

EL DELITO DE COLUSIÓN COMO ACUERDO Y EJECUCIÓN: APUNTES DESDE LOS FUNDAMENTOS BÁSICOS DE LA TEORÍA DEL DELITO

THE CRIME OF COLLUSION AS AGREEMENT AND EXECUTION: NOTES FROM BASIC FOUNDATIONS OF THE THEORY OF CRIME

Erick Guimaraes*

Pontificia Universidad Católica del Perú

From an eminently factual point of view, in almost all cases of public corruption there is a pact between public officials and private individuals, in which public interests are subordinated to personal desires. However, paradoxically, in the crime of collusion, this pact is not sufficient to justify criminal intervention until it is carried out. This new interpretation of the crime has important consequences for key institutions of the theory of crime, such as the criminal risk to the legal interest, the typical behavior or the system of criminal intervention. Thus, this work attempts to show the systematicity between the proposed interpretation and its legal consequences, hand in hand with basic questions of the theory of crime.

KEYWORDS: Collusion; concertation; collusive agreement; public official.

Desde un punto de vista eminentemente fáctico, casi en todos los casos de corrupción pública existe un pacto entre funcionarios y particulares, donde se somete los intereses públicos a apetencias personales. Sin embargo, paradójicamente, en el delito de colusión ese pacto no es suficiente para justificar la intervención penal, sino hasta que es ejecutado. Esta nueva interpretación del delito tiene consecuencias importantes en instituciones clave de la teoría del delito, como el riesgo penal para el bien jurídico, la conducta típica o el sistema de intervención penal. Así, en este trabajo se intenta mostrar la sistematicidad entre la propuesta de interpretación y sus consecuencias jurídicas, de la mano de cuestiones básicas de la teoría del delito.

PALABRAS CLAVE: Colusión; concertación; acuerdo colusorio; funcionario público.

* Abogado. Magíster en Sistema Penal, Criminalidad y Políticas de Seguridad y Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad de Cádiz. Profesor Ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5871-0169>. Contacto: evguimaraes@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 12 de febrero de 2025, y aceptado por el mismo el 10 de marzo de 2025.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 384 del Código Penal peruano tipifica una de las conductas de corrupción pública más recurrentes en el quehacer de nuestras autoridades de investigación y juzgamiento de delitos¹. Además, es uno de los delitos que grafica, casi en su totalidad, el capítulo peruano de la trama Lava Jato².

El lugar estelar de este delito en la corrupción peruana puede explicarse desde dos puntos de vista criminológicos. En primer lugar, se trata de un supuesto de hecho donde el funcionario público decide la asignación de (ingentes) recursos públicos, que el particular interesado –la empresa privada– desea conseguir al menor costo y que, a su vez, significa el pago de una comisión ilícita a este. Dicho de otro modo, la colusión es prueba de que hoy en día, mucha parte de la corrupción pública es delincuencia económica (Terradillos, 2019, p. 15). En segundo lugar, se trata de un delito donde se cuenta con las atribuciones normativas que pueden eliminar el rastro de irregularidad a través de maniobras de legalidad formal, junto al compromiso de no delatar porque aquello también resultará perjudicial para el delator mismo. De modo que, estas condiciones son un gran incentivo para el agente criminal, en términos de beneficios y poco margen de descubrimiento.

Por otro lado, el delito de colusión criminaliza particularmente (porque no basta el solo ofrecimiento como sucede en el delito de cohecho) una parte elemental del problema jurídico social de la corrupción: el pacto o el acuerdo entre el funcionario y el particular. Sin embargo, su técnica de tipificación es tanto compleja como controvertida, pues ya el solo hecho de probar el acuerdo representa uno de los mayores retos para el órgano persecutor del delito. Además, la forma de intervención criminal y el contexto de tipicidad exige (tanto a fiscales, jueces, como defensa) un alto grado de precisión y de conocimiento de otras ramas diferentes del derecho penal.

En las líneas que siguen y de la mano, principalmente, de las sentencias de las altas cortes peruanas que se han pronunciado sobre asuntos complejos del delito de colusión, se ensaya algunas ideas complementarias a las ya esgrimidas por la judicatura y la doctrina especializada, concretamente, referidas al objeto de protección de la colusión, a su comportamiento típico y a las formas

de intervenir en su injusto. Estas ideas se basan en fundamentos de la teoría del delito, cuya aplicación trae consigo una serie de consecuencias que podrían alejarse de algunos puntos de vista mayoritarios, pero que, sin perjuicio de su falibilidad, intentan construir un razonamiento sistemático para el juzgamiento del delito de colusión.

Finalmente, debe señalarse que este texto se basa en cuestiones eminentemente relacionadas con la persecución personal del delito, como todos los trabajos que en él se citan, pero esto no quiere decir que la persecución económica de la criminalidad tenga un lugar secundario en la lucha contra la corrupción pública. Por el contrario, yugular la riqueza criminal es tan o más eficiente que apresar al criminal, de allí la importancia de atacar este tipo de delitos en su real magnitud, criminal y económica.

II. BIEN JURÍDICO

La definición del bien jurídico de un delito no la establece el legislador (Donini, 2001, p. 34), sino que es tarea del intérprete y [es] una cuestión de suma importancia porque es el punto de partida para el análisis de legitimidad en la criminalización de una conducta (Terradillos, 2017, p. 671).

