, como en la tenencia de drogas para su tráfico ilícito.

Por otro lado, los tipos dolosos de tendencia intensificada se caracterizan por el hecho de que la acción debe realizarse con un propósito específico, como el asesinato por placer.

➤ *Con respecto a los sujetos, los tipos penales se clasifican en:*

- a) **Delitos comunes:** Por lo general, estos delitos lo cometen sujetos comunes. El supuesto de hecho empieza frecuentemente con “el que...” Por ejemplo, en el delito de estafa.
- b) **Delitos especiales:** Requieren una característica o cualidad especial que el sujeto debe poseer para responder como autor. Por ejemplo, delitos de infracción de deber. En algunas categorías, la intervención delictiva depende de si se opta por la tesis de la unidad de título de imputación, cuyas personas no calificadas sólo pueden ser sancionados como cómplices o instigadores por participar en un delito cometido por autor cualificado; o si se acepta la tesis de la ruptura del título de imputación, en virtud de que la cualidad que otorga el tipo de delito es obligatoria para todos los involucrados, ya sea el autor o el contribuyente.

- c) **Los tipos especiales se dividen en tipos especiales propios e impropios.** Esta calificación depende la cualidad del autor que es el fundamento de la pena (propio) o agravante de un delito común (impropio).
- d) **Tipos de mano propia:** Se definen como acciones que el autor debe realizar personal y directamente.
- e) **Tipos de encuentro y tipos de participación necesaria:** El tipo de encuentro requiere que el sujeto pasivo intervenga facilitando al delincuente a cometer el delito a voluntad; por ejemplo, la bigamia requiere que la víctima se case con una persona casada. En cambio, la participación necesaria requiere la intervención de partícipes que cooperen con el infractor en la comisión del delito y que deban ser sancionados.

➤ ***Con relación al bien jurídico:***

- a) **Tipos básicos, tipos agravados y tipos atenuados:** El sistema de clasificación y agrupación de los delitos relacionados con el derecho tutelado, incluye la identificación de un tipo básico y se construye sobre la base de categorías con agravantes y atenuantes. Por ejemplo, el delito principal de secuestro es la privación de la libertad personal de otra persona sin una ley, un motivo o una fuerza razonables; y una forma agravada del delito en mención es el secuestro de una mujer en gestación.

El comportamiento anterior incluye elementos básicos como sujeto activo, sujeto pasivo y comportamiento típico.

- b) **Tipos complejos o pluriofensivos:** Cuando el infractor protege más de un bien jurídico. Por ejemplo, en el robo, este delito requiere daño al patrimonio y lesión o puesta en peligro de la vida o integridad.

➤ ***En relación con el grado de afectación del bien jurídico:***

- a) **Tipos de lesión:** Caracterizados por actos típicos relacionados a lesionar el bien jurídico.

- b) **Tipos de peligro concreto y abstracto:** Los primeros, se requiere una puesta en peligro de forma real para el bien jurídico, constatable y que tiene que ser comprobada a lo largo del proceso. Se corresponde a los llamados tipos de resultado (Meini, 2014, p.88). En cambio, los tipos de peligro abstracto, describe una actividad cuya realización se presume que crea un peligro al bien jurídico.

➤ *En relación con la forma y el momento:*

Distingue entre delitos de consumación instantánea, tipos permanentes y tipos de estado. Los primeros consisten en que la realización del tipo se consume de modo instantáneo. El segundo, hace referencia a que el estado antijurídico de peligro perdura en el tiempo, por ejemplo, el secuestro. Es una fusión de tipos de consumación instantáneo y permanentes, es decir se consume de forma inmediata, pero sus efectos se prolongan, aunque no contradiga el Código Penal, es el caso del artículo 316° del C.P., donde se precisa que incurre en delito el funcionario que de manera irregular otorgue licencia de funcionamiento para cualquier actividad.

