

DELITO DE COLUSIÓN: CONSIDERACIONES SOBRE LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN EL DELITO*

Mg. Raúl Ernesto Martínez Huamán¹

Máster en Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad de Málaga (España)

1. Introducción

En la actualidad, es aceptado mayoritariamente que la configuración del Estado nace de un acuerdo voluntario (contrato social), por medio del cual se faculta a los gobernantes para que ejerzan un poder sobre todos, a fin de alcanzar el bienestar común². Al respecto, el poder concedido no se encuentra al libre albedrío de quienes administran el Estado y sus instituciones -gobierno de turno-, sino que cuenta con una serie de límites y controles para asegurar la adecuada gestión del mismo, con el objetivo de que no se generen espacios de abuso de las facultades concedidas que puedan degenerar, entre otros fenómenos, en actos de corrupción. Sin embargo, muchas veces los controles no tienden a ser los más adecuados, debido a que se carece de los medios administrativos necesarios. Ello, básicamente, porque quienes tienen el poder de decidir sobre los medios son justamente los agentes que van a ser controlados: El funcionario público (presidente, ministros, congresistas, etc.). Es por ello que la corrupción tiende a ser un tema muy sensible, pues se exige de quien detenta el poder que establezca políticas públicas serias -tanto preventivas como represivas- para la erradicación de la corrupción. En tal sentido, la corrupción pública es, sin lugar a dudas, un fenómeno social, económico, político y jurídico que afecta gravemente a la sociedad en su conjunto. La afectación no se limita a las instituciones que forman parte del Estado, sino que incide sobre la conservación misma del modelo político que asume cada sociedad en un momento dado. Así, se tiene que la sociedad -a través de sus distintos mecanismos de selección- ha confiado al funcionario público la gestión de los distintos recursos con que cuenta el Estado (económico, judicial, etc.), adquiriendo como contrapartida el cumplimiento de determinados deberes; así por ejemplo en caso de decisiones sobre alguna controversia se le exige al funcionario una actuación imparcial; o en el caso de gasto de recursos económicos se le exige al funcionario un adecuado manejo del patrimonio estatal; entre otros deberes. Es decir, se tiene el *sinálagma*: poder-deber. Esta situación se diferencia claramente de otras que pueden existir en el ámbito privado (p.e. administración desleal del patrimonio de una persona jurídica privada), dada la repercusión que las decisiones que se toman en la administración pública tienen para la sociedad.

* Artículo publicado en la *Revista de Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 96, Junio-2017, Gaceta Penal, Lima, pp.113-135.

¹ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 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. 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. Máster en Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad de Málaga (Beca AUIP). Magister por la Universidad de San Martín de Porres. Egresado del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios de Lima.

² Respecto a las críticas sobre la ficción y carencia de sustento empírico por parte del contrato social, se pueden ver en Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA. “La aportación de las teorías contractualistas”. En: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8674/aportacion_fernandez_2001.pdf, revisado el 22 de mayo de 2017, pp. 13 y 14

Establecida la importancia que ocupa la corrupción en la actual configuración social, se constata además que el fenómeno de la corrupción viene en aumento, afectando gravemente a los distintos Estados de mundo, entre ellos el Perú³. Además, existen determinados ámbitos de la administración pública que son muy sensibles a la posibilidad de que los funcionarios hagan abuso de sus facultades y terminen afectando gravemente la funcionalidad del dicho ámbito, como es el caso de las contrataciones públicas. Ante tal situación, existen dos formas de intervenir: *preventiva* y *represiva*. En la vertiente represiva, tenemos la enérgica respuesta del Derecho penal, la cual a su vez resulta la más drástica. Así, dentro del Código penal peruano existen algunos tipos penales vinculados específicamente al ámbito de las contrataciones, uno donde para la configuración del ilícito se requiere de la convergencia de dos conductas con una unidad de sentido, cual es la colusión (art. 384 CP). No obstante, existen algunos problemas en establecer los alcances del delito y los sujetos que intervienen en el mismo. Es dicha problemática la que se pretende resolver en siguiente trabajo⁴, para ello centraremos todos nuestros esfuerzos en delimitar los alcances de los sujetos intervinientes en el ilícito penal. De este modo, se tiene que establecer, en un primer momento, el bien jurídico protegido en el delito de colusión, el cual nos dará el marco de interpretación de los elementos del tipo, debiendo indicar que en otro artículo hicimos un estudio más detallado sobre el bien jurídico en el delito de colusión⁵; en segundo lugar, analizar las distintas problemáticas que existen referentes a los sujetos intervinientes en el delito de colusión.

Antes de comenzar, propiamente, el desarrollo del presente trabajo, consideramos pertinentes citar lo regulado en el artículo 384° del Código penal peruano:

“Artículo 384°.- Colusión simple y agravada

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

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

2. Bien jurídico penalmente protegido

Como punto de partida, consideramos que el Derecho penal no protege directamente

³ Para un mayor análisis, véase MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. “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*. GASPAR CHIRINOS, Ángel y MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (Dir.), Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 383 y ss.

⁴ Ya señalan la necesidad de estudios sobre ámbitos jurídicos poco desarrollado, como el delito de fraude funcional (colusión), DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GIMÉNEZ-SALINA I COLOMER, Esther: “Una de las consecuencias de esa tendencia a crear superestructuras legales sin repercusión práctica es la falta de una reflexión doctrinal y jurisprudencial directamente ligada a la interpretación de la legislación penal vigente, accesible a todos los juristas interesados. Se piensa que la letra de la ley ya es suficiente instrumento y se desprecia como teorización banal e innecesaria cualquier esfuerzo por introducir análisis o argumentaciones más elaboradas”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GIMÉNEZ-SALINA I COLOMER, Esther (Coord.). “Manual de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General”, Librerías Artemis Edinter SA, Guatemala, 2001. pp. iii-iv.

⁵ Vid. MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. “El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión”. En: *Revista de Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, N° 79, Enero 2016, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 90 y ss.

bienes jurídicos (objetos), sino expectativas de conductas institucionalizadas⁶, es decir normas jurídico-penales, las cuales son básicas para el desarrollo personal en sociedad. En ese sentido, para el caso del delito de colusión, no se protege propiamente el bien jurídico patrimonio estatal, debido a que dejaría sin sustento la represión de aquellas situaciones en las que el funcionario encargado de la contratación pública se concierta con la mejor empresa concursante (técnica y económicamente), no existiendo así una afectación al patrimonio; empero, del tipo penal se aprecia que la citada conducta sí tendría que ser sancionada, puesto que la defraudación se sustenta en la infracción del rol de funcionario en el marco de la contratación pública, lesionando la expectativa que la sociedad tiene sobre su actuación en las contrataciones. Esta expectativa social, cuenta con respaldo constitucional, si tenemos en cuenta que el artículo 76° de la Carta Magna establece la relevancia del procedimiento para obras y adquisiciones de suministros con utilización de fondos o recursos públicos a través de la contratación pública, lo cual debe ser adecuadamente protegido.

Por ende, 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 con la finalidad de defraudar al Estado. De esta forma, el funcionario tiene que procurar que dentro del cumplimiento de sus deberes no se derive ningún *output* que afecte al Estado, así como la evitar que terceras personas pongan en peligro el normal desarrollo del proceso de contratación pública a su cargo. 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.

En ese sentido, los deberes que pesan sobre los intervinientes del delito de colusión son de dos formas: para el particular los deberes generales (deberes negativos) y para el funcionario los deberes especiales (deberes positivos). El primero (tercero interesado) tiene toda la libertad de administrar su ámbito de libertad de la mejor forma, pero procurando no dañar las esferas de libertad de otras personas: “*la libertad de uno termina donde comienza la del otro*”. En cuanto al funcionario o servidor público, no sólo tiene el deber de no dañar otro ámbito de libertad (al Estado), sino además, en base al vínculo que nace con el bien, fomentar el desarrollo del mismo, protegerlo de ataques de terceros.

Por ello, el Derecho penal no protege el patrimonio del Estado, *sino la expectativa normativa de conducta de que los intervinientes (funcionario y particular) en los procesos de contratación pública no abusarán de sus facultades o incumplirán sus deberes que emanan de su participación, a través de la concertación ilegal, para procurar defraudar al Estado*. Con el delito de colusión se defrauda esta expectativa normativa de conducta, siendo la función de la pena devolver la vigencia a la norma infringida⁷. Ello consideramos se debe a que el funcionario tiene como facultad decidir - en alguna medida- sobre el desarrollo de la contratación pública, que hoy resulta de gran importancia para la sociedad, a la cual también pertenece el funcionario. En el artículo que desarrollé sobre la incidencia de los delitos de corrupción en el marco de las

⁶ Por todos JAKOBS, Günther. “Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional”. En: *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*, Palestra, Lima, 2000, p. 19.

