

# EL DELITO DE COLUSIÓN

 **Daniel Quispe Meza**

Abogado PUCP.

Magíster en Derecho Penal  
(Univ. Salamanca, España).

Docente universitario PUCP.



---

# 1. COLUSIÓN



# EL DELITO DE COLUSIÓN

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

# El bien jurídico protegido. El correcto funcionamiento de la Administración Pública

- Lo que se busca tutelar **es la función pública** que encuentra su justificación en parámetros constitucionales que son los que delimitan cómo debe darse su correcto funcionamiento. (DE LA MATA, 2009, p. 248).
- La Administración debe ser protegida por ser un instrumento y presupuesto necesario para que los ciudadanos puedan **acceder a diversos servicios públicos de manera igualitaria, transparente y objetiva**. Así mismo, es importante señalar que estos fines podrán constatarse conforme a lo estipulado en la **Constitución** (como se indicó, debe ser democrática). (ASUA BATARRITA, 1997, p. 22).
- El Tribunal Constitucional reconoció que en los delitos contra la Administración Pública se busca proteger el “correcto funcionamiento de la Administración Pública” y, desde un enfoque constitucional, se busca salvaguardar de manera oportuna los principios constitucionales que se derivan del Capítulo IV, del Título I, de la Constitución, denominado “de la función pública”. Expediente 017-2011-PI/TC, del 3 mayo de 2012. Fundamento jurídico 14.

# El bien jurídico protegido en los delitos de colusión y negociación incompatible

- **Principios constitucionales que rigen la contratación pública:** imparcialidad y trato igualitario a los postores. Siendo la colusión un delito contra la Administración Pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, lo que justifica la intervención penal es el reprimir actos contra los principios constitucionales que informan la contratación pública. Expediente 017-2011-PI/TC, del 3 mayo de 2012. Fundamento jurídico 26.
- “Imparcialidad significa actuar con neutralidad para tomar una decisión. En la colusión, el delito está situado en un contexto en el cual el funcionario que negocia con las contratistas a nombre del Estado no puede actuar con imparcialidad” (Rojas Vargas, 2016, p. 188).
- **¿El bien jurídico es el patrimonio estatal en el tipo agravado de colusión?**

Rojas Vargas, Fidel  
“Delitos contra la administración  
pública”  
Lima, 2007.  
Página 407

El objeto de la tutela penal es múltiple en el delito de colusión defraudatoria: a) Preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones que a nombre del Estado efectúan los negociadores oficiales (funcionarios y servidores públicos especialmente vinculados); b) Garantizar la intangibilidad de los roles especiales, inherentes a la función pública, que asumen dichos negociadores en sus relaciones con los interesados en contratar con las diferentes reparticiones públicas; de este modo se asegura, mediante el efecto comunicativo de naturaleza preventiva de la norma penal, la profesionalidad, objetividad y celo de los funcionarios y servidores públicos especialmente consignados y; c) Asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, conminando con severa penalidad a los funcionarios y servidores públicos que transgrediendo sus roles especiales de negociación y representatividad pública quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado. Deber de probidad funcional que no se afirma sólo en valoraciones de exclusiva naturaleza ética sino que se sustenta en el fundamento constitucional del servicio a la nación al que se deben todos los funcionarios y servidores públicos.

Recurso de Nulidad N°  
4661-2007/Ucayali

El núcleo rector del delito de colusión desleal [previsto en el artículo 384 del Código Penal] es que el sujeto activo [funcionario público] quebranta la función especial que desempeña/viola el principio de confianza deposita en él con el consiguiente engaño al interés público, al asumir roles incompatibles y contrarios a **las expectativas e interés patrimoniales del Estado**