#### **4.2.4 Colusión agravada como delito de resultado**

El primer párrafo de delito de colusión desleal hace referencia a la palabra “concertación ...en busca de defraudar al Estado [...]”. Mientras que el segundo párrafo describe que “el funcionario y/o servidor público... que defraude patrimonialmente al Estado [...]”, su actuar será castigado con una pena mayor, en comparación con el hecho de concertar o coludir para defraudar al Estado.

A simple vista, el segundo párrafo del delito de colusión desleal sería la modalidad agravada del delito de Colusión Simple. Sin embargo, para su configuración se necesita de una concertación previa, con el fin de defraudar el patrimonio del Estado, por lo que estamos ante un delito de resultado. Es decir, el segundo párrafo, del delito en mención precisa que se lesione efectivamente el patrimonio estatal, por lo que se necesita se acredite el perjuicio económico para el Estado, el cual deberá ser real y efectivo, tal como se estipuló en la Cas. N°661-2016-PIURA, la Sala Penal permanente de fecha 11-07-2017.

Asimismo, en la Casación N°542-2017, se especificó que el segundo párrafo del delito de colusión, para su configuración requiere la defraudación económicamente al Estado, al privarlo de la oportunidad de obtener el mejor resultado posible en su beneficio al celebrar un contrato y adquirir bienes, obras o servicios, transferir derechos u otras actividades.

Sin embargo, si analizamos la típica simetría que debe existir entre un delito simple y delito agravado, llegamos a la conclusión que el primer párrafo es un delito Simple; y el segundo es un delito de resultado, por lo que cabe la tentativa en éste último.

## **4.2.5 Visión del delito de colusión en el Derecho Comparado**

### **4.2.5.1 Colombia**

Rojas (2017), señala que con la ley N°1474, Ley Anticorrupción del año 2011 se dispuso en el artículo 27° que la colusión es un delito en la contratación pública. Es un avance para combatir conductas que van en contra de la libre competencia dentro del marco de los procesos contractuales, y que generan corrupción en el país. Asimismo, en el artículo 410°-A del Código Penal -Acuerdos restrictivos de competencia- se señala:

*“El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.*

*PARÁGRAFO. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.”*

La tipificación del delito de colusión, su objeto indica directamente las contrataciones públicas ilícitas. Esto, es debido a alterar el procedimiento contractual, en beneficio sus propios intereses. Ibarra (2021) citando a Jiménez (2019) señala que son acuerdos colusorios aquellos realizados por agentes económicos, las empresas conspiran entre sí para aumentar el precio o disminuir la calidad de los bienes y servicios adquiridos por organismos públicos y privados mediante licitación, en lugar de que las empresas compitan entre sí para ganar una licitación.

En comparación a la legislación del Perú, la colusión presupone el incumplimiento de un deber determinado, otorgado por la capacidad de gestionar contratos de carácter público, de acuerdo con las necesidades administrativas del país. Asimismo, en el presente delito se observa dos tipos diferentes de delitos. La llamada colusión simple es uno de mera actividad, lograr este objetivo requiere que el funcionario público, consciente de su competencia en la intervención de cualquier etapa del proceso de contratación pública, celebra contratos con terceros interesados para defraudar al Estado. En cambio, la denominada colusión agravada es un delito de resultado, la defraudación patrimonial debe existir, aunque no específicamente en beneficio del funcionario, asimismo, deberá ser resultado del pacto de colusión, exigiendo un reconocimiento basado en la actuación activa de los intervinientes.

#### **4.2.5.2 Otros países**

Rojas (2017) citando a García & Castillo (2008), señala que, el delito de colusión puede ser equiparable, en la legislación de España (artº436 CP.) como “Fraudes y exacciones legales”. Por otro lado, en el caso argentino, en su art. 265º del Código Penal de Argentina, se le nombra “Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”.

El artículo 436º del C.P. de España, precisa que:

*“la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o*

*cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años” (Código penal, 2023, pg.157).*

Con relación al artículo en mención, los bienes jurídicos protegidos, son la administración pública en términos de organización interna, su buen funcionamiento y sus relaciones con los ciudadanos, del mismo modo, el Tribunal Supremo como merecimiento de protección a la dignidad de la función pública, su reputación, lealtad que se le imponen. Estos bienes jurídicos también son protegidos por el delito de colusión en el ordenamiento peruano.