A. Plurifensividad y deberes especiales

De acuerdo con un sector de nuestra judicatura –y de la doctrina especializada (Pariona, 2022, p. 208)–, el bien jurídico del delito de colusión está compuesto por más de un interés social. Señaladamente, dice la Sala Penal Permanente:

El bien jurídico protegido en el delito de colusión –tipo penal de infracción de deber– no es únicamente el patrimonio del Estado, pues su cautela es un deber entimétrico. El agente activo de la colusión tiene el deber de obrar con pulcritud y dotar de eficiencia los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer de dinero público. Tal deber también constituye objeto de protección sustancial, debido a que la colusión se configura en determinado contexto administrativo de compras estatales. (2019, fundamento 1.4)

El tipo penal de colusión, que por definición es plurifensivo, pretende tutelar la Administración pública –como instrumento al servicio de los ciudadanos, y que sirva a los intereses gene-

¹ De acuerdo con el Reporte de Mapas de la corrupción 01-2024, Semestre I del 2024, de la Defensoría del Pueblo, el delito colusión ocupa el segundo lugar de importancia en la carga de la Procuraduría Anticorrupción.

² Es de conocimiento público que los procesos penales contra expresidentes de la República se basan, directa o indirectamente, en hechos de contrataciones públicas amañadas.

rales con objetividad y pleno sometimiento al ordenamiento jurídico— en el doble aspecto de correcto funcionamiento de su actividad patrimonial y el mantenimiento de su neutralidad y eficacia entre los administrados (transparencia y publicidad de la contratación en entes públicos), vetando que el funcionario público aparezca en una contratación pública [...] con un doble e incompatible papel [...]. (2019, fundamento 8.6)

Qué duda cabe de que estos intereses sociales merecen protección por parte del ordenamiento jurídico, pero en lo que respecta al derecho penal, la feracidad de intereses de protección no siempre es aconsejable; por lo menos no, si de lo que se trata es de definir con exactitud por qué se restringe la libertad de alguien en un supuesto concreto y en un Estado Constitucional de Derecho (Meini, 2014, p. 26).

Con lo cual, la plurifensividad, tan distintiva en los hechos de corrupción pública, quizá sea más pertinente a la hora de, por ejemplo, trabajar sobre el daño jurídicamente indemnizable. Es decir, si el daño indemnizable es “[...] toda lesión a un interés jurídicamente protegido” (Taboada, 2015, p. 72), la buena administración, la confianza, la neutralidad, la probidad, el “[...] trato justo al postor en las contrataciones públicas [...]” (Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional, 2023), y otros son los intereses jurídicamente protegidos cuyo daño constituye, cuanto menos, perjuicios extrapatrimoniales que deberían ser indemnizados en una concreta reparación civil (en el delito de colusión o en cualquier otro hecho de corrupción).

Sin embargo, en términos penales, la selección del interés protegido está constreñida por el principio de *ultima ratio* (subsidiariedad y fragmentariedad). De este modo, los intereses que evidencien un nivel de protección eficiente a manos de otras ramas del derecho, como el civil o el administrativo, *a priori*, escapan de la protección penal. Y parece ser este el caso de la publicidad, el trato justo al postor, la probidad, etc. porque hacen referencia a perfiles de trabajo personales e institucionales más que a condiciones imprescindibles para el libre desarrollo y participación de las personas en sociedad –bienes jurídicos (Meini, 2014, p. 30).

En el mismo sentido, debe señalarse que los deberes (institucionales³, donde podrían contarse a la transparencia y a la lealtad) realmente no son objeto de protección, sino que su infracción es el sustento de la prohibición penal de los sujetos

cualificados. Por ejemplo, en el delito de prevaricación, el injusto se explica en una “actuación personal contra la Justicia” (Jakobs, 1997, p. 732), pero lo que la norma penal protege es la correcta administración de la justicia que, puede ser vulnerada por personas que no tienen deberes especiales (por ejemplo, la fuga del lugar del accidente de tránsito, establecido en el artículo 408 del Código Penal). Es decir, los deberes especiales de personas cualificadas no son el objeto de protección penal⁴. Además, en sentido específico, un delito basado únicamente en la infracción de deberes sería un mero castigo a la desobediencia (Pedrazzi, 1998, p. 25). Por ende, es indiscutible que el delito de colusión se comete lesionando deberes de imparcialidad y de legalidad, pero el bien jurídico no se asienta en ellos.

B. Asignación eficiente de recursos

Si la definición del bien jurídico es una cuestión de interpretación, el contexto de tipicidad del delito de colusión (contrataciones públicas, fundamentalmente), resumido en una ‘operación a cargo del Estado’, evoca un interés protegido de naturaleza económica. En ese sentido, si se trata de una operación económica, el Estado no puede conjugar voluntades con la otra parte –concertar– (Bendezú, 2020, p. 8), como sucede en un contrato civil, sino que debe actuar a título singular (Donna, 2002, p. 322).

Luego, cabe la pregunta sobre cuál bien jurídico le interesaría proteger el derecho penal en el ámbito de la operación económica, y la respuesta debería considerar que el derecho penal, en virtud de su naturaleza de *ultima ratio*, no crea bienes jurídicos propios, sino que protege bienes preexistentes en otros ordenamientos jurídicos. Siendo así, un buen punto de partida en esta discusión –siempre de la mano del contexto de tipicidad de la colusión– podría ser la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, (en adelante, LCE).

El artículo 1 de la LCE dice a la letra:

La presente norma tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras; de tal manera que, estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos [...] (2014).

³ Los que no se limitan a una prohibición de dañar, sino que se refieren al mandato positivo de proteger bienes jurídicos.

⁴ En el mismo sentido, sobre el delito de negociación incompatible, véase a Álvarez (2021, p. 33).

Salta a la vista la naturaleza prestacional (componente del bien jurídico categorial en los delitos contra la Administración Pública) que el legislador ha impregnado en las contrataciones públicas, pero también es evidente que tal propósito depende del buen uso de los recursos públicos. Esto significa que las contrataciones se den en forma oportuna, bajo las mejores condiciones de precio y calidad, que cumplan con los fines públicos y repercutan positivamente en la vida de los ciudadanos, depende en gran medida de la aplicación eficiente de los recursos en las contrataciones. Para decirlo en palabras del Tribunal Constitucional, cuando comenta los alcances del artículo 76 de la Constitución: “[...] su objetivo es lograr el **mayor grado de eficiencia** en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado [...]”(Tribunal Constitucional, 2004, fundamento 12).

