

DELITO DE COLUSIÓN: ANÁLISIS DEL ELEMENTO CONCERTACIÓN

Raúl Ernesto Martínez Huamán¹
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
rmartinez.abogado@gmail.com

1.- Introducción

El delito de colusión, dentro del marco de los delitos contra la Administración Pública, que cada vez viene ocupando espacios más importantes en el tratamiento de la administración de justicia, no sólo porque se establece como imputación en casos emblemáticos y de gran envergadura (solo por citar un ejemplo el caso *Odebrecht*), sino porque la jurisprudencia viene dando mayores alcances sobre sus componentes típicos, debido a la problemática sobre la interpretación de sus elementos constitutivos. Al respecto, el principal elemento del delito de colusión es la *concertación*, que constituye el punto central de la configuración del citado delito, por lo que resulta necesario analizar el radio y delimitación del mencionado elemento, a fin de poder direccionar de forma adecuada la lucha contra la corrupción en los delitos de colusión. Es así, que el presente trabajo buscará brindar mayores alcances sobre el mencionado componente.

2.- Concertación

Como se mencionó, el verbo rector del delito de colusión, regulado en el artículo 384° CP², es el término *concertar*. Del mismo se deriva la relevancia que ha establecido el legislador a la conducta de dos sujetos (funcionario-particular interesado) que acuerdan una actividad contractual ilícita -no acorde con el derecho- en perjuicio de la Administración Pública, como institución necesaria para el adecuado desarrollo social. Por ello, dicha concertación tiene que revestir una serie de particularidades para llegar a tener relevancia jurídico-penal.

En principio, con la concertación ilícita se excluye de la tratativa formal del negocio a los otros competidores que buscan obtener la *buena pro* (ser elegidos) de la Administración, para la ejecución de obras, servicios, para la adquisición o venta de bienes³, pues ya con el acuerdo ilícito se realiza el direccionamiento del proceso administrativo a favor del tercero o terceros interesados⁴.

¹ Profesor de Derecho penal en la Universidad de San Martín de Porres y en la Maestría de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann (Tacna). Ha sido profesor en la Academia de la Magistratura, Universidad Inca Garcilaso de la Vega y la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo (Chiclayo). Máster en Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad de Málaga – España (Beca AUIP). Magister por la Universidad de San Martín de Porres. Estancia de investigación científica en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht – Alemania (Beca Max-Planck-Institut). Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios de Lima.

² Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 octubre 2016, cuyo texto es el siguiente: "El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado *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 (...)"

³ Asume también la posibilidad de colusión en la venta de bienes por parte del Estado QUINTERO OLIVARES (2016:431), así menciona: "El concepto de contratación pública alcanza a todas las modalidades de selección de

Asimismo, la concertación comprende la conjunción de voluntades entre funcionario y particular interesado en el marco de un contrato público⁵. De esta manera, para la configuración del mencionado elemento, se requiere de la aceptación del funcionario competente, empero, también, del particular interesado⁶. De tal forma que, nos encontramos ante una concertación, un acuerdo de dos sujetos que con su conducta envían un solo mensaje a la sociedad de no conducirse por las reglas del procedimiento administrativo, sino de obtener directamente un contrato público. Los antes mencionado se deriva de la configuración del delito de colusión como un delito pluripersonal, de participación necesaria, específicamente como delito de convergencia, donde tanto el funcionario como el particular interesado direccionan su actuar a la consecución de un mismo fin, desde posiciones similares dentro de un proceso de contratación⁷, donde el interesado no es sujeto pasivo del delito y no se encuentra en una posición vulnerable respecto a funcionario. Es decir, se requiere necesariamente del aporte de cada uno de los sujetos, de tal forma que la conducta de ambos forma una unidad de sentido jurídico penal.

Esencialmente, encontramos que ambos sujetos, no sólo el funcionario, resuelven realizar la comisión del delito de colusión, donde aportan -desde sus posiciones- hechos relevantes, así p.e. el funcionario aportará a través de la infracción de su deber -especial- de custodiar los intereses del Estado (omitiendo controlar adecuadamente la documentación presentada, variando los requisitos a través de actos administrativos, etc.); y el particular aportará al hecho delictivo con el incumplimiento de la entrega de documentos o requisitos establecidos en las bases del concurso administrativo; si alguno de los dos procura omitir algún aporte, es poco probable que pueda concretizar algún acuerdo para defraudar al Estado.

En tal sentido, un elemento central de la concertación ilícita es el acuerdo *subrepticio*⁸, con lo cual se hace referencia a la direccionalidad del proceso a favor de un particular interesado, que es la finalidad central del pacto⁹. Elemento que ha sido asumido por la Corte Suprema de Justicia: “-la concertación-

prestadores de servicios o suministros a la Administración o adjudicaciones de uso o contratos de cualquier clase (concurso, adjudicaciones directas, compras, venta de bienes públicos, o cualquier otra)”. Igualmente, CASTRO MORENO (2015:379).

⁴ Es común que exista una concertación de funcionarios y varias empresas a fin de repartirse las distintas licitaciones, así sobre la relevancia de la lucha contra la corrupción a través de concertaciones en el marco de contrataciones públicas tenemos que: “*Esta modalidad [concertarse] es especialmente relevante para la lucha contra la corrupción en la contratación pública, pues como se vio en el cap. 1 de esta tesis, en muchas ocasiones los proponentes se reparten las licitaciones públicas para disminuir los precios, comprometiéndose a participar solamente en determinados concursos para dejar los demás a sus competidores para no estorbarse entre sí, lo cual constituye evidentemente una violación del principio de libre concurrencia*”. CASTRO CUENCA (2012:222).

⁵ Entiende también la concertación como conjunción de voluntades, pero bajo el elemento subjetivo de buscar una intención de causar perjuicio patrimonial al Estado. MORAL DE LA ROSA (2017:785).

⁶ Indica que no que no basta con la manifestación de voluntad de una de las partes CARRIÓN DÍAZ (2010:245). Igualmente, CRESPO BARQUERO (2002:2424).

⁷ Sobre la comprensión del delito de colusión como un delito de convergencia, véase a MARTÍNEZ HUAMÁN (2016:110). Recientemente asume esta posición en el delito de fraude funcional (colusión) como delito de convergencia, BENAVIDES SCHILLER (2016:144-145).

⁸ Menciona que debe realizarse un acuerdo subrepticio, RODRÍGUEZ HURTADO (2007:262). Igualmente, ABANTO VÁSQUEZ (2003:310), al establecer que la colusión consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente. En el mismo sentido, tenemos en la jurisprudencia peruana la Ejecutoria de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Nulidad N° 740-2003-Arequipa, de 4 de junio de 2014.

⁹ Hacen referencia al “pacto” GIMENO LAHOZ y CORBELLA HERREROS (1998:121): “*Concertarse equivale a acuerdo entre el funcionario y el interesado, es decir, pactar*”. Igualmente, se refieren al pacto, y citan dos sentencias españolas, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (2005:1750), así: “*La primera de las acciones*

que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecta la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa¹⁰.

De esta manera, el acuerdo siempre debe estar referido a la forma o modo del proceso contractual en cualquiera de sus fases, sin requerir de un beneficio para los funcionarios y/o terceros interesados¹¹. Así, la concertación se puede realizar en cualquier de sus fases¹², como lo menciona la Corte Suprema de Justicia: "(...) el concierto en los marcos de una contratación pública se puede producir durante todo el procedimiento de adquisición, que implica el acto de la toma de la decisión para adquirir determinados bienes, el acto de adquisición y celebración del contrato, el acto de consolidación de la misma, el acto de entrega y de control de lo adquirido y, finalmente, el acto de validación o confirmación de lo adquirido y ulterior pago final del producto; el ámbito de actuación es extenso y en cualquiera de esas fases de la contratación pública puede producirse el concierto punible¹³".

