

**RAMIRO SALINAS SICCHA**

Juez superior titular de la Sala Penal Nacional del Sistema  
Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

**DELITOS  
CONTRA LA  
ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA**

5.<sup>a</sup> edición



I U S T I T I A

Primera edición: enero 2009  
[...]  
Quinta edición: enero 2019

© 2018, Delitos contra la Administración pública

© 2018, Ramiro Salinas Siccha

© 2018, Editorial Iustitia S.A.C.

Jr. Azángaro 1077 - Lima  
Tlfs.: 321-0258 - 427-1881  
mentejuridica@hotmail.com  
www.grijley.com

**Composición e Impresión:**

Editora Grijley E.I.R.L.  
Jr. Azángaro 1075 - Lima  
Tlfs.: 337-5252 - 666-0714  
elay\_grijley@hotmail.com

**Diseño y Diagramación**

Libia Huamali Sánchez

**Tiraje:** 1,000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca  
Nacional del Perú N.º 2018-18467  
ISBN: 978-612-4362-13-2  
Registro del Proyecto Editorial: 31501011801206

**Derechos Reservados: Decreto Legislativo N° 822**  
Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total  
o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

## § 10

### COLUSIÓN

#### 1. TIPO PENAL

El delito que aquí etiquetamos como de colusión<sup>(548)</sup> y que, en otras legislaciones, recibe las denominaciones de “negociaciones incompatibles”, “fraude a la Administración pública”, “celebración indebida de contratos” o “fraude contra el Estado”, tiene su antecedente más reciente en el artículo 344 del Código Penal derogado de 1924.

El original artículo 384 del Código Penal de 1991 fue modificado en su contenido por la Ley N.º 29703 del 10 de junio de 2011, la misma que luego de una fuerte presión pública fue derogada en parte. Ahora el delito de colusión ha sido finalmente modificado por la Ley N.º 29758 del 21 de julio de 2011. Desde esta modificación, podemos hablar de colusión simple y colusión agravada. El contenido del tipo penal, luego de la modificación introducida por la Ley N.º 30111 del 26 de noviembre de 2013, ha sido nuevamente objeto de

---

<sup>(548)</sup> Se le identifica simplemente como colusión y no con la tautológica y contradictoria frase de “colusión ilegal” o “colusión desleal”, debido a que es sustantivo y contiene la idea de un pacto ilícito, clandestino, irregular, por lo que no puede admitirse que existan “colusiones legales” o “colusiones leales” (Exposición de motivos del Proyecto de Ley N.º 4187/2010-PJ, presentado al Congreso el 3 de agosto de 2010 por el Poder Judicial).

modificación por el Decreto Legislativo N.º 1243, del 22 de octubre de 2016. La fórmula actual es como sigue:

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

Comentando el original contenido del tipo penal 384, aseveramos con García Cavero<sup>(549)</sup>, que en el plano político-criminal eran dos las particularidades del tipo penal de colusión que llamaban especialmente la atención. Por un lado, el aligeramiento de sus elementos constitutivos, en la medida en que la realización del tipo penal no requiere constatar un acto de corrupción del funcionario que decide o realiza la contratación o adquisición estatal, sino solamente

---

(549) GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *El delito de colusión*, Grijley, Lima, 2008, p. 17.

una concertación con los interesados perjudicial para el Estado. Por otro lado, la severidad de la pena prevista en el tipo penal, cuyo marco penal máximo alcanza los quince años de pena privativa de libertad. Ambas particularidades evidencian que el legislador penal ha privilegiado la eficacia de la persecución penal en este ámbito de la criminalidad, lo que encuentra explicación en la especial sensibilidad de las contrataciones y adquisiciones estatales frente a actos de corrupción debido a las grandes cantidades de dinero que se manejan en este rubro del gasto público.

Luego de la modificación podemos agregar que desde el plano político-criminal, el legislador ha dividido las conductas de colusión. Si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada.

Aparte del citado detalle también hay que tener en cuenta que la colusión simple tiene como verbo rector al término “concertar”, en cambio, la colusión agravada tiene como verbo rector al término “defraudare”. Aspectos que sin duda deben tomarse en cuenta para analizar dogmáticamente cada una de estas figuras delictivas creadas por la Ley N.º 29758, la misma que tuvo como base el texto sustitutorio de fecha 6 de julio de 2011 de diversos proyectos de ley<sup>(550)</sup>. Proyectos que no propusieron tal forma de redacción del tipo penal 384.

## 2. TIPICIDAD OBJETIVA

**2.a. Colusión simple.** Se verifica este comportamiento delictivo cuando el agente siempre en su condición y razón del cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o

---

<sup>(550)</sup> Los signados con los números 4878/2010 CR, 4881/2010 CR, 4885/2010 CR, 4886/2010 CR y 4892/2010 PE.

indirectamente, 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.

“El tipo penal mismo dice que ese ‘fraude’ debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la Administración pública, siendo un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la ‘concertación’ no habría aparentemente nada; que el delito se consuma con la simple ‘Colusión’ o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la Administración pública sufra un efectivo perjuicio patrimonial, ni que se verifique materialmente la obtención de ventaja del funcionario”<sup>(551)</sup>.

**2.b. Colusión agravada.** Podemos definir la colusión agravada como el hecho punible que se configura cuando el agente siempre en su condición y razón del cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado, esto es, causare perjuicio efectivo al patrimonio estatal.

La tipicidad objetiva del delito de colusión tanto simple como agravada presenta diversos elementos que hacen de las figuras delictivas de estructura compleja. Las diferencias entre una y otra tienen que ver con dos aspectos. Primero, sobre el verbo rector que como ya hemos mencionado en la simple es el término **CONCERTAR** en tanto que en la agravada es el término **DEFRAUDARE**. Y segundo, sobre el perjuicio potencial o real producido con la conducta colu-

---

<sup>(551)</sup> Ejecutoria suprema del 8 de febrero de 2006, R. N. N.º 1512-2005-Cusco-Sala Penal Permanente.

soria al patrimonio del Estado. En la simple, el peligro de afectación al patrimonio es potencial, en tanto que en la agravada, el perjuicio es real y efectivo.

Para comprender su contenido es necesario analizar cada uno de los elementos de la tipicidad objetiva<sup>(474)</sup>, siempre cuidando en hacer la diferencia en los aspectos indicados<sup>(552)</sup>.

## 2.1. Defraudar de la colusión simple

Defraudar, estafar<sup>(553)</sup> o timar al Estado significa el quebrantamiento del rol especial asumido por el agente y la violación del principio de confianza depositado, con el consiguiente engaño al interés público, al comportarse el sujeto activo en su beneficio, asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado<sup>(554)</sup>.

El agente con su accionar colusorio busca ocasionar un perjuicio ya sea real o potencial al patrimonio del Estado u organismo estatal

---

<sup>(552)</sup> “Para la configuración del delito de concusión en la modalidad de concertación ilegal con los interesados, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos: **a)** el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; **b)** perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; y **c)** mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial”. Ejecutoria suprema del 16 de mayo de 2003, Exp. N.º 3611-2002-Huánuco (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración pública. Jurisprudencia penal*, ob. cit., p. 176).

<sup>(553)</sup> De modo alguno significa que sea lo mismo que el delito de estafa, previsto y sancionado en el artículo 196 del Código Penal. La diferencia entre ambas figuras penales es evidente. Así la ejecutoria suprema del 26 de octubre de 2005 de la Sala Penal Permanente establece en forma pedagógica que el delito de colusión ilegal como delito especial “comprende todos los elementos del tipo legal de estafa más algunos elementos adicionales –el autor del ilícito es un funcionario, el ámbito típico del negocio jurídico concertado es un contrato, el sujeto pasivo solamente puede estar constituido por el Estado–”. R. N. N.º 956-2005-Junín (GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 279).

<sup>(554)</sup> ROJAS VARGAS, *Delito contra la Administración pública*, ob. cit., p. 281.

que ha negociado con los terceros interesados<sup>(555)</sup>. La conducta del agente de infringir sus deberes funcionales está dirigida a defraudar patrimonialmente al Estado. Para configurarse el delito de colusión simple, no es necesario que realmente con la conducta fraudulenta se ocasione perjuicio real al patrimonio del Estado. Basta verificar que la conducta colusoria tenía como finalidad defraudar el patrimonio del Estado. En este sentido se ha pronunciado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema<sup>(556)</sup>, al precisar que “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 establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado”.

Interpretando el tipo penal antes de la modificatoria, la jurisprudencia alegaba que “cabe precisar que el delito de colusión ilegal, previsto en el artículo 384 del Código Penal contempla como núcleo rector típico el ‘defraudar’ al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados(...), entendiéndose por defraudar que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado; siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales, que en la mayoría de los casos se concretará en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas, entre otras”<sup>(557)</sup>. En consecuencia, no “puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la

---

(555) GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 42 y p. 135.

(556) Ejecutoria Suprema del 2 de abril de 2014 en el R. N. N.º 1076-2013-Ucayali.

(557) Ejecutoria suprema del 4 de julio de 2002, Exp. N.º 1402-2002-Tumbes (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración pública. Jurisprudencia penal*, ob. cit., pp. 191-192).



perspectiva del tipo penal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos”<sup>(558)</sup>.