⁷ Vid GARCÍA CAVERO, Percy. “Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal”. En: *El delito de colusión*. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, Grijley, Lima, 2008, p. 22.

contrataciones públicas, se apreció el papel dañino del mismo para la consolidación de las instituciones en el Perú y la necesidad de su protección a través de la vigencia de las expectativas que se tiene sobre la actuación de los funcionarios y terceros en el proceso de contratación pública⁸. Es a partir de aquí por lo que se establece que la expectativa no se circunscribe sólo a la administración como ente autónomo, sino que es a la sociedad en su conjunto a la que se defrauda y por ello se exige que la expectativa afectada vuelva a su status anterior -siga vigente-.

Esta posición ya ha sido, de alguna forma, asumida por la jurisprudencia peruana, así en la ejecutoria de la Corte Suprema de Justicia en lo penal, Recurso de Nulidad N° 79-2003-Madre de Dios, del quince de febrero de dos mil cinco, señala lo siguiente: “*Que la colusión desleal previsto en el artículo 384 del Código Penal, es un tipo penal especial propio, de resultado, que busca proteger el patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado*”⁹. En ella se puede observar que la Corte Suprema ya vincula el centro de la imputación en el actuar del funcionario contraviniendo sus deberes de velar por los intereses del Estado, estos deberes emanan de la expectativa que la sociedad tiene sobre el funcionario, la misma que una vez defraudada tiene que ser restituida a través de la correspondiente sanción penal.

Finalmente, debo descartar aquellas posiciones que sustentan a través del segundo párrafo del artículo 384° del CP (“*defraudare patrimonialmente al Estado*”), que el bien jurídico protegido en el delito de colusión es el patrimonio. Al respecto, no resulta acertado partir de la agravante para establecer el sentido del injusto penal del tipo base del artículo mencionado, que para en el delito de colusión se encuentra en el primer párrafo del artículo 384° del CP, pues la lógica de las agravantes, y por ende de su mayor reprochabilidad, se debe a la mayor afectación de distintos ámbitos de protección de la norma: la expectativa social que pesa sobre el actuar del funcionario y la no afectación al Estado en el marco de las contrataciones públicas.

3. Sujeto activo

Establecido el bien jurídico penalmente protegido, debemos señalar que el sujeto activo es, por todos¹⁰, el funcionario o servidor público¹¹ que por su *competencia* (en razón de

⁸ *Ibidem*.

⁹ Sentencia citada por GARCÍA CAVERO, Percy. op. cit. pp. 22-23.

¹⁰ En primer lugar tenemos a Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ, quien señala como sujeto activo al funcionario público con función específica. “Los Delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano”, 2da Ed, Palestra Ed., Lima, 2003. p. 310. Cfr. RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Joaquín. “Fraudes y Exacciones ilegales”. En: *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Dir.), La Ley, Madrid, 2009, p. 1263.

¹¹ Compartimos la definición establecida por Iván MEINI MÉNDEZ de funcionario público: “*El Derecho penal dota de contenido al concepto funcionario público sobre la base de un concepto o un criterio material. Ese concepto material puede ser definido en pocas palabras como la capacidad para vincular al Estado con las decisiones que toma el sujeto*”; a lo cual debemos agregar que dicha capacidad del sujeto debe ser consentida por la administración pública. “El marco normativo internacional anticorrupción”. En: *La Lucha contra la Corrupción en el Perú. El Modelo Peruano: La Experiencia de las Procuradurías Anticorrupción*. SIMON, Jan-Michael & RAMÍREZ, William (Coords.), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos & GIZ, Lima, 2012, p.324. En el mismo sentido, véase a REAÑO PESCHIERA, José Leandro. “Los delitos de corrupción de Funcionarios: una Visión crítica a partir del “caso Montesinos”. Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe?” En: *Revista Ius et Veritas N.º 23, año XII*, PUCP, Lima, 2001, p.285.

su cargo) participa en los contratos públicos, estructurándose el tipo penal como un delito especial propio con criterio material de imputación de infracción de deber especial. Dicha participación puede efectuarse en cualquiera de las fases de la actividad contractual del Estado, fases que -como señala Carlos Guillermo CASTRO CUENCA¹²- pueden tener los siguientes aspectos: “*En la fase de formación de la voluntad de la administración se manipula la demanda pública (aspecto interno de la corrupción), en el proceso precontractual se distorsionan los mecanismos de adjudicación (aspecto adjetivo de la corrupción) y finalmente el proceso culmina con la ineficacia en la ejecución del contrato (aspecto material del contrato)*”.

Conforme al panorama de las fases de la actividad de la contratación pública el sujeto activo no es sólo el funcionario o servidor público que decide la adjudicación del contrato administrativo (la buena pro), sino todo aquel que tenga relación directa o indirecta con la contratación pública a través de sus actividades funcionariales¹³. Así, por ejemplo, es sujeto activo aquel funcionario o servidor público encargado de emitir un informe sobre el establecimiento de las bases (requisitos) administrativas o expediente técnico del concurso para la contratación pública, que se concierta con el particular interesado para redireccionar las bases administrativas o el funcionario encargado de supervisar el cumplimiento del contrato público por parte del particular, acorde a lo establecido en las cláusulas del contrato, quien previa concertación con el interesado, da el visto bueno del cumplimiento de la ejecución contractual cuando en realidad no es así.

Se puede observar, que lo relevante en el establecimiento del sujeto activo no es la calidad de funcionario o servidor público en sí, sino la competencia que vincule al funcionario con el objeto material del delito, cual es la actividad administrativa vinculada con el contrato público, de tal forma que pueda vincular administrativamente al Estado. Por ende, aquellos funcionarios, que tengan posibilidad material de intervenir en contratos administrativos, mas no forma parte de sus atribuciones, no serán sujetos activos, sino *extraneus* del mismo.

Así, por más que un tercero posea el *domino del hecho*, pero carezca de los elementos exigidos por el tipo penal, es decir no sea considerado propiamente funcionario, que intervenga *por razón de su cargo*, tendrá que ser sancionado a lo más como partícipe del delito (cómplice o instigador). Al respecto, tenemos que la legislación peruana hace referencia, para la configuración del delito, a la intervención directa o indirecta del funcionario. Comprendemos que cuando se hace mención al término directa o indirectamente se quiere señalar que el funcionario puede participar en el acto contractual a través de informes o consultas, y no necesariamente a través de la decisión final de elegir a la persona con quien se va a realizar el contrato administrativo o civil, como es el caso de los comités de selección, con ello se solucionarían los vacíos de punibilidad que se dejaban a través de una interpretación restrictiva de funcionario o servidores públicos y su relación con el proceso de contratación, resultando así autores los secretarios de actas de los comité de selección, los servidores públicos que emiten

¹² Vid. CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. “La tipificación de la corrupción en la contratación pública en Europa”. En: *Poder y delito: Escándalos Financieros y Políticos*. Salamanca, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura & AAVV, Ratio Legis, 2012, p.179. Igualmente, JAREÑO LEAL, Ángeles. “Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública”. Ed. Iustel, Madrid, 2011, p.124.

¹³ Del mismo parecer, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS (Coord.), JUDEL PRIETO, Ángel y PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. Al mencionar: “[...] *se acepta que su intervención tenga lugar por medio de otros actos (informes, peritajes, calificaciones, etc.)*”. “Fraudes y exacciones ilegales”, En: *Manual de Derecho Penal*. T. II. PE. 6ta Ed., Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, p.536.

informes técnicos, etc. Por ello, no compartimos la interpretación de considerar el elemento típico de directa o indirectamente como posibilidad de que el funcionario actúe personalmente o por intermedio de una persona¹⁴, en un sentido de autor mediato, interpretación de sentido fenomenológico que despojaría de relevancia a dicho elemento especial del tipo, pues nada impide hacer uso de los criterios de la parte general referidos a la autoría y participación en los supuestos de realizar -por intermedio de un tercero- la concertación ilícita.

