



Sobre la naturaleza del delito de colusión del artículo 384 del Código Penal: Análisis del debate jurisprudencial^(*)(**)

About the nature of the crime of collusion of article 384 of the Criminal Code: Analysis of the jurisprudential debate

Rafael Chanjan Documet^(*)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Omar Espinoza Marmolejo^(**)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

María Luisa Avendaño Cotrina^(***)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Felipe Santa María Alcázar^(***)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Alonzo Choque Moya^(***)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Lucrecia Samantha Gutiérrez Hinojosa^(***)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Adler Donovan Vega Malpartida^(***)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 8 de septiembre de 2022 y su publicación fue aprobada el 28 de octubre de 2022.

(**) El presente artículo se ha elaborado sobre la base del informe jurídico preparado por los/as alumnos/as de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Sección de lucha contra la corrupción y el lavado de activos (semestre 2021-2), Omar Espinoza, Adler Vega, Felipe Santa María, Lucrecia Gutiérrez, María Luisa Avendaño y Alonzo Choque. Dicho informe fue impulsado, dirigido, revisado y editado por el abogado y docente del curso, Mg. Rafael Chanjan Documet, con el apoyo del Adjunto de docencia Daniel Quispe Meza.

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Máster en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Málaga. Máster en Derecho Penal Económico Internacional por la Universidad de Granada. Estudios de Doctorado en Derecho por la Universidad de Murcia. Docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Academia de la Magistratura. Asesor técnico del Programa Global "Lucha contra Flujos Financieros Ilícitos" de la Cooperación Alemana al Desarrollo – GIZ. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1521-0321>. Correo electrónico: rchanjan@pucp.pe.

(****) Egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). SECIGRA en la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción - Sede Central. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6401-0350>. Correo electrónico: espinoza.omar@pucp.edu.pe.

(*****) Egresada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Ex miembro de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. Practicante profesional en la Unidad de Inteligencia Financiera de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4224-6861>. Correo electrónico: maluavec@gmail.com.

(*****) Alumno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Ex miembro de la Asociación Civil Themis. Practicante preprofesional del área penal en Yon Ruesta Sánchez Málaga & Bassino Abogados. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0909-0199>. Correo electrónico: f.santamaria@pucp.edu.pe

(*****E) Egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Practicante profesional en la Procuraduría Pública del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5232-5251>. Correo electrónico: alonzochoque99@gmail.com.



Resumen: El presente artículo analiza la naturaleza del delito de colusión regulado en el artículo 384 del Código Penal peruano, a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Se examinará la relación existente entre el ilícito del primer párrafo del referido artículo -denominado “colusión simple”- y el segundo párrafo -denominado “colusión agravada”-, sus bienes jurídicos protegidos y su naturaleza de delitos de lesión o de peligro. Sobre este punto, se efectuará un análisis crítico de algunos pronunciamientos jurisprudenciales y se adoptará una postura sobre la naturaleza autónoma de ambos ilícitos a fin de solucionar problemáticas prácticas como el momento de consumación del delito, la tentativa y la participación delictiva.

Palabras claves: Colusión - Colusión agravada - Delitos de lesión - Delitos de peligro naturaleza autónoma - Consumación - Tentativa - Participación delictiva

Abstract: This article analyzes the nature of the crime of collusion regulated in article 384 of the Peruvian Penal Code, based on the recent jurisprudence of the Supreme Court of Justice. The relationship between the illicit of the first paragraph of the aforementioned article -called “simple collusion”- and the second paragraph -called “aggravated collusion”, its protected objects and its nature of crimes of injury or danger will be examined. On this point, a critical analysis of some jurisprudential pronouncements will be made and a position will be adopted on the autonomous nature of both crimes in order to solve practical problems such as the moment of consummation of the crime, the attempt and criminal participation.

Keywords: Collusion - Aggravated collusion - Crimes of injury - Crimes of danger - Autonomous nature - Consummation - Attempt - Criminal participation

1. Introducción

El artículo 384 del Código Penal prescribe dos ilícitos de distinta naturaleza. Cada uno expresa particularidades más que atendibles, las que determinan diferencias con relación a los bienes jurídicos que garantizan y su naturaleza de delitos de lesión o de peligro. El descubrimiento de esta naturaleza diferenciada exige, por supuesto, comprender la relación entre las llamadas *colusión simple* y *colusión agravada*. A nuestro entender, nada brinda más luces sobre la cuestión descrita que la observación de las más altas esferas de la actividad procesal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto es heterogénea. La mayoría de resoluciones comprenden la relación de las modalidades como una propia de tipo base y modificado; sin embargo, la presencia de una sólida resolución contraria impide descartar una relación de tipos penales autónomos. Con base en lo anterior, el presente artículo pretende responder a la cuestión medular: ¿cuál es la relación entre las dos modalidades de colusión dispuestas en el artículo 384 del Código Penal?

Nos encontramos en la firme convicción de que brindar respuesta a la pregunta planteada se reviste de importancia apremiante. Primero, porque, actualmente, el sistema jurídico no brinda una respuesta consecuente y segura; por el contrario, pensamos que este esfuerzo evidencia una discusión necesaria de agotarse cuanto antes. Y, segundo, porque la afirmación de una postura u otra tiene consecuencias prácticas en la aplicación de las modalidades examinadas. Estas cubren aspectos tan generales como el bien jurídico protegido por cada modalidad, así como aspectos específicos sobre participación delictiva.

En ese orden de ideas, la ejecución de esta investigación hará uso de un enfoque exclusivamente cualitativo. Centraremos nuestra atención en el examen de tres casaciones de la Corte Suprema (Casación No. 661-2016-Piura, Casación No. 1648-2019-Moquegua y la Casación No. 542-2017-Lambayeque) en referencia a la naturaleza de lesión o de peligro de los delitos del artículo 384 del Código Penal y consecuentemente del tratamiento de la tentativa y consumación, y la participación delictiva. La revisión de doctrina autorizada permitirá fijar nuestra posición respecto de la relación controvertida entre los tipos penales del primer y segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal y analizar las consecuencias dogmático-penales de nuestra perspectiva.

En las siguientes páginas, encontrarán, en primer lugar, aspectos generales del delito de colusión. En segundo lugar, se apreciará una exposición pormenorizada de los argumentos expuestos por las casaciones objeto de análisis, así como una explicación de las principales diferencias entre ellas. Finalmente, justificaremos la postura que fundadamente sostenemos, así como las consecuencias dogmáticas que esta trae consigo.

2. Aspectos generales del delito de colusión

En este punto, se abordará de manera genérica tres aspectos relevantes respecto al delito de colusión: los sujetos del delito, la conducta sancionada y el bien jurídico protegido.



2.1. Sujetos del delito de colusión

El primer párrafo del artículo 384 del Código Penal define al delito de colusión como aquel en el que un funcionario o servidor público concierne con un particular sobre una contratación, adquisición o cualquier operación que se realice en el desempeño de su cargo con la finalidad de defraudar al Estado. En el mismo tenor, el segundo párrafo del mismo artículo dispone la llamada modalidad agravada del delito, en la que intervienen precisamente los mismos sujetos. La diferencia radica más bien en la conducta sancionada, como expondremos posteriormente.

En ese sentido, los sujetos de ambas modalidades serían, por un lado, el funcionario o servidor público y, por el otro, el Estado; de ahí podemos distinguir entre sujeto activo y pasivo del delito respectivamente. Al respecto, Abanto señala que el sujeto activo “es un “funcionario público” con la función específica de participar en los contratos, suministros o licitaciones en los cuales comete el delito (...)” (2003, p. 310). Asimismo, explica que el sujeto pasivo del delito es el Estado, representado por el aparato estatal en general, en todos sus niveles (2003, p. 310).

Sobre ello, merece la pena hacer una importante precisión. No basta con que el sujeto activo se desempeñe como funcionario o servidor público, sino que también debe existir la posibilidad real de que este pueda intervenir en las contrataciones u otras operaciones que realice en representación del Estado, con base en los deberes específicos que le son atribuibles a su cargo (Pariona, 2017, p. 55). Esta característica no implica necesariamente una participación directa, ya que es posible que se actúe indirectamente a través de otros sujetos, utilizando para ello su posición de poder e influencia obtenida por el desempeño de un cargo. La redacción actual del tipo penal favorece esta interpretación y rezaga lecturas más restrictivas que reducirían el sujeto activo a solo aquellos funcionarios públicos que tienen como competencia la suscripción de un contrato (Montoya, 2015, p. 138). Así, también puede ser sujeto activo de colusión aquel funcionario que incida, a razón de su cargo y de cualquier modo, en el proceso de contratación.

2.2. Conducta sancionada

En este punto, se desarrollará el tema de la conducta típica sin perjuicio del análisis doctrinal y jurisprudencial suficiente y profundo que se realizará más adelante.

Con relación al contexto típico, el tipo penal del delito de colusión señala que este puede realizarse en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Por lo tanto, se ha entendido que el contexto en el que se lleva a cabo el delito es uno de

“naturaleza contractual” (Pariona, 2017, p. 61), ya que puede cometerse en cualquiera de los regímenes de contratación pública que rigen en el Estado peruano y en cualquiera de las fases de la contratación pública.

A partir de esta tipificación abierta, entendemos que este delito ha de interpretarse de manera amplia y no restrictiva. Como señala Pariona, “cuando la norma penal alude a la contratación estatal, se refiere a todos los actos jurídicos que implican la colaboración de los administrados con la administración, en materia de suministros, servicios públicos, obras públicas, etcétera” (2017, p. 65). Por ello, se deben considerar todos los regímenes de contratación pública que rigen en el Estado Peruano, que son tres: Ley de Contrataciones del Estado (Ley 30225, modificada por el Decreto Legislativo 1341), Asociaciones Público-Privadas (Decreto Legislativo 1124) y Obras por impuestos (Ley 29230). Siendo así, el delito se puede cometer en cualquiera de estos regímenes.