## 2.2. Defraudare de la colusión agravada

Aun cuando pareciera lo mismo “defraudar” y “defraudare”, el significado que se le ha dado en el tipo penal 384 del Código Penal, luego de la modificación introducida por la Ley N.º 29758, es totalmente diferente. En efecto, defraudar ya ha sido definido y señalado, cual es el sentido que tiene en el tipo penal. Corresponde ahora identificar el real sentido que debe darse al término “defraudare” que viene a constituir el verbo rector de la colusión agravada. Defraudare o timar al Estado significa engaño al interés público y, como consecuencia de ello, un efectivo perjuicio patrimonial al erario público. El agente público actúa asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado y como efecto inmediato los perjudica. Aquí, para efectos de tipicidad, es irrelevante si finalmente el agente obtiene o no provecho patrimonial. Este aspecto solo tendrá repercusión al momento de individualizar la pena que le corresponda al agente público corrupto.

La colusión agravada se perfecciona cuando el agente por medio de concertación con los terceros interesados defrauda el patrimonio del Estado. En este hecho punible, se configura con la propia defraudación que se produce al patrimonio del Estado, luego de la concertación. En cambio, como ya hemos indicado, la colusión simple se configura con la simple concertación con los interesados con la finalidad de perjudicar el patrimonio público. En la agravada, se exige efectivo perjuicio al patrimonio del Estado, en tanto que en la colusión simple, solo se exige la sola concertación con aquella finalidad. Esa es la diferencia entre ambas figuras delictivas.

---

<sup>(558)</sup> Ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2007, R. N. N.º 1296-2007-Lima, 2ª Sala Penal Transitoria.

### 2.3. Por razón del cargo

Otro elemento importante del delito en hermenéutica jurídica (agravado como simple) lo constituye la siguiente circunstancia: el agente que realiza los actos de concertación y defraudatorios en perjuicio patrimonial del Estado tiene que actuar en razón de su cargo, es decir, el agente debe actuar directa o indirectamente (por intermedio de otra u otras personas) en el desarrollo de las atribuciones propias de su cargo establecidas ya sea en la ley, reglamentos o directivas de la empresa u organismo estatal. El agente se aprovecha en su beneficio personal de las atribuciones que el Estado u organismo estatal le ha confiado para que lo represente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Ello significa que si en un hecho concreto, el funcionario o servidor público no estaba facultado o, mejor, no estaba dentro de sus funciones participar en representación del Estado, en concesiones por ejemplo, el delito en análisis no se configura.

En cuanto al derecho vivo y actuante antes de la modificatoria producida por la Ley N.º 29758, tenemos la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2000 que argumenta que “los elementos del delito de concusión-colusión desleal, según el artículo 384 del código sustantivo vienen a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito, perjudicando a un tercero, el Estado, en este caso mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial”<sup>(559)</sup>.

Este elemento del delito de colusión evidencia que se impone una obligación normativa reforzada al sujeto público. En efecto, los funcionarios o servidores públicos que actúan en razón del cargo, y dentro de su función asignada previamente, ostentan un deber jurídico intensificado de proteger los intereses y el patrimonio del Estado al negociar con particulares o con personas jurídicas –sean de derecho

---

(559) Exp. N.º 5201-99-Loreto, Sala C (Normas Legales, Trujillo, T. 288, 2000, p. A-74).

público o privado, nacionales o extranjeras– vigilando los acuerdos más convenientes y útiles, tanto en precio y en calidad, para la entidad a la que representan<sup>(560)</sup>.

De modo que es correcta la ejecutoria suprema del 5 de mayo de 2003 cuando argumenta que “el delito de colisión ilegal exige para su configuración que el funcionario o servidor público concierte con los interesados para defraudar al Estado en las distintas contrataciones que celebre por razón de su cargo o comisión especial; sin embargo, fluye de autos que el procesado no tuvo poder de decisión y, por lo tanto, ninguna injerencia en la adquisición”<sup>(561)</sup>.

## 2.4. Concertar con los interesados

El siguiente elemento de la compleja estructura típica del delito de colusión lo representa el hecho que el agente, en abuso de su cargo, se pone de acuerdo, pacta, conviene o arregla con los interesados para o con la finalidad de defraudar al Estado u organismo estatal que representa.

“La concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la Ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa”<sup>(562)</sup>.

---

<sup>(560)</sup> GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 87.

<sup>(561)</sup> Exp. N.º 1382-2002-Puno, SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración pública*, 2004, p. 154. En el mismo sentido, la Ejecutoria Suprema del 19 de noviembre de 2013 en el R. N. N.º 1565-2012-Ica.

<sup>(562)</sup> Ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2007, R. N. N.º 1296-2007-Lima, 2.ª Sala Penal Transitoria. En parecido sentido, la ejecutoria suprema del 24 de noviembre de 2006 precisa que “la configuración del delito de Colusión desleal requiere de la concertación del funcionario o servidor público con el interesado, es decir, de un acuerdo subrepticio entre dichas personas, en los contratos, suministros o licitaciones; asimismo, debe destacarse, como otro elemento constitutivo del tipo, la defraudación al Estado, sus organismos o entidades, la misma que se

Para poder considerar defraudatoria la actuación de un funcionario o servidor público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular, resulta necesario que acuerde con el particular la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de las que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación. La determinación del carácter desventajoso de las condiciones contractuales no puede hacerse desligada del concreto momento de la negociación, así como de la posición contractual del Estado<sup>(563)</sup>.

La concertación del agente público con los interesados implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego. Se puede concertar mediante diversas modalidades confabulatorias, para presentar por ejemplo, precios simulados –sobreevaluados o subvaluados–, admitir calidades inferiores a las requeribles, o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines<sup>(564)</sup>. El término *interesados*, sin duda, se refiere a los particulares o personas jurídicas o naturales que negocian con el Estado. Por medio de ellas, el Estado adquiere bienes, servicios y realiza obras en beneficio de los administrados.

En consecuencia, no se trata de castigar cualquier concertación, sino únicamente las que buscan perjudicar o las que perjudican o traen consecuencias económicas nocivas para el Estado, ya sea, por lo general, porque se paga más por un producto de una determinada calidad o porque se paga un precio determinado por un bien de menor calidad, habiendo

---

manifiesta en un perjuicio y que es producto, precisamente, de dicho acuerdo ilícito relacionado a esta concertación, el ilícito penal necesita de la intervención activa del interesado, quien justamente concierta con el funcionario público, lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte y con ello, un acuerdo de voluntades entre el funcionario y el interesado" (R. N. N.º 2508-2005-Ancash-2.ª Sala Penal Transitoria)

<sup>(563)</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>(564)</sup> ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 282.

concierto entre las partes<sup>(565)</sup>. “Lo cuestionable en la conducta de cualquier funcionario público es el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso con el interesado para obtener un provecho en perjuicio del Estado”<sup>(566)</sup>.

Por otro lado, debe quedar establecido con Abanto Vásquez<sup>(567)</sup> que la concertación solamente puede realizarse por comisión. No es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante actos de omisión. El agente, necesariamente y de manera activa, debe concertar o ponerse de acuerdo con los interesados en negociar con el Estado. Es imposible que actos omisivos impliquen o representen acuerdo o concertación alguna.

En el mismo sentido, García Cavero<sup>(568)</sup> concluye que la conducta de un funcionario público de un comité de selección de no hacer nada ante una licitación amañada por otros miembros, no es equiparable a una concertación con los interesados que exigen el tipo penal. Aquel funcionario público que omita podrá ser imputado del delito de omisión de denuncia u omisión de deberes funcionales, pero no por el delito de colusión. En la misma posición y línea interpretativa, Castillo Alva<sup>(569)</sup> asevera que en el caso que un funcionario que participa de las negociaciones –pero no obra por razón al cargo– solo guarda silencio y con ello permite que haya un comportamiento defraudatorio a los intereses del Estado estaremos ante un caso de complicidad primaria omisiva. El guardar silencio no equivale a concertar, desde el punto de vista normativo y estructural, que exige el tipo penal. Concertar es una acción eminentemente activa. Quien guarda silencio o calla no obra en concierto para perjudicar al Estado, simplemente realiza un comportamiento omisivo que facilita la comisión del delito por otros.

---

<sup>(565)</sup> Con amplitud GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 118.

<sup>(566)</sup> Ejecutoria suprema del 15 de febrero de 2008, R. N. N.º 732-2007-Piura-Segunda Sala Penal Transitoria.

<sup>(567)</sup> ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 264. Por su parte, Rojas Vargas pretende enseñar que la colusión desleal también puede verificarse por actos de omisión (ibidem, p. 288).

<sup>(568)</sup> GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 51.

<sup>(569)</sup> *Ibidem*, p. 122.

Entendido así, resulta desacertada la ejecutoria suprema del 11 de octubre de 2005<sup>(570)</sup>, cuando en un típico caso de omisión de deberes funcionales debidamente tipificado en el artículo 377 del Código Penal confirmó una sentencia que condenó por colusión a personas que sin concertación<sup>(571)</sup> alguna omitieron dolosamente sus deberes funcionales. En efecto, en el considerando tercero de la citada ejecutoria se argumenta que “aparece de lo actuado que en representación de la jefatura de infraestructura del MJB-Programa MAJ de la GCR-PJ e integrantes de la comisión de recepción, ambos mostraron su conformidad con la obra que se les hacía entrega y expresaron que la misma había sido ejecutada de acuerdo al expediente técnico y levantadas las observaciones que se le formulara en su oportunidad, por lo que declaraban su conformidad a la obra y procedían a su recepción, pese a que las observaciones formuladas primigeniamente no habían sido subsanadas en su totalidad; que si bien los citados acusados han alegado que suscribieron dicha acta de favor pues se les informó que las observaciones habían sido subsanadas, dada su calidad de profesionales de la ingeniería tenían la obligación de verificar que en realidad la obra se encontrara operativa y ejecutada conforme a lo establecido en el correspondiente expediente técnico, situación que permite inferir la concertación entre los encausados y el contratista a fin de hacer aparecer como cabalmente ejecutada una obra que no se ajustó a los acuerdos previamente adoptados con la entidad contratante, encontrándose acreditada de esta manera la culpabilidad de los recurrentes”.