4. Particular interesado

Se considera particular interesado, conforme a la jurisprudencia peruana: “*a los particulares que precisamente negocian con el Estado*”¹⁵, esto es persona natural o jurídica, sean estatales o empresas mixtas¹⁶. Es común encontrar que la doctrina y la jurisprudencia den un papel secundario, casi irrelevante, al particular interesado en el proceso del contrato administrativo o civil¹⁷. Consideramos que tal perspectiva se debe a que no se ha tomado de forma adecuada el sentido del verbo típico del ilícito: *concertar*. El delito de colusión requiere un acuerdo del funcionario y del particular interesado, por lo que por más que el funcionario esté decidido a direccionar el proceso de contratación pública, no se configura el delito de colusión, y ello se debe a que el injusto penal representa intereses particulares, todo ello en el marco de un contrato público. Por eso, consideramos que es a partir de este sentido del hecho delictivo que deben establecerse los sujetos idóneos para la configuración del delito de colusión.

La no consideración del particular interesado como sujeto activo del delito trae como consecuencia la limitación del sentido del injusto del delito de colusión, pues el acto relevante es el pacto de un representante de la administración (funcionario) con un ciudadano (particular interesado) para vincular contractualmente al Estado. El papel del particular es de tal relevancia para el significado del injusto penal, que sin su aporte no se configura el hecho delictivo. Es éste el contexto que se ha querido reprimir jurídico-penalmente en el delito de colusión.

En tal sentido, conforme a la estructuración del tipo penal, debe entenderse al delito de colusión como un delito de participación necesaria¹⁸, es decir la participación de dos partes en una suerte de contrato donde se compra y vende la función pública¹⁹. Al respecto, y son pocos los autores que se han atrevido a tomar posición, queda la

¹⁴ Así lo entiende en el Perú SALINAS SICCHA, Ramiro. Al señalar que: “*El agente debe actuar directa o indirectamente (por intermedio de otra u otras personas)*”. “Delito de colusión según la Ley N° 29758”. En: *Revista Gaceta penal y procesal penal*. T. 29. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 130.

¹⁵ Ejecutoria recaída en el Exp. N° 043-2001, del 5 de diciembre de 2005, citado por CASTILLO ALVA, José Luis. op. cit. p.151. Habla también de *negocio*, ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos contra la Administración Pública” 4ta. Ed., Grijley, Lima, 2007, p. 428.

¹⁶ Especialmente, ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. pp. 195 y 415.

¹⁷ Considera que ni siquiera se debe sancionar al tercero interesado CÓRDOVA RODA, Juan y AAVV, al señalar que: “*Por nuestra parte, entendemos que congruentemente con lo expuesto en el presente título de delitos, el hecho de que el Código no incrimine la conducta de los particulares, conlleva el que los mismos no deban ser castigados ni como autores ni como partícipes en el tipo penal del art. 436. En el caso de que dicha conducta cumpla con otro tipo de delito, tal como el delito de tráfico de influencias del art. 429, deberá obviamente estimarse como dicho tipo*”. En “Comentarios al Código Penal. PE”. T.II, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2096.

¹⁸ Así ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. al señalar que “Los particulares intervinientes son partícipes necesarios”. op. cit. p. 316.

¹⁹ Vid. PARIONA ARANA, Raúl. “El Marco Normativo Nacional Anticorrupción. Estado actual y propuesta para su consolidación”. En: *La Lucha contra la Corrupción en el Perú. El Modelo Peruano: La Experiencia de las Procuradurías Anticorrupción*. SIMON, Jan-Michael & RAMÍREZ, William (Coord.). MINJUS, Lima, 2012. p.309.

problemática de establecer si nos encontramos -en la clasificación de los delitos de participación necesaria- ante un delito de convergencia o de encuentro. Así, se entiende por *delito de convergencia* a la actividad conjunta de los sujetos encaminados a la configuración del hecho delictivo²⁰, dando la posibilidad en este tipo de delito, conforme señala Günther JAKOBS, a la inducción y complicidad según las reglas de la parte general²¹. Van un poco más lejos, Hans-Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND, y establecen que: “*en virtud de la propia Ley en estos supuestos todos los intervinientes son punibles como autores, aquí no plantea [propriadamente dicho] el problema de la participación necesaria*”. Por otro lado, hablamos de *delito de encuentro* cuando la actividad de los intervinientes se dirige al mismo objetivo; sin embargo, el sentido del hecho delictivo lo da la conducta de un solo sujeto, el establecido en el tipo penal. Además, la intervención de los sujetos la realizan desde situaciones y acciones distintas, donde muchas veces uno de los intervinientes es sujeto pasivo del hecho criminal²² o lo realiza desde una posición de inferioridad con respecto al otro sujeto. En el último caso los ejemplos comunes son los delitos de estafa, usura, delitos de abuso sexual, etc. Al respecto, consideramos que en el delito de colusión nos encontramos ante un delito de convergencia²³, donde la guía para la comprensión del hecho delictivo la marca el verbo rector *concertar*, pues para su configuración se requiere del aporte conjunto del funcionario y el interesado, y no un delito de encuentro, como es comprendido mayoritariamente²⁴, pues el interesado no es sujeto pasivo del delito, y además no realiza un hecho con un sentido diferente del delito (que por ejemplo se da en los casos de encubrimiento personal sobre un prófugo de la justicia o en el caso del delito de estafa, el sujeto pasivo no busca el sentido de ser estafado), sino que la conducta de ambos forman una unidad de sentido jurídico penal. Esencialmente, encontramos que ambos sujetos, no sólo uno, resuelven realizar la comisión del delito de colusión, donde ambos van a aportar -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 o entregando bienes que no corresponden a las bases de la licitación; si alguno de los dos omite realizar alguna aportación, es poco probable que puedan concretizar los acuerdos asumidos para defraudar al Estado. Dicha comprensión, como señalaremos seguidamente, permite

²⁰ En ese sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. “Tratado de Derecho penal. Parte general”. 5ta. Ed., Ed. Comares, Granada, 2002, p.751; también JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”. 2da Ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 840.

²¹ Vid. JAKOBS, Günther (1995) p. 840.

²² Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. op. cit. p.751.

²³ Lo considera también como delito convergente, Ángel CALDERÓN CEREZO, al señalar que: “*Mediando acuerdo con los interesados el delito es plurisubjetivo de tipo convergente, en la medida en que las voluntades concordadas se dirigen a un mismo fin*”. “Delitos contra la Administración Pública”. En: *Manual de Derecho Penal. PE. TII. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Deusto Jurídico, Madrid, 2005, p.507. Espec., POLAINO NAVARRETE, Miguel, quien indica: “La presente modalidad típica alternativa configura un tipo de delito pluripersonal convergente, que requiere la confluencia de voluntades del titular de la función pública con los terceros con quienes se concerta*”. “Fraudes y exacciones ilegales”. En: *Curso de Derecho penal español. PE. II. COBO DE ROSAL, Manuel (Dir.). Marcial Pons, Madrid, 1997, p.419.*

²⁴ Lo considera como delito de encuentro, en España SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. “Fraudes y exacciones ilegales”. En: *Comentarios a la Reforma Penal de 2010. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZALÉS CUSSAC, José Luis (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 481-482; CARDONA TORRES, Juan. “Derecho penal parte especial”, Bosch, Barcelona, 2010, p.521. En Perú, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. “Delitos contra la Administración Pública en el Código penal”, Jurista Editores, Lima, 2015, p. 398.*

llenar los vacíos de punibilidad que se dan en el delito materia de estudio, como en el caso de la complicidad o instigación al interesado.

Cabe mencionar que, mediante la LO 5/2010, de fecha 22 de junio de 2010, se modificó el artículo 436° del Código penal español, delito de fraude funcional²⁵ (colusión), regulando de forma expresa la *autoría* del particular interesado²⁶, imponiéndole la misma pena que al funcionario²⁷, a parte de otras sanciones específicas por la calidad de particular (persona natural o jurídica), como por ejemplo la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, o contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público, o gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años. Tipos de sanción que consideramos idóneos como retribución a la conducta desplegada por los interesados en el delito de colusión. Además, dicha fórmula legislativa permite la responsabilidad a título de partícipes de aquellos sujetos que colaboren con el funcionario o con el interesado para la configuración del delito²⁸. Situación que no se daba con la anterior regulación española, en la que la doctrina mayoritaria consideraba al interesado como mero partícipe del hecho delictivo del funcionario²⁹.