Asimismo, en la legislación española antes señalada, el delito consiste en realizar cambios fraudulentos para que la administración pague más de lo que debe, no siendo necesario el beneficio para el autor, ni al tercero, ni daño a la víctima, siendo exigible el dolo. Al igual, que, en el CP del Perú, se trata de un delito especial propio, cometido por funcionario y/o servidor público.

Así mismo, se precisa que la legislación española es la base o referencia para otras legislaciones de Latinoamérica, en virtud del delito de colusión.

Por otra parte, el artículo 265° de argentina precisa que será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga debido a su cargo. Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

Al respecto, el ordenamiento sanciona la intervención del funcionario por razón de su cargo en contrataciones públicas que vulnera los intereses del Estado. Se trata de un delito especial

propio, es decir cometido por sujeto cualificado, denominado intranei. Por otro lado, en cuanto al extraneus será considerado como partícipe necesario, como es en el caso peruano.

### **4.3 Propuesta de separación de los injustos penales**

Según Urquiza (2016) el funcionario o servidor público en la colusión desleal atenta contra un deber especial que le es atribuido por el Estado, en perjuicio de los intereses estatales, con los que busca obtener mediante la contratación o adquisición de bienes o servicios para el Estado. El intraneus comete el delito cuando interfiere maliciosamente en el proceso de selección o ejecución de los contratos para certificación pública. De igual forma, Salazar (2016) afirma que el tipo delictivo del delito de colusión busca proteger la legitimidad de las instituciones que son el fundamento de la paz social que busca el Estado, sino del sistema social. Por ello, mencionó que el delito de colusión es un deber de infracción especial positivo, al señalar que hay dos tipos de delito de infracción de deber: i) deberes generales negativos, que son los comunes; ii) positivos, ello se basa en la infracción de deber especiales positivos dispuestos por el Estado que otorga roles al funcionario o servidor público.

Además, Prado (2017) señala que estos delitos requieren de un ejecutor especial, de igual forma manifiesta que los extraneus son castigados como partícipes, o como instigadores. Por otro lado, manifiesta que el contenido del artículo 384° del C.P., comprende delitos autónomos y operativamente distintos.

Ahora bien, en la redacción del delito de colusión desleal, se deduce que son dos delitos autónomos, el primer párrafo es un delito de mera actividad; y el segundo párrafo, de resultado que se consuma con el perjuicio económico al Estado, cuyo delito si admite tentativa. Rojas (2017) señala que es necesario la defraudación patrimonial efectiva y probada, en perjuicio de los intereses del Estado y de las instituciones en las que se apoya.

Según Rojas (2017), en el Expediente N°3137-2000-Lima, de 24 de enero de 2001, en la cual la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que de prueba practicada se desprende la responsabilidad de los imputados, quienes se habían beneficiado en el ejercicio de su cargo de funcionario público, para cancelar la retribución a la empresa

prevista en el contrato, sin realizar ningún trabajo, aunque no se logró cobrar el título valor, cuyo plazo venció, la fase del iter criminis fue ejecutada, quedando en grado de tentativa.

Sin embargo, el segundo párrafo del art. 384 del C.P., no es una circunstancia agravante, ya que tenemos dos delitos diferentes; además, en el supuesto de considerar esto cierto, no cabe la tentativa de ocasionar daño patrimonial al Estado, porque si esto no se logra, califica como un delito de colusión simple. Al respecto, García (2019) señaló que no puede haber una forma agravante porque constituiría colusión simple, puesto que el bien jurídico protegido es el patrimonio del Estado. De igual manera, expresó que para otros autores la Colusión simple vulnera los deberes de lealtad, sin afectar el patrimonio.

De igual forma, García (2019) manifestó que la tentativa es posible en el segundo párrafo del artículo en cuestión, porque la colusión simple tiene una configuración típica independiente. La colusión simple se castiga de forma independiente.