Dicho de otra manera, el delito de colusión no se enmarca solamente en las contrataciones reguladas en la Ley de contrataciones, sino en todos aquellos contratos a cargo del Estado con naturaleza económica⁽¹⁾.

Ahora bien, la colusión contiene dos modalidades: una simple y otra llamada agravada. Por un lado, la modalidad simple se consuma cuando se realiza la concertación con el fin de defraudar al Estado, sin necesidad de que el Estado sufra perjuicio alguno. Por otro lado, en la colusión llamada agravada, sí es necesario un elemento posterior a la concertación: la defraudación patrimonial, entendida como perjuicio patrimonial efectivo en contra del Estado (Pariona, 2017, p. 131). Así, las modalidades descritas evidencian divergencia en el momento de su consumación, compuesta por su relación con el elemento defraudatorio.

Sobre este punto, es propicio compartir las siguientes posiciones complementarias. En sentido amplio, el concepto de defraudación se define como la mala administración, y disposición de los recursos y caudales

(1) Cabe acotar que el inciso d) del artículo 2 de esta ley excluye de su aplicación la contratación bancaria y de financiamiento.



del funcionario público, en tanto busca satisfacer intereses personales (Chanjan et. al, 2020, p. 44). En sentido estricto, el concepto de defraudación se define como “salirse del rol especial asumido por el sujeto público y la violación del principio depositado en él. Este asume roles incompatibles y contrarios a las expectativas patrimoniales del Estado” (Salinas, 2019, p. 349). Sin embargo, estas posiciones solo pueden ser comprendidas en su integral amplitud mediante el análisis del siguiente punto.

2.3. Bien jurídico protegido

Para atender de modo satisfactorio la discusión respecto del elemento “defraudación” en las modalidades de colusión, debemos analizar el bien jurídico protegido detrás de cada una de estas modalidades delictivas. A continuación, expondremos las principales notas doctrinarias alrededor de esta cuestión.

Comenzando con el tipo de colusión previsto en el primer párrafo del artículo 384, existen dos grupos de posturas claramente diferenciables: aquellas que sostienen que el bien jurídico de protección es el patrimonio público y el grupo que argumenta que este no lo es.

De acuerdo a Rojas Vargas (2009), las posturas que sostienen que el bien jurídico protegido en el delito de colusión es el patrimonio público se conocen como patrimonialista y, por lo general, lo justifican en la proporcionalidad de la pena:

¿Cómo se podría explicar una pena tan alta, quince años para un delito de peligro en donde no se afecta el patrimonio del Estado? ¿Cómo se podría explicar que, en el peculado, donde no hay afectación al patrimonio, la pena es de ocho años? ¿Cómo podríamos entonces señalar que, donde no hay afectación, la pena puede ser de quince? Debido a estos argumentos, ya se puede establecer que se trataría de un delito que exige afectación patrimonial al Estado (p. 38).

Si bien las recientes modificaciones hacen menos dramática la desproporción señalada por el autor, esta sigue siendo atendible. Mientras que el delito de peculado prevé una pena de cuatro a ocho años, el de colusión del primer párrafo no se aleja mucho de este al sancionar su conducta con pena de tres a seis años. Diría Rojas Vargas, ¿cómo se podría explicar una similitud tan cercana de la pena si lo que se está poniendo en peligro no es el mismo patrimonio del Estado? Es así que, incluso frente a la actual estructura del artículo 384, el jurista ratifica que el objeto de tutela penal posee naturaleza patrimonial (Rojas Vargas, 2021).

A pesar de ello, la doctrina ha desarrollado posiciones que rechazan esta comprensión. Estas son las denominadas posturas institucionalistas y comprenden diversas vertientes. La primera de ellas sostiene que el bien jurídico involucrado es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones

contractuales del Estado (Guimaray, 2011, p. 4). Se argumenta, en esta línea, que el patrimonio estatal no merece una protección especial frente al patrimonio de cualquier ciudadano y que la asignación eficiente ya es un interés respaldado parcialmente por los principios previstos en la Ley de Contrataciones del Estado. De este modo, la asignación eficiente de los recursos implica necesariamente su gestión imparcial⁽²⁾ pues solo así se garantizan los derechos humanos de los ciudadanos (Montoya, 2016, p. 137). Es decir, no se protege el patrimonio público, sino los principios que deben regir su gestión.

En una posición semejante se encuentra el sector de la doctrina que defiende que el bien jurídico protegido en la llamada colusión desleal es el correcto funcionamiento de la Administración pública, que se manifiesta esencialmente en su dimensión de imparcialidad (Pariona, 2017, p. 25). En un tenor más específico, Díaz sostiene que el bien jurídico detrás de este delito es el correcto funcionamiento de la actividad contractual del Estado, entendido como el respeto de los principios de legalidad e imparcialidad en este contexto particular (2016, p. 202). Así también lo entiende Salinas, quien señala a los principios de integridad, transparencia e igualdad de trato a los postores -de una determinada operación contractual del Estado- como los bienes jurídicos específicos del tipo estudiado (2019, p. 366). Es decir, cuando el funcionario público se concierne para defraudar al Estado, vulnera su deber de imparcialidad con el que debe representar los intereses públicos al anteponer los privados. Igualmente, Chanjan et al. sostienen que la imparcialidad con la que el funcionario o servidor público representa los intereses del Estado (2020, p. 42).

Dada la mejor aptitud de esta tesis para cerrar espacios de impunidad, se cuenta no solo con significativo respaldo doctrinario, sino también jurisprudencial. El Tribunal Constitucional, en su sentencia No. 00017-2011-AI/TC, explica que la protección del correcto funcionamiento de la Administración Pública, mediante sus principios, tiene arraigo constitucional.

(2) En la misma tendencia, el profesor Abanto argumenta que el menoscabo al patrimonio administrado por el aparato público se realiza en cuanto al conjunto de expectativas que se tiene con el particular con el que se contrata son defraudadas (2001, p. 261).



De hecho, con base a ese razonamiento, rechaza la incorporación del término “patrimonialmente” a la primera modalidad de colusión. Argumenta que el principio de “buena administración” se deduce del artículo 39 de la Constitución, fundamento que exige ejercer persecución penal sobre las conductas que atenten contra los principios que rigen la contratación pública. Asimismo, sostiene que esta protección no exige la acreditación de un perjuicio patrimonial, pues así también lo dispone la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Ahora, ¿qué ocurre con el bien jurídico protegido en el segundo párrafo del artículo 384? Como mencionamos anteriormente, este sanciona al funcionario que “mediante concertación” defrauda patrimonialmente al Estado. Determinar si esta modalidad de colusión protege el mismo bien jurídico o uno distinto que la primera está íntimamente relacionado con la problemática principal de esta investigación; es decir, si la colusión agravada es un tipo derivado de la colusión simple o si se trata de un tipo autónomo que sanciona conductas diferentes. Por ello, la determinación del bien jurídico en el tipo penal de colusión agravada estará sujeta a la respuesta de la pregunta principal a ser desarrollada en los acápite siguientes.

3. Divergencia jurisprudencial sobre la naturaleza del delito de colusión

Habiendo abordado los aspectos generales del delito, corresponde analizar la controversia en relación a la naturaleza de la colusión. Si bien la doctrina mayoritaria reconoce la regulación del tipo de colusión en dos modalidades, una simple y una agravada, no existe un consenso jurisprudencial en torno a la forma en cómo se relacionan los tipos penales. Así, mientras algunos tribunales siguen la postura doctrinal mayoritaria, otros conciben la existencia de dos tipos autónomos en la regulación del artículo 384 del Código Penal. Dicha controversia será abordada principalmente a partir de tres resoluciones de la Corte Suprema que desarrollan la Ley 29758, ley que regula el delito de colusión en dos modalidades: la Casación No. 661-2016 - Piura, la Casación No. 1648-2019 - Moquegua y la Casación No. 542-2017 - Lambayeque.

3.1. Sobre la tesis de un tipo base-derivado en el delito de colusión

En este punto, se analizarán las Casaciones No. 661-2016-Piura y 1648-2019-Moquegua sobre la naturaleza de tipo base-derivado en el delito de colusión.

A) Casación No. 661-2016-Piura

Respecto de la Casación No. 661-2016-Piura, esta concibe al delito de colusión en dos modalidades, tal como ha sido regulado en la Ley 29758; sin embargo, opta por una posición no aclarada previamente respecto de la naturaleza de la conducta típica y el bien jurídico del delito. A fin de exponer dicha posición y detallar

las posibles consecuencias, abordaremos los fundamentos que van del décimo tercero al vigésimo primero, con la precisión de que los primeros cinco fundamentos referirán al análisis de la conducta típica, mientras que los cuatro restantes referirán al análisis de las formas de intervención del delito.

Un primer aspecto a tener en cuenta es el análisis de la conducta típica. Para comenzar, el fundamento décimo tercero señala lo siguiente:

El delito de colusión, previsto en la Ley 29758 –que en su sustrato típico establece lo mismo que la modificación actual–, regula dos supuestos:

1) Colusión simple y 2) Colusión agravada; el primero establece que: “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, mientras que el segundo señala: “El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones v 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, (...)”

A partir de ello, se concibe, en el fundamento décimo cuarto, que el núcleo del comportamiento típico de ambas modalidades es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en el ámbito de la contratación pública. Ello encuentra identidad en el Expediente No. 0017-2011-PI/TC, en cuyo fundamento jurídico 18, el Tribunal Constitucional señaló que el “(...) El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública (...)”.

El fundamento décimo quinto, en otro orden de cosas, establece la diferencia entre las modalidades de colusión desde la perspectiva de la consumación. Tal fundamento señala, por un lado, que la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad de que la Administración Pública sufra un perjuicio



efectivo o que el funcionario obtenga una ventaja. Por otro lado, menciona que la colusión agravada requiere que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, es decir, se cause perjuicio patrimonial a este.