Cuestión diferente es si en el proceso penal se llega a determinar que efectivamente los integrantes de la comisión de recepción se coludieron con los contratistas para hacer aparecer que la obra estaba concluida cuando en la realidad aún faltaba. Lo fundamental es los acuerdos colusorios o concertación. Si no hay prueba alguna de acuerdos colusorios previos, el delito no se verifica.

---

<sup>(570)</sup> *Ibíd.*, p. 328.

<sup>(571)</sup> Al menos, del contenido de la ejecutoria, no se advierte que se haya acreditado que los sentenciados concertaran para perjudicar al Estado.

Finalmente, debemos dejar establecido que si bien tanto en la colusión agravada como en la simple interviene la concertación o acuerdo clandestino y fraudulento, también es cierto que en la colusión simple es el verbo rector y, por lo tanto, se configura el citado delito con la simple concertación tendiente a defraudar el patrimonio del Estado. El agente concierta con la finalidad de defraudar el patrimonio del Estado. En tanto que en la agravada la concertación es un medio que utiliza el agente para perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado.

## **2.5. Instrumentos del delito: cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado**

El agente con la finalidad de defraudar al Estado, en el desempeño de su cargo en el que actúa, acuerda o pacta con los interesados obtener algún beneficio en perjuicio del Estado en su participación en cualquier etapa de las adquisiciones o contrataciones públicas de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Comprende desde la generación de la necesidad, el requerimiento, la presentación de propuesta, la evaluación, la adjudicación, la firma del contrato, la ejecución y liquidación del mismo<sup>(572)</sup>.

Engloba, en consecuencia, la celebración de actos jurídicos como son contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas u otra operación semejante que realiza el Estado para cumplir sus objetivos y fines propuestos.

“El ilícito previsto en el artículo 384 del Código Penal, exige que el funcionario o servidor público a cargo de las adquisiciones, concierte con las empresas proveedoras, con la finalidad de favorecerlos

---

<sup>(572)</sup> Exposición de motivos del Proyecto de Ley N.º 4187/2010-Poder Judicial, presentado al Congreso el 3 de agosto de 2010.

indebidamente con el otorgamiento irregular de tratos de provisión en detrimento del patrimonio estatal<sup>(573)</sup>.

Se refiere a actos jurídicos en los cuales el Estado es parte. Entre ellos tenemos a los contratos, los mismos que son acuerdos escritos que celebra el Estado con los particulares para la ejecución de obras, provisión de bienes, prestación de servicios, etc.

Suministros son acuerdos a que llega el organismo estatal con los particulares para que estos se encarguen de proporcionarle prestaciones de bienes y/o servicios.

En tanto que las licitaciones representan un procedimiento legal y técnico que permite a la Administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad o conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras.

Concurso de precios, en tanto, es el procedimiento por el cual el postor presenta su propuesta para ejecutar una obra pública previa invitación cursada por la entidad estatal que convoca al concurso.

En cambio, subastas son actos de venta pública de bienes al mejor postor, que pueden hacerse judicial o administrativamente<sup>(574)</sup>.

El tipo penal deja abierta la posibilidad de que otra operación semejante a las anteriores en la cual el Estado u organismo estatal sea parte, se constituya en objeto del delito de colusión. Pero estas operaciones deberán enmarcarse necesariamente en los procesos de selección y contratación pública para las adquisiciones de bienes, obras o servicios del Estado. Podrán incluirse, por ejemplo, otros procesos de selección no mencionados expresamente en el tipo penal, como sería el caso de la adjudicación directa o la adjudicación de menor cuantía. No puede aplicarse este delito a cualquier tipo de operación

---

(573) Considerando séptimo de la ejecutoria suprema del 14 de febrero de 2005, R. N. N.º 1016-2004-Ayacucho (GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 324).

(574) Con amplitud respecto de estos actos jurídicos véase por todos, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., pp. 283-286.



económica que realice el Estado a través de sus funcionarios, pues esta extensión del ámbito de aplicación del tipo penal implicaría salirse del tenor establecido por el tipo penal 384<sup>(575)</sup>.

Sin duda alguna, las modalidades de adquisición y contrataciones del Estado son el marco para el acuerdo defraudatorio. En este marco pueden producirse convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, etc. Aquí, el agente, en su beneficio, realiza convenios, ajustes, liquidaciones o suministros en desventaja patrimonial para el Estado, dando prioridad a los intereses económicos de los particulares que negocian con el Estado.

El término *convenio* significa los acuerdos concretos a los que llegan los representantes del Estado con los particulares, los que se traducen o positivizan en un contrato. El legislador, al utilizar el término “convenios”, no solo se refiere a los acuerdos alcanzados en la celebración o ejecución de una contratación pública, sino también se refiere a ciertas modalidades específicas de contratación en los procesos de selección previstos en la normativa administrativa correspondiente. Así, por ejemplo, las adquisiciones realizadas en el marco de convenios internacionales mencionados en la Tercera Disposición Complementaria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, o los convenios marcos de precios regulados en forma específica en los artículos 187 y siguientes del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones<sup>(576)</sup>.

En tanto que *ajustes* son las adecuaciones o reacomodos que se realizan entre los representantes del Estado y los particulares cuando hay desavenencias en el cumplimiento del contrato. Se puede ajustar precios, plazos, remuneraciones, servicios, etc. Los ajustes son supuestos que se contemplan simplemente para los casos de variación del precio de las obras derivadas de la contratación pública, ello según el artículo 56 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

---

<sup>(575)</sup> *Ibidem*, pp. 27 y 163.

<sup>(576)</sup> *Ibidem*, p. 28.

*Liquidaciones* significa que los contratos firmados entre el Estado u organismos estatales con terceros llegan a su fin y es necesario hacer el procedimiento de liquidación. Esta deberá ser elaborada por el particular contratista y luego de presentada a la entidad estatal correspondiente, deberá ser aprobada por resolución bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. Con ello, se cierra el expediente de la contratación o adquisición<sup>(577)</sup>. Para tal fin, se sigue lo previsto en el artículo 43 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y el artículo 269 del Reglamento.

Los suministros representan los acuerdos a que llegan los representantes del organismo estatal con los particulares para que estos se encarguen de proporcionarles prestaciones de bienes y/o servicios. Los suministros constituyen la ejecución de un contrato con el Estado para proveer de manera continua y permanente determinados bienes a ciertas instituciones públicas para el desarrollo de sus actividades<sup>(578)</sup>. Siendo el caso que luego de firmarse el contrato de suministro, la empresa contratista con conocimiento del agente público realiza suministros de menor calidad o cantidad a la comprometida<sup>(579)</sup>. Por ejemplo, alimentos descompuestos para los damnificados, chalecos antibalas de menor grosor que la pactada, leche con fecha límite de consumo vencida, etc.

La ejecutoria suprema del 4 de junio de 2002 expone un caso real de la forma como pueden presentarse los actos defraudatorios. En efecto, aquí se considera que “la conducta del encausado se encuentra tipificada en el delito de concusión en su modalidad de colusión desleal, en razón de que se le incrimina, en su condición de alcalde, haber adquirido bienes sin la respectiva cotización y sin que exista el cuadro comparativo que para estos casos se exige, con el agregado de que los mismos se encontraban sobrevalorados y en algunos casos inoperati-

---

<sup>(577)</sup> *Ibíd.*, p. 287.

<sup>(578)</sup> GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, *ob. cit.*, p. 29.

<sup>(579)</sup> ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, *ob. cit.*, p. 267.

vos; asimismo, se le incrimina haber realizado diferentes obras que no contaban con la documentación contable respectiva, esto es, órdenes de compra, órdenes de servicio y expedientes técnicos necesarios; sin embargo, se ha cancelado por tales trabajos<sup>(580)</sup>.

## 2.6. Bien jurídico protegido

Asumiendo que el delito de colusión es uno de infracción de deber, el bien jurídico genérico es el normal y recto funcionamiento de la Administración pública que es manifestación material del Estado. Cuando por ejemplo, el sujeto público encargado de participar en la contratación de bienes para el Estado, infringiendo sus deberes funcionales pacta o se colude con el postor empresario para sobrevalorar el precio de los bienes objeto de contrato, la Administración pública (Estado) en general se resiente y su funcionamiento deja de ser normal, pues al pagar sobreprecio deja de atender otros requerimientos de los administrados, debido a que se queda hasta sin presupuesto al haber pagado una diferencia que realmente no correspondía.