# El delito de colusión ¿Es necesaria una pericia valorativa para probar la defraudación al Estado?

- **RECURSO DE NULIDAD 2299-2017-ANCASH. Sala Penal Transitoria.**
- Delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la Administración Pública sufra un perjuicio, siendo el caso que **la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado.** La defraudación no puede ser entendida como producción (o posibilidad) de un perjuicio, no constituyendo por tanto -el perjuicio- un elemento objetivo del tipo – en su modalidad simple-, sino un **indicio** que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio (defraudatorio). F.J. 6.
- Dos elementos típicos: a) la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado y **b) el peligro potencial para el patrimonio estatal,** generado por tal concertación ilegal. Delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta -“para defraudar”-. Por ello, es indispensable verificar el aumento sustancial del peligro al bien jurídico protegido. F.J. 8.
- En el presente caso **no se cuenta con una pericia valorativa** sobre la obra a efecto de verificarse si la conducta colusoria entre el exalcalde y el imputado podía generar un perjuicio al Estado. Para este propósito, era necesario actuar este medio probatorio, más aun si la propia Sala Penal mediante el auto de enjuiciamiento del tres de agosto de dos mil once -véase a fojas setecientos dieciséis-, ordenó efectuarse dicha pericia. F.J.9.

## Recurso de Nulidad N° 109-2017 (fundamento quinto)

El delito de colusión desleal se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: i) El acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito. ii) Perjudicar a un tercero, en este caso el Estado. iii) Realizar ello mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público o servidor público que interviene en proceso de contratación pública en razón de su cargo concierne con los interesados defraudando al Estado; al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes –el Estado y los particulares– esté referido a que las condiciones de contratación se establezcan deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado.

En el delito de colusión, los funcionarios o servidores públicos, aprovechando la posibilidad de su cargo, de intervenir en las diversas transacciones que firma el Estado, en calidad de representantes del mismo, lo defraudan al coludirse y favorecer a un tercero interesado en la firma de un contrato con el Estado. Violenta, de esta forma, los deberes de objetividad e imparcialidad, y perturba el normal funcionamiento de la Administración Pública, por lo que este es el bien jurídico protegido del ilícito penal en cuestión. El objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado. **Con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado, sino también garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público, en calidad de representante del Estado**, en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la Administración Pública, asegurando los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de este, evitando así actos defraudatorios.



## Principales características

Recurso de Nulidad N° 59-2018/Lima Norte  
(fundamento quinto)

El delito de colusión ilegal, previsto en el artículo 384, del Código Penal, presenta —entre otras— las siguientes características:

**5.1.** El injusto consiste básicamente en el comportamiento del funcionario o servidor público que intervenga por razón de su cargo o comisión especial) orientado a la producción de un menoscabo de la gestión pública (en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante), mediante la concertación con los interesados en esos negocios jurídicos. En ese sentido, **se trata de un delito de encuentro**.

**5.2.** Los interesados son personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, que contratan con el Estado. El profesor Fidel Rojas Vargas señala que: “El interesado constituye el elemento fundamental de la redacción típica. El tipo penal está redactado de modo que requiere de estos concurrentes necesarios para perfeccionar la conducta típica. Esta contraparte es la que hace posible el delito mediante sus aportes confabulatorios”. En ese sentido, **los particulares intervinientes son partícipes necesarios**.

**5.3.** No es autor de este delito cualquier funcionario, sino solo aquellos que participen en procesos de contratación pública u otros señalados en el tipo penal.

**5.4.** Es un delito de infracción de deber, pues la conducta es atribuida solo a los funcionarios y servidores públicos, que de acuerdo con el cargo que ocupan dentro de la institución tienen asignado un deber específico (posición de garante).

**5.5. Esos deberes se originan generalmente en otras ramas jurídicas, como los deberes extrapenales previos a la norma penal** (...)

# Concertarse “por razón del cargo”

- **Recurso de Nulidad 2617-2012-Callao.**
- Es un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndose al rol especial de funcionario, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que, cuando **defraude las expectativas normativas**, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional. El funcionario o servidor público debe de haber intervenido en la operación defraudatoria **en razón de su cargo o de su comisión especial, que puede provenir de la ley, de un decreto, ordenanza, resolución, reglamento o acto administrativo**, presentándose una incompatibilidad total o parcial entre las atribuciones legales del cargo o comisión que se le han asignado y los convenios que lleva a cabo. F.J. 3.4.
- R.N. 615-2015- LIMA. “Diarios Chicha” → Vínculo funcional normativo.
- R.N. 1940-2017-ANCASH → Disponibilidad mediata como Alcalde.