Al respecto, nuestra alta judicatura, en una reciente decisión, identificó un ejemplo de aplicación eficiente de recursos estatales en el marco de un procedimiento de contratación pública, haciendo referencia a la transparencia, a un monto razonable, al equilibrio económico y a las mejores con-

diciones para el Estado (Segundo Juzgado Penal Colegiado Nacional, 2014). Y, por supuesto, podría haber más supuestos de aplicación eficiente de los recursos públicos como, por ejemplo, una operación económica que respete a cabalidad los principios de la LCE establecidos en su artículo 2⁵: equidad, tecnología, integridad, entre otros.

Entonces, todo cuanto está establecido para una correcta *performance* del Estado en una operación económica apunta a la asignación eficiente de sus recursos. En consecuencia, las formas de vulnerar este bien jurídico nacen, básicamente, de la trasgresión de los principios, deberes e intereses que delinean la correcta *performance* del Estado en una operación económica.

Por otra parte, la afectación a la asignación eficiente de recursos, como bien jurídico de la colusión, tiene un componente patrimonial innegable porque, como la corrupción misma, su inobservancia incide en la eficiencia del gasto público (Mondjeli y Ambassa, 2025, p. 183). Es decir, si los recursos del Estado han sido asignados por funcionarios que se comportaron de modo poco íntegro, y en medio

⁵ Artículo 2. Principios que rigen las contrataciones

Las contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público que resulten aplicables al proceso de contratación. Los principios sirven de criterio de interpretación para la aplicación de la presente norma y su reglamento, de integración para solucionar sus vacíos y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones:

- 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 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. (2014)

de la opacidad propia de la corrupción, no cabe duda de que –cuanto menos– existirá un costo de oportunidad perdido (Sala Penal Permanente, 2021, fundamento 2.3) y otros costos más concretos como la re-contratación o el abandono de la obra. Por este tipo de consecuencias patrimoniales, un sector de nuestra judicatura ha mencionado que el daño patrimonial es un elemento del tipo ‘agravado’ de la colusión, asimilando la frase “defraude patrimonialmente” al efectivo daño o perjuicio patrimonial contra el Estado (Sala Penal Permanente, 2017, fundamento 17).

Sin embargo, el patrimonio público no es un bien jurídico protegido en el delito de colusión (Sala Penal Permanente, 2019, fundamento 1.4) y, tampoco podría considerarse un elemento del tipo, por las siguientes razones: En primer lugar, la propiedad del Estado, como la de cualquier otra persona, se protege en el capítulo de los delitos patrimoniales, no en el de los delitos contra la Administración pública.

En segundo lugar, los recursos no siempre son de propiedad del Estado, sino que a veces a este le compete no más que su correcta administración.

En tercer lugar, aun cuando el tipo hable de defraudación patrimonial, esta no significa necesariamente la pérdida de recursos, y sí la conducta del funcionario que, coludido con el interesado, haya concretado una obligación jurídica a cargo del Estado, donde de seguro asignará inefficientemente sus recursos. Por ende, defraudación patrimonial y daño patrimonial no son sinónimos necesariamente.

En cuarto lugar, si el daño patrimonial fuera un elemento del tipo, habría que esperar a que este se constate para recién hablar de consumación. Pero resulta que, a veces, a pesar del acuerdo colusorio, el Estado no pierde dinero o el daño económico es de difícil determinación, como en los casos de contrataciones de personal (Bendezú, 2020, p. 16).

En quinto lugar, podría alegarse que la protección del patrimonio va en contra de lo dispuesto por el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Tribunal Constitucional, 2012, fundamento 29), no obstante, en sentido estricto, el delito de colusión no hace parte del catálogo de delitos que la Convención estipula (artículos 15 a 25). Aunque esto no quita el acierto metodológico de reprimir las conductas tomando en cuenta, entre otras cuestiones, no lo que ellas causan, sino lo que ellas pueden causar.

De modo que el patrimonio del Estado no es el sustento de prohibición en el delito colusión, pero es

clave para otros asuntos. Por ejemplo, es indiscutible que los resultados de un proceso de contratación amañado serán determinantes para la cuantificación de la reparación civil porque normalmente los costos de captura del regulador (concertación ilegal) son trasladados a la calidad de la obra. Y, en el mismo sentido, las ventajas económicas que benefician a los postores coludidos (en detrimento del patrimonio público) y las comisiones ilegales que estos pagan a los funcionarios públicos (que se deduce de la calidad de la obra), son ganancias ilegales que deberán ser decomisadas con o sin condena.

III. DESVALOR DE LA CONDUCTA Y DESVALOR DEL RESULTADO

El comportamiento típico es la conducta (activa u omisiva) que pone en peligro o lesiona el bien jurídico y que lleva a cabo un garante llamado a evitar ese riesgo o esa lesión (Meini, 2014, p. 50).

En el delito de colusión, el comportamiento típico consiste en la concertación, pero, además, en su ejecución. Es decir, aquí se sostiene que por sí misma (y en contra de un sector de la judicatura⁶), la concertación entre el funcionario competente y el postor interesado no tiene la lesividad suficiente para justificar la intervención penal, por lo menos no, si el criterio de interpretación es la *ultima ratio* y, en concreto, la fragmentariedad del derecho penal.

Así, a continuación, se ensaya una interpretación del comportamiento típico de la colusión que intenta sistematizar, desde los fundamentos de la teoría del delito, lo regulado en el primer y el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal.

A. El injusto de la colusión es acuerdo y ejecución

La conducta típica del artículo 384 del Código Penal dice a la letra:

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 [...].