A partir de lo mencionado, los fundamentos décimo sexto y décimo séptimo detallan los elementos típicos requeridos para la configuración de ambas modalidades.

Respecto a la colusión simple, el fundamento décimo sexto establece que esta requiere la concertación ilegal entre el funcionario público y el interesado, y que, producto de dicha concertación, se genere un peligro potencial para el patrimonio estatal.

Si bien la colusión simple no exige la concreción de la defraudación, la Corte Suprema ha expresado la necesidad de la peligrosidad idónea de la conducta para producir el efecto de defraudar, debiendo ser tal efecto de naturaleza patrimonial. En relación a lo último, el Recurso de Nulidad No. 341-2015-Lima establece que, al hacer el artículo de colusión una expresa referencia a una conducta orientada a defraudar, este precepto protege el patrimonio del Estado. En consecuencia, podemos inferir que la Corte suscribe una tesis patrimonialista respecto al bien jurídico protegido. Así, Castillo Alva sostiene lo siguiente:

La particularidad del delito de colusión ilegal reside en el hecho de que la protección del patrimonio estatal se produce a partir de la tutela de la contratación administrativa, u otros modos de contratación (civil, laboral, comercial, etc.) de naturaleza económica, en la que se proscribe toda forma de concertación, acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación (perjuicio) al Estado (citado en Díaz, 2016, p. 171).

Respecto a la colusión agravada, el fundamento décimo séptimo establece que esta se trata de un delito de resultado lesivo, en tanto requiere que el agente perjudique o defraude efectivamente el patrimonio estatal. Entonces, a diferencia de la colusión simple, la concertación con finalidad de defraudar ya no es suficiente, sino que se requiere la lesión efectiva del patrimonio del Estado. Vemos acá una apreciación mucho más clara respecto al patrimonio estatal como bien jurídico protegido por la norma. Siendo ello así, cobra relevancia la pericia contable como prueba para determinar el perjuicio efectivo al Estado. En esa línea, se ha pronunciado la Casación No. 1105-2011/SPP, así como el Recurso de Nulidad No. 341-2015-Lima, las cuales señalan al informe de pericia contable como una prueba directa e idónea para acreditar el perjuicio patrimonial en el delito de colusión en su modalidad agravada.

Por lo mencionado, inferimos que, bajo esta concepción, el delito de colusión, tanto en su modalidad simple como agravada, es entendido como una conducta orientada a defraudar o que defrauda patrimonialmente al Estado, lo cual uniformiza la relación entre ambas modalidades de colusión, al compartir ambas un mismo bien jurídico tutelado.

Esto se condice con lo que adelantamos en el acápite anterior sobre el bien jurídico en las concepciones que afirman una relación de tipo base-derivado. Como afirma Meini (2014), “el vínculo que relaciona a los tipos agravados y a los tipos atenuados con el tipo básico es el bien jurídico” (p. 48). Dicho esto, bajo un supuesto de colusión agravada, ni la imparcialidad del funcionario ni la eficiente asignación de recursos se ven sustancialmente más afectados que en la colusión simple. Entonces, no habría una justificación para el agravamiento de la pena, salvo que se considere al patrimonio como bien jurídico. El aumento de pena debe ser proporcional a la mayor afectación que sufre el bien jurídico bajo la modalidad agravada (Meini, 2014, p. 48). Por ello, más adelante se verá que, si se considera a la colusión agravada como un tipo derivado, la diferencia entre ambas modalidades se encontrará, principalmente, en el tipo de afectación al bien jurídico.

El problema con ello radica en la punibilidad exclusiva de conductas orientadas a defraudar patrimonialmente y de aquellas que conllevan una defraudación patrimonial efectiva, mas no de las conductas orientadas a o que conllevan una defraudación no patrimonial.

Por otro lado, un segundo aspecto a tener en cuenta es el análisis de las formas de intervención del delito. El fundamento décimo octavo desarrolla la definición de complicidad primaria y secundaria, diferenciando entre actos esenciales y no esenciales para la comisión del delito, respectivamente.

Luego, en el fundamento décimo noveno, se indica que la participación de los sujetos considerados como cómplices debe darse antes o durante la comisión del delito, ya que, de otro modo, dichas acciones no constituyen un supuesto de complicidad.

Respecto a la tipicidad como requisito fundamental para la valoración de la participación de un tercero en un delito de infracción de deber, el fundamento vigésimo señala que el delito de colusión es un delito de participación necesaria, ya que requiere de la intervención del funcionario público y el interesado en la concertación.



Finalmente, dado que es necesario que el tipo penal establezca la participación de un sujeto en la ejecución del delito, a partir de lo regulado por el artículo 384 del Código Penal, concluimos que el cómplice será el interviniente interesado en concertar con el funcionario público con el objetivo de defraudar patrimonialmente al Estado. Cualquier otro supuesto no podrá constituir participación de un tercero.

B) Casación No. 1648-2019-Moquegua

Ahora bien, la jurisprudencia que se adhiere a la concepción de las modalidades de colusión en una relación base-derivado no es uniforme en todos sus aspectos. Recientemente, la Corte Suprema publicó la Casación 1648-2018-Moquegua. Esta menciona en el fundamento tercero lo siguiente:

El primer párrafo (colusión simple) importa que el agente oficial se concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado. El segundo párrafo (colusión agravada) exige que la concertación con los interesados importe una defraudación patrimonial al Estado o entidad u organismo del Estado.

Como puede verse, mantiene la idea de que la colusión agravada está constituida por un acuerdo subrepticio (colusión simple) con un elemento adicional, que es la defraudación patrimonial del Estado. Asimismo, se ajusta a una tesis patrimonialista y no distingue a las modalidades por el bien jurídico, sino por el tipo de afectación (peligro abstracto, peligro concreto o lesión efectiva).

Por otro lado, esta casación reconoce la existencia de un espacio intermedio, que ocurre cuando se realizan actos orientados a ejecutar el acuerdo y ocasionar el perjuicio, sin que este llegue a producirse. Esto, de acuerdo con la casación, deberá ser castigado como tentativa de colusión agravada. De esta forma, podría decirse que, al enfocar la atención sobre lo ocurrido entre el acuerdo y la efectiva defraudación, se ha realizado una división tripartita a partir de la afectación al patrimonio como bien jurídico: el peligro abstracto será sancionado como colusión simple, el peligro concreto como tentativa de colusión agravada y la lesión efectiva como colusión agravada consumada. Véase el siguiente fragmento del fundamento tercero:

La colusión simple se consuma con el acuerdo colusorio. No es necesario que se haya ejecutado lo acordado, ni que se haya generado un peligro concreto de lesión o una lesión efectiva al patrimonio del Estado (ha de ser un acuerdo colusorio idóneo para defraudar: peligro abstracto) [*énfasis agregado*]. La colusión agravada se produce con la defraudación patrimonial al Estado -es un delito de lesión, de resultado: lo ejecutado ha de importar un perjuicio para el Estado-, y si el acuerdo colusorio se ejecuta y solamente se genera un peligro concreto de afectación patrimonial al Estado, tal conducta se castiga como tentativa de colusión agravada (*énfasis agregado*) [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Ibidem*, pp.187, 192 y 195], dato que a menudo se olvida por focalizar el delito desde la exclusiva perspectiva de su consumación, sin advertir las formas imperfectas de ejecución delictiva.

C) Diferencias entre ambas casaciones

Como ha podido verse, existe divergencia jurisprudencial incluso dentro de este primer grupo. Es decir, dentro de la postura que concibe a la colusión agravada como un tipo derivado de la colusión simple.

Por ejemplo, las casaciones expuestas sugieren distintas imputaciones dependiendo del riesgo creado. La Casación No. 661-2016-Piura únicamente contempla dos posibilidades: peligro potencial para la colusión simple y lesión efectiva para la modalidad agravada. Por otro lado, la Casación No. 1648-2019-Moquegua prevé una tercera situación, en la cual se cometen actos orientados a defraudar en cumplimiento del acuerdo subrepticio, pero la defraudación no llega a producirse de manera efectiva. En esos casos, se afirma que debería imputarse una tentativa de colusión agravada.

La Casación No. 661-2016 hace especial énfasis en la necesidad de acreditar que la conducta tenga la posibilidad de afectar al bien jurídico. Véase el fundamento décimo sexto:

La colusión simple exige una aptitud lesiva para defraudar. Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta.

Por su parte, como se mostró previamente, la Casación No. 1648-2016-Moquegua refiere expresamente que "la colusión simple se consuma con el acuerdo colusorio. No es necesario que se haya ejecutado lo acordado, ni que se haya generado un peligro concreto de lesión o una lesión efectiva al patrimonio del Estado". Si bien no se hace referencia expresa al peligro potencial, la Casación es tajante al afirmar que la colusión simple solo requiere la verificación del hecho. Así, se estaría refiriendo a un delito de peligro abstracto, y abarca espacio de punibilidad que la Casación No. 661-2016-Piura excluye.

En resumen, si bien ambas casaciones conciben a la colusión agravada como un tipo derivado y se guían por una tesis patrimonialista, difieren sustancialmente en



cuanto a la imputación que corresponde según la afectación al bien jurídico. La Casación No. 661-2016-Piura considera que el solo acuerdo no constituye un delito si no puede potencialmente afectar el patrimonio del Estado, mientras que la Casación No. 1648-2016-Moquegua valora esto mismo como una colusión simple. Por otro lado, la primera casación considera que la modalidad simple del delito abarca todos los posibles actos del sujeto hasta que se produzca la defraudación, mientras que la segunda contempla un espacio intermedio para los casos en que el bien jurídico se ponga en peligro concreto.