# Concertarse “por razón del cargo”

- **Recurso de Nulidad 1940-2017/ANCASH**
- “(...) SEXTO. Que, ahora bien, el alcalde, en principio, como máxima autoridad de la Municipalidad, tiene **mediatamente** la disposición funcional sobre los caudales públicos –existencia de una relación funcional sobre ellos–. A él le corresponde, desde lógicas de administración o gestión, dirigir y supervisar las actividades económicas de la institución edil, al punto que la disposición de los bienes públicos para finalidades determinadas requiere de su concurso directivo. En el presente caso, el conjunto de obras realizadas y cuestionadas, vulnerando las regulaciones de la materia que comprometían el presupuesto de la municipalidad, por su dimensión e importancia no podían realizarse –en términos de definición, gestión financiera y pagos-sin su necesaria intervención como máxima autoridad edil.”

# Concertarse “por razón del cargo”

- **Casación 1626-2018/SAN MARTIN**
- “10.3 (...) Esta bilateralidad no significa que el pacto o la concertación requiera para su conformación que todos los participantes de una parte tomen contacto directo con su contraparte. La concertación con el o los interesado(s) **puede efectivizarse indirectamente** a través de cualquiera de los otros funcionarios o servidores participantes en el proceso de contratación. Lo relevante para este efecto es que el funcionario o
- servidor público intervenga directa o indirectamente, por razón del
- cargo, en cualquier etapa del proceso de adquisición de bienes o servicios públicos. Lo decisivo para el involucramiento en la concertación es su conocimiento de la concertación con el particular y su intervención en la concreción del pacto o concertación.”



Contexto contractual

Recurso de Casación N°  
468-2019/Lima  
(fundamento tercero)

Es de resaltar, en cuanto al ámbito de comprensión típica de los negocios jurídicos comprendidos en el delito de colusión –el marco en el que se va a cometer la conducta defraudatoria–, que el tipo delictivo se circunscribe a la “[...] adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado”. Sin duda, en estos negocios jurídicos el Estado es parte y están comprendidas las diversas etapas **(obtención de la buena pro, celebración del contrato o acuerdo, ejecución del mismo o prórroga)** de los (i) procesos de competencia reglados en general (adquisiciones de bienes y servicios materia de diversos procesos de selección previstos en la ley de la materia); (ii) acuerdos específicos o concretos para prestaciones de bienes y/o servicios; (iii) concursos de precios; (iv) ejecuciones de subastas públicas; (v) celebraciones de contrataciones públicas nacionales o internacionales; (vi) formulación de ajustes (adecuación o reacomodo de un negocio jurídico para ajustar precios, plazos, remuneraciones, servicios, etcétera); (vii) celebración de contratos sobre procedimientos de liquidación (culminación de contratos celebrados con el Estado). Asimismo, expresamente comprende (viii) las concesiones, en cuya virtud el Estado otorga a los particulares la gestión y explotación de los servicios públicos, obras públicas de infraestructura o recursos públicos; y, (ix) las denominadas “cualquier otra operación semejante” en las que el Estado interviene como parte, esto es, las actividades referidas, por ejemplo, a expropiaciones, negociaciones internacionales de deuda externa, indemnizaciones, operaciones tributarias (...)

# ¿El delito de colusión solo se configura con la celebración del contrato?

- **Recurso de Nulidad 1527-2016- Del Santa. Sala Penal Transitoria**
- La intervención de N.N. no fue post delictiva, pues el concierto en los marcos de una contratación pública **se puede producir durante todo el procedimiento de adquisición**, que implica el (i) acto de la toma de la decisión para adquirir determinados bienes, (ii) el acto de adquisición y celebración del contrato, (iii) el acto de consolidación de la misma, (iv) el acto de entrega y de control de lo adquirido y, finalmente, (v) **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 punible. F.J.9.