No obstante, del otro lado, tenemos que en el Código penal peruano no se encuentra tipificada de forma específica la autoría del particular interesado, lo cual consideramos una omisión relevante, que sólo puede ser rescatada a través de la comprensión correcta del sentido normativo del tipo penal; es decir, centrándonos en la *concertación*, como un acto que sólo puede realizarse a través de la aportación de dos sujetos (funcionario – particular)³⁰ para la configuración del hecho delictivo, como unidad de sentido. Sólo de

²⁵ Artículo 436°.- Fraude funcional:

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 uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público 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 cinco años.

²⁶ Modificación que un sector de la doctrina venía demandando. Al respecto, JAREÑO LEAL, Ángeles. op. cit. p. 127. Hace referencia al “*vuelco a la interpretación tradicional*” con la nueva Ley, CARDONA TORRES, Juan. op. cit. p.521. También MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “Código penal. II. Parte especial”. Comares, Granada, 2010, p.1175. Por otro lado, señala MORILLAS CUEVA, Lorenzo, que a efectos prácticos no varía la solución pues, antes de la modificación el interesado también podía ser penado con la misma pena que el funcionario, por su calidad de partícipe. Posición última que no compartimos, por no captar el sentido del injusto en el delito de colusión. “Fraudes y exacciones ilegales”. En: *Sistema de Derecho penal español parte especial*. MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.), Dykinson, Madrid, 2011, p. 988.

²⁷ Señala que con la nueva regulación ya el particular no podrá gozar de la posibilidad de reducción de la pena en grado del art. 65.3 ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. “Delitos contra la Administración Pública”. En: *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.), Madrid, La Ley, 2012. p. 655.

²⁸ Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS (Coord.), JUDEL PRIETO, Ángel y PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, al señalar: “*Aquellos que siendo interesados en el “negocio” no hayan participado en esa forma, sino induciendo a cualquiera de ellos [funcionario o interesado], podrán ser responsables de cualquiera de las dos modalidades previstas en las que hayan participado*”, op. cit. p.536. SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. op. cit. p. 481.

²⁹ Sigue considerando aún como único autor al funcionario, a nuestro criterio erróneamente, MARTÍNEZ MORA, Gema. “Fraudes Ilegales”. En: *Código Penal. Parte Especial. T. II. V. II*. AMADEO GADEA, Sergio (Coord.), Factum Libri Ediciones S.L., Madrid, 2011, p. 629.

³⁰ En el mismo sentido, y señalando que la tipificación de la colusión se encuentra construido de forma similar a los delitos de cohecho, véase a PARIONA ARANA, Raúl. op. cit. p.309

esta forma se puede entender el desvalor del injusto penal, que la sociedad considera inadmisibles en la interrelación intersubjetiva, y específicamente en la administración pública vinculada a contratos administrativos o civiles. Con todo, en la jurisprudencia peruana, y en gran parte de la doctrina, se ha recurrido a las reglas de autoría y participación reguladas en la parte general del Código penal peruano³¹; atribuyéndose al particular interesado la calidad de instigador o complicidad³², algo que como hemos señalado no capta el sentido del injusto penal en su conjunto. La conducta relevante jurídico-penalmente no recae sólo sobre la conducta del funcionario, sino sobre la conjunción de la conducta de funcionario y tercero interesado (concertar), ambas conductas -que son una en su sentido jurídico- conforman el injusto penal; la conducta sólo de uno de los dos sujetos no dará el sentido señalado³³. Ello, sentenciamos, es necesario para una adecuada lucha contra la corrupción en su vertiente represión penal; mandar el mensaje penal a la sociedad de que el funcionario es el único autor, y no así también el particular interesado -que en muchas ocasiones son grandes empresas transnacionales- no es correcto, ni deseado.

Una de las consecuencias que genera la comprensión del interesado como autor es el referente a la participación en calidad de terceros que instiguen o colaboren con el particular interesado a concertarse con el funcionario para que defrauden al Estado. Bajo el entendimiento de la anterior situación, donde el particular sólo era imputable a título de partícipe del funcionario no cabía la posibilidad de imputar a un sujeto que haya instigado al particular interesado, generándose así una laguna de punibilidad, por ejemplo, un empresario que instiga a otro empresario a cometer el delito de colusión, pues es la única forma de obtener contrataciones públicas o sirve de vínculo para contactar al empresario con el funcionario público.

Al respecto, la participación, entendida tradicionalmente, depende siempre del autor (*principio de accesoriedad*); y en el caso examinado al ser el particular interesado partícipe del funcionario (autor), el tercero que haya colaborado o instigado al particular interesado no sería penalmente responsable, pues está colaborando con un partícipe. Dicha implicancia, y por concretizar el ejemplo, se ve comúnmente en las actividades empresariales vinculadas en el mercado con la administración pública, así los directores de las empresas que determinan o apoyan a sus empleados a obtener el contrato administrativo o civil a toda costa o bajo cualquier precio, no serían responsables al realizar sus actos ilegales sobre un partícipe *necesario*, pues conforme ya se señaló, no resulta punible la instigación o complicidad del que a su vez es partícipe del hecho delictuoso principal.

Estimamos que se debe comprender todo el complejo societario tras la figura del tercero interesado, a fin de responsabilizar penalmente a quienes están detrás del pacto colusorio, no dejando así lagunas de punibilidad. Ello es sólo posible si es que también se comprende a dicho tercero como autor del delito.

Finalmente, conforme a lo regulado en el artículo 384° de nuestro CP, el particular interesado sólo responderá como cómplice primerio del delito de colusión, en el sentido

³¹ Incluso hay autores como Manuel ABANTO VÁSQUEZ que consideran de por sí impune la conducta del partícipe necesario (tercero interesado). op. cit. pp. 316-317.

³² ROJAS VARGAS, Fidel. “Ubicación dogmático-normativa y rol que juegan los interesados en el delito de colusión desleal”. En: *Dialogo con la Jurisprudencia*. N° 34, Julio-2011, Gaceta Jurídica, p. 69.

³³ Así, José HURTADO POZO indica que es anacrónico establecer escalas de penas diferentes en aquellos delitos de corrupción donde interviene un funcionario y los particulares. “Corrupción y Derecho Penal”. En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140608_02.pdf, página visitada el 8 de mayo de 2017, p.7

que la aceptación al acuerdo ilícito con el funcionario, por lo que su aporte - *consentimiento*- resulta relevante al dar sentido al injusto penal de colusión, donde el particular interesado no se encuentra en una situación de inferioridad con respecto al funcionario, como en los casos de la usura; sino en una situación del mismo nivel, encontrándonos así ante un delito de convergencia, con las implicancias que ello tiene conforme lo indicado líneas atrás.

5. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo de un delito viene a ser, como señala el maestro José Luis Díez RIPOLLÉS³⁴, *el portador del bien jurídico afectado* por la comisión del hecho delictivo. Debiendo diferenciarse del *perjudicado* o *agraviado*, el cual es la persona natural o jurídica que ha sufrido un daño patrimonial o extrapatrimonial (moral) producido por la comisión del hecho ilícito³⁵, que no necesariamente tiene que ser penal, pero sí civil³⁶. De este modo, hablamos de sujeto pasivo en el ámbito penal-material y de perjudicado (agraviado) en el ámbito civil, deducido en el proceso penal a través de la constitución en actor o parte civil. Empero, en muchos casos sucede que sujeto pasivo y perjudicado confluyen en una sola persona³⁷ (p.e. en lo ilícitos de robo, hurto, etc.). Tal diferenciación tiene efectos relevantes en la fase del proceso penal, y con ello las posibles reparaciones civiles pertinentes.

En lo que respecta a nuestro ámbito de estudio, entendemos como sujeto pasivo del delito al Estado de forma general, y en concreto a las entidades y organismos del Estado donde se circunscribe el contrato administrativo o civil; es decir, el ente ejecutor por donde se actúa³⁸ y compromete -de forma directa- la actividad estatal, como p.e. los gobiernos regionales; los ministerios del poder ejecutivo, entre otros. Asimismo, entran dentro de dicho ámbito las sociedades mercantiles, donde el Estado (sus entes) conforma, junto al patrimonio privado, una persona jurídica³⁹. Por su lado, y de forma más genérica, establece la jurisprudencia peruana que: “(...) *el sujeto pasivo del delito*

³⁴ Véase Díez Ripollés, José Luis. “Derecho penal español. Parte general en esquemas”. 2da. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 129.