Lo anterior puede visualizarse en la Tabla 1:

Tabla 1
Principales diferencias entre las casaciones estudiadas respecto de la calificación jurídica

| Afectación al bien jurídico "patrimonio" | Peligro abstracto | Peligro potencial | Peligro concreto | Lesión efectiva |
|--|-------------------|-------------------|--------------------------------|-------------------|
| Casación No. 661-2016-Piura | Atipicidad | Colusión simple | Colusión simple | Colusión agravada |
| Casación No. 1648-2016-Moquegua | Colusión simple | Colusión simple | Tentativa de colusión agravada | Colusión agravada |

La divergencia descrita no es ociosa, sino que tiene consecuencias jurídicas reales en el ámbito de imputación a título de participación. La Casación No. 661-2016-Piura concluye, en su fundamento vigésimo primero, que no se puede hablar de cómplice de colusión fuera de la esfera del particular interesado. Esta afirmación es consistente con la comprensión de la colusión simple como un tipo de peligro potencial, pues el acuerdo colusorio con idoneidad probada para perjudicar el erario público ya no podrá poner en mayor riesgo al bien jurídico, salvo su lesión efectiva en la consumación de colusión agravada.

A diferencia de esta postura, si la colusión simple es un tipo de peligro en abstracto y existe un espacio intermedio en el que la conducta concreta su peligro al patrimonio del Estado, entonces las conductas típicas en este camino a la lesión efectiva podrán ser punibles. La tesis de la Casación No. 1648-2019-Moquegua, por tanto, admite que quienes participen en la concretización del peligro al objeto de tutela sean sancionados.

3.2. Sobre la tesis de tipos penales autónomos en el delito de colusión

En la Casación No. 542-2017-Lambayeque, dada la particularidad de la interpretación del artículo 384 del Código Penal, los magistrados de la Corte Suprema no llegaron a un consenso sobre las modalidades que presenta el delito de colusión, los tipos penales, ni los requisitos para que se configuren. Por ello, emitieron su voto de manera discordante, fundamentando sus propios argumentos jurídicos; esto sin

perjuicio de que, para alcanzar la mayoría de acuerdo a ley, se convocó al voto dirimente del magistrado Castañeda Espinoza, quien se adhirió al voto de las magistradas Barrios Alvarado, Castañeda Otsu y Pachecho Huancas.

Por un lado, el voto en minoría fue dado por los jueces Prado Saldarriaga y Quintanilla Chacón. Al respecto, Saldarriaga señaló lo siguiente sobre el delito de colusión:

Ha sido construido históricamente siempre por el legislador nacional como un acto de negociación maliciosa que realiza el funcionario público cuando interactúa en representación de los intereses del Estado. Por tanto, lo antijurídico de dicha conducta funcional radica en que el agente defrauda la expectativa del Estado al concertarse ilícitamente con alguna de las partes intervinientes en el proceso de negociación como una negociación maliciosa que el funcionario realiza cuando interactúa en representación de los intereses del Estado (Corte Suprema, 2019, FJ. octavo)

Ahora bien, en líneas anteriores, se ha podido dar cuenta que, conforme a lo establecido en las posiciones de las casaciones de Moquegua y Piura, el bien jurídico protegido en el delito de colusión es el patrimonio público. Por su parte, en la Casación No. 542-2017-Lambayeque, según Prado Saldarriaga, la defraudación patrimonial no constituye en ningún término un perjuicio patrimonial concreto y cuantificable, por cuanto no resulta exigible el requisito de perjuicio patrimonial cuantificable para configurar el delito de colusión.

Asimismo, Prado Saldarriaga considera que "se defrauda patrimonialmente al Estado al frustrarle del mejor resultado posible para sus intereses en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación (énfasis agregado), como señala expresamente el segundo párrafo del artículo 384 CP" (Corte Suprema, 2019, FJ. noveno). De esta manera, para que se configure el delito de colusión, se va a requerir de una defraudación patrimonial al no anteponer los intereses del Estado primero en la contratación pública. Es así que el magistrado estima que la defraudación patrimonial no se mide o prueba en términos cuantificables y materiales, sino con la sola concertación, lo cual implica que se prive a



la entidad pública de optar por mejores ofertas en el proceso de negociación pública.

En el fundamento décimo primero de la casación, se infiere que una razón para establecer la naturaleza autónoma de la modalidad prevista en el segundo párrafo del artículo 384 es la propia naturaleza de la conducta típica.

Respecto a la diferencia entre el primer párrafo y el segundo párrafo del artículo 384, este se desarrolla en el fundamento décimo primero cuando señalan lo siguiente:

(...) la primera conducta tipificada en el párrafo inicial de la mencionada norma penal, alude expresamente a un acto preparatorio criminalizado autónomamente y como un delito de tendencia interna trascendente (“concierta con los interesados para defraudar al Estado”). En cambio, en la segunda parte del referido artículo se regula también con precisión un delito de estructura comisiva (“mediante concertación con los interesados defraudare patrimonialmente al Estado”). No se da, pues, la simetría típica que debe existir entre un tipo penal simple y uno de tipo penal derivado agravado de aquel, tal como ocurre, por ejemplo, entre el homicidio simple (artículo ciento seis) y el homicidio calificado de asesinato (artículo ciento ocho), donde en ambos casos se regula y exige la realización de la misma conducta típica y antijurídica de “matar” (Corte Suprema, 2019, FJ. décimo primero).

En consecuencia, no se puede afirmar que sobre esta hay un tipo penal agravado, al ser la conducta punible el acuerdo defraudatorio, mientras que el segundo hace referencia a la defraudación patrimonial.

Por otra parte, los votos dirimientes fueron llevados a cabo por las juezas Barrios Alvarado, Castañeda Otsu y Pacheco Huancas, quienes afirman que la relación entre ambas modalidades es de tipo base y agravado, argumentado que la Casación No. 661-2016 de Piura respalda dicha posición, pues en ambos tipos penales se exige la concertación como elemento normativo.

Las magistradas señalan que, en las dos modalidades de colusión, se alude a la concertación como un pacto colusorio o acuerdo ilícito entre el funcionario público y los terceros; así, denotan la terminología “*para defraudar al Estado*” y “*defraudare patrimonialmente al Estado*”, las cuales corresponden a las modalidades de colusión simple y colusión agravada, respectivamente.

4. Análisis dogmático penal de la jurisprudencia y toma de postura

El tipo penal de colusión previsto en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal es un tipo autónomo respecto del tipo penal de colusión previsto en el primer párrafo de esta disposición normativa. En consecuencia, estimamos que la posición de la Casación No. 542-2017-Lambayeque es acertada, al menos en este extremo, y la nomenclatura apropiada para

designar a estos dos tipos penales es “colusión desleal” y “colusión con posterior defraudación patrimonial”, respectivamente. Nos encontramos, entonces, frente a un supuesto de fraude de etiquetas: a pesar de que la Ley 29758 denomina agravado al tipo dispuesto en el segundo párrafo, este no tiene tal naturaleza.

4.1. Sobre la naturaleza de tipos penales modificados y autónomos

Para defender nuestra posición, en primer término, nos haremos cargo de la llamativa ubicación sistemática de estos dos tipos penales. Como ya se ha descrito, ambos tipos se encuentran dispuestos en una misma disposición normativa, ubicación que, por lo regular, es dispuesta para los tipos que tienen una relación de base y modificado. No obstante, esta regularidad no debe comprenderse como una carta de triunfo para afirmar la relación descrita, dado que es pacífico en la doctrina que la ubicación sistemática de los tipos modificados es irrelevante (Meini, 2014, p. 85). Es decir, un tipo penal agravado o atenuado puede encontrarse tanto en la misma disposición que su tipo base, en otra del código o incluso en una ley distinta. De ser así, entonces también irrelevante es la ubicación sistemática del tipo autónomo, pues esta nada nos diría sobre si debemos descartar su naturaleza modificativa o no.

Entonces, ¿qué es lo realmente relevante para determinar si un tipo penal es autónomo o modificado? Lo primero que ha de decirse es que tal calificación no puede ser comprendida en abstracto, sino que los tipos adquieren tal naturaleza en función de la relación que tienen con un tipo base (Zaffaroni, 1981, p. 261). En otras palabras, un tipo penal es autónomo o modificado de acuerdo al tipo de relación que establezca con otros.

Empecemos determinando qué relación tiene un tipo penal con otro para que se pueda afirmar la relación de tipo base y tipo modificado. De acuerdo con Meini (2014), esta relación está determinada por el vínculo denominado bien jurídico protegido (p. 84). Es decir, un tipo penal será modificado respecto de otro cuando compartan objeto de protección. No obstante, no parece ser esta una característica



excluyente de los tipos modificados. El tipo de feminicidio comparte con el de homicidio la protección al bien jurídico vida, del mismo modo que el tipo de robo se vincula al hurto por el bien jurídico patrimonio (Díaz et. al, 2019). Ambos casos poseen en común que la doctrina ha aceptado pacíficamente su autonomía respecto de sus aparentes tipos base.

Se dice también que los tipos penales modificados establecen circunstancias más o menos graves complementarias a las del tipo base, las que se denominan elementos accidentales (Meini, 2014, p. 83). Sin embargo, también parece ser esta una característica de los tipos penales autónomos, dado que la doctrina sugiere que estos también añaden elementos nuevos al tipo base, los que tienen como consecuencia la exclusión de aplicación del primero (citado en Reyes, 2016, p. 5). Respecto de estas dudas, Zaffaroni (1981) agudiza la problemática al sentenciar que los tipos modificados que agravan una conducta lo pueden hacer por afectar con mayor intensidad el bien jurídico protegido por su tipo base, pero también por afectar complementariamente otro bien jurídico (p. 262). De ser así, entonces, también es irrelevante para determinar la autonomía de un tipo penal o su naturaleza modificativa su condición de pluriofensivo.