El delito de colusión se da en un contexto de contratación estatal; no obstante, **no se limita a lo mencionado en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sino que engloba a todos los contratos administrativos y civiles en los que el Estado sea una de las partes.**

Lo anterior se fundamenta en la expresión “cualquier operación a cargo del Estado”, pues en este caso estamos frente a una cláusula abierta y de interpretación analógica. Esto quiere decir que se va a dotar de contenido a través de un razonamiento analógico siguiendo el parámetro marcado por la enumeración previa.

Por ello, el término “cualquier operación” debe coincidir con los contratos, civiles o administrativos, de naturaleza económica en los que intervenga el Estado.

Cuando el Estado celebra contratos, muy independientemente de su naturaleza —pública o privada—, en todo momento su participación en las relaciones contractuales es inherente a una finalidad que es cautelar los intereses patrimoniales del Estado y, por lo mismo, cautelar los intereses particulares de cada institución pública.

(...)

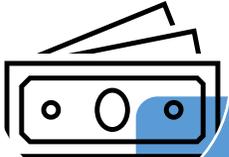
En consecuencia, el Tribunal Superior interpretó erróneamente el artículo 384 del Código Penal debido a que no solo se incurre en el presunto delito de colusión cuando los contratos celebrados por el Estado se realizan en el marco de contrataciones y adquisiciones del Estado, **sino en cualquier tipo de contratos, independientemente de si son contratos privados o públicos.**

Cabe precisar que el hecho de que el patrimonio inmobiliario de las sociedades se oriente por las normas del Código Civil no los exime de responsabilidad penal; no los aparta de sus deberes y obligaciones de cautelar los bienes e intereses del Estado. Así también, no convierte al funcionario público en un particular; no lo despoja de sus funciones y deberes (...).



¿Y los contratos  
civiles y  
administrativos?

Recurso de Casación N°  
111-2020/Huánuco



Defraudar al estado

Recurso de Casación N° 9-  
2018/Junín  
(fundamento primero)

La interpretación del mencionado tipo penal debe efectuarse conforme a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que en el inciso 2 de su artículo 3 establece: “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**”.

A partir de lo expresado, **vía control convencional**, resulta válido afirmar que el término “defraudar al Estado” no tiene una connotación patrimonial; por ello, no es una exigencia objetiva de punibilidad para determinar la configuración del tipo la acreditación de un perjuicio material o económico contra el Estado.

El bien jurídico protegido en el delito de colusión –tipo penal de infracción– no es únicamente el patrimonio del Estado, pues su cautela es un deber entimemático. **El agente activo de la colusión tiene el deber de obrar con pulcritud y dotar de eficiencia los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer de dinero público**. Tal deber también constituye objeto de protección sustancial, debido a que la colusión se configura en determinado contexto administrativo de compras estatales.

En la elección del proveedor de bienes o servicios, el funcionario público tiene el deber de optimizar las adquisiciones. Así, deberá realizar un juicio ponderado respecto del precio, la calidad y la garantía de cumplimiento de las cláusulas contractuales ofrecidas por los postores que estime convenientes. Durante los procesos de adquisición, el Estado debe tener una adecuada representación –nadie compra bienes de mala calidad para perjudicarse o paga su dinero para que le incumplan un contrato–; y es el quiebre doloso de dicho deber para realizar una adquisición defectuosa o para favorecer a un proveedor específico la conducta que fundamenta el injusto de colusión.

La defraudación al Estado tiene que ser producto del concierto confabulatorio con los interesados, que por su naturaleza misma rebasa y contradice los términos de entendimiento normales de toda concertación que acompaña la celebración de negociaciones o contratos. Es natural a la lógica de toda contratación o negociación que exista en mayor o menor grado acercamientos, conversaciones concertaciones para afinar y definir los términos de entendimiento contractual, conforme a las bases administrativas prefijadas en la ley y el reglamento. **Lo que no es normal es que esta concertación sea practicada para engañar y pasar por encima de las expectativas de calidad o idoneidad, precio y oportunidad que satisfagan las pretensiones objetivas y racionales de la administración pública**; es inaceptable para la administración pública y también para el derecho penal que dicha concertación sea confabulatoria, dolosa, ilegal.