Por otro lado, las agravantes de los delitos no poseen estructura de delito. Según Arismendiz (2018) el segundo párrafo del artículo tiene su estructura típica, situación que no se da en las categorías agravantes de otros delitos, especificados en el C.P. Por esa razón, expresamos que no es apropiado hablar de tentativa en el delito de colusión desleal, cuando aún no se han separado los injustos establecidos en el artículo 384° del C.P.

En la Casación N° 542-2017-Lambayeque, la Corte menciona en su considerando Décimo, que la Clasificación de colusión simple y agravada es incorrecta, y pese a ello se acepta sin reparos. Asimismo, el artículo 384° del C.P., establece dos delitos distintos, cada uno con elementos normativos y dogmáticos.

Es así como, el primer párrafo, se refiere a la concertación para defraudar al estado, lo cual podría operar como conspiración criminal, porque se configura con el acuerdo de voluntades durante las etapas de convocatoria, presentación de documentos, propuestas técnicas, etc. En cambio, el segundo párrafo del artículo 384° del C.P, mantiene una estructura de delito, incluyendo el término “defraudare patrimonialmente al Estado”. Por lo tanto, no se da, pues, la simetría típica que debe existir entre un tipo penal simple y uno de tipo penal derivado

agravado de aquel, pues en los dos párrafos regula distintas conductas, no como en el caso de Homicidio simple y calificado, en donde la conducta típica y antijurídica consiste en matar.

Salinas (2016) refiere que la colusión simple es un delito de mera actividad, ello implica que el acto que se realice llega a consumar el delito de modo inmediato, de ese modo es imposible la tentativa en este tipo de injustos. No es apropiado decir que la forma agravada, tipificada en el segundo párrafo, resulta aplicable la tentativa, aunque el legislador al parecer quiso describir un delito de resultado, sin embargo, antes de defraudar patrimonialmente al Estado, no habría delito tentado, por lo mismo que preexiste la forma simple.

Finalmente, proponemos que se separen los injustos penales, de la siguiente forma:

#### **Artículo 384 A-**

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

#### **Artículo 384 B-**

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

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

## V. CONCLUSIONES

- La tentativa es un grado de desarrollo del delito, a través del cual se comienza la ejecución del acto ilícito, pero no se logra consumar el delito, por voluntad del sujeto activo o causa ajena a éste. Tenemos los siguientes tipos de tentativa: a) la tentativa acabada, se da cuando el agente realiza todas las acciones sin lograr el resultado deseado; b) la tentativa inacabada, cuando el autor ejecuta alguna acción, sin obtener el resultado esperado; y c) tentativa inidónea, cuando están presentes todas las características del delito, sin embargo, no se ha logrado el resultado por causas ajenas al agente.
  
- El delito de colusión, contenido en el artículo 384 del C.P., contiene dos delitos autónomos, cuyo primer párrafo es un delito de mera actividad por el verbo concertar, pues es suficiente la ejecución de la acción para que el injusto se consuma, siendo así, no admite la tentativa. Mientras que el segundo párrafo, es un delito de resultado, que requiere la vulneración al patrimonio del Estado.
  
- A comparación del C.P. peruano, la colusión en el C.P de Colombia, se refiere a acuerdos sobre restricción de competencia, un comportamiento típico sancionado por que minan la libre competencia, alterando procedimientos de licitación pública. Se podría decir que la colusión y la libre competencia son dos cuestiones estrechamente relacionadas, tales conceptos son de interés público, debido a su impacto en las contrataciones públicas, ya que no sólo genera desequilibrios económicos y políticos para el Estado colombiano, sino también consecuencias sociales graves provocados por la colusión.
  
- Actualmente existe un problema dogmático respecto al delito de colusión desleal, en específico el párrafo segundo del artículo 384° del C.P., al ser considerado agravante del delito de colusión simple, no es posible la tentativa, ya que, al no lograr defraudar patrimonialmente al Estado, se subsumiría en el delito de colusión simple, delito de mera actividad, a nuestro parecer una idea acertada.