Vayamos entonces a la cuestión más básica: ¿qué nos permite afirmar que un tipo es base y no modificado? Un tipo base es base o fundamental, dado que es el que determina “el concepto fundamental de la conducta que se sanciona” (Zaffaroni, 1981, p. 261). Todo lo que hacen los tipos modificados es, entonces, establecer nuevas circunstancias, manteniéndose así dentro de tal concepto. Un tipo adquiere autonomía cuando, por sí mismo, pueda determinar un concepto fundamental distinto al de otro tipo base.

El concepto fundamental de la conducta que se sanciona en la colusión desleal (mal llamada colusión simple) es un injusto penal que comprende estrictamente la constitución de un acuerdo colusorio dirigido a defraudar al Estado en el contexto de la contratación pública. Las circunstancias que agraven esa conducta (tal como su realización por medio de organización criminal) no constituyen un nuevo concepto de conducta. Incluso, si el acuerdo colusorio es celebrado en actividad de una organización criminal, la exigencia seguirá siendo siempre solo el acuerdo colusorio dirigido a defraudar al Estado en un contexto determinado.

Por el contrario, las circunstancias introducidas en el tipo penal de colusión con posterior defraudación patrimonial (mal llamada colusión agravada) sí constituyen un nuevo concepto fundamental de una conducta sancionada. Este concepto es un injusto penal que exige, esencialmente, una defraudación de carácter patrimonial. No se trata solamente de un cambio en el objeto material del delito. Si fuese así, el injusto de este segundo párrafo seguiría siendo el acuerdo colusorio, solo que este debería estar dirigido a defraudar patrimonialmente al Estado,

no exigir que exista una afectación patrimonial efectiva. Por tanto, es preciso afirmar que la colusión con posterior defraudación patrimonial es un tipo fundamental por ser autónomo respecto de la colusión desleal.

Es importante advertir a este término que la tesis expuesta no solo es atinada dogmáticamente y permite cerrar mayores espacios de impunidad, sino que también brinda facilidades interpretativas respecto de la disposición normativa del artículo 384 del Código Penal. En su tercer párrafo, esta disposición establece un catálogo de circunstancias agravantes específicas que, de forma literal, se encuentran previstas para ser aplicadas a ambos tipos penales de los párrafos previos. A saber:

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos [énfasis agregado]:

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

Dado que la posterior defraudación patrimonial tiene autonomía respecto de la colusión desleal y la tiene en tanto es un tipo base o fundamental, es fácil comprender que cada uno de estos tipos posee sus propios tipos modificados. Así las cosas, el tercer párrafo de la disposición analizada es de ágil comprensión: se trata de un conjunto de circunstancias agravantes aplicables a ambos tipos penales fundamentales. Por tanto, los auténticos tipos de colusión agravada, y los de defraudación patrimonial agravada, se encontrarán en este tercer párrafo.

4.2. Sobre los bienes jurídicos protegidos

A partir de la configuración del delito, cabe ahora desarrollar, por separado, cada



uno de los bienes jurídicos que se afectan tanto en la colusión desleal como en la colusión con posterior defraudación patrimonial. No obstante, es importante comenzar con recalcar la diferenciación de ambos tipos a partir de su autonomía, razón por la que consideramos es necesaria una reinterpretación del artículo 384 al considerarse por la doctrina como un supuesto de delito simple y agravado (en el primer y segundo párrafo respectivamente).

En primer lugar, a partir de la lectura del primer párrafo del artículo 384, observamos que el verbo rector del tipo penal es “concertar” (Abanto, 2013, p. 959); y, consecuentemente, los sujetos activo y pasivo serían el funcionario o servidor público y el Estado respectivamente. En ese sentido, con la concertación se afectaría el bien jurídico “imparcialidad” (léase, imparcialidad del funcionario o servidor público), en el marco de la afectación del correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Defendemos esa posición, pues, como expusimos con anterioridad, es la que permite flanquear de mejor manera los espacios de impunidad. Exigir una naturaleza patrimonial de la defraudación objeto del acuerdo colusorio excluye de la persecución penal a un número importante de casos de relevancia social y jurídico penal que no necesariamente comprometen el erario público. Asimismo, nos encontramos convencidos que es la posición más acertada desde una interpretación literal de la disposición normativa, así como la que goza de un mejor fundamento constitucional. Ahora bien, en segundo lugar, respecto a la colusión con posterior defraudación patrimonial, el análisis amerita una exposición más pormenorizada.

De la lectura del segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal, podemos concluir que, a pesar de que se mantiene la concertación como un comportamiento previo, el verbo rector es “defraudar” (Salinas, 2019, p. 348), por lo que tienen una entidad de injusto distinta. Esta estructura compleja comprende como consecuencia la composición de un delito pluriofensivo, debido a que protege, además de la imparcialidad en el marco de una contratación pública, el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública⁽³⁾.

La imparcialidad o igualdad de trata a los postores, por supuesto, se mantiene como bien jurídico protegido por la colusión con posterior defraudación patrimonial. Es así, porque la acción “concertar” sigue siendo haciendo parte de la conducta típica en la norma de este segundo párrafo. Si antes la sola concertación con fines defraudatorios comprometía la imparcialidad con la que un funcionario debe representar los intereses del Estado en la contratación, no hay razón para pensar que, cuando la defraudación se concretiza, el atentado con este bien jurídico desaparece.

Así lo entiende Rojas Vargas (2021), quien expone lúcidamente que la defraudación descrita en el segundo párrafo de la disposición representa una gestión fraudulenta del patrimonio público: el agente público actúa apartándose de las exigibles expectativas de comportamiento de su cargo. Es a consecuencia de ello que perjudica los intereses del Estado (p. 531). Es decir, la conducta del sujeto activo compromete los principios con los que debe regir su actuación dada la función pública que representa; en otras palabras, atenta contra el bien jurídico institucional ya descrito *supra*.

Reviste de mayor resiliencia la aceptación de un segundo bien jurídico específico para la modalidad mal llamada agravada. Por lo regular, quienes sostienen la tesis institucionalista en relación con el bien jurídico protegido en la colusión la afirman homogéneamente para ambas modalidades. Por el contrario, opinamos fundadamente que la comprensión íntegra del tipo de colusión con posterior defraudación patrimonial exige la descomposición detallada de los intereses que protege.

Los intereses patrimoniales del Estado se encuentran comprometidos con la conducta típica de esta modalidad delictiva, porque así lo exige su composición. La posterior defraudación patrimonial requiere que la conducta efectuada por el agente económico ocasione un real perjuicio económico al Estado (Rojas, 2021, p. 547). Esta es una diferencia trascendental respecto de la colusión desleal. Mientras que la primera modalidad criminaliza conductas que pueden o no atentar contra las arcas del Estado, la segunda siempre exigirá tal perjuicio. Esta diferencia se traducirá en una mayor punibilidad que, por demás, solo puede ser explicada mediante la incorporación de un bien jurídico adicional.

Nótese que no afirmamos que el bien jurídico protegido por el tipo autónomo es el patrimonio público. No es así, porque, a nuestro entender, los delitos funcionariales son garantes de los principios y deberes con

(3) Principio reconocido en el Acuerdo Plenario No. 4-2005, en el que se desarrolla el bien jurídico protegido por el delito de peculado.



los que el funcionario debe representar los intereses del Estado (Pariona, 2017, p. 25). Siendo así, el patrimonio público es tan solo el objeto sobre el que recae el delito. El bien jurídico será, por tanto, el principio que tiene el funcionario público de no atentar contra los intereses patrimoniales del Estado y lo que se deduce de estos.

Como se puede apreciar, la naturaleza pluriofensiva de la colusión con posterior defraudación patrimonial no enerva nuestra postura institucionalista en relación con el bien jurídico en el delito de colusión. Tal naturaleza solo se hace cargo de descomponer los principios o deberes que rigen la actividad contractual del Estado. Esto al diferenciar que la modalidad del segundo párrafo atenta tanto con el deber de imparcialidad con la que un funcionario público debe tratar a los postores, como con los intereses patrimoniales que debe cautelar dada la función que le ha sido encomendada.

4.3. Sobre la naturaleza de delito de peligro y de lesión

La discusión respecto a la relación entre la conducta de colusión y el bien jurídico ha sido encarnizada. Por un lado, según Salinas (2019), para que haya consumación del delito de colusión, se debe verificar el acuerdo entre el funcionario público y el particular; es decir, no se exige una defraudación efectiva al patrimonio estatal. De esta manera, el autor infiere que la colusión desleal es de peligro concreto y explica que “con el concierto de voluntades para perjudicar al patrimonio público, en forma inminente y concreta se le pone en peligro”.

Desde otro extremo, Cáceres Julca y Carrión Díaz (2011) argumentan que la colusión no debe ser entendida como delito de peligro abstracto, toda vez que el bien jurídico protegido es el patrimonio público. Así, la conducta requeriría la lesión material del erario público para su configuración. A nuestro juicio, esta posición es equivocada al partir de la premisa de que el bien jurídico protegido en la modalidad del primer párrafo es el patrimonio público, equivocación ya fundamentada en el apartado anterior.

Luego, Díaz (2016), respecto de lo mencionado por estos autores, no entiende por qué, si el bien jurídico protegido es el patrimonio, se debe inferir de forma automática que se trata de un delito de lesión. De esta manera, Díaz señala que, en cuanto a la divergencia doctrinal sobre el delito de colusión, no queda claro si este es un delito de lesión o un delito de peligro concreto; es más, tampoco le queda claro el porqué el tipo base de colusión no configura como delito de peligro abstracto, y el porqué se descarta dicha posibilidad considerando las consecuencias de los delitos de mera actividad. Lo que resalta la autora es que la jurisprudencia y la doctrina establecen automáticamente que el delito de colusión es de lesión o peligro, sin una mayor fundamentación.