Cabe indicar que, sin el consentimiento del funcionario y el particular interesado para realizar una actividad contraria al proceso regular de la actividad contractual, no se configurará el delito de colusión. Al respecto, tenemos por un lado al funcionario que con su conducta privatiza la actividad funcional (normalmente para beneficio de particulares¹⁴ y/o propios) en perjuicio del Estado¹⁵ y al particular que interfiere en la Administración Pública (generalmente para que salga favorecido con el contrato público¹⁶). De este modo, por más que uno de los dos sujetos activos presente una predisposición para direccionar el proceso administrativo a favor de uno de los concursantes, no se configurará el delito de colusión¹⁷. Es irrelevante jurídico-penalmente, como se señala, de quién haya nacido la propuesta concertadora; lo primordial es que ambos sujetos lleguen a un acuerdo ilícito¹⁸. Sobre el elemento antes señalado tenemos el pronunciamiento del Tribunal Supremo español, en la que ha reiterado que: "[...] La acción típica del precepto cuestionado, es el concierto, el ponerse de acuerdo el funcionario con los interesados o especuladores, por lo que es preciso que efectivamente se haya producido el concierto¹⁹". Cabe aclarar, con lo que respecta a este elemento, que no se penaliza toda tratativa entre funcionario y tercero interesado dentro del proceso de contratación pública, sino -solo- aquellas que no están estipuladas en el proceso administrativo.

típicas –concertarse-, equivale al acuerdo entre el funcionario y el interesado, es decir, a una conjunción de voluntades o pacto (STS 2 febrero 1994 [RJ 1994, 759] y 16 febrero 1995 [RJ 1995, 1176])".

¹⁰ Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad N° 1296-2007, Lima.

¹¹ Posición contraria, PARIONA ARANA, al indicar que: "El pacto ilegal entre el funcionario y el interesado tiene por cometido defraudar al Estado, a través del beneficio indebido otorgado al interesado que pone en riesgo los intereses económicos del Estado" (2017:50). Consideramos que dicha interpretación resulta errónea, debido a que el beneficio no forma parte del sentido del delito de colusión, más aún si el tipo penal no lo exige. Igualmente, CASTILLO ALVA menciona que: "La concertación debe ser de manera tal que las condiciones de contratación se establezcan deliberadamente para beneficiar a particulares en detrimento del Estado" (2017:243).

¹² Vid. MARTÍNEZ HUAMÁN (2017:271).

¹³ Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso de Nulidad N° 1527-2016, Del Santa.

¹⁴ Señala que no se requiere de un enriquecimiento personal del funcionario PRECIADO DOMÈNECH (2015:194).

¹⁵ Sobre ello, MONTOYA VIVANCO (2008:97).

¹⁶ Sobre los alcances del contrato público en el delito de colusión, véase a MARTÍNEZ HUAMÁN (2017:265 y ss.).

¹⁷ Así lo menciona CRESPO BARQUERO (2002:2424). Igualmente, ROJAS VARGAS (2007:413).

¹⁸ Así, VIZUETA FERNÁNDEZ (2013:278). Igualmente, SÁNCHEZ MELGAR (2006:2285).

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo español N° 168/1994, citado por SÁNCHEZ TOMÁS (2010:481).

Algunos autores consideran que el acuerdo debe contener un interés económico²⁰; sin embargo, el tipo penal no exige tal sentido en el pacto, pues conforme al bien jurídico penalmente protegido, lo primordial en dicho acuerdo es defraudar aquella expectativa que se tiene en el regular procedimiento dentro de un contrato público. De la misma forma, el acuerdo no requiere de una precisión sobre los actos a realizar que afectarán el proceso administrativo; no se requiere establecer los bienes, monto económico, acto administrativo a realizar, que permitirán que el tercero interesado, o la empresa a la cual representa, obtenga la buena pro o el pago del bien o servicio establecido en el contrato²¹. Y es que la expectativa que se tiene sobre la actividad en el escenario de contratación, no se encuentra relacionada a la protección del patrimonio, donde sí se tiene que establecer el bien o el beneficio económico que obtendrá el interesado, sino la desviación en la conducta del funcionario público en el marco del proceso de contratación pública.

El siguiente elemento dentro de la concertación es la **idoneidad** del acuerdo para generar un riesgo al proceso de la contratación pública²², lo que supone desviarse de la defensa de los intereses públicos encomendados²³ y de los deberes que informan la actuación pública en el contexto de las contrataciones. Tal idoneidad debe ser analizada desde una perspectiva *ex-ante*; por lo que resultaría jurídico-penalmente relevante llegar a un acuerdo a fin de que el funcionario ejecute una actividad que perjudique el correcto desarrollo de sus funciones en el ámbito de las contrataciones públicas, como por ejemplo actuar de forma menos ventajosa para los intereses del Estado en la contratación pública²⁴.

Así, la actividad funcional tiene que ser la más adecuada para su representada (Estado) en la contratación pública, no sólo en el sentido cuantitativo (económico), sino también en el sentido cualitativo (el mejor servicio). De acuerdo con lo dicho, cuando hacemos referencia al riesgo que la conducta tiene que englobar, aludimos a la capacidad para afectar la expectativa normativa protegida, cual es la expectativa sobre el adecuado comportamiento del funcionario en el ámbito de las contrataciones públicas, lo que genera la relevancia de la intervención del Derecho penal, y en dicho contexto se exige de los participantes (funcionario y particulares) que no defrauden la expectativa que pesa sobre ellos nacida de los deberes inherentes que genera la actuación en la contratación pública. Ingresar a dicho marco les genera una serie de deberes que tendrán que cumplirlas, siendo la primordial la de no coludirse ilícitamente. Por ejemplo, el funcionario y particular interesado que acuerdan direccionar el proceso de contratación pública a fin de otorgar la buena pro a la empresa que representa el particular, a pesar de no cumplir con las especificaciones técnicas, lo cual resulta idóneo para afectar el proceso administrativo de contratación.

Al respecto, debemos indicar que somos de la posición que la idoneidad del acuerdo no debe estar vinculada a la afectación del patrimonio del Estado²⁵, pues lo protegido por la norma penal es la

²⁰ En este sentido, MARTÍNEZ ARRIERA (2007:3175). También CASTILLO ALVA (2017:244).

²¹ En sentido contrario, CASTILLO ALVA (2017:231).

²² Ya la Corte Suprema de Justicia del Perú, en lo penal, señaló en la Ejecutoria Suprema sobre el Recurso de Nulidad N° 1464-2004-Cusco, de 17 de febrero de 2005, que bastaba para la configuración del ilícito penal la concertación, y siempre que ésta sea idónea para afectar el patrimonio público. Igualmente tenemos lo establecido por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en el caso "Mobetek", Exp. N° 20-2003-AV, al señalar: "[...] es que deben darse ciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos".

²³ Vid, SALINAS SICCHA (2011:131).

²⁴ En un sentido similar ABANTO VÁSQUEZ (2003:313). También, GARCÍA CAVERO, al indicar: "[...] el acuerdo al que se llega con el particular debe ser idóneo para perjudicar el patrimonio del Estado" (2008:40).

²⁵ En sentido contrario PARIONA ARANA, quien si bien comparte el elemento *idoneidad*, considera que la misma debe estar relacionada al perjuicio patrimonial del Estado (2017:50).

expectativa que se tiene por parte de la sociedad en cuanto a los deberes que posee el funcionario en la contratación pública²⁶, y no el patrimonio, por lo que la idoneidad tendrá que relacionarse con la afectación al adecuado desarrollo del proceso de contratación pública. De este modo, pesan sobre el funcionario público distintos deberes en el desarrollo de la contratación pública (transparencia, imparcialidad, elegir la mejor propuesta técnica y económica, etc.).