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

⁶ Por todas, véase a Sala Penal Permanente (2020).

o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudar patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley [...].

Para un sector de la judicatura y de la doctrina⁷, el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal significa una concertación preparatoria criminalizada autónomamente. Más específicamente, se trataría de actos preparatorios de un delito que consiste en la intervención desleal concertada, actual y concreta del funcionario en una negociación o en proceso o ejecución. De modo que, no se trata realmente de una (ampliamente aceptada)⁸ modalidad simple y de otra agravada de colusión porque no se trata del mismo comportamiento típico, en el primer y segundo párrafo, sino de un acto preparatorio y de un acto consumado, respectivamente (Sala Penal Transitoria, 2019, fundamento décimo).

Esta interesante interpretación de la alta corte peruana permite, además de su postura a contracorriente, discutir sobre el desvalor de la conducta de la colusión, de la mano de la teoría del delito.

En primer lugar, la defraudación se afina en el vedado acuerdo de voluntades entre el funcionario y el particular. Luego, desde un punto de vista más interpretativo que literal, la defraudación tiene que ver con conceptos menos volátiles como la confianza y la lealtad⁹. Así, tomando en cuenta el contexto de tipicidad del delito, la defraudación de la que se habla es de índole económica o patrimonial¹⁰, pues lo que está en juego es la asignación eficiente de recursos públicos. De modo que solamente tendrá sentido sancionar los pactos ilegales o las concertaciones idóneas¹¹ para poner en peligro o lesionar la asignación eficiente de recursos en el marco de operaciones económicas a cargo del Estado.

En segundo lugar, contando con el pacto idóneo, cabe la interrogante sobre el papel que cumple la ejecución de ese acuerdo idóneo. Hasta ahora, los actos irregulares que acompañan a la operación económica sirven para probar indiciariamente el acuerdo colusorio (Primera Sala Penal Transitoria, 2017, fundamento octavo) (Chanján *et al.*, 2022, p. 126), pero ¿son parte del tipo penal? Queda claro que, en el estado actual de las cosas, el Ministerio Público debe probarlos porque le sirve para

desvelar (o recrear hipotéticamente) el pacto colusorio. Pero si los actos de ejecución no son parte de la ejecución del tipo penal, entonces, son actos post-consumativos, o lo que es lo mismo, ya no son actos de colusión, sino infracciones administrativas o delitos diferentes (omisión de funciones, cohechos, negociaciones incompatibles, etc.). Esta consecuencia, propia de la teoría del delito, contrasta diametralmente con la realidad, donde el hecho punible jamás se limita a la sola concertación.

Entonces, si se toma en cuenta los datos objetivos que ofrece la experiencia y, además, las consecuencias sistemáticas de la teoría del delito, deberá aceptarse que los actos de ejecución son parte del injusto penal de la colusión.

Y esto último parece ser aceptado –en contra de la literalidad del segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal– por el sector de la judicatura que entiende que el segundo párrafo no es una mera confabulación dirigida al perjuicio (Sala Penal Permanente, 2019, p. 11), sino un delito de resultado de lesión al patrimonio (Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional, 2023, p. 107) (Pariona, 2022, p. 5), o que “[...] la única exigencia prevista en la ley es que, en cualquiera de estas etapas el autor, siempre funcionario o servidor público, intervenga por razón de su cargo y, se concierte con los interesados para defraudar al Estado [...]” (Sala Penal de Apelaciones Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, 2017, fundamento noveno). Así las cosas, si de lo que se trata es de causar un resultado –disminución del patrimonio o privación de la expectativa de que el patrimonio se incremente (Sala Penal Permanente, 2024, fundamento tercero)–, difícilmente bastará con un acuerdo de voluntades sin ejecución.

Y, del lado de la judicatura que entiende que la defraudación patrimonial no es sinónimo de perjuicio patrimonial, también se acepta que no basta con el simple acuerdo de voluntades, sino que se requiere una “intervención desleal concertada” (Sala Penal Transitoria, 2019, fundamento décimo).

En resumen, no hay forma de entender el segundo párrafo del tipo penal de colusión si no es incorporando a los actos de ejecución en la tipicidad del delito. De modo que, los indicios o actos irregulares que normalmente servían para probar el acuer-

⁷ Véase a Chanjan *et al.* (2022).

⁸ Por todos, véase a Sala Penal Permanente (2017, p. 15) y Pariona (2022, p. 85).

⁹ Véase a Sala Penal Permanente (2022, p. 11)

¹⁰ En el mismo sentido, véase a Sala Penal Permanente (2020, p.15).

¹¹ Sobre el pacto idóneo para defraudar patrimonialmente al Estado, véase a Vilchez (2021, p. 307).

do ilegal¹², *mutatis mutandi*, ahora deberían servir para probar el propio comportamiento típico del segundo párrafo del delito de colusión.

B. La concertación por sí sola no basta

La importancia de la concertación se advierte en la siguiente opinión de la judicatura: “[...] la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada” (Sala Penal Permanente, 2014, fundamento quinto) (Sala Penal Transitoria, 2018, p. 15). No obstante, ese rol determinante luego es puesto en tela de juicio por el propio operador, cuando se concentra únicamente en los actos de ejecución porque son ellos los que le permitirán afirmar (la mayoría de las veces solo hipotéticamente) si el acuerdo colusorio existió (Sala Penal Permanente, 2019, fundamento 2.2) o no (Sala Penal Permanente, 2020, p. 11).

En esta tesitura, la reivindicación de la sola concertación como núcleo del tipo pasa por descartar su ejecución y evaluar su capacidad de rendimiento, dando por sentado que está debidamente probada.