Es a mérito de esta problematización que expondremos a continuación un esbozo de justificación respecto de la relación que tiene la conducta de colusión desleal y la de colusión con

posterior defraudación patrimonial con sus respectivos bienes jurídicos.

En primer término, opinamos fundadamente que la colusión desleal es un delito de peligro concreto, toda vez que el tipo penal requiere para su configuración tan solo una puesta en peligro a la imparcialidad en la actividad contractual del Estado. Esta es una característica propia de los delitos de peligro y no de los de lesión en los que se exige el menoscabo efectivo al bien jurídico protegido (Mir Puig, 2016, p. 238). Para comprender ello, regresemos a una anterior afrenta interpretativa: el elemento *defraudatorio*.

¿Qué significa defraudar al Estado? Pariona (2017) tiene claro que la defraudación se realiza mediante la entrega de beneficios indebidos a un interesado. Y que, a su vez, se concretiza a través de medios e instrumentos tales como “vulnerar el procedimiento de contratación previsto en la ley, adquirir o contratar bienes, servicios u obras que no se ajustan a los requerimientos exigidos (...)” (p. 50-51), etc. Son esas conductas las que defraudan al Estado, no el propio acuerdo.

Cuando un funcionario público acuerda con un interesado diseñar las bases para concurso público a pedir de este último no defrauda aún al Estado. No obstante, tiene por finalidad hacerlo, pues el acuerdo comprende la realización de conductas que comprometerán su imparcialidad, pero conductas siempre posteriores al acuerdo en sí mismo. Son esas conductas defraudatorias las que lesionarán la imparcialidad con la que un funcionario público debe regir su representación del Estado. El acuerdo, por el contrario, solo pone en riesgo (peligro) el cumplimiento de los deberes y principios que regulan la actuación pública.

La relación expuesta entre la conducta defraudatoria y el bien jurídico específico imparcialidad en la actividad contractual del Estado no es novedosa. Rojas Vargas (2021) explica que la defraudación comprende la asunción de roles incompatibles a los intereses del Estado, violando los principios depositados en el funcionario público. Lo que significa que el momento de configuración de la conducta defraudatoria es en el que se lesiona el bien jurídico protegido y no uno anterior.



Por supuesto, no debe confundirse la postura aquí defendida con tesis restrictivas que exijan una lesión efectiva a los intereses del Estado para la persecución de conductas constitutivas de colusión desleal. Por voluntad del legislador, el mero acuerdo con fines defraudatorios es criminalizado y debe ser sancionado. El adelantamiento de la barrera de punición se justifica en el reforzado interés del Estado por perseguir los delitos contra la Administración pública. Por ello, la sola puesta en peligro en la que coloca a la imparcialidad el acuerdo colusorio es penalmente relevante y meritoria de consecuencias jurídico penales.

Ahora bien, el autor Mir Puig (2016) divide a los delitos de peligro por su relación con el bien jurídico como abstracto y concreto. Al respecto, explica lo siguiente:

Suele decirse que en los primeros requiere expresamente la ley la creación de una efectiva situación de peligro (resultado de peligro), mientras que en los delitos de peligro abstracto no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo: sólo (sic) serían delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro.

(...) en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión (así, que la acción haya estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal resultado de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano. Pero tanto los delitos de peligro concreto como los de peligro abstracto son verdaderos delitos de peligro porque exigen que no se excluya previamente todo peligro (pp. 238-239).

Se puede colegir de lo anterior que la norma penal tipifica y sanciona aquellas conductas que hayan puesto en peligro el bien jurídico protegido y que con un juicio de objetividad se verifique dicha situación de peligro.

Según nuestro juicio, esta descripción conceptual posee como consecuencia el entendimiento de la colusión desleal (la modalidad del primer párrafo del artículo 384) como delito de peligro concreto o potencial, denominación desarrollada por nuestra jurisprudencia.

La Casación No. 661-2016-Piura, en su fundamento décimo sexto⁽⁴⁾, explica que para encontrarnos frente a un delito de peligro potencial es necesario que la conducta tenga la posibilidad de afectar el bien jurídico. Es decir, siendo el caso de la colusión, el acuerdo tendría que estar dotado de idoneidad para lesionar la imparcialidad en la Administración Pública. Por ejemplo, aquellas contrataciones donde no se requiere un concurso o licitación pública para elegir al

mejor postor y la entidad administrativa puede elegirlo según su discrecionalidad (como la contratación directa regulado en el artículo 27 de la Ley de Contrataciones con el Estado) demuestran que no todo acuerdo entre la entidad administrativa y el particular está dirigido a lesionar el bien jurídico imparcialidad, puesto que el mismo ordenamiento permite cierta discrecionalidad a la entidad administrativa. Entonces, el requisito para la configuración del delito es que el acuerdo se dirija a defraudar al Estado, ya sea de manera patrimonial, en la ejecución del contrato o el funcionamiento de la Administración Pública, etc.

Así, en tanto el tipo penal de colusión desleal exige un fin defraudatorio en el acuerdo, nos encontramos frente a un delito de peligro potencial o concreto, al requerirse que la comunión de voluntades tenga potencialidad de lesionar el bien jurídico imparcialidad en el ámbito de contratación pública.

Continuando, en segundo término, defendemos que la colusión con posterior defraudación patrimonial es un delito de lesión.

Es un delito de lesión y no de peligro, puesto que el riesgo no permitido se realiza en un resultado típico de lesión. Esta caracterización es atribuida a los delitos de lesión y no a los de peligro, en los que el riesgo permitido solo se realiza en un resultado de puesta en peligro (Roxin, 2012, p. 123). Involucrando lo ya expuesto, la colusión con posterior defraudación patrimonial sí lesiona efectivamente los bienes jurídicos protegidos por el tipo.

La justificación detrás de esta tesis se deduce grácilmente de lo expuesto *supra*. Mientras que la colusión desleal era un delito de peligro, en tanto la defraudación solo era en su estructura una finalidad, en la posterior defraudación patrimonial la defraudación es en su estructura el verbo rector, cuya realización es exigida para la configuración del tipo.

(4) Casación 661-2016 Piura: "(...) es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta".



Aquí, los actos defraudatorios ya han menoscabado la imparcialidad y los intereses patrimoniales del Estado. El funcionario público ya asumió roles incompatibles a su cargo y, debido a ello, ha generado un perjuicio a los intereses que debía proteger (Salinas, 2019, p. 351). Ha actuado diseñando un expediente de contratación con el que uno de los postores obtendrá ineludiblemente la adjudicación de obra, lo que, por fin, vulneró el deber de igualdad de trato con el que debía regir su representación del Estado. A su vez, le ha generado un perjuicio económico al Estado, lo que vulneró el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales, principio que debía preservar por el cargo que le había sido confiado.

Por último, es meritorio mencionar que esta comprensión de la conducta típica y su relación con el bien jurídico protegido nos permite reafirmar nuestra tesis pluriofensiva, expuesta en el apartado anterior.

Iván Meini realiza una importante precisión en la diferencia entre bien jurídico y objeto material del delito. A saber:

La lesión al bien jurídico no debe confundirse con el resultado material de los llamados «delitos de resultado» ni con la destrucción o mutación de forma del objeto material... como se ha visto el objeto material puede destruirse o mutar sin que el bien jurídico se lesione, tal como sucede cuando el titular del bien jurídico emite su consentimiento (2014).

El aporte es relevante, en tanto permite el mejor estudio de algunos casos complejos.

El objeto material en la modalidad del segundo párrafo es el patrimonio público (las arcas del Estado), mientras que los bienes jurídicos específicos son la imparcialidad y los intereses patrimoniales del Estado. Por tanto, se darán casos en los que la mutación del objeto material no implique necesariamente la lesión al bien jurídico. Por ejemplo, el alcalde de una provincia promueve la construcción de un hospital y para el que se utiliza dinero proveniente de las arcas del Estado; sin embargo, el privado hace uso de material más económico y no recomendable para la construcción de un hospital. En este caso, se está afectando a las arcas del Estado; no obstante, solo se lesionan los bienes jurídicos cuando la buena pro fue otorgada como consecuencia de un acuerdo colusorio y cuando se incumplieron los deberes y principios que deben regir la actuación pública.

Así, si el bien jurídico imparcialidad no se ve afectado, no podrá decirse que se ha producido un delito de colusión. Del mismo modo, nos encontraremos en el ámbito de aplicación de la colusión desleal hasta que el patrimonio llegue a verse lesionado efectivamente.

4.4. Consecuencias dogmático-penales de la toma de postura

Partiendo del presupuesto de que el artículo 384 del Código Penal regula, en puridad, delitos de configuración autónoma,

debemos analizar las consecuencias que ello traería consigo. En ese sentido, abordaremos dichas consecuencias desde el ámbito de la conducta, con la consumación y la tentativa, y desde el ámbito de los sujetos que intervienen en la comisión del delito, con la complicidad.

4.4.1. Repercusiones en la consumación y la tentativa delictiva

La consumación del delito, según Bramont-Arias, surge cuando se realiza el verbo rector del tipo penal; es decir, cuando se pone en peligro o se lesiona el bien jurídico protegido (2002, p. 363). Dicha consumación puede ser de dos tipos: formal y material. La consumación formal se produce con el cumplimiento absoluto del tipo. Así, Bramont-Arias (2002) señala lo siguiente:

Generalmente, la ley indica la consumación en relación con el resultado lesivo producido; pero, sin embargo, ella admite que la consumación surja en un momento anterior, esto se da en los delitos de resultado cortado, en los delitos de peligro, etc. (p. 363).

La consumación material, por otro lado, se da en un plano posterior, con el agotamiento del delito, es decir, “cuando el sujeto logra el fin último por el que cometió el delito” (Bramont-Arias, 2002, p. 363).