De esta forma, la concertación será idónea si afecta cualquiera de las normas que regulan el correcto desarrollo del proceso de contratación pública. Por ese motivo, no consideramos acertado que la idoneidad de la concertación se centre solo en el aspecto patrimonial de la contratación, sino que la concertación debe estar vinculada a la afectación del propio desarrollo del proceso de contratación pública, lo cual parte de la comprensión del bien jurídico penalmente protegido (expectativa normativa).

Algunos autores estiman que la afectación necesariamente debe estar vinculada al patrimonio, pues ello se desprendería del segundo párrafo del artículo 384° del CP ("*defraudare patrimonialmente al Estado*"). Postura que consideramos poco acertada, pues no se puede partir de la agravante para establecer el sentido del injusto penal del tipo base del artículo mencionado, que para el delito de colusión se encuentra en el primer párrafo del artículo 384° del CP. La lógica de las agravantes, y por ende de su mayor reprochabilidad, se debe a la afectación de distintos ámbitos de protección de la norma, en el caso del delito de colusión agravada sería: 1) la expectativa social que pesa sobre el actuar del funcionario en las contrataciones públicas y 2) la expectativa de que no se afecte el patrimonio del Estado en el marco de las contrataciones públicas. En tal sentido, así como el legislador ha establecido el perjuicio patrimonial como forma agravada del delito de colusión, también pudo establecer como agravante que la contratación pública se circunscriba a fines asistenciales, programas de apoyo o inclusión social. En consecuencia, la agravante no puede determinar el sentido de protección de la norma penal de colusión.

De tal manera, lo que propiamente se protege es la expectativa de conducta de que los intervinientes (funcionario y particular) en el proceso administrativo de contratación pública no abusarán de las facultades que le son conferidas por su posición, para concertarse ilícitamente defraudando al Estado. De esta forma, el funcionario público tiene que procurar que dentro del cumplimiento de sus deberes en el ámbito de la contratación pública no se derive ningún *output* que afecte al Estado (el adecuado y normal desarrollo de todas las fases del proceso de contratación pública), así como la evitar que terceras personas pongan en peligro el regular desarrollo del ámbito de la contratación pública a su cargo, fomentando la relación jurídica con el espacio institucional puesto a su disposición²⁷. En tanto que el particular, tiene el deber de participar del proceso administrativo de contratación pública sin infringir los deberes que adquiere con la calidad de concursante, específicamente de no formar pactos ilícitos con los funcionarios para defraudar al Estado en las contrataciones públicas.

Vinculado a lo antes mencionado, tenemos que establecer la relación entre el pacto ilícito y la probabilidad de afectación al Estado, entendido como la desviación del normal desarrollo del proceso de contratación pública, para ello se tendrá que hacer uso de la imputación objetiva, y en tal sentido establecer si lo acordado por los sujetos activos genera un riesgo jurídico-penalmente relevante al Estado. Así, si del acuerdo entre las partes se establece una determinada acción por parte del interesado y este rebaza lo estipulado en el acuerdo, p.e. a nivel de ejecución del contrato, hace entrega

²⁶ Mayores alcances sobre nuestra posición del bien jurídico penalmente protegido, véase MARTÍNEZ HUAMÁN (2016:90).

²⁷ La posición especial que ocupa el funcionario lo obliga (deberes) a no dañar al objeto (contrato público) sometido a su esfera de protección, así como a fomentar o favorecer "*la relación jurídica que une al funcionario con el segmento de la función pública confiado a su esfera personal*". CARO JOHN (2015:30)

de bienes muy por debajo de lo pactado, en el cual se estableció que entregue un bien con valor o calidad de siete, y el interesado sobrepasa el mismo y entrega un bien con un valor de tres, sólo le será imputable al funcionario, como delito de colusión, lo referente al valor de siete²⁸, lo demás será imputable al interesado por la comisión de otro delito.

Otro ejemplo, exagerado, de la importancia de la imputación objetiva sería el caso en el cual el funcionario y el particular interesado llegan a un acuerdo para señalar que van a recurrir a un brujo para que los demás concursantes no se aparezcan en la presentación de las propuestas técnicas y económicas, y de esa forma obtener la buena pro con un precio muy elevado al establecido por el mercado. En tal ejemplo, como es evidente, no se configuraría el delito de colusión simple, por más que el fin de ambos sea perjudicial a los fines del Estado. De esta manera, lo relevante es lo objetivo de la conducta, en cuanto a la idoneidad del acuerdo para afectar -posibilidad de poner en peligro- la expectativa que se tienen sobre el adecuado desarrollo de la Administración Pública vinculada a la contratación pública, con el conocimiento (como deber de conocer) de ambos sujetos sobre la relevancia de su conducta. Si no existe idoneidad en la concertación no será jurídico-penalmente relevante, sin menoscabo de que pueda serlo administrativamente. Otro ejemplo sería, el acuerdo para que no se comunique adecuadamente a los otros concursantes sobre las fechas del proceso de contratación pública, de tal forma que no puedan remitir el día establecido las propuestas técnicas o económicas, afectando el normal desarrollo del proceso de selección, a fin de favorecer a la particular interesado con quien se concertó.

Para culminar esta parte el análisis, muchas veces se puede apreciar a nivel doctrinal y jurisprudencial la exigencia de los siguientes componentes: "*conducta colusoria tenga como propósito defraudar*" o "*aptitud lesiva de la conducta*"²⁹; los cuales no deben ser entendido en un sentido volitivo o como elemento de trascendencia interna del sujeto activo, pues conforme lo mencionado líneas atrás lo determinante es la idoneidad (potencialidad) para afectar el desarrollo del proceso de contratación pública; la defraudación debe comprenderse en el contexto objetivo en el cual se desarrolla la conducta, el marco de ilicitud que la rodea y no un elemento subjetivo del injusto, no es la finalidad (tendencia) perjudicial que busque el autor lo que hace -y hará depender- la ilicitud de la conducta, sino el contexto ilícito en el que se desarrolla. Ya en la jurisprudencia peruana se ha establecido que no se requiere de ningún ánimo (de lucro) en el delito de colusión³⁰.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en lo penal ha señalado: "*El sujeto activo en el delito de colusión, al concertarse, puede actuar con evidente codicia o con intencionalidad extraeconómica que buscan perjudicar al Estado. Si bien no se necesita acreditar el lucro o el provecho obtenido por el sujeto activo, sí deberá acreditarse el dolo directo del agente tanto del negociador público oficial como del interesado*"³¹. Igualmente, tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo español, del 16 de febrero de 1995, cuando señala: "*no es necesario, pues, interés personal alguno en el sujeto activo, pudiendo actuar sin ánimo de beneficio propio, ya que es un delito de mera actividad que se consuma simplemente con que exista la concertación de voluntades*"³².

Tal comprensión de la parte subjetiva plantea la posibilidad de que la conducta pueda configurarse

²⁸ De opinión diferente y considera que en dicho ejemplo el funcionario no ha creado un riesgo jurídicamente relevante de la infracción de sus deberes especiales. GARCÍA CAVERO (2008:49).

²⁹ Elementos indicados por la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 661-2016-Piura.

³⁰ Igualmente, CASTILLO ALVA (2008:174).

³¹ Ejecutoria Suprema sobre el Recurso de Nulidad N° 2767-2008-Loreto, de 19 de agosto de 2009.