³⁵ *Ibidem* p.132. Da como ejemplo, para la diferenciación entre sujeto pasivo y perjudicado, el supuesto de homicidio, donde el sujeto pasivo es el muerto y los perjudicados sus familiares.

³⁶ Así, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal”. En: http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf, revisado el 16 de mayo de 2017, p.4. Así también en el Perú, IBERICO CASTAÑEDA, Fernando. “La constitución en actor civil como parte en el código procesal penal del 2004: requisitos, forma y oportunidad”. En: *Revista Gaceta penal y procesal penal* (T. 29-Nov), Gaceta Jurídica, Lima, 2011. Al señalar: “*Es la existencia del daño lo que justifica la obligación de repararlo [...] es el daño, y no el delito, el fundamento de la obligación de resarcirlo, obligación que se traduce en materia penal a través del instituto de la reparación civil*”, p. 190.

³⁷ Por ello, señala SAN MARTÍN CASTRO, César, que se define al actor civil como aquella persona que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito. “Derecho Procesal Penal”. 2da. Ed. Lima, Ed. Grijley, 2003. p. 259.

³⁸ En el mismo sentido, en el Perú ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 409; también RODRÍGUEZ HURTADO, Mario. “La concertación en el delito de colusión y la imputación objetiva”. En: *Revista de Derecho y Ciencia Política – UNMSM*. Vol. 64 (Nº 1 y 2), UNMSM, Lima, 2007, p.262. En España CATALÁN SENDER, Jesús. “Nuevos perfiles del delito de fraude funcional en el Código Penal de 1995”. En: *Actualidad Penal*. Nº4, 1998, p.78; CRESPO BARQUERO, Pedro. “De los fraudes y exacciones ilegales”. En: *Código penal. Comentarios y jurisprudencia. T. II*. CRESPO BARQUERO, P. & AAVV, Comares Ed, Granada, 2002, p. 2422.

³⁹ Así señala CASTRO MORENO, Abraham, que acorde a la legislación española (Ley 30/2007), la participación, directa o indirecta, del Sector Público debe ser superior al cincuenta por ciento. “Fraudes contractuales y exacciones ilegales. Adaptado a la LO 5/2010, de 22 de junio”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 20.

*es el Estado o el organismo público, en tanto tenga autonomía jurídica*⁴⁰” o “*El sujeto pasivo, es el Estado, entidad u organismo del Estado, que involucra no solamente a la administración del Poder Ejecutivo, sino a todos los demás Poderes del Estado y a los otros gobiernos locales o regionales; todos los cuales forman parte de la estructura estatal*⁴¹”.

Cabe mencionar, que tanto el Código penal peruano y español establecen que la defraudación tiene que ser dirigida al ente público u organismo del Estado. Por ello, las personas naturales o jurídicas que se encuentren concursando -p.e.- en la licitación pública y que hayan sufrido por la comisión del hecho delictivo un desmedro patrimonial, no son sujetos pasivos del delito, sino -de acuerdo a la diferenciación señalada *ut supra*- perjudicados con el hecho, siempre bajo la condición que demuestren que hayan sufrido algún daño material (patrimonial) o moral con dicho ilícito (p.e. pérdida de reputación)⁴².

4. Autoría y participación

El delito de colusión ha sido configurado como un delito especial propio, donde sólo aquellos sujetos que posean los elementos objetivos requeridos por el tipo penal pueden configurar, con su conducta, el hecho delictuoso⁴³. La edificación de esta forma del tipo penal tiene como fundamento la cercanía que mantienen los funcionarios con el objeto del delito, que para el presente estudio sería la proximidad al Estado mediante la participación en los contratos públicos. Por tanto, en principio, sólo el funcionario en razón de su cargo (*intraneus*) será autor del delito en estudio. Así, lo ha entendido la jurisprudencia peruana: “*Sujeto activo. Pueden ser autores de este delito, los funcionarios o servidores públicos que en razón de su cargo intervengan en las contrataciones o adquisiciones estatales*⁴⁴”.

Sin embargo, dada la connotación especial del delito de colusión como un *delito convergente* también, de *lege ferenda*, debería ser autor el particular interesado⁴⁵, el mismo que tendrá que tener unas connotaciones específicas como la de encontrarse inmerso en el proceso administrativo dirigido al contrato público. En caso no tenga dicha cualidad, no estaríamos propiamente en el delito de colusión, pues no existiría en la concertación la idoneidad necesaria para su configuración, ya que no se puede hablar de colusión cuando se concierta para que gane una empresa que no participa del proceso administrativo, dicha conducta estaría inmerso en el ámbito del derecho administrativo sancionador. No obstante, como se ha indicado *ut supra*, de acuerdo a la redacción

⁴⁰ Vid. Ejecutoria de la Corte Suprema de Justicia en lo penal, Recurso de Nulidad N° 3041-2007-Lima, de fecha 4 de marzo de 2009.

⁴¹ Vid. Recurso de Nulidad N° 2543-2013-Anchash, de fecha 12 de diciembre de 2014.

⁴² En un sentido similar, CASTRO MORENO, Abraham. op. cit. p.19.

⁴³ Véase a MUÑOZ CONDE. Francisco, quien señala: “*Nos encontramos ante delitos especiales, lo que supone que sujeto activo de estos delitos sólo puede ser la persona que además de realizar la acción típica tenga las cualidades exigidas en el tipo*”. “Derecho Penal Parte Especial”. 13ra ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001. p. 503. MARTÍNEZ ARRIERA, Andrés. “Delitos contra la Administración pública”. En: *Comentarios al Código penal. T.IV.* CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN y AAVV, Bosch, Barcelona, 2007, p. 3014; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Corrupción y delitos contra la Administración pública”. En FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y AAVV. En: *Fraude y corrupción en la administración pública*. Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2002, p. 187.

⁴⁴ Vid. Recurso de Nulidad N° 2543-2013-Ancash, de fecha 12 de diciembre de 2014.

⁴⁵ De esta posición, al señalar al funcionario y al particular interesado como codelincuentes. RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS. op. cit. p.1264. Igualmente, señala que la nueva redacción introduce al particular como autor. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. op. cit. p.988.

actual del CP, el particular interesado responderá como cómplice primario, por la importancia de su conducta, concertar, para la configuración del hecho delictivo.

De otro lado, respecto a terceros que carecen de los elementos especiales del tipo (*extraneus*) a lo más serán partícipes (inductores, cómplice primario o secundario), por más que para el tercero sea un funcionario o tenga el dominio del hecho en la comisión del delito de colusión, puesto que no pesa sobre él el deber especial que emana de la posición social que ocupa el funcionario a cargo del proceso de contratación pública⁴⁶.

Por lo tanto, sólo pueden ser autores del delito en estudio los funcionarios que posean tal status en base a una derivación de la administración pública y que además tenga, por razón de su cargo, que participar en el proceso de contratación pública⁴⁷; contando con la potestad de disponer sobre el desarrollo del proceso de contratación. Se tratan de sujetos con cierta capacidad para la toma de decisiones o influir en el proceso de contratación pública (informes técnicos por ejemplo) dentro del seno de la administración pública; y que, por tanto, al realizar los comportamientos descritos incumplen deberes que tienen asignados como consecuencia de su status en la administración pública. Por ello, por más que un tercero posea el “domino del hecho” (p.e. un ministro o alcalde), pero carezca de los elementos exigidos por el tipo penal, es decir no sea considerado propiamente funcionario que participe por razón de su cargo en la contratación pública, tendrá que ser sancionado a lo más como partícipe del delito, lo cual no impide que pueda ser sancionado con la misma pena (quantum) que el autor, ello en base a los art. 24° y art. 25° del CP, ello en base a la unidad del título de imputación.

Así, la concertación no puede ser cometida por cualquier persona, ya que el tipo penal describe quienes son los únicos que pueden cometer el delito: el funcionario y el particular interesado. Cabe señalar que, la imputación penal en el delito de colusión no se fundamenta en la estructura del tipo penal como delitos especiales propios, sino en la infracción de deberes que tiene el funcionario derivadas de su competencia en la administración pública (institucional), asumidas libremente. Como lo indica el profesor José Antonio CARO JOHN⁴⁸, los delitos especiales están basados en condicionamientos formales establecidos por el legislador, en tanto que los fundamentos de punibilidad son los delitos de dominio y/o delitos de infracción de un deber, así pueden existir delitos especiales que tengan como criterio de imputación el dominio del hecho (p.e. el delito de bigamia – artículo 139° del CP) y delitos comunes que tienen como fundamento la infracción de un deber especial (p.e. el delito de omisión de auxilio a persona en peligro – art. 127° del CP). Esta diferenciación básica es trascendental para establecer de forma coherente las imputaciones penales en el delito de colusión⁴⁹.