Tomando en cuenta la literalidad del artículo 384 del Código Penal, cabría la pregunta: ¿Hasta qué punto la simple concertación cumple con los principios de lesividad y de intervención mínima? Al respecto, un sector de la doctrina especializada entiende que se trata de un adelantamiento de la barrera de punibilidad (Vílchez, 2021, p. 297) para casos donde se constate “[...] la idoneidad o proximidad real de perjudicar los intereses del patrimonio estatal [...]” (Sala Penal Transitoria, 2023, fundamento décimo octavo). Entonces, se trataría de un acuerdo de voluntades que, sin ejecución alguna, ya pone en peligro la asignación eficiente de recursos.

Sin embargo, esta fórmula parece imposible. Es decir, sin ejecución de por medio, no existe una afectación objetiva del bien jurídico (Bocanegra, 2024, p. 13); ni siquiera en clave de peligro abstracto, donde la peligrosidad de la conducta deberá ser constatada en el caso concreto por el juzgador –sin que esto implique irrogarse competencias legislativas (Terradillos, 1999, p. 76)–, y no por las estadísticas que maneja el legislador (lo cual, realmente, reclama la aplicación del concepto de peligro concreto¹³). Para decirlo con un ejemplo, supongamos que exista un pacto colusorio entre la más alta esfera de la burocracia y el directorio de la empresa mejor posicionada en el mercado, pero luego se constata también que el procedimiento de contrata-

tación pública se llevó a cabo sin ningún tipo de trasgresión a la objetividad o imparcialidad y legalidad del procedimiento de contratación pública.

En este caso, de acuerdo con la literalidad del artículo 384 del Código Penal, el delito de colusión habría sido consumado, a pesar de su inane naturaleza constatada en los hechos. Es decir, en supuestos como estos el peligro abstracto disfrazaría un castigo subjetivo, basado en la desobediencia a importantes deberes institucionales, o lo que es lo mismo, en una contravención institucional (del funcionario a su entidad, y del particular al sistema de contratación pública). No obstante, este reproche ético bien podría ser canalizado con normas de derecho administrativo y expresarse en multas e inhabilitaciones.

Por ende, por imperio del principio de *ultima ratio* del derecho penal, y en sentido específico de su fragmentariedad, la sanción de la sola concertación entre funcionarios y particulares en el marco de una operación económica a cargo del Estado debería ser materia del derecho administrativo y no del derecho penal.

Desde otro ángulo del análisis, inclusive aceptando que la incriminación basada solamente en el acuerdo sea posible, únicamente podría predicarse peligrosidad de los acuerdos en etapas culmen de la operación económica, y no en cualquier etapa de esta, como lo indica el texto del delito de colusión en su primer párrafo. Es decir, el fundamento penal del castigo a la sola concertación no alcanzaría a explicar completamente el tipo penal, lo cual reafirma la inoperatividad de considerar a la sola concertación como núcleo de la imputación.

En el mismo sentido, se sabe que el acto de concertación, sin más, es difícil de probar; y si acaso se probase (o recrease hipotéticamente) a través de las irregularidades administrativas ejecutadas, estaríamos ya no en el primer párrafo de la colusión, sino en el segundo.

En conclusión, si acaso se probase por sí misma, la sola concertación no alcanzaría el umbral penal, y si se probase con actos de ejecución, estaríamos ante un supuesto de hecho diferente al del primer párrafo.

Con todo, la experiencia de la corrupción pública enseña que a ningún delincuente corrupto o económico le interesa solamente pactar, sino que buscará que el pacto se lleve a cabo para su beneficio.

¹² Véase el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria (2021, p. 10) y Sala Penal Permanente (2024, p. 9).

¹³ En sentido similar, respecto de que el primer párrafo debe ser entendido como un supuesto de peligro concreto contra el bien jurídico, véase a Vílchez (2021, p. 310).

C. Propuesta de interpretación de la conducta típica

Si la concertación misma no es suficiente para justificar la intervención penal, una solución podría ser que, tal como se interpreta al segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal, la tipicidad del primer párrafo también implique una intervención concertada, o lo que es lo mismo, una defraudación de índole patrimonial que proviene de una concertación, no que repose únicamente en ella. Y para diferenciar entre las concertaciones ejecutadas de ambos párrafos del artículo 384 del Código Penal, deberá recurrirse a otro concepto de la teoría del delito: el riesgo penal determinado *ex ante*.

En otras palabras, la concertación actuada del primer párrafo pone en peligro concreto a la asignación eficiente de recursos. Y la concertación actuada del segundo párrafo lesioná efectivamente ese bien jurídico, pero no en clave de perjuicio patrimonial efectivo, sino en los términos de una obligación jurídica a cargo del Estado donde este asigne inefficientemente sus recursos; por ejemplo, la selección del postor, la firma del contrato, la autorización del pago adelantado sin justificación, la conformidad con una adenda irregular, la no aplicación de penalidad ante flagrantes incumplimientos, etc. Entonces, el daño efectivo (desembolso del adelanto o el pago de la adenda) será materia de la determinación de la pena, pero también de la reparación civil –como lo dice un sector de la judicatura (Sala Penal Permanente, 2020, p. 13)– y del decomiso penal por los productos del delito.

Por ende, no se trataría, efectivamente, de una modalidad simple y otra agravada, tampoco de un acto preparatorio y de una consumación, sino de la tipificación de dos momentos clave en los que el bien jurídico pierde condiciones de seguridad (una puesta en peligro concreta y una consumación), y que intenta diversificar la intervención penal en atención a la amplitud del supuesto de hecho (operaciones económicas a cargo del Estado). Cabe agregar que, esta solución, en el fondo, no dice más que el *statu quo*, sino en cuanto a la tipificación de los actos de ejecución del primer párrafo del delito de colusión, pues respecto del momento consumativo, en la línea interpretativa de un sector de la judicatura, este no necesita un daño patrimonial o la efectiva asignación inefficiente de recursos, sino que bastará una obligación jurídica del Estado en ese sentido y producto de la colusión.