Rojas Vargas, Fidel  
“Delitos contra la  
administración pública”  
Lima, 2007.  
Página 413

La defraudación realizada por acto propio del sujeto activo sin nexo de concertación con el contratista no es típica de este delito; tampoco lo es la sola concertación entre funcionarios vinculados que deciden defraudar y efectivamente vulneran los intereses del Estado, o aquella practicada con un funcionario o servidor que se halla al margen de dicho nexo funcional. En tales supuestos, no existirá la especial concertación (entre vinculados e interesados) que exige el tipo penal, siendo ello suficiente para configurar una situación de atipicidad por delito de colusión desleal, pudiendo articular hipótesis de cohecho pasivo o subsidiariamente de enriquecimiento ilícito.

La defraudación a los intereses patrimoniales de la administración pública no requiere como elemento del tipo el provecho o beneficio personal del funcionario o servidor público, sin embargo ello no impide considerar que en un gran número de casos pueda producirse, configurando concursos con el delito de cohecho. En cambio la lesión a los intereses del Estado supondrá beneficios ilegales para el contratista o interesado. En ambos casos es deber funcional del Fiscal para afirmar la imputación por delito de colusión desleal acreditar la afectación patrimonial sufrida por el Estado (específicamente por la repartición pública perjudicada) como resultado de la conducta típica defraudatoria realizada por el sujeto público y el interesado (...)

Recurso de Casación N° 9-  
2018/Junín  
(fundamento primero)

En el delito de colusión no se protege el patrimonio del Estado en un sentido económico –menoscabo cuantitativo en términos contables–, **sino la asignación de los recursos públicos de manera eficiente y funcional.**

Como consecuencia de lo mencionado, el principio de lesividad permite aseverar que el tipo penal no es uno de resultado, sino uno de mera actividad que se configura cuando el agente delictivo se confabula con un particular para efectuar una contratación estatal –sea a favor o contra el Estado–.

Se descarta la protección exclusiva al patrimonio del Estado y el concurso necesario de un perjuicio para la configuración típica del delito de colusión, **por cuanto el pacto colusorio podría importar un beneficio para el Estado.** Sin embargo, la obtención de dicha gracia implicaría justificar la confabulación del funcionario público con un privado para concederle determinada contratación en desmedro de la optimización de calidad que podrían ofrecer libremente otras personas naturales o jurídicas –limitando la proposición de potenciales mejores ofertas–.

Entonces, conforme a lo antes descrito, resulta válido afirmar que **el término defraudación previsto en el tipo cuyo texto legal se imputa no es equivalente al perjuicio económico material.**

# DELITO DE COLUSIÓN: ¿DELITO DE PELIGRO?

Recurso de Nulidad N° 207-  
2019  
(fundamento octavo)

El tipo penal de colusión, que por definición es plurisubjetivo, pretende tutelar la Administración pública – como instrumento al servicio de los ciudadanos, y que sirva a los intereses generales con objetividad y pleno sometimiento al ordenamiento jurídico–, en el doble aspecto del correcto funcionamiento de su actividad patrimonial y el mantenimiento de su neutralidad y eficacia entre los administrados (transparencia y publicidad de la contratación de entes públicos), vetando que el funcionario público aparezca en una contratación pública –en cualquiera de sus fase o momentos– **e infrinja su deber de imparcialidad** a partir de proceder indebidamente con un doble e incompatible papel: actuando como funcionario con la obligación de defender los intereses de la Administración, y a la vez interviniendo como particular con intereses privados encontrados con los públicos y que, lógicamente, no puede menos que pretender que prevalezca sobre estos últimos (confróntese: SSTSE de 21 de octubre de 1996 y 26 de septiembre de 2013).

Este delito exige un concierto colusorio del funcionario público competente con un tercero –conjunción de voluntades, ponerse de acuerdo– en las contrataciones públicas de carácter económico en las que interviene –en cualquiera de sus fases o desarrollo de las mismas– con vulneración del principio de objetividad y el deber de imparcialidad. Inicialmente este tipo penal se configuró como un delito de peligro concreto –bastaba que el concierto fraudulento afecte el buen orden administrativo y que esté en condiciones idóneas de generar, como resultado, un riesgo al patrimonio público–. Posteriormente, en este último aspecto, el tipo legal se desdobló en dos figuras delictivas: primero, **como un delito de peligro abstracto y tendencial de mera actividad** –basta la intención de defraudar a la Administración y no requiere la efectiva causación de daño patrimonial, solo concierto o confabulación dirigido al perjuicio; y, segundo, **como un delito de resultado de lesión al patrimonio público** –efectivo perjuicio del patrimonio público–.