⁴⁶ Vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. “Los delitos consistentes en la Infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios”. En: *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María & SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. Grijley, Lima, 2001, p.155.

⁴⁷ Así, lo decisivo no es sólo la calidad de funcionario, sino el deber específico -por razón de su cargo- que se deriva de la posición especial que ocupa en la administración pública. En este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. “[...] lo determinante para la autoría no es “la condición formal de funcionario”, ya que si así fuera, cualquier delito cometido por quien ostenta dicha condición habría que considerarlo delito de funcionarios. Lo relevante es el deber específico de tener encomendado un cometido concreto”, op. cit. p.151.

⁴⁸ Vid. CARO JOHN, José Antonio. “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”. En: *Anuario de Derecho penal*. Ed. PUCP, Lima, 2004. p. 64.

⁴⁹ En este sentido CARO JOHN, José Antonio. op. cit. p. 60.

A fin de reforzar el párrafo que nos precede, es pertinente apuntar que en el Derecho penal existen dos criterios de imputación de conductas, por un lado se encuentran los delitos de dominio, referido a la infracción del deber general de no lesionar las esferas de libertad de terceros, y que es resumido en el ya famoso mandato hegeliano: “*sé una persona y respeta a los demás como persona*”⁵⁰; y, por el otro lado, los delitos de infracción de deber especial, relacionado al deber institucional de no lesionar o dejar que lesionen el bien puesto a custodia de la persona y, sobre todo, el deber de fomentar la relación con dicho bien⁵¹, aquí encontramos los deberes de los padres, funcionarios, etc., quienes por la posición social que *asumen* tienen determinados deberes especiales⁵². Desprendiéndose, que la diferencia entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de un deber especial se derivan de la base o estructura social asumida por la configuración penal correspondiente, por lo que el funcionario cometerá el delito de colusión, no por un dominio del hecho, sino por la infracción de deber especial, como ya la jurisprudencia peruana lo ha establecido: “(...) *El delito de colusión desleal (...) no es un delito de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber; integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando obligado así a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas referidas a su rol especial incurre en una responsabilidad penal de corte institucional*”⁵³.

De lo antes señalado, se colige que tanto el funcionario público como el tercero interesado cuentan con determinados elementos especiales exigidos por el tipo penal (delitos especiales). Empero, los criterios de imputación penal por el desarrollo de la conducta de concertación es distinta, en el funcionario pesa un deber especial derivado de la posición en la que se encuentra⁵⁴, en tanto que en el particular interesado nos encontramos ante el criterio de dominio del hecho, pues en él no pesa un deber especial, sino el deber genérico de no dañar, y para el contexto en el que se encuentra, es el de no afectar las expectativas que pesan sobre él como participante de un proceso administrativo de contratación pública. Esto ya ha sido asumido 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*”.

Cabe indicar que, se debe partir de que cada funcionario es responsable del ámbito de competencia que tiene dentro del proceso de contratación pública, por ende sus deberes le son atribuidos dependiendo del ámbito específico donde se desarrolle. Por ello, por

⁵⁰ JAKOBS, Günther. op. cit. p. 32.

⁵¹ CARO JOHN, José Antonio. (2004) op. cit. p. 60. Así también, por todos, Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, al señalar: “*En la responsabilidad por organización se imputan consecuencias de la propia organización; en la responsabilidad en virtud de un(a) institución, por su parte, existe responsabilidad como corolario de la previa existencia de un mundo en común entre bien jurídico y autor*”. “Delitos de infracción de deber y participación delictiva”. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 38.

⁵² No se nace con el status, sino que estos son en inicio, mediante la libertad, asumidos por las personas.

⁵³ Vid. Recurso de Nulidad N° 4564-2007-Piura, de fecha 26 de marzo de 2008.

⁵⁴ En contra, considerando como criterio de imputación material en el funcionario es el dominio del hecho. MONTROYA VIVANCO, Yván. “Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código penal peruano”. En: *Revista Actualidad Penal*. T. 171. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 98.

ejemplo, el secretario de actas del comité de selección tiene como competencia verificar la entrega de los documentos pertinentes por parte de las empresas participantes, mas no sobre la decisión que tomen los miembros del comité de conceder el contrato público a una empresa que no cumplió con los requisitos de las bases -técnicas o económicas- del concurso público. La idea sería entonces que cada espacio de la administración pública enmarca competencias específicas que generan ámbitos de responsabilidad diferentes⁵⁵. Así, para el caso de la colusión, los secretarios, los asesores legales, los vocales y el presidente del comité de selección tienen distintos niveles de actuación y poder de decisión, por ende distintos ámbitos de responsabilidad; por eso por más que el secretario pueda tener poder de realizar observaciones a la presentación de documentos por parte de las empresas participantes, su decisión no es vinculante con el poder de decidir que tiene el comité de selección de ignorar la observación realizada por el secretario, quienes pueden adjudicar el contrato público a una empresa que no cuente con requisitos pertinentes. Sin embargo, ello no es óbice para que el secretario omita la observación pertinente, pues de su parcela de competencia nace la obligación (*deber*) de hacer las observaciones convenientes.

Una vez establecidos los criterios materiales de imputación, podemos señalar que para el caso del funcionario sólo se admite -por su configuración como delito de infracción de deber especial- la autoría directa⁵⁶, empero no la autoría mediata o coautoría⁵⁷. Ello es así debido a que en los delitos de infracción de deber la posición del sujeto -funcionario para nuestro caso- es asumida de forma libre y específica por él; siendo que los deberes que nacen de esa posición le incumben sólo al mismo.

6.1. Infracción de deber especial y órganos colegiados

Una cuestión muy problemática, en el marco de la afirmación sobre la infracción de deber especial, lo encontramos en el ámbito de los procesos administrativos a cargo de los *comités de selección* competentes -básicamente- de la decisión de elegir a la persona jurídica o natural que será favorecida con el contrato público⁵⁸. En dicho marco, encontramos que ya el deber no es ceñido a un solo sujeto, sino que el deber es del colegiado, haciendo de todos sus integrantes una unidad. Por ello, lo indicado para los delitos de infracción de deber resulta problemática en el ámbito de los comités de selección (órganos colegiados), pues el sentido y relevancia de sus decisiones parte de

⁵⁵ En un sentido similar, llevado al campo de organizaciones empresariales, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas". En: *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*. IDEMSA, Lima, 2007, p. 305.

⁵⁶ En contra, al señalar que cabe la coautoría en el supuesto de que los funcionarios cuenten con una idéntica vinculación funcional. PAZ PANDURO, Moisés N. y DE FÁTIMA ROSAS RUIZ, Juana. "Acerca del momento consumativo y la participación en el delito de colusión desleal". En: *Normas Legales T. 364, Vol. 2*. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 171.

⁵⁷ CARO JOHN, José Antonio. quien indica: "[...] en los delitos de infracción de deber tampoco son posibles las modalidades de autoría delictiva conocidas como coautoría y autoría mediata. op. cit. p. 70. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. op. cit. p. 202.

⁵⁸ Similar es el caso en el delito de prevaricato administrativo español, donde muchas veces la resolución no emana de un sujeto individual, sino de un colegiado. Así, citando a la Sentencia del Tribunal Supremo español, de 22 de mayo de 2001: "Este delito (*Prevaricato*) se comete no solamente por los funcionarios que ejercen en un órgano unipersonal, sino también por todos los que, ostentando esta condición, están integrados en un órgano colegiado, bien en su condición de presidente o de simple miembro de la corporación, siempre que concurren en cada uno de ellos las exigencias del tipo penal de la prevaricación, es decir, que sus voluntades confluyan en la formación de la resolución injusta o arbitraria". BLANCO LOZANO, Carlos. "Tratado de Derecho Penal español T.II. El Sistema de la parte especial. V.2.". J.M Bosch, Barcelona, 2005, p. 485.

entender al colegiado como un todo. Tal es el sentido, que en el art. 25 del Reglamento de la Ley N° 30225⁵⁹, Ley de Contrataciones del Estado, se establece:

“Artículo 25°.- Quórum, acuerdo y responsabilidad

25.1. El comité de selección actúa en forma colegiada y es autónomo en sus decisiones, las cuales no requieren ratificación alguna por parte de la Entidad. Todos los miembros del comité de selección gozan de las mismas facultades, no existiendo jerarquía entre ellos. Sus integrantes son solidariamente responsables por su actuación, salvo en relación a los actos por los cuales aquellos hayan señalado en el acta correspondiente su voto discrepante.