En tanto que el bien jurídico protegido específico o particular, lo constituye la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos<sup>(581)</sup>. El sujeto público, al desarrollar sus obligaciones funcionales al interior de la Administración pública, tiene que hacerlo conforme a los deberes funcionales que le impone el cargo público que desempeña. Y esos deberes funcionales en nuestro sistema jurídico los impone la ley en forma expresa, en este caso, la Ley N.º 30225<sup>(582)</sup>, modificada por el Decreto Legislativo N.º 1341. Si el sujeto público obligado, infringiendo aquellos deberes, busca o pretende defraudar o llega realmente a defraudar los intereses patrimoniales del Estado, aparece el delito de colusión ya sea en su modalidad simple o agravada.

---

(580) Exp. N.º 1559-2001-Apurímac (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración pública. Jurisprudencia penal*, ob. cit., p. 167).

(581) Rojas Vargas, *Delitos contra la Administración pública*, cit. p. 278.

(582) Ley de Contrataciones del Estado.

En efecto, en nuestro sistema jurídico encontramos que en el artículo 2 de la citada Ley de Contrataciones, entre otros, encontramos los deberes o principios que orientan o sirven de parámetros funcionales que tienen que respetar los sujetos públicos que por razón de su cargo participan en representación del Estado en las adquisiciones, contrataciones, concesiones u otra operación semejante. En efecto, allí se precisa que estos principios son los parámetros para la actuación de quienes intervengan en las contrataciones<sup>(583)</sup>. Entre otros principios,

---

<sup>(583)</sup> El artículo 2 de la Ley N.º 30225 enumera y define los siguientes principios:

- a) **Libertad de concurrencia.** Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.
- b) **Igualdad de trato.** Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.
- c) **Transparencia.** Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.
- d) **Publicidad.** El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones.
- e) **Competencia.** Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.
- f) **Eficacia y eficiencia.** El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades

para efectos del delito de colusión consideramos que son pertinentes los siguientes principios:

1. **Principios de integridad:** La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida.
2. **Principio de transparencia:** Las entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia y que la contratación se desarrolle en condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad.
3. **Principio de igualdad de trato a los postores:** Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto.

---

no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.

- g) **Vigencia tecnológica.** Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.
- h) **Sostenibilidad ambiental y social.** En el diseño y desarrollo de la contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano.
- i) **Equidad.** Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.
- j) **Integridad.** La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna."

De ahí que el bien jurídico específico penalmente protegido del delito en hermenéutica jurídica encuentra su fundamento en los deberes especiales que tienen los sujetos públicos al participar en las contrataciones representando a la administración, los mismos que se traducen en los principios de integridad, transparencia e igualdad de trato a los postores. Si bien podría alegarse razonablemente que el tipo penal pretende proteger el patrimonio del Estado, lo cierto es que el sustento de la norma prohibitiva no está en la generación de un perjuicio económico al Estado o al sistema económico general, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público. De modo que sustenta la sanción penal, la inobservancia de los deberes específicos que vinculan al sujeto público con los fines últimos del Estado. Pero no se trata de cualquier deber específico, sino solo aquellos de carácter positivo, en el sentido que el sujeto público que, en razón de su cargo participa en las adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, debe hacerlo siempre tratando de cautelar el patrimonio administrado en beneficio del Estado. En efecto, el funcionario o servidor público que por razón de su cargo tiene que ver con el patrimonio del Estado tiene la obligación especial de cautelarlos y protegerlos y solo usarlos en beneficio del propio Estado y con tal fin de actuar siempre con integridad, transparencia y dando trato igual a los postores. Caso contrario, si aprovecha de tal posición especial para obtener beneficio personal o de tercero en perjuicio del patrimonio estatal, infringiendo aquellos deberes funcionales, se verifica alguna modalidad del delito de colusión<sup>(584)</sup>.

Consideramos que el delito de colusión tiene como último propósito específico el orientar o conminar a los funcionarios o servidores

---

<sup>(584)</sup> Pariona Arana enseña que los bienes jurídicos específicos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones pública. (*El delito de colusión*, ob. cit., 2017, p. 25).

públicos a que observen los deberes funcionales especiales que les impone la ley cuando asumen la competencia de participar en nombre o representación del Estado en las contrataciones, adquisiciones, concesiones y demás operaciones semejantes. El Tribunal Constitucional en la resolución de fecha 17 de mayo de 2004<sup>(585)</sup>, interpretando el delito de colusión a la luz de la Constitución y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ha precisado en forma pertinente que es necesario que las contrataciones de servicios, bienes y obras se realicen mediante un procedimiento oportuno, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando los principios, tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia, y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores.

Esta es la orientación interpretativa por parte de la jurisprudencia nacional. En efecto, en la ejecutoria superior de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, del 12 de septiembre de 1996<sup>(586)</sup>, se considera que “el bien jurídico tutelado por la norma penal es la actuación conforme al deber que impone el cargo y asegurar la imagen institucional, por parte de los funcionarios o servidores públicos”. En parecido sentido, la ejecutoria suprema del 15 de febrero de 2005<sup>(587)</sup> argumenta que “la colusión prevista 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, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio del patrimonio potencial o real para la administración”. En la misma línea tenemos

---

<sup>(585)</sup> Exp. N.º 020-2003-AI/TC.

<sup>(586)</sup> Exp. N.º 1531-92 (Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia 1, Lima, p. 420).

<sup>(587)</sup> R. N. N.º 79-2003-Madre de Dios. Igual en la ejecutoria suprema del 17 de marzo de 2005, R. N. N.º 3017-2004-Huánuco; (García Cavero/Castillo Alva, *El delito de colusión*, ob. cit., pp. 215 y 348, respectivamente).

la ejecutoria suprema del 30 de marzo de 2009<sup>(588)</sup>, al sostener que el núcleo rector del delito de colusión consiste en que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y viola el principio de confianza depositada con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado.

En suma, los bienes jurídicos específicos protegidos con la tipificación del delito de colusión son los principios de integridad, transparencia e igualdad de trato a los postores. En efecto, si el sujeto público competente para participar en determinada operación contractual en representación del Estado, se colude con un postor interesado, infringe tales deberes y como consecuencia se vuelve deshonesto y falso hacia el Estado al no defenderlo, en tal condición no proporciona información clara y coherente sobre la contratación a todos los proveedores, deja de ser imparcial y, por supuesto, propicia que la contratación se desarrolle en condiciones de desigualdad de trato a los postores, privilegiando y otorgando ventajas solo al postor con quien tiene el pacto ilícito.

Así entendido el bien jurídico específico, podemos concluir que el patrimonio del Estado, como tal, no es el bien jurídico protegido del delito de colusión. Este no es un delito patrimonial, sino uno de infracción de deber. El patrimonio estatal viene a constituir el objeto último del delito. El patrimonio no es el bien jurídico del delito de colusión, sino solo objeto del citado delito. La diferencia es obvia.

De tal modo, no es apropiado sostener que el objeto del bien jurídico directamente atacado tenga contenido patrimonial. Es decir, se atenta contra el patrimonio administrado por la Administración pública en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado como sostiene el profesor Abanto Vásquez<sup>(589)</sup>.

---

(588) R. N. N.° 4661-2007-Ucayali.

(589) ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 261.



En el mismo sentido, Castillo Alva<sup>(590)</sup>, quien contradiciendo radicalmente lo sostenido por García Caveró en el mismo libro, enfatiza que, desde su perspectiva, el bien jurídico protegido del delito de colusión ilegal es el patrimonio del Estado. Asimismo, no es de recibo la interpretación que se hace en la ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2007, en la cual se precisa que “el bien jurídico protegido en dicho delito, concretamente, es el patrimonio administrado por la Administración pública”<sup>(591)</sup>.

## 2.7. Sujeto activo: autoría

Las dos modalidades son delitos especialísimos<sup>(592)</sup> y, debido a su estructura típica, son de infracción de deber<sup>(593)</sup>. En estos, el autor o agente, aparte de tener la condición especial debidamente señalada en el tipo penal 384, esto es, funcionario o servidor público, debe también tener dentro de sus atribuciones funcionales la competencia de participar en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Nadie más puede ser autor de las modalidades de colusión. Y, por supuesto, como tiene tal competencia siempre debe actuar respetando entre otros, los principios de integridad, transparencia y igualdad de trato a los postores que le impone la ley, en el caso del Perú el artículo 2 de la Ley N.º 30225, modificada por el Decreto Legislativo N.º 1341.

---

<sup>(590)</sup> GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 79.

<sup>(591)</sup> R. N. N.º 1296-2007-Lima, 2.ª Sala Penal Transitoria.

<sup>(592)</sup> La jurisprudencia todavía viene considerando al delito de colusión como uno especial. Así tenemos la ejecutoria suprema del 29 de noviembre de 2006, en la cual se argumenta lo siguiente: “Es de puntualizar que el tipo penal del injusto de Colusión Ilegal es un delito especial propio, porque solo pueden ser autores los funcionarios o servidores competentes en actos de contratación u otros señalados en el tipo penal-vinculación funcional” (R. N. N.º 823-2006-Tacna).

<sup>(593)</sup> PARIONA ARANA, *El delito de Colusión*, Ob. cit., p. 107.

En efecto, solo pueden ser agentes del delito de colusión aquellas personas que tienen la condición de funcionarios o servidores públicos. Pero ello no basta, es necesario que aquellos tengan dentro de sus atribuciones funcionales el deber específico de participar en cualquiera de las etapas de las adquisiciones o contrataciones, concesiones u otra operación semejante representando al Estado. Incluso el agente puede tener el deber de supervisar que las adquisiciones o contrataciones se lleven con total normalidad y transparencia<sup>(594)</sup>. En el hecho concreto, debe verificarse la relación o vinculación funcional del agente con el objeto material del delito. Si no se verifica la relación funcional, el delito en hermenéutica no se configura.