Por otra parte, el segundo párrafo del delito en mención tiene su propia estructura de delito, y es preciso indicar que estamos frente a un delito de resultado, lo cual es posible hablar de tentativa. En ese sentido, proponemos separar los injustos penales del artículo 384° del Código Penal, puesto que sólo así podríamos decir que es admisible la tentativa en el segundo párrafo del delito de colusión desleal.

## VI. RECOMENDACIONES

Se recomienda presentar proyecto de ley respecto a la separación de los injustos penales del delito de colusión desleal, previstos en el artículo 384° del Código Penal, por ser el primer párrafo, un delito de mera actividad, y el segundo párrafo, un delito de resultado.

Asimismo, se debe tomar en cuenta que las modalidades agravadas no poseen la estructura propia de los delitos. Además, es confuso decir que el segundo párrafo del delito de colusión desleal admite tentativa, y decir a la vez que es una agravante del Delito de colusión simple, ya que, al ser considerado de esa forma, al no llegar defraudar patrimonialmente al Estado, los actos realizados se subsumirían en el delito de colusión Simple.

Por lo que, los delitos de estudio deberán ser separados de la siguiente forma: en el artículo 384°-A, el Delito de colusión simple, y en el artículo 384°- B, el delito de defraudación patrimonial.

## REFERENCIAS

- Alan, D. (2017). *Los delitos de corrupción de funcionarios como potenciales delitos de lesa humanidad* (p.148). Instituto pacífico.
- Alastuey, C. (2011) Tentativa inacabada, acabada y desistimiento. *Revista de Derecho Penal y Crimininal*, Núm (5), 117.
- Alva, E. (2017). Criterios de idoneidad como requisito previo para la configuración de la tentativa en el Código Orgánico Integral Pena. Proyecto de investigación. [proyecto de investigación previo a la obtención de título de abogada, Universidad Central de Ecuador]. Repositorio digital. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/8337/1/T-UCE-0013-Ab-009.pdf>
- Alcácer, R. (2013). *La tentativa inidónea fundamento de punición y configuración del injusto* (p.17). Marcial Pons.
- Almanza, F. & Pena, O. (2010). Teoría del delito. Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L.
- Apumayta, L. (2020). La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica. [Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho en mención en Derecho Penal y Derecho Procesal penal, Universidad Continental]. Repositorio Universidad Continental. [IV\\_PG\\_MDDP\\_TE\\_Valencia\\_Apumayta\\_2020.pdf \(continental.edu.pe\)](http://www.continental.edu.pe/IV_PG_MDDP_TE_Valencia_Apumayta_2020.pdf)
- Arismendiz, E. (2016). *La intervención del extranei en los delitos especiales e infracción de deber: A propósito de la casación N°782-2015- Del Santa* (p.93).
- Arismendiz, E. (2018). Manual de delitos contra la administración pública: cuestiones sustanciales y procesales. Instituto Pacífico.
- Armas, R. (2017). El ocaso de los delitos de infracción de deber. *Pasión por el derecho*. <https://lpderecho.pe/el-ocaso-de-los-delitos-de-infraccion-de-deber-sobre-la-imposibilidad-de-aplicacion-del-llamado-dominio-sobre-el-fundamento-del-resultado-como-sustento-material-de-la-autoria-en-el-peculado/#:~:text=infracci%C3%B3n%20de%20deber%3F-Sobre%20la%20imposibilidad%20de%20aplicaci%C3%B3n%20del%20llamado%20dominio%20sobre%20el,la%20autor%3%ADa%20en%20el%20peculado>