Conforme a la tesis sostenida, los delitos de colusión tendrían una consumación de distinta configuración. Respecto a la colusión desleal, al ser un delito de peligro potencial, estaríamos ante una consumación formal que se produciría con la concertación entre el funcionario y los interesados. Cabe señalar que el tipo penal no exige un peligro de perjuicio patrimonial, pues no es el patrimonio público el bien jurídico que protege dicho tipo penal, sino la imparcialidad en el ejercicio de la función pública. Suponer lo contrario implicaría dejar espacios de impunidad para aquellos acuerdos colusorios que no cuenten con la idoneidad para afectar el patrimonio público. En esa línea, nuestra concepción del delito de colusión como delitos autónomos difiere de la Casación No. 661-2016-Piura, la cual enfatiza en la necesidad de la peligrosidad idónea de la conducta para producir el efecto de defraudar patrimonialmente al Estado.



Respecto a la colusión con posterior defraudación patrimonial, estaríamos ante una consumación material, pues esta se produciría con el agotamiento del delito. Así, al ser un delito de lesión, la conducta se vería consumada con la concertación defraudatoria que finalice en un perjuicio patrimonial al Estado.

Ahora bien, es posible que la conducta típica de esta modalidad no llegue al grado de consumación del tipo penal. En esos casos, estaríamos en el ámbito de la tentativa. Sin embargo, es preciso señalar que la tentativa es admitida únicamente en los delitos de lesión, puesto que en los delitos de peligro no se exige la realización de un daño, sino que basta con que la conducta genere un riesgo general o específico a los bienes jurídicos protegidos.

Sobre la tentativa, el artículo 16 del Código Penal establece, en su primer párrafo, que esta se produce cuando el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer, sin consumarlo. En esa línea, Bramont Arias (2002) concibe a la tentativa como “la ejecución de un comportamiento (cuyo fin es consumir un delito) que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, es decir, antes de que se haya completado la acción típica” (p. 345). Mir Puig (2016), por su lado, señala que la tentativa aparece “en cuanto el autor (sujeto activo) traspasa la frontera de los actos preparatorios e inicia la fase ejecutiva” (p. 355).

El segundo párrafo del artículo mencionado señala que el juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena. Esto se sustenta en que, al no haberse llegado a consumir el ilícito penal, el desvalor debe ser menor que el de un delito consumado. En esa línea, Prado Saldarriaga (2018) señala que la aplicación de la pena con causales de disminución de punibilidad, dentro de lo cual se enmarcaría la tentativa, comprende dos operaciones, tal como se observa a continuación:

La primera se concreta al ubicar la posibilidad punitiva siempre en un punto inmediato inferior al que corresponde al límite mínimo de la penalidad conminada para el delito correspondiente. Ello debido a que dicho mínimo legal identifica el límite menor de punibilidad que fija la ley para un delito perfectamente realizado (...) así como para autor, coautor, autor mediato o partícipes punitivamente equivalentes (...).

El segundo paso a seguir implica una degradación punitiva, siempre en línea descendente, la que tendrá como único límite la proporcionalidad que acuerde el Juez luego de una lectura y valoración razonable y prudente del suceso fáctico; de sus dimensiones antijurídicas (por ejemplo, tentativa inacabada o acabada u omisión impropia); así como de los niveles de intervención de las personas implicadas (complicidad secundaria). Se trata, entonces, de aplicar una escala discrecional que el juez recorrerá a su libre pero razonable arbitrio y que debe alcanzar una justificación solvente del resultado punitivo como principal garantía de representar una pena justa (p. 267).

En esa línea, admitir la autonomía de los delitos de colusión implicaría poder señalar la posibilidad de admitir la tentativa en el delito de colusión con posterior defraudación patrimonial. Ello pues, siendo este un delito de lesión, se concibe lo siguiente:

las diversas formas de tentativa son perfectamente admisibles, ya que se trata de operaciones y negocios del Estado que se componen de una diversidad de actos en tiempo y espacio, situación que hace posible que el delito se frustre en cualquier etapa del *iter criminis*” (Salinas, 2019, p. 269).

El problema con ello radicaría en los efectos que dicha posibilidad traería consigo. Así, vemos que el delito de colusión con posterior defraudación patrimonial está sancionado con un mínimo legal de seis años. De esta manera, admitir la posibilidad de la comisión del ilícito en grado de tentativa, en principio, implicaría la sanción de dicha conducta con una pena inferior al mínimo legal. Este sería el caso en que, producto de la concertación entre el funcionario público y los interesados, se realizaron actos defraudatorios, los cuales no se realizaron en un concreto perjuicio económico.

Teniendo en cuenta que el delito de colusión desleal es sancionado con una pena que puede ir desde los tres hasta los seis años, podría darse el caso en que la sanción de un supuesto tentativa de colusión con posterior defraudación patrimonial llegue a ser inferior a la sanción del tipo base. Ello pues, si se aplica la sanción de la tentativa, el juez optaría como base una cifra inferior al mínimo legal, la cual podría verse incluso reducida posterior a la evaluación de las circunstancias y dimensiones del ilícito, pudiendo llegar a ser igual o inferior a la sanción del tipo base, pese a que la tentativa de por sí configura el acuerdo colusorio exigido por aquel.

Consideramos que este contradictorio, respecto de qué consecuencia jurídica debería aplicarse, se podría ver solucionado a través de la interpretación de las normas penales en juego, a la luz de los principios de elección de ley penal: especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad (Mir Puig, 2016, p. 683). El principio de especialidad aboga por la aplicación del precepto concurrente que contempla más específicamente el hecho que



los demás preceptos. El principio de subsidiariedad establece la intervención de un precepto penal cuando no interviene otro precepto, caso contrario el primero se vería desplazado. El principio de consunción favorece la aplicación del precepto que contiene completamente el desvalor que el otro precepto supone, mas no por razones de mayor especificidad o por ser subsidiaria a tal precepto. Por último, y en defecto de la aplicación de los otros criterios, el principio de alternatividad establece que el precepto penal más grave excluirá a aquellos preceptos que, sancionando el mismo hecho, determinen una sanción menor.

Consideramos que este último principio sería de aplicación efectiva para solucionar la contradicción, pues permitiría que los casos de tentativa de colusión con posterior perjuicio patrimonial sean sancionados con la pena superior proporcionada por la colusión desleal. Debemos precisar, para ello, que no es problemática la expresión “sancionando el mismo hecho”, si entendemos por ello al suceso fáctico sobre el cual recaen el precepto penal y no como la mera conducta o el fundamento de cada delito. Esto se debe a que, como hemos señalado antes, la autonomía de los delitos se fundamenta en que tienen distintos conceptos fundamentales de la conducta que sancionan.

Es de aplicación este principio, y no los anteriormente mencionados, en la medida en que se advierte el defecto de los mismos para construir una interpretación ajena a penas desproporcionadas por insuficientes. El principio de alternatividad puede ser aplicado si se acredita que un mismo hecho estaría siendo sancionado por dos preceptos distintos a razón de un descuido del legislador (Mir Puig, 2016, p. 687). En el caso de estudio, este defecto encuentra su acreditación en la indebida comprensión de la relación entre las dos modalidades dispuestas en el artículo 384 del Código Penal. Es este defecto el que permite la configuración de tentativa de colusión con posterior defraudación patrimonial, pese a la existencia de la colusión desleal.

Siendo ello así, en este caso, toda aquella conducta que no llegue a consumarse con el perjuicio patrimonial exigido en la colusión con posterior perjuicio patrimonial se subsumiría en un supuesto de colusión desleal del primer párrafo del artículo 384, en tanto este contaría con una pena mayor a la de la tentativa del delito de colusión con posterior perjuicio patrimonial.

4.4.2. Repercusiones en la complicidad delictiva

Adoptar una postura según la cual la colusión desleal y posterior defraudación patrimonial son tipos autónomos también tiene incidencia sobre las formas de participación en el delito. En primer lugar, hay que dejar en claro que es unánime en la doctrina penal que no se puede admitir una complicidad posterior a la consumación del delito.

Entonces, esta premisa obliga a recordar en qué momento se consuman ambos delitos. Como mencionamos, la Casación

No. 661-2016-Piura consideraba que la modalidad del segundo párrafo es una versión agravada de la del primero. Así, los actos constitutivos de delito serían únicamente la concertación con el funcionario, quedando la defraudación reducida a un mero resultado que agrava la pena. En virtud de ello, esta casación afirmó que el único cómplice en el delito de colusión puede ser el privado interesado.

No obstante, ello deja espacios de impunidad y constituye una interpretación restrictiva, desprovista de toda consideración respecto al reforzado interés público que recae en la persecución penal de estos delitos. En cambio, si se considera que ambas modalidades constituyen tipos autónomos, los cómplices podrán intervenir tanto en la concertación como en los actos de defraudación, convirtiéndose así en cómplices de colusión desleal en el primer caso y de colusión con posterior defraudación patrimonial en el segundo.

Esto permite imputar responsabilidad a personas que, caso contrario, podrían ampararse bajo una supuesta “complicidad postconsumativa” para excluir su responsabilidad. Por ejemplo, planteemos que una empresa de construcción haya concertado con un funcionario para defraudar al Estado en la construcción de una carretera. Esta defraudación deberá producirse a través de una adenda sobrevaluada que conceda mayor dinero del debido al privado. Para ello, el funcionario, haciendo uso de su cargo, contacta a un ingeniero “independiente” que certifique, de manera fraudulenta, la necesidad de suscribir dicha adenda.

Dicho ingeniero, el privado o particular, habrá actuado como cómplice de los actos de defraudación derivados de un acuerdo colusorio, lo cual constituye participación en una colusión con posterior defraudación patrimonial.

Ahora bien, esto resuelve la cuestión respecto a los privados intervinientes. Sin embargo, el problema subyace respecto a los funcionarios que participen en los actos que ocurren entre el acuerdo colusorio originario y el perjuicio patrimonial; es decir, la efectiva



afectación al patrimonio público, lo cual es un elemento constitutivo de la colusión defraudatoria.