Ahora el tipo penal engloba la conducta del funcionario o servidor público que se concerta infringiendo sus deberes funcionales con los interesados para perjudicar el patrimonio del Estado en forma “directa o indirecta”. Esto es, el agente que tiene competencia para participar en las contrataciones y adquisiciones públicas, puede por sí mismo participar en la concertación con los particulares interesados, o también puede hacer que otra persona (allegado a él se entiende) participe en la concertación con el objetivo de sacar provecho patrimonial de los contratos, adquisiciones o concesiones que realice. La corrupción ha llegado a niveles tan insospechados que este último supuesto es el que más se ventila en los estrados judiciales por lo que la apertura del tipo penal resulta razonable.

---

<sup>(594)</sup> La ejecutoria suprema del 27 de diciembre de 2007 presenta un caso real en el cual un ministro de Estado fue condenado como autor del delito de colusión, pues de conformidad al artículo 6 de la Ley N.º 27860, era la máxima autoridad del sector y titular del pliego, correspondiéndole ejercer la supervisión y control de las fuerzas armadas, de los órganos del Ministerio y de los organismos públicos descentralizados y empresa del sector. En efecto, allí se alega que “de autos ha quedado establecido la existencia de gran número de irregularidades en las licitaciones privadas, las cuales indicarían que las adjudicaciones de las buena pro a favor de determinadas empresas y la emisión de las correspondientes resoluciones del Ministerio de Defensa, aprobando las mismas, no fue consecuencia de un adecuado y regular proceso de licitación, sino que corresponde a una previa concertación con los funcionarios de las empresas beneficiadas” (R. N. N.º 028-2003-A-Lima).

Analizando el tipo penal 384 antes de la última modificatoria, Castillo Alva<sup>(595)</sup>, siguiendo los argumentos de Abanto Vásquez, respecto de esta última circunstancia, enseñaba que el tipo penal impone una segunda y más importante restricción: la de exigir que el sujeto público se encuentre autorizado para participar en los contratos en el negocio o, en general, en los actos jurídicos patrimoniales que interesan a la administración. Por lo tanto, el sujeto público debe contar con un título habilitante o con una mínima representación para intervenir en aquellos actos jurídicos de carácter económico-patrimonial en los que la administración tiene interés de concretar. Lo decisivo, entonces, es la razón del cargo, la competencia específica o la comisión especial más que la calidad de funcionario, lo que deberá determinarse, las más de las veces, con la ayuda de las leyes y reglamentos administrativos que regulan las actividades públicas.

Este aspecto básico en la configuración del delito de colusión ha sido entendido de manera adecuada por la jurisprudencia nacional. En efecto, en la ejecutoria suprema del 1 de marzo de 2005<sup>(596)</sup>, se establece que “en cuanto al procesado Juan Mendoza Ochoa, director de Administración de la Dirección de Salud de Arequipa, se desprende de los actuados que este no se encontraba a cargo de adquisición de los bienes de la institución agraviada, por lo cual carecía de la cualidad requerida por el tipo penal previsto en el artículo 384 del Código Penal, sin perjuicio de lo mencionado, no se vislumbra en su conducta ningún indicio de participación en dicho ilícito, razón por la cual la absolución venida en grado se encuentra arreglada a ley”.

En el mismo sentido, Rojas Vargas<sup>(597)</sup>, antes de la modificatoria del tipo penal, enseñaba que solo los funcionarios y servidores públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial pueden ser sujetos

---

(595) GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 92.

(596) R. N. N.° 1477-2004-Arequipa (ibídem, p. 220).

(597) Ibídem, p. 279; de igual forma, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 262; en el mismo sentido, GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 32.

activos. No puede ser autor, por lo tanto, cualquier funcionario o servidor que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige; sus aportes serán en todo caso de complicidad o asumirán irrelevancia penal.

La ejecutoria suprema del 22 de agosto de 2001 considera que “el colegiado ha incurrido en un error al considerar a los inculpados como si fueran funcionarios o servidores públicos cuando solo eran particulares contratados por el alcalde para que en su condición de carpinteros fabricaran puertas y ventanas que tendrían que colocarse en su momento en el nuevo local que se estaba construyendo para dicha comuna”<sup>(598)</sup>.

Asimismo, al tratarse de un delito de infracción de deber, no es posible que dos o más sujetos públicos que participan en el pacto colusorio con los terceros interesados respondan a título de coautoría, pues cada sujeto público al actuar de esa forma habría infringido el deber especial personal que le impone la ley penal y, por tanto, solo responderían como autores<sup>(599)</sup>. Recuérdese que en este tipo de delitos, el dominio del hecho ya no es relevante para la determinación de la autoría y las otras formas de intervención delictiva. En el mismo sentido, no es posible la materialización de autoría mediata, pues cuando el sujeto público instrumentaliza a otro mediante (engaño o coacción) para que participe en el acto mismo de la concertación, responde como autor simplemente, pues con su proceder está infringiendo directamente sus deberes especiales impuestos por la ley penal<sup>(600)</sup>.

---

<sup>(598)</sup> Exp. N.º 753-2001-Amazonas (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración pública. Jurisprudencia penal*, ob. cit., p. 588).

<sup>(599)</sup> Posición contraria sostiene Pariona Arana, quien luego de insistir en que el delito de colusión es uno de infracción de deber, concluye que es posible la coautoría, pues “la decisión sobre los contratos públicos se encuentra a cargo de funcionarios con deberes compartidos, donde la decisión válida requiere la intervención o consentimiento de todos” (Cfr. *El delito de colusión*, ob. cit., 2017, p. 110).

<sup>(600)</sup> En contra, Pariona Arana, quien precisa que “responde como autor meditado el funcionario, que teniendo el deber especial, interviene en la concertación por

Los demás funcionarios o servidores públicos que no tengan esa relación funcional con el objeto del delito, así como los extraños a la administración, de verificarse su participación junto al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible, responderán penalmente en su condición de cómplices del delito de colusión.

También se sabe que en la Administración pública, el funcionario público competente no siempre interviene de manera directa y personal en los procesos de contratación estatal, sino que lo hace –de manera regular y en el marco de la ley– delegando a otro su representación. En estos casos, no existe impedimento alguno para considerar a estos delegados, encargados o representantes como autores del delito de colusión si se conciertan ilícitamente con los interesados<sup>(601)</sup>.

En cuanto a la participación también es perfectamente posible la instigación, que se verifica cuando el agente público hace nacer la resolución criminal en los sujetos públicos con vinculación funcional con el objeto del delito. En efecto, la ejecutoria suprema de fecha 17 de febrero de 2010<sup>(602)</sup> precisa un caso de instigación en el delito de colusión. Allí se argumenta que “es claro que los altos funcionarios no pueden tener la calidad de autores porque les falta la estricta relación funcional para decidir la adjudicación a la empresa Wensa, por la que intercedieron indebidamente. Pero, desde luego, según la conducta que llevaron a cabo para concretar el acto prohibido, tienen la calidad de instigadores. Ambos imputados ejercieron indebida y eficazmente su poder jerárquico y fijaron un marco fáctico de tal entidad que incrementaron de modo relevante la posibilidad –finalmente concretada– de que los inducidos adopten y ejecuten la resolución delictiva a la que se les incitó. Ellos, finalmente, impusie-

---

medio de otro; mientras que el intermediario –que interviene de manera directa y dolosa– será cómplice en el delito, pues no ostenta los deberes especiales del funcionario competente”. Cfr. *El delito de colusión*, ob. cit., 2017, p. 109.

<sup>(601)</sup> PARIONA ARANA, *El delito de colusión*, ob. cit., 2017, p. 53.

<sup>(602)</sup> R. N. N.° 1015-2009-Puno-Sala Penal Permanente.

ron a los integrantes del Comité Especial de Adjudicación –sin que pierdan la capacidad de decisión sobre la ejecución– el favorecimiento fraudulento a la empresa Wensa”.

## 2.8. Los interesados como cómplices

Los “interesados”, que conciertan con los funcionarios o servidores públicos, de modo alguno, pueden ser imputados por este delito a título de autores. Por dos razones: no tienen la relación funcional que exige el tipo penal<sup>(603)</sup>; y segundo, no tienen el deber funcional específico de cautelar y respetar el normal funcionamiento de la Administración pública.

Aquellos tienen la calidad de cómplices del delito, pues, sin ellos, por la forma como está construida la fórmula legislativo-penal, sería impracticable la tipicidad del delito<sup>(604)</sup>. En doctrina se conoce al delito de colusión como un delito de encuentro.

Así lo tiene establecido la ejecutoria suprema del 6 de julio de 2005<sup>(605)</sup>, cuando establece que en lo que se refiere “al encausado Mosquera Ángeles se le ha procesado indebidamente por encubrimiento real [...], presupuestos que en el caso de autos no se advierte; sino más bien el ilícito previsto en el artículo 384 del Código Penal, toda vez que al haberse cometido irregularidades en el proceso de adquisición referida, entramos a la esfera de los ‘delitos contra la Administración pública’ en sus diversas modalidades, los mismos que si bien es cierto por tratarse de delitos especiales solo lo cometen los funcionarios o

---

<sup>(603)</sup> La ejecutoria suprema del 29 de noviembre de 2006 considera en forma atinada “que la conducta de los particulares o funcionarios concertados –que no intervengan por razón de su cargo– será en calidad de cómplices” (R. N. N.º 823-2006-Tacna).