# El delito de colusión

¿Tipo base y tipo agravado?

Casación 542-2017-  
LAMBAYEQUE

“Décimo. Resulta también oportuno desarrollar una explicación sobre la naturaleza de las conductas tipificadas en el artículo trescientos ochenta y cuatro, así como sobre su relación dogmático-sistemática. Ello es pertinente porque se suele identificar al supuesto regulado en el primer párrafo de dicha disposición legal como una “colusión simple” y al tipificado en el párrafo segundo como una “colusión agravada”. Clasificación que, por lo demás, pese a ser técnicamente incorrecta, suele ser aceptada sin reparos o confusamente por la generalidad de la doctrina nacional que ha analizado el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal<sup>7</sup>. Al respecto, es pertinente tener en cuenta, desde un inicio, que la reforma introducida por la Ley número veintinueve mil setecientos cincuenta y ocho, en julio de dos mil once, y que se mantiene vigente en la redacción actual del artículo trescientos ochenta y cuatro, configuró dos modalidades diferentes de colusión.”

(Dr. Víctor Prado)

# El delito de colusión

## ¿Tipo base y tipo agravado?

Casación 542-2017-  
LAMBAYEQUE

“(…) en el primer párrafo, el legislador alude a una concertación “para defraudar al Estado”. Es decir, se alude a una finalidad subjetiva o tendencia interna trascendente que orienta al futuro mediato o inmediato la conducta defraudatoria del funcionario público.

De allí, pues, que solo se trate de una concertación preparatoria criminalizada autónomamente y que dogmáticamente podría operar también a modo de conspiración criminal. Por tanto, ella se configura con el mero acuerdo de voluntades que puede tener lugar desde las etapas iniciales de los procesos de negociación (convocatoria, presentación de documentos o propuestas técnicas, etc.). Esto es, el funcionario y la parte se comprometen a una acción negociadora desleal, que se materializará con posterioridad a esa concertación primaria o acuerdo previo. Se ha regulado, pues, una conducta penal inédita en los antecedentes del delito de colusión en nuestra legislación penal, la cual fue sugerida por un proyecto que sustentó el Poder Judicial ante la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República.”

(Dr. Víctor Prado)

# El delito de colusión

¿Tipo base y tipo agravado?

Casación 542-2017-  
LAMBAYEQUE

“(…) en el párrafo segundo del artículo trescientos ochenta y cuatro, el legislador nacional, a través de otra propuesta legislativa de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, acordó inicialmente mantener la misma estructura típica que ya tenía el delito de colusión en su texto original de mil novecientos noventa y uno, así como en su antecedente histórico del artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código Penal de mil novecientos veinticuatro derogado, pero modificando ligeramente su texto con la inclusión del término “defraudare patrimonialmente al Estado”. En consecuencia, en esta modalidad de colusión se sancionaba, como ya había ocurrido históricamente desde los precedentes nacionales antes citados, la intervención desleal concertada, actual y concreta del funcionario en una negociación en proceso o ejecución.”

(Dr. Víctor Prado)

# El delito de colusión

¿Tipo base y tipo agravado?

Casación 542-2017-  
LAMBAYEQUE

“(…). es que en efecto, la ley cuestionada tuvo una vigencia muy breve -fue publicada el diez de junio de dos mil once- pero de inmediato fue reemplazada por una nueva ley, esto es, por la Ley N° 29758, del veintiuno de julio del mismo año, que eliminó el vocablo “patrimonialmente” del primer párrafo del artículo 384 y lo incluyó en el segundo párrafo. Sobre esta nueva opción legislativa, respecto de la cual el Tribunal Constitucional tenía facultad para emitir pronunciamiento, favorable o no, en atención a que el término “patrimonialmente” fue el objeto de la controversia no lo hizo. Por el contrario, concluyó: “De manera tal que la decisión de este Colegiado contenida en la presente sentencia está confirmando una decisión ya adoptada por el legislador (énfasis nuestro). ”

(Dra. Barrios Alvarado, Dra. Castañeda Otsu, Dra. Pacheco Huancas)

# El delito de colusión

¿Tipo base y tipo agravado?