³² Citado por CATALÁN SENDER (1998:83). Igualmente, SÁNCHEZ LAZARO (2016:717).

como dolo en sus distintos grados³³, pues considerar que -además- debe estar presente un elemento adicional subjetivo del tipo, determinaría que no pueda establecer el delito en grado de dolo eventual³⁴.

Consideramos que en el aspecto subjetivo (dolo) sólo deben entrar a tallar -más allá de lo que quiso el agente o la voluntad final que tuvo el mismo con su conducta- los deberes de conocimiento del agente (lo que debía saber) sobre la relevancia de su conducta -en el contexto social en el cual se enmarcaba- para la afectación de la expectativa social penalmente protegido³⁵. Esta posición ha sido seguida por la jurisprudencia peruana: "*En cuanto al tipo subjetivo, esto es, se requiere que el sujeto activo del delito actúe con "dolo". En el presente caso el tipo penal exige que la conducta sea dolosa y una de las características de la imputación subjetiva, es la atribución de sentido normativo del conocimiento, por lo que, el único conocimiento válido que interesa al derecho penal, no es otra cosa, que el actuante "debía saber", "debía conocer", en el contexto social de su acción, no lo que "sabía" o lo que "conocía"; cuando este es el criterio determinante, la imputación subjetiva completa su contenido como atribución de un sentido normativo al conocimiento configurador del tipo penal*"³⁶.

Ello va de la mano, con la estructura del tipo penal, el cual se encuentra configurado como un delito de peligro abstracto³⁷ -idóneo-, por medio del cual no se requiere un daño material al objeto del delito³⁸, sino la afectación al bien jurídico penalmente-protegido³⁹, que como se mencionó se enmarca en la expectativa sobre el adecuado comportamiento de los participantes (funcionario y particulares) en todas las fases de la contratación pública, es decir el cumplimiento de los deberes que se generan al ingresar en los procesos de contratación pública, siendo la primordial la de no coludirse ilícitamente.

Esta interpretación ha sido en cierta parte respaldada por el Tribunal Constitucional peruano, que en su sentencia ante la demanda de Inconstitucionalidad Exp. N° 00017-2011-PI/TC, señaló en lo referente a

³³ Parte de la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente desde la *indiferencia* como criterio determinante. CARO JOHN cuando señala: "*Significa que en el dolo eventual el autor se representa como probable un resultado, pero a causa de su indiferencia llega a realizarlo. Por su parte, lo que distingue a la culpa consciente es que el autor al representarse como probable un resultado, prosigue su ejecución con negligencia o descuido -mas no así con indiferencia-*". (2010:178-179).

³⁴ Posición que sí es asumida por algunos autores. Así, MORILLAS CUEVA señala que el ilícito no puede configurarse ni de forma imprudente ni con dolo eventual. (2011:990). Igualmente, CALDERÓN CEREZO (2005:507); ROJAS VARGAS, al señalar que: "*El concierto para defraudar resulta impensable con dolo eventual*" (2007:422); CASTRO MORENO (2011:64).

³⁵ Sobre el dolo desde una teoría normativista, véase a CARO JOHN (2010:181 y ss.).

³⁶ Sentencia emitida por el Primer Juzgado Unipersonal de Lima, en el expediente N° 0007-2011, citada por HUAMÁN CASTELLARES (2014:134).

³⁷ El *peligro* puede ser *concreto*, cuando se requiere realmente la posibilidad de la lesión, o *abstracto*, cuando el tipo penal se reduce simplemente a describir una forma de comportamiento que según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido sin necesidad que este peligro sea verificado, así lo menciona, BACIGALUPO (2004:223).

³⁸ Crítico con el adelantamiento de las barreras de punibilidad a la mera concertación, sin ser necesario un efectivo perjuicio al patrimonio estatal en el delito de fraude funcional en España (colusión) BENAVIDES SCHILLER, quien señala: "*(...) desvía el centro de gravedad desde el núcleo de desvalor de la conducta hacia el medio comisivo de la misma, alzándose con justa razón, como podrá concluirse, aquellas críticas que desnudan las deficiencias de una reprobable y a la vez voraz técnica legislativa irrespetuosa del principio penal de la intervención mínima o necesaria*" (2016:149-150).

³⁹ Como señalan JESCHECK y WEIGEND, en los delitos de lesión y de peligro concreto la intensidad del daño está vinculado al objeto del delito (p.e. en unas lesiones se tiene que ver la intensidad de la afectación al cuerpo o salud del sujeto pasivo); en tanto que en los delitos de peligro abstracto la afectación está vinculada al bien jurídico protegido; además de que tiene que existir una aptitud (idoneidad) para afectar el bien jurídico (2002:282-283).

la defraudación en el delito de colusión, que no es la afectación del patrimonio en concreto, sino el cumplimiento de los deberes del funcionario: "30. [...] *debe quedar nula y sin efecto la referida disposición en cuanto menciona el término "patrimonialmente", a fin de -sin alterar en lo sustancial el contenido de lo dispuesto por el legislado- orientar la interpretación de la disposición evitando vaciar de contenido los fines constitucionales que son de protección al sancionar **actos contra los deberes funcionales en el ámbito de la contratación pública***". Además, ya a nivel de convenios internacionales se ha establecido que no es necesario que exista un perjuicio real al patrimonio del Estado, pues ello no colabora a un lucha eficaz contra la corrupción, así tenemos que en el art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se señalaba que: "*Para la aplicación de la Presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado*".

En lo que respecta a la colusión agravada, no es suficiente la concertación, sino que se requiere de una defraudación patrimonial al Estado, el cual desde luego debe formar parte de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado producto de la concertación entre funcionario público y particular interesado. Al respecto, si la defraudación patrimonial no puede ser atribuida a los participantes producto de la concertación, no se podrá establecer la colusión agravada, sino la colusión simple. Por tanto se entiende por defraudación en la colusión agravada al perjuicio económico para el Estado⁴⁰. Cabe señalar sobre este punto, que propiamente el perjuicio patrimonial no forma parte el centro de comprensión del delito de colusión, sino que debido a su mayor lesividad, por su carácter pluriofensivo (el acuerdo ilícito y el patrimonio), genera un mayor grado de reprochabilidad sobre el autor, al no sólo afectar la expectativa de no concertarse en el marco de una contratación pública, sino que además afecta al patrimonio estatal, generando un mayor grado de dañosidad social, y por ende la aplicación de una pena mayor.

Adicionalmente, debemos indicar que la defraudación patrimonial debe ser entendida no sólo como la disminución del patrimonio estatal, sino también como la posibilidad de aumento del patrimonio del Estado, pues en los casos que el Estado venda un bien o realice una prestación (p.e. una subasta) se busca el beneficio acorde con los parámetros que el mercado establezca. Es decir, también se configura el ilícito cuando el funcionario y el particular interesado hayan acordado la venta de un bien público donde el Estado ha dejado de obtener beneficios pertinentes, encontrándose en la posibilidad de obtenerlos⁴¹. Esta línea de interpretación también es tomada en otras legislaciones que regulan una figura similar como el delito de colusión. Así, tenemos que la legislación chilena también ha señalado, para su art. 239° CP chileno⁴², la posibilidad de afectar al Estado cuando se acuerde sobre un perjuicio consistente en la privación de un lucro legítimo o cesante⁴³.

⁴⁰ Ello conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo español N° 189/1995, citada por MARTÍNEZ MORA (2011:629).

⁴¹ Así lo ha entendido en el Perú SALINAS SICCHA (2011:129), al indicar: "[...] *pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas, entre otras*".

⁴² El artículo 239° del Código Penal sanciona al "*empleado público que en las operaciones en que interviniera por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo*".