Desde un punto de vista práctico, serán actos del primer párrafo, partiendo de que hubo concertación: las indicaciones dadas a los subordinados (por ejemplo, cuando se trata de altos funcionarios, como alcaldes o presidentes), la firma de resoluciones, la aprobación de bases, la selección del comité, y todo cuando suponga la actuación concertada con miras a defraudar patrimonialmente al Estado.

Por otra parte, como consecuencia natural de la tipificación de distintos momentos de un mismo *iter criminis*, la concertación, que en un principio debía ser sancionada por el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal, pero que llegó hasta la asignación inefficiente de los recursos del Estado, será castigada únicamente por el segundo párrafo del tipo penal mencionado. Y, con la misma lógica, las colusiones que no llegaron a asignar inefficientemente los recursos públicos serán castigadas con el primer párrafo.

Cuadro 1: Desvalor de la acción y desvalor de resultado

	Grado de afectación al bien jurídico	Consecuencia patrimonial
Concertación ejecutada	Atípica (Derecho administrativo)	–
Concertación ejecutada	Puesta en peligro concreto del bien jurídico	Reparación civil (daño moral, deberes especiales defraudados y principios trasgredidos)
Concertación ejecutada	Lesión efectiva del bien jurídico	Reparación civil (daño moral y patrimonial), decomiso (producto del delito) y mayor necesidad de pena (perjuicio patrimonial efectivo)

Fuente: Elaboración propia

D. Colusión en comisión por omisión

Para un sector de la judicatura no es posible cometer colusión mediante una omisión porque este tipo penal requiere maniobras como, por ejemplo, manipular datos, sobrevaluar precios, entre otras trasgresiones activas de deberes especiales del sujeto activo¹⁴. Empero, este tipo de razonamiento (que acepta que existen medios comisivos determinados distintos a la concertación), en el fondo, parece construirse sobre la base de la mayor utilidad para la imputación de la conducta activa

¹⁴ Véase a Sala Penal Permanente (2013, p. 7), Tribunal Constitucional (2024, fundamento 14) y Sala Penal Permanente (2012, p. 4).

respecto de la omisiva, pues es verdad que, desde un punto de vista causal, la acción es mucho más gráfica y evidente que la omisión.

Al respecto, no puede negarse que la metodología de la comisión por omisión no es aplicable a todos los delitos, tanto por cuestiones axiológicas (especiales configuraciones normativas) como por cuestiones ontológicas (la naturaleza comisiva de ciertos delitos), que no tendrían por qué difuminarse en un ejercicio de interpretación. Aunque también es verdad que anular la posibilidad de la comisión por omisión basándose únicamente en cuestiones fácticas, cuando las cuestiones normativas son igual de válidas, no solamente confunde la metodología –al garante de la comisión por omisión no se le imputa el curso causal del hecho, sino su atribución normativa para evitarlo–, sino que significa un residuo natural positivista (Ramón, 2006, p. 576).

En este sentido, desde un punto normativo, sí es posible imputar colusión de omisión impropia, de la mano de lo que hasta ahora se ha venido diciendo acerca del desvalor de la conducta de colusión, en los siguientes términos.

La comisión por omisión es una modalidad de comportamiento típico (la omisión impropia es parte del *nomen juris* del delito realizado en comisión por omisión) establecida en el artículo 13 del Código Penal, en los siguientes términos:

El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.
 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.
- La pena del omiso podrá ser atenuada. (1924)

Las características más básicas de esta fórmula tienen que ver con la existencia de una persona llamada a controlar una fuente de peligro (porque libremente ha asumido dicha competencia), a través de determinadas acciones debidas que precisamente omite, configurando (desde su perspectiva) el hecho punible (o el injusto penal), en los mismos términos de una intervención comisiva. Es decir, el resultado de aplicar la metodología de la comisión por omisión es la equivalencia normativa entre la acción y la omisión, que son idénticas estructuras sustantivas de formas de ejercer control sobre fuentes de riesgo (Silva Sánchez, 2008, p. 459); y en esta medida, la última parte del artículo 13 del Código Penal termina sobrando.

Entonces, sobre el supuesto de hecho que importa en este trabajo, bien podría dividirse la aplicación de la fórmula de comisión por omisión en dos pasos: (i) la identificación de un injusto penal de colusión y de un garante llamado a actuar en el caso concreto, porque ha conocido la existencia de ese injusto; y (ii) la identificación de las acciones debidas (normalmente dispuestas en la ley) que el garante no ha ejecutado, y en cuya virtud el injusto previamente identificado ha podido configurarse.

De esto se sigue que los intervenientes en el supuesto de hecho serán los funcionarios competentes que se conciernen con los particulares y ejecutan su acuerdo, más el funcionario que permite que ese injusto se lleve a cabo. Cada uno interviniendo con su propio comportamiento típico (dos comisiones y una comisión por omisión), y con la distribución de los títulos de imputación de autor, cómplice primario y autor autónomo.

Sin embargo, como se decía líneas arriba, la fórmula de la comisión por omisión no funciona para todos los casos, sino solamente en condiciones especiales. Señaladamente, y en lo aquí es pertinente, sirve principalmente para superiores jerárquicos, pues ellos tienen en sus manos el suficiente poder normativo para configurar hechos criminales con la sola omisión de poderosas acciones debidas. Precisamente, otra condición de aplicación es la identificación de esas concretas acciones debidas que, a la luz de los hechos, habrían servido para frustrar el injusto, o dicho de mejor modo, para que el sujeto activo mantenga controlada la fuente de riesgo bajo su competencia.

Por último, nada de esto funcionará si no se atiende a la construcción de la posición de garante, que además de las especiales atribuciones normativas que obligan al sujeto a actuar, necesita constatar que al sujeto efectivamente se le exigía actuar y que pudo actuar en el caso concreto; cuestión que pasa fundamentalmente por atribuirle, oportunamente, conocimientos relacionados con el injusto (Silva Sánchez, 2008, p. 459) (además porque se trata de una conducta dolosa).