Es el caso, por ejemplo, del funcionario que diseña los términos de contratación direccionados a favorecer una empresa, el que otorga la buena pro, o el que, fraudulentamente, certifica el cumplimiento de una obra o servicio en favor del Estado, siempre sin haber sido parte del acuerdo originario con el postor. Todos estos casos suponen un problema respecto a la imputación que debe seguirse.

Si el perjuicio llegase a producirse, existe la opción de considerarlos cómplices de colusión con posterior defraudación patrimonial, pues su intervención se habría producido con anterioridad a la consumación del delito. Sin embargo, ¿qué ocurriría en el caso contrario? Es decir, si el perjuicio al patrimonio no llega a producirse por algún motivo, si la conducta no se consuma.

Mientras que la Casación No. 661-2016-Piura sostendría que los actos del segundo funcionario público son impunes, pues no cabe tentativa de colusión agravada; la tesis de la sentencia más reciente (Casación No. 1648-2019-Moquegua) afirmaríala que su conducta sería reprochable a título de complicidad de colusión agravada en tentativa.

No obstante, ya hemos dicho que, desde nuestra perspectiva, esta posición presenta problemas en cuanto a la punibilidad, porque estos recibirían una pena mucho menor que la prevista para una colusión desleal consumada, a pesar de que los actos realizados fueron más riesgosos. Los problemas se agravan al considerar que una imputación como tal (complicidad en tentativa de colusión “agravada”) implica un esfuerzo dogmático que colisiona con el principio de legalidad.

Por otro lado, tampoco podría considerárselos meros cómplices de una colusión desleal, pues se estaría vulnerando la prohibición de una complicidad postconsumativa. Es decir, si se asume que la colusión simple se entendió consumada al momento que un funcionario se concertó con un privado interesado, los demás funcionarios que realicen actos orientados a defraudar estarían interviniendo de manera posterior a la consumación.

Entonces, la posible solución, partiendo de que ambas modalidades de colusión son tipos autónomos, sería la siguiente: estos partícipes serán imputados como autores. Ello en virtud de que con cada acción orientada a defraudar al Estado en favor de un particular se estaría consumando un nuevo acuerdo colusorio. Es preciso recordar que la colusión puede darse de manera directa o indirecta. Así, al actuar de esta forma, estará surgiendo una concertación de intereses entre el privado y un nuevo funcionario, interviniente por razón de su cargo en el proceso de contratación.

Esto es lo que Jiménez (2018) denomina “concertación por adhesión”. Este autor postula que la colusión no requiere una

concertación causal, ontológica y naturalística para ser constitutiva de un delito. Marquez Alvis (2017) se ha expresado en el mismo sentido, al afirmar que: “Este acto se prolonga en tanto no exista un acuerdo definitivo que signifique una plena manifestación de voluntad de quienes tengan competencia para ello”. (p. 159). Durante esta instancia, otros funcionarios podrían perfectamente adherirse al acuerdo sin que se produzca una suerte de complicidad post consumativa.

En otras palabras, el pacto colusorio no debe ser entendido solo como un acto de encuentro directo o intermediado entre dos o más personas, sino como un concierto de voluntades, incluso implícito, orientadas a la defraudación del Estado en el marco de una operación estatal. La consecuencia de dicha concepción es que el “acuerdo” no sería un acto que se perfecciona instantáneamente en un solo momento, sino que se puede extender en el tiempo. En tal sentido, otros funcionarios pueden explícita o implícitamente adherirse a una concertación primigenia, convirtiéndose en autores del delito de colusión desleal o de colusión defraudatoria patrimonial si es que el perjuicio económico llega a producirse.

Lo anterior evidenciaría que la Casación No. 661-2016-Piura abriría espacios de impunidad por considerar al perjuicio patrimonial como un mero agravante. Por el contrario, concebir a ambas modalidades como tipos autónomos coloca el foco sobre estas actuaciones intermedias, y permite sancionar justamente a los partícipes del delito, sean funcionarios públicos o interesados privados y sin importar la instancia en la que se dé su participación.

5. Conclusiones

El despliegue de la presente investigación nos ha permitido descubrir la postura más sólida respecto de la relación entre el injusto del primer párrafo del artículo 384 del Código Penal y el injusto del segundo párrafo de la misma disposición normativa: estas modalidades tienen una relación de tipos autónomos. Las ideas más importantes que orbitan alrededor de nuestra conclusión principal son las siguientes:



- a) La colusión con posterior defraudación patrimonial adquiere autonomía respecto de la colusión desleal, pues contiene un concepto fundamental de conducta inculpada distinto.
- b) La *imparcialidad en la contratación pública* es el bien jurídico protegido por la colusión desleal. Por su parte, tanto la *imparcialidad* como la *preservación de los intereses patrimoniales del Estado* son los bienes jurídicos protegidos por la colusión con posterior defraudación.
- c) La colusión desleal es un *delito de peligro concreto*. La colusión con posterior defraudación patrimonial, por su parte, es un *delito de lesión*.
- d) La concertación de funcionario público e interesado con realización de actos defraudatorios y sin un concreto perjuicio económico al Estado se subsume en la modalidad *consumada* de colusión desleal del primer párrafo del Art. 384 CP. La subsunción en la modalidad de colusión con posterior defraudación patrimonial en fase de *tentativa* es superada en aplicación del *principio de alternatividad* del concurso de delitos.
- e) Los funcionarios que participan en los actos entre un acuerdo colusorio y un perjuicio patrimonial deben ser sindicados como *autores de colusión desleal*. A saber: La concertación puede, en ciertos casos, extenderse en el tiempo, de tal manera que otros funcionarios distintos al original se pueden *adherir* al acuerdo colusorio posteriormente.

Estamos convencidos de que las conclusiones aquí expuestas se traducen en una importante oportunidad para profundizar un debate jurisprudencial profundo y extenso. Esperamos con optimismo coadyuve también al mejor entendimiento de las modalidades de colusión y la naturaleza de estas.

Referencias Bibliográficas

- Abanto, M. (2003). *Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. Palestra Editores.
- Abanto, M. (2013). *Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Editora Jurídica Grijley.
- Bramont-Arias, L. (2002). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. (2ª ed.). Editorial San Marcos.
- Cáceres, R., & Carrión, J. (2011). *El delito de colusión*. IDEMSA.
- Casación No. 661-2016-Piura (2017, 11 de julio). Corte Suprema de Justicia de la República. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Cas-661-2016-Piura-Legis.pe_.pdf
- Casación No. 542-2017-Lambayeque (2019, 3 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la República. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Casaci%C3%B3n-542-2017-Lambayeque-Legis.pe_.pdf

Casación No. 1648-2019-Moquegua (2021, 31 de agosto). Corte Suprema de Justicia de la República. https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/Casaci%C3%B3n%20N%C2%BA1648-2019-MOQUEGUA_LALEY.pdf

Chanjan, R et al. (2020). *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. IDEHPUCP.

Defensoría del Pueblo (2017). *Radiografía de la corrupción en el Perú*. Reporte de la corrupción N° 1. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Reporte-de-corrupcion-DP-2017-01.pdf>

Díaz, I. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano* [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca]. Repositorio documental de la Universidad de Salamanca. <https://gredos.usal.es/handle/10366/131865>

Díaz, I., Rodríguez, J., & Valega, C. (2019). *Feminicidio, interpretación de un delito de violencia basada en género*. Fondo Editorial PUCP.

Expediente No. 00017-2011-AI/TC (2012, 3 de mayo). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>

Guimaray, E. (2011). La tipificación penal del delito de colusión. Boletín Anticorrupción, N° 7. http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre_2011_n07.pdf

Jiménez, S. (2018). ¿Qué es concertarse? A propósito del tipo del delito de colusión. *Gaceta Penal & Procesal Penal*.

Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal Parte general*. Fondo Editorial PUCP.

Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal: Parte General* (10.ª ed.). Editorial Reppertor.

Montoya, Y. (2015). *Manual de delitos contra la administración pública* (1ª ed.). IDEHPUCP. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-Delitos-contra-la-Administraci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf>

Pariona, R. (2017). *El delito de colusión*. Instituto Pacífico.

Prado, V. (2018). Criterios prácticos para la dosimetría del castigo penal. En V. R. Prado Saldarriaga (Ed.), *La dosimetría del castigo penal*. Ideas Solución Editorial S.A.C.

Recurso de Nulidad No. 1105-2011-Ica (2012, 22 de agosto). Corte Suprema de Justicia de la República.

Recurso de Nulidad No. 341-2015-Lima (2015, 4 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de la República.



Reyes, C. (03 de noviembre de 2016). ¿Feminicidio, un tipo penal autónomo? *Revista virtual "Renacer Jurídico" Programa de Derecho "FUP"*. <https://fup.edu.co/wp-content/uploads/2017/11/%C2%BFFeminicidio-Un-Tipo-Penal-Auto%CC%81nomo.pdf>

Rojas, F. (2009). *Apuntes sobre delitos contra la administración pública. Pautas para diferenciar la responsabilidad penal de la administrativa funcional*. Contraloría General de la República. https://enc-ticketing.org/UIGC/biblioteca/libros_virtuales/apuntes_sobre_delitos_contra_administracion_publica.pdf

Rojas, F (2021). *Delitos contra la Administración Pública* (5ª ed.). Editora Jurídica Grijley.

Roxin, C (2012). El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, (4), 1-25.

Salinas, R. (2019). *Delitos Contra La Administración Pública* (5.ª ed.). IUSTITIA.

Silva, J (2008). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial B de F.

Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo III*. EDIAR. https://www.salapenaltribunalmedellin.com/images/doctrina/libros01/Tratado_De_Derecho_Penal_-_Parte_General-III.pdf 