⁴³ En dicho sentido MAYER LUX (2007:216). Igualmente, e indicando que dicho sentido se toma de la modificación establecida en el Código penal español RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WIDOW (2008:420).

Continuando con las características de la concertación, algunos autores⁴⁴, e igualmente la jurisprudencia⁴⁵, consideran que la actividad colusoria debe realizarse en un espacio de **clandestinidad**, elemento que no compartimos, pues no –necesariamente- el funcionario y el particular tienen que ocultar el acuerdo ilícito ante los demás. Así pues, puede suceder que -como se da en algunos países- dentro de la Administración Pública la corrupción sea tan usual -y hasta forma parte de funcionamiento de las estructuras sociales- que se tiene por conocido a las empresas que van a resultar favorecida con determinados contratos, pues ya se conoce -previamente- que han llegado a un acuerdo ilícito con los altos mandos. Incluso, puede suceder que el funcionario sea una persona temeraria o indiferente, y en ese sentido, haga público la concertación; y no por ello no se va a configurar el ilícito penal, ya que el Derecho penal no premia a los temerarios con la impunidad. Establecer como elemento de la concertación la clandestinidad no hace más que limitar el radio de actuación de la norma para espacios que desde un inicio pretende regular, pues lo relevante es el acuerdo que direcciona o acomoda el proceso administrativo a favor de una persona natural o jurídica.

Si bien el acuerdo no requiere de clandestinidad, ello no implica que para razones de imputación penal se establezca las circunstancias específicas en la que se desarrolló la concertación (tiempo, lugar y modo)⁴⁶, pues normalmente -para cuestiones probatorias- estos casos se realizan de forma secreta, lo cual como se ha mencionado no es un elemento del tipo. Por ello, en la mayoría de casos el hecho se determina a través de prueba indiciaria, que permite establecer que efectivamente se ha realizado un acuerdo entre el funcionario público y el tercero interesado, debido a que se cuenta con que la bases han sido manipuladas a fin de dirección el proceso de contratación o se ha otorgado la conformidad de servicios a pesar que la empresa no ha cumplido con la entrega de los bienes establecidos en el contrato, etc.

Siguiendo con el análisis de la concertación, un elemento que tiende a ser incluido dentro de la concertación es el **fraude (engaño)**; estableciendo con ello que dentro de la concertación debe desarrollarse una actividad engañosa para con la Administración⁴⁷, es decir un *mise en scène*⁴⁸, la que permitirá tener al Estado en una situación de error, con la correspondiente posibilidad de perjudicarlo económicamente⁴⁹. En tal sentido, señalan que en caso no se despliegue una conducta engañosa, no se configuraría el delito colusión. Sobre lo mencionado, somos de la posición de que se viene confundiendo

⁴⁴ Tenemos entre ellos a PAZ PANDURO y DE FÁTIMA ROSAS RUIZ (2006:174); RODRÍGUEZ HURTADO (2007:269); ABANTO VÁSQUEZ (2003:313). Hace mención a que puede ser conocido por un espectro pequeño de personas, mas no más allá, como por ejemplo por los órganos de control MONTOYA VIVANCO (2008:99).

⁴⁵ Por ejemplo, la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 027-2004, Expediente N° 20-2003, emitida el 1 de octubre de 2004, que señala: "*El delito de colusión viene a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito con perjuicio de un tercero*".

⁴⁶ Sí considera que se debe establecer el modo, tiempo y lugar, CASTILLO ALVA (2017:232).

⁴⁷ Así tenemos a ROJAS VARGAS (2007:411), al señalar que debe: "*producirse engaño al interés público*". Igualmente ABANTO VÁSQUEZ refiriendo que resulta necesario maniobras engañosas (2003:312). Utiliza el término maquinación para hacer referencia al engaño para la configuración del ilícito penal MUÑOZ CONDE (2010:454). También CATALÁN SENDER (1998:80). Posición que ha sido asumida por un sector de la jurisprudencia peruana, así podemos citar la siguientes resoluciones de la Corte Suprema de Justicia en lo penal en los expedientes: Recurso de Nulidad N° 1480-2003-Arequipa: "La concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño"; Recurso de Nulidad N° 4745-2006-Cusco: "[...] *no obran pruebas que acrediten que se realizaron las efectivas maniobras de engaño*"; también en el Recurso de Nulidad N° 3042-2004-Puno: "[...] *La concertación fraudulenta requiere la realización de engaños*".

⁴⁸ Vid. CASTRO MORENO (2011:31).

⁴⁹ Menciona CASTILLO ALVA que la concertación se encuentra relacionada a la categoría de *usar cualquier artificio*, elemento establecido en el Código penal español (2017:235).

el delito colusión como un subtipo de estafa, y por ello la exigencia de engaño, tanto es así que -determinados autores⁵⁰- consideran en España que de darse materialmente el perjuicio económico para Estado producto de la concertación, se configuraría propiamente un delito de estafa. Algo totalmente alejado de lo que la norma penal busca proteger, pues lo único que hace es generar ineffectividad de la norma⁵¹, ya que no cubre de forma adecuada los elementos constitutivos del delito de colusión.

Como se sabe, para la realización de la conducta típica del delito de *estafa* se requiere que el sujeto activo haga caer en *error* al sujeto pasivo, utilizando como medio el *engaño*, haciendo que de forma "libre" le entregue el bien de carácter económico, lo cual desenlaza en un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo, y en un provecho ilícito para el agente delictivo o de un tercero. Conducta no desplegada por el funcionario en el delito materia de análisis, pues él no induce en ningún momento a error, por medio del engaño, al sujeto pasivo (Estado) para recibir de manera voluntaria su patrimonio; sino -todo lo contrario- el funcionario dispone ya del patrimonio, que le ha sido entregado en base a una representación a nombre del Estado⁵² en el acto contractual. El funcionario al hacer uso de las facultades concedidas genera -de forma dolosa- un perjuicio para su administrada (Estado); pero no apropiándose del patrimonio, sino disponiendo ilícitamente del mismo a través del direccionamiento del proceso administrativo a favor de un tercero interesado⁵³.

Por lo tanto, no se aprecia en el delito de colusión una relación de engañador-engañado⁵⁴, necesario para la configuración del delito de estafa, sino que existe una relación jurídica, basada en la representación de funcionario en el acto contractual, que nace de manera unilateral por parte del sujeto pasivo (Estado) para que el funcionario administre de forma adecuada (cautelosa), y en interés de su administrada, los recursos patrimoniales en el contexto de los contratos públicos. Aquí lo que se desarrolla es que el Estado pone de forma libre el patrimonio público en disposición del funcionario, para que éste a su vez -dentro de sus deberes y funciones- realice la selección de una persona natural o jurídica para la prestación de un servicio y/o compra de bienes, más beneficioso para el Estado. Por ello, el funcionario debe actuar -en el marco de las contrataciones- de forma parcializada, en interés del Estado, ya que su relación en la compra de bienes o prestación de servicios es la de ser una de las partes de la negociación.

En el mercado, el Estado es un sujeto más, que busca obtener un bien en buena calidad y a mejor precio. En tal sentido, resulta que no se puede exigir al funcionario actuar con imparcialidad, pues no se parte de una relación vertical con respecto a terceros, sino de una posición horizontal dentro del

⁵⁰ Así, CATALÁN SENDER (1998:87), indica: "*Cabe el concurso de este delito con el de estafa si la defraudación se materializa*". MUÑOZ CONDE (2010:1040). MARTÍNEZ ARRIERA (2007:3174-3175). SÁNCHEZ OCAÑA (1990:735). Cf. BENAVIDES SCHILLER (2016:153-154), quien considera que detrás de un delito de fraude funcional (colusión) no subsiste en delito de estafa. En el Perú CASTILLO ALVA hace referencia al "*artificio*" (2017:235).