<sup>(604)</sup> ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 290; en el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 316; y GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., pp. 54 y 152.

<sup>(605)</sup> R. N. N.º 124-2005-Ancash.

servidores públicos quienes jerárquica y disciplinariamente se hallan integrados a un organismo o entidad pública y como consecuencia de la infracción al deber se lesiona el patrimonio del Estado, siendo por ello menester señalar que los de la materia están referidos a aquellos cometidos por funcionarios o servidores públicos *-intra-neus-*; también lo es que en el ejercicio de sus actividades funcionariales participan en algunas ocasiones como en el caso de autos con particulares en su condición de *-extra-neus-* que de manera individual o colaborando con estos logran que los caudales sean extraídos de manera ilícita de la esfera de protección de estos últimos, actuando los primeros a título de autor y los segundos como partícipes”.

No obstante, asumiendo la tesis de la unidad del título de imputación, queda establecido que la sola participación no fundamenta la participación punible del interesado, siendo necesario un aporte adicional a su participación en cualquiera de las modalidades de adquisiciones o contrataciones públicas. La idea parte del hecho que la colusión es un delito de encuentro. Significa que para la configuración del delito resulta necesaria la realización de dos conductas de sujetos distintos que, orientándose a una finalidad común, se complementan en el hecho típico<sup>(606)</sup>. Los sujetos distintos son, por un lado, los funcionarios o servidores públicos; y, por el otro, los terceros interesados que, como ya se precisado, pueden ser personas naturales o jurídicas que tienen interés de contratar con el Estado.

Que el delito de colusión se configure como un delito de encuentro no implica, sin embargo, que la intervención necesaria se convierta por esa sola circunstancia en participación punible, sino que para ello la intervención necesaria debe asumir unas determinadas características en cuanto al bien jurídico y la forma de ataque que legitimen una imputación penal como partícipe<sup>(607)</sup>. En el curso de la investigación se tiene que verificar el contubernio, el acuerdo o la concertación entre

---

<sup>(606)</sup> ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., 427.

<sup>(607)</sup> GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 54.

el sujeto público y el tercero interesado para defraudar las expectativas patrimoniales del Estado. El tercero interesado tiene que intervenir en tal concertación. Si ello no se acredita sin duda, no podrá imputársele delito alguno. Esto sucederá, por ejemplo, cuando el sujeto público le propone una concertación para defraudar al Estado, y el tercero interesado en lugar de aceptar realiza la denuncia correspondiente.

En la misma línea, Abanto Vásquez<sup>(608)</sup> enseña que los particulares intervinientes son partícipes necesarios, cuya conducta por sí sola o sea por el mero hecho de ser la contraparte en la colusión, es impune; no pueden ser considerados partícipes de este delito. Para serlo al igual que los demás funcionarios intervinientes, tendrían que aportar de alguna manera en la comisión de los hechos delictivos del autor. No obstante, no es de recibo lo sostenido por este autor cuando afirma que es difícil de constar el aporte del tercero interesado en la comisión del delito a excepción de los actos de instigación (si hicieran surgir la idea criminal en el sujeto público) que puedan significar un aporte mínimo en el hecho principal. El tercero interesado no solo puede participar como instigador, sino también cuando acepta la concertación propuesta por el autor.

En efecto, más común es que los terceros interesados en la concertación actúen ofreciendo una comisión a los funcionarios o servidores públicos si se llega a concretar la adquisición o contratación. También ocurre cuando los terceros interesados aceptan entregar una comisión al funcionario o servidor público de resultar favorecido con la adquisición o contratación pública. La ventaja patrimonial puede ser actual o futura.

Lo concreto es que la colusión se produce cuando mediante la concertación, el interesado da, ofrece o promete dar una ventaja patrimonial al funcionario o servidor público de resultar favorecido con la adquisición o contratación pública.

---

(608) ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 316.



En la modalidad en la cual el agente público actúa en forma indirecta, igual serán imputados del delito de colusión en su modalidad de complicidad, aquellas personas que participan en los acuerdos colusorios con los terceros interesados representando al agente público.

En suma, solo los sujetos públicos en los cuales concurra la relación funcional serán autores del delito de colusión; los demás, incluidos los terceros interesados así como los intermediarios del sujeto público, serán cómplices del mismo delito. Sin duda, a efectos de individualizar la pena a imponer, el juez impondrá mayor pena al autor que al cómplice por la circunstancia que el autor al realizar el delito infringe deberes especiales impuestos por la Administración pública, en cambio, en el caso de los demás intervinientes, al no infringir algún deber especial, su conducta es menos reprochable.

Postura distinta plantea el profesor Pariona Arana<sup>(609)</sup>, quien sostiene que el título de imputación de los interesados como cómplices del delito de colusión, no es correcto, debido a que el comportamiento desplegado por los interesados no se subsume en la complicidad, pues el entendimiento de la complicidad en la dogmática penal ha sido siempre de ayuda a otro a la comisión de un delito, situación que no se presenta en la colusión toda vez que aquí el interesado realiza el delito conjuntamente con el sujeto público. Los dos son igualmente responsables y, por tanto, no se puede señalar en absoluto que el interesado es simplemente un cómplice o colaborador. Asimismo, sigue argumentando el citado profesor<sup>(610)</sup>, que no puede ser cómplice debido a que resiente el principio de accesoriedad de la participación. Según este principio, la participación es accesoria del hecho punible cometido por el autor. La autoría es independiente a la complicidad. En el caso de la colusión, el interesado no es cómplice puesto que su intervención es imprescindible para su configuración. La intervención del interesado no es accesoria. La intervención del interesado es fundante del delito de colusión. El comportamiento

---

(609) El delito de colusión, ob. cit., 2017, p 121.

(610) El delito de colusión, ob. cit., 2017, p 122.

del interesado no configura la complicidad primaria, menos una complicidad secundaria. Finaliza el citado profesor, proponiendo que el legislador proceda a la tipificación individual del comportamiento del interesado en un artículo independiente en la Parte Especial del Código Penal, que acompañe a la colusión en una suerte de colusión activa, de modo similar al cohecho.

Al respecto consideramos que si se aplica la teoría del dominio del hecho para resolver la autoría y participación en el delito de colusión, es posible que lleguemos a iguales conclusiones; sin embargo, como ya hemos dejado establecido al constituir el delito de colusión en un delito de infracción de deber, otras son las reglas que deben aplicarse para determinar el título de imputación del tercero interesado.

En otro extremo, no podemos seguir sosteniendo que los terceros interesados son cómplices primarios, toda vez que, como ya se mencionó, la diferencia entre complicidad primaria y secundaria se da en la teoría del dominio del hecho que explica la autoría y participación de los delitos comunes o de dominio. En cambio, según la teoría de infracción de deber que explica la autoría y participación de los delitos especiales como lo es el delito de colusión, solo hay autores y cómplices.

Este aspecto aún no se tiene claro en la jurisprudencia de la Corte Suprema, pues todavía viene indicado que el empresario que se colude con los sujetos públicos sería cómplice primario. En efecto, en la ejecutoria suprema del 18 de mayo de 2017, se precisan los siguientes hechos: “Los condenados Oré Quiñones y Valle Utrilla, regidores de la Municipalidad Provincial de Pallasca, conjuntamente con el Alcalde Vásquez Heredia –ya fallecido– integraron una Comisión Municipal para la adquisición de un camión volquete, en el año dos mil siete. En todo momento, contaron con la intervención del condenado Flores Escudero, Gerente Municipal quien dio la conformidad a la orden de compra y emitió el comprobante de pago, pese a que no se había recibido el camión. La adquisición del camión volquete fue a la empresa Equipamiento Municipal del Perú Sociedad Anónima Cerrada, a cargo de la encausada recurrente Abarca Paredes.

Con ella se firmó el contrato y se encargó de la asesoría del trámite administrativo. Para concretar esta indebida adquisición –vía compra directa–, se falsificaron informes técnicos y legales, cotizaciones y estudios de mercado. La Municipalidad agraviada desembolsó cuatrocientos quince mil ochocientos soles por el citado camión volquete, no obstante que su valor solo ascendía a doscientos treinta y seis mil cuatrocientos setenta soles con cuarenta céntimos<sup>(611)</sup>. Con base en aquellos hechos se sostiene que lo cierto es que la mencionada empresa estaba vinculada a la encausada Abarca Paredes, quien en la fecha de los hechos era subgerente general. Ella, además, firmó el contrato de compraventa del camión volquete, y, asimismo, cobró el cheque de pago por esa venta –su intervención, por consiguiente, no fue meramente nominal, sino que tenía control sobre la empresa cuestionada–. No solo se festinaron trámites, se falsificaron documentos y se dirigió la adquisición a una directa por la causal de emergencia, sino que, a propósito de lo anterior, se adquirió un bien a un precio sobrevaluado. Por estas razones, por unanimidad, declararon no haber nulidad en la sentencia en el extremo que condenó a Ilia Abarca Paredes como cómplice primaria del delito de colusión desleal en agravio del Estado - Municipalidad Provincial de Pallasca<sup>(612)</sup>.

## 2.9. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo siempre será el Estado y como se indica en el tipo penal cualquier entidad u organismo del Estado. Los particulares de modo alguno pueden ser sujetos pasivos de este delito.