Por otro lado, no debe confundirse la omisión del funcionario que termina en un acto irregular con la omisión de un acto debido que implica en sí misma el acto irregular. Es decir, por ejemplo, no actúa en comisión por omisión el funcionario que no revisa debidamente un documento y a pesar de ello lo aprueba, pues, aunque exista una omisión de su deber de diligencia, no es ese el centro de su comportamiento típico, sino la acción de firmar.

Ahora bien, aunque existe un sector de la judicatura que está a favor de la comisión por omisión en los delitos de colusión (Sala Penal Permanente, 2024, p. 20), esta no es una cuestión pacífica ni en la jurisprudencia ni en la doctrina (Vílchez, 2024, pp. 488-498; Bendezú, 2020, p. 14). Y probablemente, uno de los factores de esta discrepancia pase por cómo se entiende el comportamiento típico de la colusión. Al respecto, en este trabajo se postula que tanto el primer como el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal sancionan, conjuntamente, la concertación y su ejecución; y con esta fórmula de comportamiento típico, la metodología de la comisión por omisión cabría con bastante razonabilidad, como a continuación se grafica con un ejemplo:

'A' es la alcaldesa de la una Municipalidad, y en un proceso selección para la contratación de una obra pública de alcantarillado se enteró de que uno de sus gerentes municipales está coludido con el representante legal de una empresa postora. Toma conocimiento de estos hechos, gracias a la denuncia periodística de un medio local, pero decide no intervenir porque su gerente le ha ofrecido una considerable suma de dinero, siempre que la empresa se haga cargo de la obra. Finalmente, la empresa es contratada por la Municipalidad y ejecuta el proyecto, que resultó totalmente inservible para la comunidad.

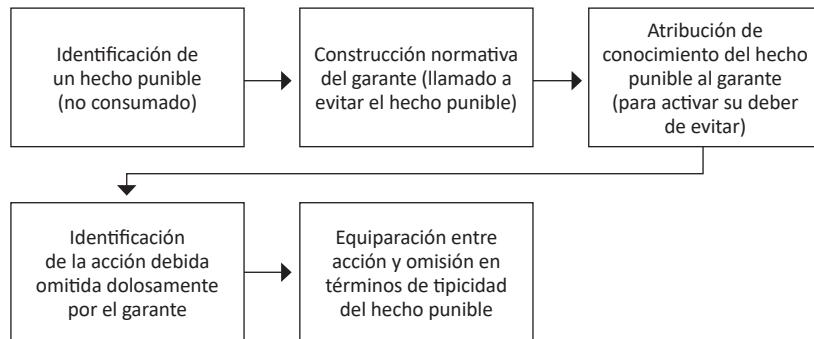
La metodología a seguir para aplicar comisión por omisión sobre la conducta de la alcaldesa podría tener el siguiente orden: (i) existe un hecho de co-

lusión en ejecución; (ii) la alcaldesa es garante de la defensa y cautela de los intereses (léase, económicos) de la Municipalidad (artículo 20.1 Ley Orgánica de Municipalidades¹⁵); (iii) la alcaldesa conoce que el delito de colusión se estaba ejecutando; (iv) la alcaldesa, ante estos hechos, está obligada a declarar de oficio la nulidad del proceso (acción debida regulada en el artículo 44.2 de la LCE¹⁶). Sin embargo, en el caso planteado, la alcaldesa omite esa acción debida y permite que la ejecución del delito siga su curso, de modo que, la alcaldesa habría cometido el delito de colusión en comisión por omisión, como autora.

Nótese que importa más que el comportamiento omisivo de la alcaldesa domine, desde su perspectiva, la totalidad del hecho, tanto como las conductas de ejecución de los concertados, que la discusión acerca de si la alcaldesa se habría concertado o no con la empresa postora.

Finalmente, si el delito consistiera solamente en una concertación, la alcaldesa no podría intervenir en comisión por omisión de un delito ya consumado. Es decir, si el delito de colusión fuese solamente una concertación ilegal, el garante siempre llegaría a destiempo. A pesar de ello, efectivamente, es imposible una concertación omisiva (como una instigación omisiva) por cuestiones contundentemente fácticas. Como lo es también, evitar una concertación sin que exista forma de conocer previamente que esta se dará, que es lo que normalmente ocurrirá si se toma en cuenta la opacidad de la corrupción.

Cuadro 2: Metodología de la comisión por omisión



Fuente: Elaboración propia

¹⁵ Artículo 20.- Atribuciones del alcalde

Son atribuciones del alcalde:

1. Defender y cautelar los derechos e intereses de la municipalidad y los vecinos [...] (2003).

¹⁶ Artículo 44. Designación, suplencia, remoción y renuncia de los integrantes del comité de selección

44.2. Tratándose de los procedimientos de selección para la contratación de ejecución de obras, consultoría en general y consultoría de obras, de los tres (3) miembros que forman parte del comité de selección, por lo menos, dos (2) cuentan con conocimiento técnico en el objeto de la contratación, salvo lo previsto en el artículo 217 (2022).

IV. INTERVENCIÓN DELICTIVA

El sistema de intervención delictiva también se rige con reglas de la teoría del delito. Por ejemplo, si un no cualificado (*extraneus*) puede lesionar el bien jurídico cuya vulnerabilidad depende de un cualificado (*intraneus*), es porque *ex ante* existe un análisis sobre el riesgo que crea con su conducta. De lo contrario, tendría que aceptarse que no es la valoración jurídico penal –lesión mediata y típica del bien jurídico (Roxin, 2007, pp. 490-491)–, sino la conducta de un tercero o el azar, lo que convierte en ilícito a un aporte (Sancinetti, 1996, p. 17) (Roxin, 2007, pp.490-506). Del mismo modo que un *extraneus* pueda intervenir en un delito especial propio, es expresión de un derecho penal que no solamente sanciona la infracción de un deber altamente personal, sino que –principalmente– castiga el hecho típico que esa infracción crea y que da lugar a la intervención de no cualificados (*extranei*) (Corte Suprema de Justicia, 2017, fundamento 14).