⁵¹ Pues con la misma no se pondría en práctica la actuación de la administración de justicia ante el incumplimiento de la norma, pues se exigiría el engaño para su configuración, algo que no se encuentra como elemento de la concertación. Cabe precisar, siguiendo al profesor y maestro DÍEZ RIPOLLÉS, que la diferencia entre efectividad y eficacia de la norma, es que la efectividad persigue la puesta en práctica o vigencia de la norma, mientras que la eficacia busca la obtención de los objetivos de tutela perseguidos por la norma. (2003:95).

⁵² Señala ROJAS VARGAS que el funcionario actúa en nombre del Estado ante el acto contractual como su representante (2007:411).

⁵³ Asume la posición en el sentido de que no existe un engaño, MONTOYA VIVANCO (2008:99).

⁵⁴ Así, señala RODRÍGUEZ HURTADO (2007:271) que: "(...) *no debe ser entendida como el fraude del delito de estafa, en la que el engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta constituyen el medio o mecanismo por el que se induce o mantiene en error al sujeto pasivo a fin de que éste realice la disposición patrimonial de sus bienes*".

mercado. De esta forma, lo que propiamente acaece en el delito de colusión es un quebrantamiento de los deberes inherente al funcionario a través de un abuso del cargo en el contexto de la actividad contractual, elemento que no se encuentra en el delito de estafa.

Podríamos sintetizar en dos componentes la actuación del funcionario dentro del ámbito de las contrataciones públicas: 1) Actuar a favor de los intereses del Estado, y 2) Dentro de su actuación, respetar los marcos legales establecidos.

Lo que sí se podría encontrar en la conducta del funcionario es una administración desleal⁵⁵ del patrimonio estatal, un "*Untreue*" a nivel Administración Pública. Es decir, un abuso de las facultades de disposición delegadas por la Administración en el escenario de las contrataciones públicas. Posición que viene siendo asumida cada vez más por la doctrina⁵⁶ y jurisprudencia, ya que como se ha mencionado el funcionario actúa en nombre y en interés del Estado en las contrataciones públicas, algo muy similar a lo que sucede en las prácticas de la administración privada, donde muchas veces se observa como administradores direccionan la compra de bienes para sus administradas a favor de una empresa con la cual previamente se ha concertado, generando graves perjuicios a los accionistas de la empresa administrada.

La interpretación del delito de colusión como una gestión desleal, ha tenido eco en la jurisprudencia española; así, en el Auto Procesamiento de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 12 de mayo de 2008, se ha establecido que el delito de fraude funcional (colusión) es propiamente un delito de administración desleal: "*Se pone nuevamente de manifiesto la deficiencia técnica legal para regular el problema de administración desleal: también aquí [fraude funcional] se trata de administración desleal*⁵⁷".

Sin embargo, lo que se puede observar, a diferencia de la administración desleal (art. 295° CP español y art. 198° CP peruano), es que en la colusión el legislador ha adelantado las barreras de punibilidad, por exigencia sociales, al acto de concertación, es decir al acto de acuerdo entre el funcionario y el particular; ello en un inicio por el rol que juega la Administración Pública en el desarrollo de los contactos sociales (la estabilidad social), específicamente en el marco de los contratos públicos. Consideramos, que se legítima la intervención del Derecho penal dentro del ámbito de las contrataciones públicas, y en tal sentido el adelantamiento de las barreras de punición, ello teniendo en cuenta nuestra realidad peruana, tanto estadísticamente como valorativamente⁵⁸.

3.- Concertación por omisión

Un punto por demás debatible lo encontramos en la posibilidad de que bajo el concepto de concertación pueda encuadrarse una conducta omisiva (comisión por omisión). En la doctrina existe la posición mayoritaria⁵⁹ de establecer que bajo la concertación no puede encajar un acto omisivo, debido a que la concertación lleva implícito un acuerdo entre las partes, acuerdo que sólo puede darse de forma activa,

⁵⁵ Sobre el ámbito de la administración desleal, MARTÍNEZ HUAMÁN (2009:333).

⁵⁶ Vid. CASTRO MORENO (2011:32), al indicar: "[...] *la esencia de la conducta del funcionario público o de la autoridad que se concierta con terceros [...] no es muy distinto de diversas prácticas de administración desleal*". En un momento inicial señala que la conducta analizada es un tipo de gestión desleal, aunque posteriormente reitera la necesidad de un engaño, ETXEBARRÍA ZARRABEITIA (1997:207).

⁵⁷ Sentencia citada por CASTRO MORENO (2011:34).

⁵⁸ MARTÍNEZ HUAMÁN (2015:383 y ss.).

⁵⁹ Entre ellos encontramos a SALINAS SICCHA (2011:132); ABANTO VÁSQUEZ (2003:311); CASTILLO ALVA (2017:310); PARIONA ARANA (2017:111).

expresando la voluntad de llegar a una meta común. Igualmente, la jurisprudencia peruana ha establecido la imposibilidad de que el acuerdo colusorio pueda cometerse por omisión⁶⁰.

Al respecto, y conforme a la metodología asumida por el autor⁶¹, consideramos que no es relevante jurídico penalmente establecer una diferencia entre acción y omisión, sino que lo esencial es la expectativa que pesa sobre una determinada persona en un contexto social específico⁶². Así, por ejemplo, el caso -conocido- del encargado ferroviario que ocasiona un accidente; la relevancia penal está determinada por el incumplimiento de sus deberes, siendo indiferente si el mismo colocó las agujas incorrectamente (acción) o dejó de colocar las agujas correctamente (omisión) para detener el avance del tren y arrollar a la persona que se encuentra adelante. Como señala SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES⁶³, la acción u omisión "*no juega ningún papel en la valoración jurídica del suceso*". Lo relevante son las expectativas que se tiene sobre una persona, es decir el cumplimiento de sus deberes. De esta manera, en el funcionario pesa un deber especial derivado de la posición en la que se encuentra⁶⁴, del cual se deriva una responsabilidad institucional. Esta posición ya ha sido asumida por la Corte Suprema de Justicia del Perú; así, tenemos que el Recurso de Nulidad N° 4564-2007, de fecha 26 de marzo de 2008, estableció sobre el delito de colusión que es: "*[...] un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiendo al rol especial de funcionario o servidor público*"⁶⁵.

En nuestro caso, el deber específico del funcionario es la de no concertarse ilícitamente con el particular en el marco de las contrataciones públicas. Por consiguiente, el funcionario que por razón de su cargo intervenga en una contratación pública deberá velar por el cumplimiento de sus deberes, no importando si el acuerdo -fenomenológicamente- se realizó mediante una acción u omisión. p.e. el funcionario encargado manifiesta al tercero interesado que las tratativas se harán con una persona que es de su confianza, y que el acuerdo a que llegué con esa persona será asumida en su plenitud por él. Al respecto, tenemos que si bien el funcionario no ha participado de forma personal en la tratativa, sí ha infringido sus deberes al permitir que lo representen, y por ende sí se configura el hecho delictivo.

Consideramos que la doctrina nacional implícitamente establece que el delito de colusión es un de *propia mano*, lo cual sin lugar a dudas nos remite a un sentido naturalístico del acuerdo, algo fuera del contexto actual de nuestra sociedad, donde normalmente los funcionarios se valen de terceros -cómplice- para llegar a un acuerdo. En estos supuestos, el funcionario competente infringe su deber a través de la conformación de su ámbito de libertad para direccionar un proceso de contratación, nacido del acuerdo entre el cómplice con el tercero interesado, configurándose el delito de colusión. Ello es así, porque el

⁶⁰ Véase la Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2587-2011-Cusco.