La interpretación que se realice del sujeto pasivo debe ser amplia en la medida en que los diversos sectores del Estado, los organismos constitucionales autónomos o las diversas personas jurídicas de derecho público (universidades, sociedad de beneficencia pública, EsSalud, Ministerio Público, Poder Judicial, etc.) suscriben contratos y diversas operaciones económicas que comprometen de manera directa el pre-

---

<sup>(611)</sup> Fundamento tercero del R. N. N.° 2675-2016-El Santa, Primera Sala Penal Transitoria.

<sup>(612)</sup> Véase R. N. N.° 2675-2016-El Santa.

supuesto estatal y que, por lo tanto, pueden verse perjudicados en la disposición de sus intereses patrimoniales<sup>(613)</sup>.

Aquí es importante dejar establecido que cuando el operador jurídico asume que el hecho concreto se trata de una colusión desleal en agravio de una entidad u organismo estatal, solo esta se constituye en sujeto pasivo. Se excluye al Estado. Para entender mejor este aspecto cabe citar la ejecutoria suprema del 17 de marzo de 2005<sup>(614)</sup>, que argumenta que “estando a las múltiples ejecutorias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la República, en el sentido que tratándose de delitos contra la Administración pública el sujeto pasivo resulta únicamente las instituciones que representan al Estado y que a su vez son perjudicadas con la comisión del delito, es decir, en el presente caso el Instituto Peruano de Seguridad Social, hoy EsSalud es quien solo debe ser considerado como agraviado, lo contrario implicaría una duplicidad de pago con relación a la reparación civil”.

### 3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la lectura del contenido del tipo penal, se concluye que tanto la colusión simple como la agravada son de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa. El agente conociendo perfectamente todos los elementos objetivos que exige el tipo penal, voluntariamente, actúa y concierne con la finalidad de defraudar la confianza que el Estado ha depositado en él. No es relevante verificar si el agente actuó con la intención especial de obtener algún provecho patrimonial.

Aquí solo es posible el dolo directo<sup>(615)</sup>. Esto se desprende de la exigencia de conocer y querer por parte del agente, del elemento concertar para defraudar al Estado.

---

<sup>(613)</sup> GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 100.

<sup>(614)</sup> R. N. N.º 3017-2004-Huánuco (ibídem, p. 349).

<sup>(615)</sup> ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 268.

La sentencia de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Junín, del 12 de septiembre de 1996, aparece como ejemplo de la forma como se da el elemento subjetivo en un hecho concreto y real. En efecto, allí se establece que “el aprovechar un funcionario público su intervención en los procesos de adquisición de bienes y servicios de la empresa de economía mixta en la que laboraba, para concertar dolosamente, esto es, conscientemente y con voluntad, con los proveedores, de manera secreta y defraudar al Estado, constituye delito de concusión desleal”<sup>(616)</sup>.

De acuerdo con la estructura de la colusión simple y agravada, es necesario hacer la diferencia en el aspecto subjetivo. En la simple, el agente dolosamente concierta con los terceros interesados buscando o mejor, con la finalidad de defraudar al Estado. El agente concierta con la intención de defraudar el patrimonio público<sup>(617)</sup>. En tanto que en la agravada, el agente público por medio de la concertación dolosamente defrauda al Estado. El agente por medio del concierto defrauda de modo efectivo al patrimonio público.

Se debe precisar que la fórmula legislativa empleada por el legislador, solo admite la comisión activa del delito de colusión simple y agravada. No es de recibo la interpretación que alega que es posible la comisión por omisión<sup>(618)</sup>. No es posible suponer siquiera que el funcionario o servidor público obre “concertándose” con los particulares interesados con actos omisivos. Concertar implica actos comi-

---

<sup>(616)</sup> Exp. N.º 1531-92 (Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia 1, Lima, p. 420).

<sup>(617)</sup> En la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.º 4187/2010-PJ del 3 de agosto de 2010, que proponía fórmula similar a la colusión simple, se alega que “si lo fundamental, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, es la concertación ilícita, el perjuicio o la defraudación al Estado se convierte explícitamente en un elemento subjetivo del tipo, como sucede en la legislación española”.

<sup>(618)</sup> Rojas Vargas pretende enseñar que también es posible la colusión desleal por omisión (guardar silencio, no denunciar irregularidades dolosas, hacer lo no debido, etc.), caso en el cual es posible la concurrencia del dolo eventual (ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 288).

sivos de las partes. Si una de las partes guarda silencio no es posible la concertación que exige el tipo penal.

#### 4. ANTIJURIDICIDAD

Después que se verifica en las conductas analizadas la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si en aquellas conductas efectuadas por el agente concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal.

Por la propia redacción de las fórmulas legislativas de la colusión simple o agravada del artículo 384, es imposible que se presente alguna causa de justificación, dado que las conductas típicas se realizan con dolo directo. En la simple, el agente se colude con los interesados para defraudar los intereses públicos. En la agravada, el agente público mediante los acuerdos colusorios defrauda de modo efectivo el patrimonio del Estado. Igual considero que no es posible la verificación de alguna causa de justificación cuando el funcionario o servidor público siempre asume por ley posición de garante y le es obligatorio conocer el régimen de incompatibilidades<sup>(619)</sup>.

García Cavero<sup>(620)</sup>, por su parte, enseña que no hay razones para excluir la posibilidad que el funcionario público se encuentre en situaciones en las que no es posible dejar de hacer ciertas adquisiciones o contrataciones, aunque de ellas se deriven ciertos perjuicios o pocos beneficios para el Estado como pueden ser las actuaciones en cumplimiento de un deber especial y las situaciones de emergencia o necesidad. Alegando que en estos supuestos se excluiría la antijuridicidad. Ello es posible si se verifica que no hubo acuerdos colusorios con terceros interesados para defraudar el patrimonio del Estado, caso contrario, ello es imposible.

---

(619) *Ibidem*, p. 289; igual posición adopta Abanto Vásquez, aun cuando luego admite la causa de justificación de obediencia debida en los funcionarios jerárquicamente inferiores.

(620) GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 55.

En los supuestos invocados por el profesor García Caverro, si llega a determinarse que el sujeto público realizó comportamiento colusorio con terceros interesados, con la finalidad de defraudar al Estado, de modo alguno, puede excluirse la antijuridicidad. Antes bien, aquellas conductas se constituyen en más reprochables, debido a que el agente habría actuado aprovechando especiales circunstancias. Ni el cumplimiento de un deber especial, ni estados de emergencia, necesidad o actos humanitarios<sup>(621)</sup> pueden justificar acuerdos clandestinos destinados a defraudar el patrimonio del Estado.

## 5. CONSUMACIÓN

Tal como aparece redactada la fórmula legislativa desde la Ley N.º 29758 que recoge la colusión simple y la colusión agravada, la consumación es diferente en ambas modalidades.

Del contenido del primer párrafo del artículo 384 del Código Penal se concluye que la colusión simple se consuma o verifica cuando el agente concierta, participa en acuerdos clandestinos o acuerdos colusorios con terceros interesados con el propósito o finalidad de defraudar el patrimonio del Estado. Para efectos de la consumación no es necesario que la defraudación efectiva al patrimonio estatal se verifique, solo basta que se verifique el acuerdo o pacto colusorio. Por ello, es coherente sostener que la colusión simple es un delito

---

<sup>(621)</sup> La ejecutoria suprema del 15 de febrero de 2005, que se refiere a un acto humanitario, de modo alguno sirve para alegar que es posible una causa de justificación en el delito de colusión. Allí se concluye que no es posible atribuirse la comisión del delito de colusión debido a que "el traslado en avión Focker perteneciente a las Fuerzas Armadas del personal médico, enfermeras y auxiliares del Instituto Nacional del Niño de la ciudad de Lima hacia Puerto Maldonado y viceversa, tuvo como fin un acto humanitario en beneficio de la salud de los pobladores de la localidad" [R. N. N.º 79-2003 (ibídem, p. 215)]. En el caso de la Ejecutoria citada, simplemente no se evidenció ni probó concertación defraudatoria en perjuicio del Estado. Es decir, no se verificó la tipicidad y, por lo tanto, no es posible pasar a discutir la antijuridicidad.

de peligro concreto. Al verificarse el concierto de voluntades para perjudicar al patrimonio público, en forma inminente y concreta se le pone en peligro.

Abanto Vásquez<sup>(622)</sup> enseñaba incluso antes de la vigencia de la Ley N.º 29758 que el delito de colusión es un delito de peligro y de mera actividad; en consecuencia, el delito se consuma con la simple colusión o con el acto de concertación, sin necesidad de que la Administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario.

En cambio, del contenido del segundo párrafo del artículo 384 del CP se evidencia que la colusión agravada se consuma o verifica cuando el agente perjudica o defrauda de modo efectivo el patrimonio del Estado, siempre y cuando se haya verificado previamente una concertación con los terceros interesados. Si no se verifica una concertación previa, el delito de colusión no se configura, así al final se ocasione un perjuicio real al patrimonio del Estado. Sin duda, ese perjuicio puede ser imputado al agente público, pero será por otro delito; jamás por colusión. Esta, para que se verifique exige la concurrencia de una concertación previa del agente público con los terceros interesados en las modalidades de contratación o adquisiciones del Estado.