Casación 542-2017-  
LAMBAYEQUE

“(…) El elemento normativo “para defraudar al Estado” (denominado modalidad simple) y “defraudare patrimonialmente al Estado” (denominado modalidad agravada) no está vinculado solamente al quebrantamiento o infracción de la confianza depositada al funcionario o servidor público por razón del cargo sino también a la idoneidad o proximidad real de perjudicar los intereses del patrimonio estatal (colusión simple) o en su caso lesionar efectivamente el patrimonio del Estado (colusión agravada). En la segunda modalidad, se regula un “delito de resultado”, lo que implica que para su consumación se requiere acreditar una lesión efectiva del patrimonio del Estado.”  
(Dra. Barrios Alvarado, Dra. Castañeda Otsu, Dra. Pacheco Huancas)

# El delito de colusión

Tipo agravado: ¿Delito de lesión?

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

# El delito de colusión

## Tipo agravado: ¿Delito de lesión?

“Noveno: (...) De allí que a este delito se le denominó en la doctrina como colusión desleal. Por consiguiente, pues, el término usado en la descripción típica de “defraudare al Estado” o “defraudare patrimonialmente al Estado” nunca fue ni puede ser equivalente de perjuicio económico material y concreto. Es más, normativamente el legislador nacional, en más de una ocasión, ha utilizado en el Código Penal vigente el término perjuicio en su acepción gramatical de daño o menoscabo concreto o potencial, como se aprecia en el artículo ciento cuarenta y tres que sanciona el delito de alteración del estado civil; y lo mismo ocurre en el artículo ciento noventa y seis al tipificar el delito de estafa o en el artículo cuatrocientos veintisiete donde se describe el delito de falsedad documental. Es más, en el Código Penal anterior al actual existía paralelamente al delito de colusión y, por ende, distinto de este, una modalidad específica de fraude a la Administración Pública, en el inciso quinto, del artículo doscientos cuarenta y seis, que expresamente exigía: “Un fraude en perjuicio de alguna administración pública” (...).”

Casación 542-2017- LAMBAYEQUE (Dr. Prado)

# El delito de colusión

## Tipo agravado: ¿Delito de lesión?

“Decimonoveno. Por tanto, en la segunda modalidad, que se denomina colusión agravada, se sanciona al funcionario o servidor público cuando realiza la concertación con los interesados y defrauda patrimonialmente al Estado, esto es, regula un “delito de resultado”, lo que implica que para su consumación se requiere se acredite una lesión efectiva del patrimonio del Estado.”

Casación 542-2017- LAMBAYEQUE (Dra. Barrios Alvarado, Dra. Castañeda Otsu, Dra. Pacheco Huancas)

# El delito de colusión

Tipo agravado: ¿Delito de lesión?

Casación N° 661-  
2016-PIURA

“(...) Así, la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse la colusión agravada es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal.”

# El delito de colusión

Tipo agravado: ¿Delito de lesión?

R. N. N° 2648-  
2016/EL SANTA

“El primer párrafo, del nuevo artículo 384, del Código Penal castiga la colusión - concertar para defraudar patrimonialmente al Estado- con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa (pena última no contemplada en la ley anterior). El segundo párrafo, del nuevo artículo 384, del Código Penal, lo hace cuando genere defraudación patrimonial al Estado -defraudar patrimonial al Estado mediante concertación-, con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Como quiera que, en el presente caso, la colusión cometida generó efectiva defraudación patrimonial al Estado -lo que ni siquiera exigía el anterior texto legal, pero sí el nuevo en su segundo párrafo-, es de aplicación el tipo legal primeramente invocado (énfasis nuestro).”



PGE

Procuraduría General del  
Estado

**MUCHAS GRACIAS**

---