⁶¹ Sobre nuestro planteamiento metodológico, véase MARTÍNEZ HUAMÁN (2016:90).

⁶² Señala que lo relevante es si el deber nace de la incumbencia de la organización (responsabilidad por organización) o de la incumbencia institucional (responsabilidad institucional). JAKOBS (1997:227).

⁶³ Por todos, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. Siendo contundente su posición al señalar: "*Acciones y omisiones, en tanto el código jurídico anteriormente expuesto no las haya transformado, son sucesos físicos que el ordenamiento jurídico ni ve ni oye*" (2002:73).

⁶⁴ En contra, considerando como criterio de imputación material en el funcionario es el dominio del hecho. MONTOYA VIVANCO (2008:98).

⁶⁵ Igualmente, puede apreciarse en la Ejecutoria Suprema emitida por la Corte Suprema de Justicia Recurso de Nulidad N° 2065-2008-Lima: "*Los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como delitos de infracción de deber, ya que suponen que el sujeto especial calificado adquiere deberes (aseguramiento y fomento del bien jurídico) por su vinculación con el bien jurídico específico*", citado por HUAMÁN CASTELLARES (2014:73).

funcionario creo un riesgo no permitido al delegar determinadas atribuciones al cómplice -creación de un fuente de peligro⁶⁶- para arribar a un acuerdo con el tercero interesado.

Otro ejemplo lo tenemos en los casos que el funcionario encargado del proceso de contratación delega sus atribuciones a un funcionario incompetente en el desarrollo del procedimiento administrativo -ejemplo clásico en de los delitos económicos-, de tal forma que el funcionario al que se le delega facultades no tiene los conocimientos necesarios sobre el desarrollo del proceso de contratación o es un funcionario acostumbrado a la realización de pactos ilícitos, siendo que este último aprovecha de su posición y se colude con el particular, omitiendo el funcionario delegante supervisar el adecuado desarrollo de las actividades de este último (deberes de vigilancia y control) o instigando al funcionario a realizar actos, desconociendo este último el sentido ilícito de los mismos. Consideramos que en esos casos también se configura el delito de colusión⁶⁷, resultando responsable también el funcionario delegante, situación que es aceptada en los delitos económicos y que consideramos debe ser asumida en delitos contra la Administración Pública, a fin de no generar vacíos de impunidad.

Por otro lado, un ejemplo, a nivel de órganos colegiados en la Administración Pública (comité de selección) nos la propone ROJAS VARGAS⁶⁸ -si bien con una metodología finalista, distinta a la adoptada por nosotros-: *"En el caso de existir un colegiado de negociadores públicos para una operación contractual, el silencio o la omisión de denunciar que adopte uno o varios de ellos ante la conducta ilícita asumida por los demás, dada la especial posición de garante que asumen dichos funcionarios, puede configurarse un estado de coautoría en el delito en el delito con base a una omisión impropia o comisión por omisión, de conformidad con lo indicado en el artículo 13 del Código Penal"*. Al respecto, consideramos que a nivel de los órganos colegiados (comité de selección) el sentido de la comisión de un hecho ilícito, como en el caso de la colusión, debe partir de la comprensión de la decisión como significado único que toma el colegiado, donde la responsabilidad sobre -p.e.- la decisión de otorgar la buena pro en un proceso de contratación pública se comparte entre todos sus integrantes, por lo que sus obligaciones (ámbitos de competencia) se encuentra conectados. Por consiguiente, si uno de los funcionarios del órgano colegiado puede apreciar que el marco de la decisión que viene tomando se encuentra direccionado, producto de un acuerdo ilícito de los otros funcionarios con el tercero interesado, y a pesar de ello vota a favor o en blanco, de tal forma que permite el otorgamiento de la buena pro, será responsable del delito de colusión, debido a que su conducta se encuentra enmarcada a favorecer dicho pacto⁶⁹. Sobre este último punto, el contexto marcadamente delictivo determinará el carácter ilícito de la omisión realizada por el funcionario al no salvaguardar el bienestar de la Administración Pública; y es que el contexto marcadamente ilícito trastoca el ámbito de los deberes que en un inicio tiene el funcionario, ampliándolos para no afectar el bien jurídico que se encuentra en su esfera de protección.

Los autores que no están de acuerdo con la posibilidad de que se pueda configurar una concertación mediante omisión, plantean en el ejemplo antes mencionado que nos encontramos, no ante un delito de

⁶⁶ Véase el interesante artículo de TORRES MENDOZA (2016:125), donde indica la posibilidad de responsabilidad penal fundamentado en un deber de vigilancia de una fuente de peligro, incluso cuando es un sujeto imputable, pero bajo la figura de la autoría mediata por omisión.

⁶⁷ Sobre una posición similar, vid. GUIMARAY MORI y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ (2015:294).

⁶⁸ Comparte la posición de que pueda configurarse la concertación mediante omisión ROJAS VARGAS (2007:409-411).

⁶⁹ Comparte la coautoría en órganos colegiados, pero relacionado a las decisiones de un Tribunal conformada por magistrados, al señalar que la vulneración en común de un deber especial nacido de la posición de garante que conjuntamente los miembros de un Tribunal, vid. RAMOS TAPIA (2000:445).

colusión, sino ante un delito de omisión de denuncia u omisión de deberes funcionales⁷⁰, ya que fenomenológicamente no existe tratativa alguna entre el funcionario y el particular, sino que existe tratativa entre los otros funcionarios y el particular.

Al respecto, consideramos que el funcionario no sólo tiene como deber no lesionar las expectativas que se tiene sobre su actuar en el ámbito de las contrataciones a través de un acuerdo en sentido comisivo, sino que además velar porque no se afecte las expectativas a través de actos omisivos. Así, el acuerdo puede tener vinculación a una tratativa comisiva, pero puede existir tratativas tácitas, y por ende omisivas, p.e. si nos encontramos en el marco de una Administración Pública con un elevado nivel de corrupción donde las prácticas colusorias no acarrearán necesariamente concertarse de forma directa y por medio de tratativas, sino que ya existe un “cuadro de precios” a pagar a los funcionarios para concederles los vistos positivos para que obtenga la buena pro de un proceso administrativo. En este caso consideramos que sí se configura el acto de concertación, por la posición especial que ocupa el funcionario, y los deberes especiales que emergen de esa posición.

4.- Conclusiones

Conforme se ha podido establecer en el presente trabajo, la concertación engloba una serie de elementos que resultan de vital importancia para la configuración del delito de colusión (subrepticio e idóneo). Además, determinadas características de la concertación, asumidas jurisprudencial y doctrinariamente, como el engaño y la clandestinidad, no son compartidas por nosotros, pues en nada se relacionan como el sentido del delito de colusión, cual es la conjunción de voluntades entre funcionario competente y particular interesado en un proceso de contratación pública.

Finalmente, se admite la configuración del delito de colusión mediante actos omisivos, ello en base a que lo primordial en el delito es el deber (ámbito de competencia) que pesan sobre el funcionario, más allá de si la infracción se realice mediante un hacer u omitir.

Bibliografía

- ABANTO VÁSQUEZ, M. A. (2003). *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2da. Ed. Lima: Palestra.
- BACIGALUPO, E. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Ara imputación jurídico-penal. Lima: Ara ed.
- BENAVIDES SCHILLER, A. (2016). *El delito de fraude del funcionario público*. JM Bosch Editor.
- CALDERÓN CERREZO, A. (2005). En CALDERÓN CERREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Delitos contra la Administración pública*. Manual de Derecho Penal. T. II. PE. Madrid: Deusto Jurídico.
- CARO JOHN, J. A. (2010). *Imputación subjetiva y conocimientos especiales*. En: Normativismo e imputación jurídico-penal. Lima: Ara ed.
- CARO JOHN, J. A. (2015). *La autoría delictiva de funcionario público*. En: lus Puniendi. Sistema integral. I-Vol.2. Lima: Ideas solución editorial.
- CARRIÓN DÍAZ, J. E. (2010). *Delito de Colusión*. En: Dialogo con la Jurisprudencia N° 143. Lima: Gaceta Jurídica.