Es decir, en la colusión agravada, se requiere que la conducta efectuada por el agente ocasione o produzca la defraudación efectiva a los intereses del Estado u organismos sostenidos por el Estado, esto es, que se ocasione un real perjuicio económico al sujeto pasivo, situación que sin duda deberá ser establecida por los peritos especializados<sup>(623)</sup>. Es irrelevante a efectos de la consumación, verificar si el agente obtuvo algún provecho o ventaja económica.

---

(622) ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 279. La explicación de la posición adoptada, por el citado autor, es la reproducción acrítica de la doctrina española que como reiteramos se forma como consecuencia de la interpretación que hacen los penalistas del Código Penal español.

(623) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 288.



La aplicación práctica del artículo 384 del CP, antes de la modificatoria introducida por la Ley N.º 29758, era contradictoria. En efecto, en la ejecutoria suprema del 3 de febrero de 2006<sup>(624)</sup>, la Sala Penal Permanente alegaba que “el tipo penal mismo dice que ese ‘fraude’ debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la Administración pública que el tipo legal en cuestión es un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la ‘concertación’ no habría aparentemente nada; que este delito se consuma con la simple ‘colusión’ o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la Administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, solamente se necesitaría la ‘idoneidad’ del acto de colusión”. En tanto que en la ejecutoria suprema del 25 de abril de 2006<sup>(625)</sup>, la misma Sala Penal Permanente alegaba que en “autos no obra la pericia que se ordenó en la ejecutoria suprema antes mencionada para efectos de determinar el monto de lo defraudado, omisión que resulta relevante en atención a que la naturaleza del delito materia de juzgamiento –colusión– impone, de ser el caso que se acredite fehacientemente la defraudación a los intereses del Estado, entidades u organismos de este, por lo que es indispensable que se realice nuevo juicio oral a efectos de determinar la culpabilidad o no del encausado”.

Pero la confusión no es del año 2006 en que se emitieron las citadas ejecutorias, sino el problema viene de mucho antes como se prueba con la ejecutoria suprema del 12 de abril de 2002, donde se argumentaba que “se encuentra acreditada la responsabilidad penal del justiciable, pues de los informes periciales efectuados por el juzgado y ratificados en el juicio oral, así como en los peritajes de parte, se demuestra que los vehículos adquiridos por el procesado fueron sobrevaluados por encima de los precios reales, causándole perjuicio

---

<sup>(624)</sup> R. N. N.º 3250-2005-Ayacucho (GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 304).

<sup>(625)</sup> R. N. N.º 2192-2005-Puno (ibídem, p. 314).

económico a la municipalidad más aún que no ha demostrado en autos que se requería la necesidad de adquirir otros vehículos, por lo que su actuar se adecua al tipo delictivo en el artículo 384 del Código Penal<sup>(626)</sup>.

Evidentemente, la primera ejecutoria se adscribía a lo que ahora conocemos como colusión simple, en tanto que las otras dos se adscribían a lo que ahora conocemos como colusión agravada. Razón por la cual nos parece adecuada la distinción efectuada por la Ley N.º 29758 a efectos de evitar la impunidad de ciertos actos de corrupción que se pretende minimizar.

## 6. TENTATIVA

De la lectura de la nueva fórmula legislativa, se advierte que tanto la colusión simple como la agravada no admiten tentativa.

La colusión simple, al tratarse de un delito de peligro concreto, no admite tentativa, pues al constituirse en el verbo rector y central el concertar, basta que este empiece para consumarse el delito. Antes del inicio de la concertación con la finalidad de defraudar el patrimonio del Estado, no hay nada punible. Una vez que esta se inicia, es decir, se inician los acuerdos clandestinos y colusorios con los terceros interesados, automáticamente se produce la consumación del delito.

En cuanto a la colusión agravada, como ya se explicó, esta se consuma en el momento en que se llega a perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado por medio de los acuerdos colusorios materializados con aquel fin. Antes de aquel momento no hay tentativa. Esto es así debido a que si antes que el sujeto público logre perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado, voluntariamente se desiste o las agencias de control lo descubren, su conducta será tipificada en el primer párrafo del artículo 384 del CP, esto es, como colusión simple,

---

(626) Exp. N.º 303-2001-Moquegua-Tacna (FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Jurisprudencia penal y constitucional*, RAO, 2004, p. 52).

pues estaremos frente a una concertación con la finalidad de defraudar el patrimonio público. En suma, no hay forma que la conducta agravada se quede en grado de tentativa.

## 7. PENALIDAD

De verificarse y probarse luego del debido proceso penal que el acusado es responsable penalmente de una conducta sancionada en el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal, será sancionado con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, la inhabilitación correspondiente y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Esta es la pena para la colusión simple.

En cambio, si es imputado el delito de colusión agravada, el agente público será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años, la inhabilitación correspondiente y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se entiende que los demás sujetos públicos sin relación funcional y los extraños a la administración que participan en la comisión del delito de colusión simple o agravada, de modo alguno serán sancionados con los máximos de pena previstos. Su pena siempre será menor a la impuesta al autor.

## 8. MÁS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE COLUSIÓN EMITIDOS ANTES DE LA LEY N.º 29758

– “El delito de concusión imputado al encausado ha quedado plenamente acreditado en autos, al haber tratado de vender el inmueble de la propiedad de la sociedad de beneficencia, para lo cual firmó el documento de oposición de venta sin contar con la autorización respectiva, documento en el que se fija las condiciones y precio de transacción de dicho inmueble; venta que se pretendió realizar sin observar las normas legales del caso, pues conforme a lo previsto por la legislación sobre transferencia de bienes del Estado la venta del

patrimonio público debe realizarse por subasta pública, y tratándose de venta directa, esta debe ser autorizada por ley; disposiciones legales que el procesado ha pretendido ignorar con el único fin de eludir su responsabilidad penal; que, en consecuencia la pena debe imponerse en atención a las condiciones personales del encausado”<sup>(627)</sup>.

– “Del examen de los actuados fluyen suficientes elementos probatorios de cargo que demuestran de manera fehacientemente la responsabilidad de los acusados, lo cual demuestra de manera meridiana la concertación entre los acusados para perpetrar el evento delictivo instruido; asimismo, los acusados aprovechando su condición de funcionarios públicos pretendieron pagarle a la referida empresa la contraprestación derivada del aludido contrato sin que haya ejecutado trabajo alguno; si bien no logró defraudarse al Estado por cuanto el título valor no fue cobrado por haberse vencido su plazo, lo es también que los encausados han ejecutado todas las fases del *iter criminis*, quedando en grado de tentativa”<sup>(628)</sup>.

– “Examinados los actuados, existen elementos de prueba razonable que nos permiten colegir que los citados encausados concertaron voluntades entre sí en el proceso de adquisición de cómputos para la entidad agraviada, al haberse infringido lo dispuesto en el reglamento único de adquisiciones y omitir dolosamente evaluar las cotizaciones con la finalidad de favorecer a la empresa proveedora; hechos que evidencian que los funcionarios públicos procesados cometieron la figura penal de gestión desleal, al haber intervenido en actos contractuales, defraudando al Estado con el propósito de ser lucrados ilegítimamente”<sup>(629)</sup>.

---

<sup>(627)</sup> Ejecutoria suprema del 18/10/2000, Exp. N.º 2204-2000-Lima (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal y procesal penal*, ob. cit., p. 738).

<sup>(628)</sup> Ejecutoria suprema del 24 de enero de 2000, Exp. N.º 3137-2000-Lima (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada (2001-2003)*, Idemsa, 2005, T. II, p.

<sup>(629)</sup> Ejecutoria suprema del 15/1/98, Exp. N.º 992-97-Junín (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada*, p. 415).

– “La reducción del monto que por concepto de merced conductiva pagaba al concejo municipal la empresa ‘restaurante El Salto de Fraile’, dispuesta por decreto de alcaldía, se inscribe dentro de la competencia del alcalde de celebrar actos y contratos necesarios para el ejercicio de su función, lo que descarta la existencia de algún favorecimiento doloso del referido funcionario hacia la citada entidad privada; por lo que es del caso absolver al procesado”<sup>(630)</sup>.

– “Si el procesado no tuvo poder de decisión y, por lo tanto, ninguna injerencia en la celebración de los contratos cuestionados, sus actos no son reprimibles penalmente”<sup>(631)</sup>.

– “No se ha acreditado en autos que el procesado en la licitación haya infringido los lineamientos establecidos por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, pues conforme a su reglamento son responsables del contenido de las declaraciones juradas las personas naturales o los representantes de las personas jurídicas que las suscriben, máxime si tampoco se ha demostrado que los miembros de la comisión de licitación, al momento de otorgar la buena pro, hubieran conocido los impedimentos de la empresa contratista. En consecuencia, las imputaciones formuladas no han sido corroboradas con pruebas idóneas que determinen la comisión del delito denunciado, ni la responsabilidad penal de los encausados”<sup>(632)</sup>.

---

<sup>(630)</sup> Ejecutoria suprema del 14 de mayo de 1998, Exp. N.º 4174-97-Lima (ROJAS VARGAS, 1999, p. 654).

<sup>(631)</sup> Ejecutoria suprema del 20 de marzo de 1997, Exp. N.º 1522-97-Lima (ROJAS VARGAS, 1999, p. 660).

<sup>(632)</sup> Ejecutoria suprema del 22 de abril de 2003, R. N. N.º 2356-2002-Ucayali (*Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 10, N.º 71, 2004, p. 307).