(...) b) Los acuerdos se adoptan por unanimidad o por mayoría. No cabe la abstención por parte de ninguno de los integrantes.

25.3. Los acuerdos que adopte el comité de selección y los votos discrepantes, con su respectiva fundamentación, constan en actas que deben ser suscritas por estos, que se incorporan al expediente de contratación.”

Es decir, se le da un sentido de unidad a las actividades desarrolladas por el comité de selección a fin de que los deberes sean comprendidos no sólo de forma individual (por cada funcionario), sino también colectiva. Así por ejemplo, la decisión de qué persona (natural o jurídica) es la elegida para el contrato público no depende de la decisión de un solo funcionario, sino de la decisión colectiva (comité de selección). En el mismo sentido, el deber de vigilar que se cumplan con requisitos técnicos para la concesión del contrato es para todos los que integran el comité. Ello tiene repercusiones importantes a la hora de establecer la idoneidad de la concertación pues, no resulta -en inicio- idóneo realizar una concertación con sólo uno de los integrantes del comité, ya que un voto no determina la elección del ganador del proceso administrativo, por lo que se tendría que analizar aquí si es relevante jurídico-penalmente el acuerdo de las partes (funcionario-particular interesado) para configurar el delito de colusión.

Al respecto, consideramos -de la mano del principio de responsabilidad por el hecho propio- que cada funcionario integrante del comité de selección es responsable de la parcela de poder (funciones y atribuciones) que la administración pública le ha concedido, y que él ha aceptado; por ende, la concertación ilícita que realice cada funcionario público con un particular interesado es constitutivo del delito de colusión, ello de la mano de la protección del bien jurídico ya indicado, más aún cuando -como se ha destacado- pesa sobre cada funcionario unos deberes especiales que le han sido asignados por la importante labor que desempeñan en la administración pública, y que repercute de forma singular en el desenvolvimiento de la sociedad. Bajo esta posición, si cada integrante del comité especial se concierta con cada uno de los representantes de las diferentes empresas que participan para obtener el contrato público, serán responsables del delito de colusión, por más que la concertación resulte infructuosa al no tener el *quórum* necesario de funcionarios para obtener el contrato público, debido a que ha infringido su deber, que es individual y personalísimo⁶⁰.

6.2. Participación delictiva

⁵⁹ Conforme al Decreto Supremo N° 056-2017-EF, que modifica el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, publicado el 19 de marzo de 2017.

⁶⁰ Por todos, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, quien considera que no hay lugar para deberes conjunto en el marco de los delitos de infracción de deber, debido a que los mismos son individuales y personalísimos. op. cit. p. 204.

En lo que respecta a la participación, y conforme a lo señalado anteriormente, sí cabe responsabilidad de un tercero como partícipe. En el caso del funcionario, donde nos encontramos en la comisión del delito mediante infracción de deberes especiales, cabe la posibilidad de participación, por más que sobre el tercero no pese ningún deber especial, ello en base a que el aporte del tercero permite la comisión del delito de colusión, comprendiendo su conducta como una adhesión inequívoca al injusto típico del funcionario público⁶¹. Asimismo, al encontrarnos en un delito de infracción de deber, el tercero extraño siempre será partícipe del delito, por más que tenga un dominio sobre el hecho⁶²; debido a que -como ya se ha mencionado- el fundamento de imputación en los delitos de infracción de deberes especiales es personalísimo.

Por otro lado, en cuanto al particular interesado, si seguimos la propuesta de *lege ferenda* sobre su autoría, también cabe la participación de un tercero en grado de inductor, cooperador necesario o cómplice. Así, si es un tercero (alto directivo de la empresa) el que determina al particular interesado (un gerente de la empresa) a concertarse con el funcionario para obtener ilícitamente el contrato público, será pasible de la sanción penal correspondiente en grado de inductor. Sin embargo, en el Perú la doctrina mayoritaria establece que al no estar tipificado de forma expresa en el tipo penal la autoría del particular interesado, éste ya no podría ser autor, sino partícipe *extraneus* el delito de colusión cometido -únicamente- por el funcionario⁶³. Solución que no compartimos al no captar el injusto del delito en su conjunto: *la concertación*. La misma que no depende sólo del actuar del funcionario, sino también del particular interesado. 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 manejarse por las reglas del procedimiento administrativo, sino de obtener directamente un contrato público. Al respecto, la jurisprudencia en algún sentido ha comprendido la relevancia del particular interesado para la configuración del delito de colusión; sin embargo, por criterio de imputación, solo responde como partícipe: “(...) Sin embargo, también lo es que, **los interesados**, esto es, los proveedores, concursantes o licitaciones, si bien no pueden ser pasibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto su conducta no lesionan los deberes funcionales; sin embargo, su intervención puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplice primario, **en tanto sin su participación resulta imposible defraudar al Estado**⁶⁴”. Sobre este punto, consideramos que debe modificarse el artículo 384º de nuestro Código penal, a fin de comprender al particular interesado como autor del delito, no dejando espacios de

⁶¹ Así lo menciona Percy GARCÍA CAVERO al señalar que: “cabe igualmente la posibilidad de sancionar como partícipe del delito especial al particular siempre que pueda afirmarse una adhesión inequívoca al injusto típico del funcionario público. Se trataría de una participación sustentada no en la infracción de una competencia institucional, sino en una competencia por organización especialmente reprochable”. op. cit. p. 53.

⁶² En ese sentido, señala Paz M. DE LA CUESTA AGUADO que: “Para la teoría de los delitos de infracción de deber, la autoría, al fundamentarse en una estructura diferente a los delitos en los que prima el dominio del hecho, permitirá la consideración de coautor a quienes infrinjan conjuntamente un deber conjunto, de forma que aunque sea el extraneus quien tenga el dominio del hecho en un supuesto concreto, no podría ser autor”. “Sujetos y autores en los delitos de funcionarios: Dos reflexiones teóricas con incidencia práctica”. En: *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo (Dir.). Editorial Constitutio Criminalis Carolina, 2013. pp.190-191.

⁶³ Así en el Recurso de Nulidad N° 124-2005-Ancash: “Respecto al particular interesado que contrata con el estado, la jurisprudencia es relativamente uniforme al admitir la teoría de la unidad de título de imputación, castigándolo como partícipe extraneus con el marco penal previsto para el delito de colusión desleal. Citado por GARCÍA CAVERO, Percy. op. cit. p.52.

⁶⁴ Vid. Recurso de Nulidad N° 1969-2012-La Libertad, de fecha 16 de enero de 2014.

impunidad en la lucha contra la corrupción, siguiendo para ello a la legislación comparada, de forma específica el Código penal español.

7. Conclusiones

- Dentro de los ámbitos donde se desarrolla la corrupción, el proceso administrativo de contratación pública de bienes y servicios es el más grave, al ser utilizado por los funcionarios, en confabulación con particulares, para direccionar el proceso concursal a favor determinadas empresas. Por lo que merece una dedicación apropiada por parte del Estado en la configuración de sus políticas públicas dirigidas a la lucha contra la corrupción.
- Del análisis de las distintas posiciones sobre bien jurídico protegido penalmente en el delito de colusión, se ha determinado que lo protegido es la expectativa normativa de conducta de que los intervinientes (funcionario y particular) en los procesos de contratación pública no abusarán de sus facultades o incumplirán sus deberes -que emanan de su participación en el proceso administrativo-, a través de la concertación ilícita, para procurar defraudar al Estado.
- La actividad contractual relevante jurídico-penalmente se desarrolla, en contra de algunos autores, en todas las fases del proceso administrativo: aspecto interno de la corrupción (elaboración de las bases), aspecto adjetivo de la corrupción (proceso y selección) y aspecto material del contrato (ejecución del contrato). En ese sentido, consideramos más correcta la nueva regulación de la colusión, pues en la anterior regulación realizaba una serie de actividades contractuales que dejaban fuera de las mismas a modalidades de actos jurídicos relevantes para el adecuado desarrollo de la administración pública.
- Se debe entender con los términos “directa o indirectamente”, regulados en el tipo penal de colusión, que aquellos funcionarios que no tengan participación en la decisión final sobre el ganador de la buena pro en un concurso de licitación, también serán considerados autores del delito de colusión, siempre que participen -en el marco de sus funciones- en cualquiera de las fases del proceso de contratación pública, a través de distintas actividades (informes técnicos, secretario del comité de selección, inspector de ejecución de obras, entre otros).
- Dentro del estudio del delito de colusión, se determinó que el mismo se configura como un delito de convergencia, donde la guía para la comprensión del hecho delictivo la marca el verbo rector *concertar*, así se requiere del aporte conjunto del funcionario y el interesado para establecer la unidad de sentido jurídico penal del ilícito. En ese sentido, somos de la posición de que se modifique el CP peruano e incluir, como hace el español, al particular interesado como autor del delito -y no como partícipe del mismo-, lo cual genera consecuencias (como la instigación y complicidad) favorables en la lucha contra la corrupción.