- Avellán, J. & Campoverde, P. (2020). El juicio de tipicidad: primer paso en la investigación criminal. [Informe final de análisis de casos previos a la obtención del título de abogado de los juzgados y tribunales de la República]. Repositorio Sangregorio. [0007-ANALISIS DE CASO-PATRICIO BOLIVAR CAMPOVERDE CHAVEZ Y JEAMPIER ALEJANDRO AVELLAN SOLORZANO..pdf \(sangregorio.edu.ec\)](https://repositorio.sangregorio.edu.ec/0007-ANALISIS%20DE%20CASO-PATRICIO%20BOLIVAR%20CAMPOVERDE%20CHAVEZ%20Y%20JEAMPIER%20ALEJANDRO%20AVELLAN%20SOLORZANO.pdf)
- Bacigalupo, S. & Bajo, M et al. (2019). Manual de introducción al derecho penal. Agencia Estatal Boletín oficial del Estado.
- Ballesteros, K. El desistimiento y la tentativa y su enfoque en los delitos de violación y abuso sexual a la luz de la doctrina y la jurisprudencia. [Tesis para optar el grado de licenciado de Derecho] Universidad de Costa Rica.
- Bustos, M. (2017). El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: naturaleza y fundamento. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p.6.
- Cancio, M. (2010). Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa. Palestra Editores.
- Caro, J. (2014). *Manual teórico- práctico de teoría del delito: Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública* (p.190). Ara Editores E.I.R.L.
- Castillo, D. (6 de junio del 2017). Los delitos de corrupción de funcionarios como potenciales delitos de lesa humanidad. *Revista Ius Puniendi*, Núm. (1), 270.
- Cas. N°661-2016- Piura. [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Cas-661-2016-Piura-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Cas-661-2016-Piura-Legis.pe_.pdf)
- Cas. N°542-2017-Lambayeque. <https://lpderecho.pe/realmente-articulo-384-codigo-penal-regula-colusion-simple-colusion-agravada-casacion-542-2017-lambayeque/>
- Castro, J. (2017). Las Etapas del Iter Criminis, y su aplicación práctica en los tipos de injusto de homicidio y asesinato. *Revista de Derecho*, Núm (12), 114.
- Defensoría del Pueblo (2022). Mapas de la corrupción: quinta edición. Defensoría del Pueblo. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/02/MAPAS-DE-LA-CORRUPCI%C3%93N-QUINTA-EDICI%C3%93N.pdf>
- Chávez, Y. (2018). La Imputación y prueba en el delito de colusión con respecto a la impunidad en las entidades públicas del Perú. [Tesis para optar el título de abogado, Universidad UNASAM]. Repositorio de UNASAM.

[https://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2341/T033\\_46478553\\_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2341/T033_46478553_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

- Figuerola, A. & Lozano, F. (2017). El Iter criminis en el derecho penal chileno. [Memoria presentada a la facultad de derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales]. Repositorio UFT. [ITER CRIMINIS.docx \(uft.cl\)](#)
- Farré, E. (2008). *La tentativa de delito: doctrina y jurisprudencia*. J. M. Bosh Editor. <https://elibro.net/es/lc/bibsipan/titulos/36673>
- Frieyro, S. (2015). La participación y grados de ejecución en el delito de tráfico de drogas [Tesis doctoral]. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Gaeti, S. (2021). Iter criminis. [Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado]. Universidad de Alcalá.
- Galvez, T. & Rojas, R. (2011). Derecho penal parte especial: Tomo I. Juristas Editores.
- Gallo, E. (2021). La tentativa, fundamento, naturaleza jurídica y su aplicación en el caso 10 de luluconto. [Trabajo de titulación modalidad Proyecto de Investigación previo a la obtención del título de Magister en derecho penal, mención en derecho procesal penal]. Universidad Central del Ecuador.
- García, A. (2019). Complicidad en el delito de colusión. problemas dogmático-jurisprudenciales. *Pasión por el derecho*. <https://lpderecho.pe/complicidad-delito-colusion-problemas-dogmatico-jurisprudenciales/>
- Goicochea, C. (2014). El particular como sujeto pasivo en los delitos en los que el estado resulta agraviado. *Ius Revista de la facultad de Derecho*, Núm (8), 327.
- Guimaray, E. & Rodríguez, J. (2015). Colusión por comisión por omisión: el caso de los alcaldes y presidentes regionales. *Ius et veritas*, Núm. (25), 287.
- Ibarra, G. (2021). Régimen sancionatorio y penal en las colusiones. [Trabajo de grado para optar el título de magister en derecho administrativo]. Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.
- Santillán, R. (2024). Índice de percepción de la corrupción 2023. Instituto Mexicano de Contadores Públicos, N° 80. [https://imcp.org.mx/wp-content/uploads/2024/03/bol\\_pld\\_80\\_marzo\\_24.pdf](https://imcp.org.mx/wp-content/uploads/2024/03/bol_pld_80_marzo_24.pdf)
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2017). Anuario Estadístico de la criminalidad y de seguridad ciudadana 2011-2016. INEI.