⁷⁰ Comparten esta posición SALINAS SICCHA (2011:132); ABANTO VÁSQUEZ (2003:311). Señala que es muy difícil encontrar una concertación a través de la omisión GARCÍA CAVERO (2008:50); cf. CATALÁN SENDER (1998:83).

- CASTILLO ALVA, J. L. (2017). *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico.
- CASTRO CUENCA, C. G. (2012). *La tipificación de la corrupción en la contratación pública en Europa*. En: Poder y delito: Escándalos Financieros y Políticos. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. & AAVV. Salamanca: Ratio Legis.
- CASTRO MORENO, A. (2015). *De los fraudes y exacciones ilegales*. En: Comentarios prácticos al Código penal. Tomo V. GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- CASTRO MORENO, A. (2011). *Fraudes contractuales y exacciones ilegales. Adaptado a la LO 5/2010, de 22 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CAT ALÁN SENDER, J. (1998). *Nuevos perfiles del delito de fraude funcional en el Código Penal de 1995*. En: Actualidad Penal. N°4.
- CRESPO BARQUERO, P. (2002). *De los fraudes y exacciones ilegales*. En: Código penal. Comentarios y jurisprudencia. T II. CRESPO BARQUERO, P. & AAVV. Granada: Comares Ed.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2003). *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Madrid: Ed. Trotta.
- ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. (1997). *Fraudes y exacciones ilegales*. En: Delitos contra la administración pública. ASÚA BATURRITA, A. (ed.). Bilbao: Ediciones del Instituto Vasco de Administración pública.
- GARCÍA CAVERO, P. (Ed.) (2008). *Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal*. En: El delito de colusión. GARCÍA CAVERO, P. y CASTILLO ALVA, J. L. Lima: Grijley.
- GIMENO LAHOZ, R. y CORBELLA HERREROS, T. (1998). *Delitos contra la Administración Pública, Título XIX*. En: Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución. GANZENMÜLLER ROIG, C. y AAVV (Coord.). Barcelona: Bosch.
- GUIARAY MORI, E. y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. (2015). *Colusión por comisión por omisión: El caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales*. En: Revista Ius Et Veritas. N° 51.
- HUAMÁN CASTELLARES, D.O. (2014). *Los delitos de corrupción de funcionarios en la jurisprudencia nacional y en los acuerdos plenarios*. Lima: Ara Ed.
- JAKOBS, G. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons ed.
- JESCHECK, H. y WEIGEND, T. (2002). *Tratado de Derecho penal. Parte general*. 5ta. Ed. Granada: Ed. Comares.
- MARTÍNEZ ARRIERA, A. (2007). *Delitos contra la Administración pública*. En: Comentarios al Código penal. T.IV. CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN & AAVV. Barcelona: Bosch.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, R. E. (2016). *Corrupción en el Perú: ¿es la contratación pública el ámbito donde más se desarrolla la corrupción?*. En: Estudios de Política Criminal y Derecho Penal. Actuales tendencias. GASPAS CHIRINOS, A. y MARTÍNEZ HUAMÁN, R.E. (Coord.). Lima: Gaceta Jurídica.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, R. E. (2016). *El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión*. En: Revista de Gaceta Penal & Procesal Penal (N° 79). Lima: Gaceta Jurídica.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, R. E. (2009). *El delito de uso indebido del patrimonio de la persona jurídica*. En: Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia (RAE). T. 18, Año 2. Lima: Ed. Caballero Bustamante.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, R. E. (2017). *Contratación pública ficticia: ¿Delito de peculado o colusión? Comentarios a la Casación N.° 430-2015-Lima*. En: Ius Puniendi Sistema Integral. Año I, N° 3, jul. - ago. 2017. Lima: Ideas soluciones.
- MAYER LUX, L. (2007). *El patrimonio del estado como objeto de protección penal*. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX. 2do Semestre. Valparaíso: PUCV.

- MONTOYA VIVANCO, Y. (2008). *Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código penal peruano*. En: Revista Actualidad Penal. T. 171, Lima: Gaceta Jurídica.
- MORAL DE LA ROSA, J. (2017). *Fraudes y exacciones ilegales*. En: Derecho penal parte especial. ZÁRATE CONDE, A. (Coord.). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. (2005). *De los fraudes y exacciones ilegales*. En: Comentarios a la parte especial del Derecho penal. 5ta Ed. QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.). Navarra: Thomson-Aranzadi.
- MORILLAS CUEVA, L. (2011). *Fraudes y exacciones ilegales*. En MORILLAS CUEVA, L. (Coord.). Sistema de Derecho penal español parte especial. Madrid: Dykinson.
- MUÑOZ CONDE, F. (2010). *Derecho Penal Parte Especial*. 18va ed. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PAZ PANDURO, M. N. y DE FÁTIMA ROSAS RUIZ, J. (2006). *Acerca del momento consumativo y la participación en el delito de colusión desleal*. En: Normas Legales. T. 364. Vol. 2. Lima: Gaceta Jurídica.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2015). *La corrupción pública en la reforma del Código penal de 2015*. Navarra: Civitas/Thomson Reuters.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2016). *Fraudes y exacciones ilegales*. En: Compendio de la parte especial del Derecho penal. QUINTERO OLIVARES, G. & AAVV. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- RAMOS TAPIA, M. I. (2000). *El delito de prevaricación judicial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- RODRÍGUEZ COLLAO, L. y OSSANDÓN WIDOW, M.M. (2008). *Delitos contra la Función Pública. 2da.Ed.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ HURTADO, M. (2007). *La concertación en el delito de colusión y la imputación objetiva*. En: Revista de Derecho y Ciencia Política – UNMSM. V. 64 (Nº 1 y 2). Lima: UNMSM.
- ROJAS VARGAS, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta Ed. Lima: Grijley.
- SALINAS SICCHA, R. (2011). *Delito de colusión según la Ley N° 29758*. En: Gaceta penal y procesal penal. T. 29-Nov. Lima: Gaceta Jurídica.
- SÁNCHEZ LAZARO, F. G. (2016). *Fraude y exacciones ilegales*. En: Derecho penal parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo. ROMEO CASABONA, C. M.; SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.). Granada: Ed. Comares.
- SÁNCHEZ MELGAR, J. (2006). *Código Penal Comentarios y jurisprudencia. T II. 2da. Ed.* Madrid: Sepin editorial.
- SÁNCHEZ OCAÑA, R. (1990). *De los fraude y exacciones ilegales*. En: Código penal comentado. LÓPEZ DE QUIROGA, Jacobo y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Coord.). Madrid: Akal.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (2010). *Fraudes y exacciones ilegales*. En: Comentarios a la Reforma Penal de 2010. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZALÉS CUSSAC, J. L. (Dirs.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons.
- TORRES MENDOZA, F. F. (2016). *¿Autoría mediata por omisión? El deber de garante del organizador de una marcha*. En: Actualidad Penal Vol. 19 –Enero. Lima: Instituto Pacífico.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2013). *Delitos contra la Administración Pública 2*. En: Tutela penal de las Administraciones Públicas. LACRUZ LÓPEZ, J. M. y MELENDO PARDOS, M. (Coord.). Madrid: Dykinson.