Bibliografía

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. “Los Delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano”, 2da Ed, Palestra Ed., Lima, 2003.
- BLANCO LOZANO, Carlos. “Tratado de Derecho Penal español T.II. El Sistema de la parte especial. V.2.”. J.M Bosch, Barcelona, 2005.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel. “Delitos contra la Administración Pública”. En: *Manual de Derecho Penal. PE. TII. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio*, Deusto Jurídico, Madrid, 2005.
- CARDONA TORRES, Juan. “Derecho penal parte especial”, Bosch, Barcelona, 2010.

- CARO JOHN, José Antonio. “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”. En: *Anuario de Derecho penal*. Ed. PUCP, Lima, 2004.
- CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. “La tipificación de la corrupción en la contratación pública en Europa”. En: *Poder y delito: Escándalos Financieros y Políticos*. Salamanca, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura & AAVV, Ratio Legis, 2012.
- CASTRO MORENO, Abraham. “Fraudes contractuales y exacciones ilegales. Adaptado a la LO 5/2010, de 22 de junio”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CATALÁN SENDER, Jesús. “Nuevos perfiles del delito de fraude funcional en el Código Penal de 1995”. En: *Actualidad Penal*. N°4, 1998.
- CÓRDOVA RODA, Juan y AAVV. “Comentarios al Código Penal. PE”. T.II, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- CRESPO BARQUERO, Pedro. “De los fraudes y exacciones ilegales”. En: *Código penal. Comentarios y jurisprudencia. T. II*. CRESPO BARQUERO, P. & AAVV, Comares Ed, Granada, 2002.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. “Sujetos y autores en los delitos de funcionarios: Dos reflexiones teóricas con incidencia práctica”. En: *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo (Dir.). Editorial Constitutio Criminalis Carolina, 2013.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Corrupción y delitos contra la Administración pública”. En FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y AAVV. En: *Fraude y corrupción en la administración pública*. Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2002.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GIMÉNEZ-SALINA I COLOMER, Esther (Coord.). “Manual de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General”, Librerías Artemis Edinter SA, Guatemala, 2001.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “Derecho penal español. Parte general en esquemas”. 2da. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. En: “La aportación de las teorías contractualistas” http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8674/aportacion_fernandez_2001.pdf, revisado el 22 de mayo de 2017.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. “Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas”. En: *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*. IDEMSA, Lima, 2007.
- GARCÍA CAVERO, Percy. “Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal”. En: *El delito de colusión*. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, Grijley, Lima, 2008.
- HURTADO POZO, José. “Corrupción y Derecho Penal”. En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140608_02.pdf, página visitada el 8 de mayo de 2017.
- IBERICO CASTAÑEDA, Fernando. “La constitución en actor civil como parte en el código procesal penal del 2004: requisitos, forma y oportunidad”. En: *Revista Gaceta penal y procesal penal* (T. 29-Nov), Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”. 2da Ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Günther. “Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional”. En: *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*. Palestra, Lima, 2000.

- JAREÑO LEAL, Ángeles. “Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública”. Ed. Iustel, Madrid, 2011.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. “Tratado de Derecho penal. Parte general”. 5ta. Ed., Ed. Comares, Granada, 2002,
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “Código penal. II. Parte especial”. Comares, Granada, 2010.
- MARTÍNEZ ARRIERA, Andrés. “Delitos contra la Administración pública”. En: *Comentarios al Código penal. T.IV.* CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN y AAVV, Bosch, Barcelona, 2007.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. “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.* GASPAR CHIRINOS, Ángel y MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (Dir.), Gaceta Jurídica, Lima, 2015.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. “El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión”. En: *Revista de Gaceta Penal & Procesal Penal. Lima, N° 79, Enero 2016,* Gaceta Jurídica, Lima, 2016.
- MARTÍNEZ MORA, Gema. “Fraudes Ilegales”. En: *Código Penal. Parte Especial. T. II. V. II.* AMADEO GADEA, Sergio (Coord.), Factum Libri Ediciones S.L., Madrid, 2011.
- MEINI MÉNDEZ, Iván. “El marco normativo internacional anticorrupción”. En: *La Lucha contra la Corrupción en el Perú. El Modelo Peruano: La Experiencia de las Procuradurías Anticorrupción.* SIMON, Jan-Michael & RAMÍREZ, William (Coords.), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos & GIZ, Lima, 2012.
- MONTOYA VIVANCO, Yván. “Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código penal peruano”. En: *Revista Actualidad Penal. T. 171.* Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Fraudes y exacciones ilegales”. En: *Sistema de Derecho penal español parte especial.* MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.), Dykinson, Madrid, 2011.
- MUÑOZ CONDE. Francisco. “Derecho Penal Parte Especial”. 13ra ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. “Delitos contra la Administración Pública”. En: *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). Madrid, La Ley, 2012.
- PARIONA ARANA, Raúl. “El Marco Normativo Nacional Anticorrupción. Estado actual y propuesta para su consolidación”. En: *La Lucha contra la Corrupción en el Perú. El Modelo Peruano: La Experiencia de las Procuradurías Anticorrupción.* SIMON, Jan-Michael & RAMÍREZ, William (Coord.). MINJUS, Lima, 2012.
- PAZ PANDURO, Moisés N. y DE FÁTIMA ROSAS RUIZ, Juana. “Acerca del momento consumativo y la participación en el delito de colusión desleal”. En: *Normas Legales T. 364, Vol. 2.* Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Fraudes y exacciones ilegales”. En: *Curso de Derecho penal español. PE. II.* COBO DE ROSAL, Manuel (Dir.). Marcial Pons, Madrid, 1997.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro. “Los delitos de corrupción de Funcionarios: una Visión crítica a partir del “caso Montesinos”. Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de

- humo, víctima o partícipe?” En: *Revista Ius et Veritas N.º 23, año XII*, PUCP, Lima, 2001.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. “Delitos contra la Administración Pública en el Código penal”, Jurista Editores, Lima, 2015.
 - RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Joaquín. “Fraudes y Exacciones ilegales”. En: *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Dir.), La Ley, Madrid, 2009.
 - RODRÍGUEZ HURTADO, Mario. “La concertación en el delito de colusión y la imputación objetiva”. En: *Revista de Derecho y Ciencia Política – UNMSM*. Vol. 64 (Nº 1 y 2), UNMSM, Lima, 2007.
 - ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos contra la Administración Pública” 4ta. Ed., Grijley, Lima, 2007.
 - ROJAS VARGAS, Fidel. “Ubicación dogmático-normativa y rol que juegan los interesados en el delito de colusión desleal”. En: *Dialogo con la Jurisprudencia*. Nº 34, Julio-2011, Gaceta Jurídica.
 - SALINAS SICCHA, Ramiro. “Delito de colusión según la Ley N° 29758”. En: *Revista Gaceta penal y procesal penal. T. 29*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
 - SAN MARTÍN CASTRO, César. “Derecho Procesal Penal”. 2da. Ed. Lima, Ed. Grijley, 2003.
 - SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. “Fraudes y exacciones ilegales”. En: *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZALÉS CUSSAC, José Luis (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
 - SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. “Delitos de infracción de deber y participación delictiva”. Marcial Pons, Madrid, 2002.
 - SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal”. En: http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf, revisado el 16 de mayo de 2017.
 - SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. “Los delitos consistentes en la Infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios”. En: *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María & SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. Grijley, Lima, 2001.
 - SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS (Coord.), JUDEL PRIETO, Ángel y PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. “Fraudes y exacciones ilegales”. En: *Manual de Derecho Penal. T. II. PE*. 6ta Ed., Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011.