[https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1534/1ibro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1534/1ibro.pdf)

- Jiménez, M.J. (2021). La lucha internacional contra la corrupción: un frente abierto cuadernos de política. Dyknson S.L. Núm 135. p.5-6.
- Martínez, R. (2017). Contratación pública ficticia ¿delito de peculado o colusión? Ius Puniendi, Núm (3), p.265.
- Misari, C. (2017). Las fases de la realización del delito. *Derecho Penal: parte general. Manual autoinformativo interactivo* (pp. 111-113). Universidad Continental.
- Meini, I. (2014). Función, estructura y clasificación del tipo penal. *Lecciones de derecho penal-parte general teoría jurídica del delito* (pp. 65-93). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Muñoz, F. & García, A. (2010). *Derecho penal, Parte general*”, 8ª ed., (p.421). Trand Blanch.
- Oré, A; Lamas, L. (julio 2017). La solución simple es un delito de peligro potencial y la colusión agravada un delito de resultado lesivo (Doctrina Jurisprudencial Vinculante). *Gaceta penal & procesal penal*, tomo (97), p.156.
- Parma, C. (2017). Razones para respetar el bien jurídico protegido en el derecho penal. Ideas Solución Editorial.
- Pariona, R. (2017). El delito de colusión. Instituto Pacífico S.A.C.
- Peña, O. & Almanza, F. (2010). Teoría del delito. Apecc.
- Pisfil, D. (2018). Mecanismos y lucha contra la corrupción desde el Estado y la sociedad: hacia un modelo programático para el caso peruano. *Gaceta jurídica*, 38.
- Piva, G. (23 de mayo del 2019). El desistimiento en la tentativa y el delito imposible. *Bosch Editor*.
- Piva, G. (2020). Tentativa de delito y delito continuado. Corporación de Estudios y Publicaciones. <https://elibro.net/es/lc/bibsipan/titulos/171994>
- Prado, V. (2017). *Delitos y penas: Una aproximación a la parte especial* (p.3). Ideas Solución Editorial.33.
- Ramírez, A. & Jaramillo, F. (2017). La aplicación de los principios de legalidad y lesividad en los delitos de sabotaje y terrorismo en un estado constitucional de derechos y justicia: análisis de casos . [programa de maestría en derecho penal]. Universidad Andina Simón Bolívar. T2366-MDPE-Ramirez-La%20aplicacion.pdf



- Torregrosa, F. (2015). *IterCriminis*. Universitas.
- Urquiza, J. (2016). Código Penal práctico: concordancias, doctrina, jurisprudencia, evolución legislativa. *Gaceta jurídica*, 505.
- Vargas, J. & Julcamoro, L. (2017). Problemática de la determinación judicial de la pena en el supuesto de tentativa en las ciudades de Cajamarca, Chota y Leimebamba. [Maestría en derecho penal y criminología]. <http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/705/TESIS%20DETERMINACION%20DE%20PENNA%20TENTATIVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Vega, H. (22 de enero del 2016). El análisis gramatical del tipo penal: The gramatical análisis of the penal type. *Justicia*. [Vista de El análisis gramatical del tipo penal \(unisimon.edu.co\)](http://www.unisimon.edu.co)
- Villancencio, F. (2017). *Derecho penal: parte general*. Griley.
- Zambrano, A. (2015). *La teoría del delito y el código orgánico integral penal*. Corporación Editorial Nacional.