Así, la intervención criminal en el delito de colusión también es algo que se desprende de reglas y conceptos de la teoría del delito, como a continuación se comenta.

A. Autor: sujeto que concierta y ejecuta el acuerdo

El autor es la figura central del acontecer delictivo y su identificación normalmente parte de la revisión literal del tipo (concepto objetivo formal de autor), pero, fundamentalmente, es una cuestión de análisis de la importancia del aporte material de cara al tipo penal (concepto objetivo material de autor) (Villavicencio, 2009, pp. 465-466).

En el caso del delito de colusión, el autor lo es porque tiene el poder normativo suficiente para poner en peligro o lesionar el bien jurídico o, lo que es lo mismo, porque debido a su poder normativo, tiene el deber de resguardar la integridad de ese bien jurídico. Obedece a esta razón que el sujeto principal del delito de colusión sea un funcionario o servidor público que interviene directa o indirectamente, en virtud de su cargo, en alguna operación económica a cargo del Estado.

Así, autor del delito de colusión es quien se concierta y ejecuta ese acuerdo (con diferentes magnitudes que se condicen con sus atribuciones normativas), al que llegó con el particular interesado.

La premisa de partida es que alguien, ‘a razón’ de su cargo (competencias y facultades) pueda intervenir en la operación económica, y esto significa que pueda ejecutar actos funcionariales que incidan en algún aspecto de esa operación económi-

ca. A este nivel del análisis, habrá que distinguir entre esos actos, desde una visión amplia, que es la que normalmente maneja el derecho penal a la hora de sancionar hechos que otras ramas definen particularmente (como, por ejemplo, el concepto de funcionario público a efectos penales). Es decir, realmente, no es determinante definir con exactitud, por lo menos a efectos de la sanción penal, la diferenciación entre una acción directa y otra indirecta, desde que ambas formas son castigadas por igual. Sin embargo, esta idea no enerva la responsabilidad de señalar en qué parte del procedimiento intervinieron los imputados.

Entonces, las intervenciones directas podrían ser aquellas que decidan el devenir de la operación, por ejemplo, la creación de las bases del concurso, los actos del comité de selección o del área que da conformidad a la obra. Por el contrario, las intervenciones indirectas son menos *ad hoc* porque tienen que ver con atribuciones generales sobre la operación económica como, por ejemplo, emitir una resolución de alcaldía que apruebe el expediente técnico de un proyecto (amañado previamente), el nombramiento del comité de selección (que obedecería las indicaciones que nazcan en el acuerdo colusorio) o la remoción de cargos y su reemplazo para facilitar el éxito del acuerdo. Es decir, en estos últimos escenarios no se decide directamente el camino procedural de la operación, sino que se crea el ambiente propicio para que otros lo hagan.

Por otra parte, también resulta fundamental en esta discusión la existencia del procedimiento. Es decir, el inicio del procedimiento (como la necesidad de la concertación) es una cuestión ontológica que no pueden ser apartadas en virtud de sofisticados razonamientos normativos porque se trata de un elemento del injusto fundamental. Por ejemplo, la aprobación de modificaciones presupuestarias con miras a un futuro e inexistente procedimiento de contratación pública para infraestructura de carreteras no puede ser considerada una intervención de colusión, por mucho que las partes hayan concertado.

Cabe añadir en este punto que las intervenciones indirectas en la operación económica no significan un aporte delictivo de poca relevancia para el tipo penal. Por el contrario, aunque no juegan un rol específico en el quehacer más minucioso de la operación económica, los que actúan indirectamente tienen un gran poder normativo sobre la operación y, normalmente, son ellos quienes efectivamente participan en el acuerdo colusorio.

Por otra parte, debe anotarse que, *a priori*, las irregularidades administrativas son más evidentes en

quienes actúan de modo directo que en los que intervienen de modo indirecto. Esto es así porque mientras más alta sea la posición del funcionario, sus acciones estarán más libradas a la discreción guiada por el ‘bien común’, de modo que, en estos casos, la legal formalidad encubre la digitación corrupta de sus decisiones. En cambio, los niveles intermedios y bajos de la pirámide burocrática actúan en el marco de pautadas atribuciones, con lo cual, cualquier trasgresión a ellas es fácticamente más sencillo de notar, en comparación con las irregularidades del superior jerárquico.

Por lo dicho, las formas típicas de intervención son una parte sustancial en la imputación penal que, no debería ser bloqueada por formalismos legales, como, por ejemplo, cuando se alega que el superior jerárquico ‘no es quien otorga la buena pro’, pues lógicamente así es, y la imputación penal no puede afincarse en usurpaciones de funciones o en intromisiones arbitrarias del funcionario, sino en sus facultades de crear el contexto procedimental para que otro, con facultades *ad hoc*, otorgue la buena pro (decidida de forma corrupta).

B. Cómplice primario: sujeto que colabora en la ejecución del acuerdo

En la tipicidad del artículo 384 del Código Penal, la cualificación de los sujetos es determinante para su interpretación, y trae consigo importantes consecuencias sistemáticas.

Por ejemplo, en virtud de su calidad de *extraneus*, el particular mencionado en el tipo solamente puede ser cómplice primario del delito (Sala Penal Permanente, 2017, p. 5) (como los funcionarios que intervienen sin usar sus atribuciones legales). Sobre este punto valgan dos anotaciones. La primera es que el particular no debe ser necesariamente un postor porque, de lo contrario, se estaría vaciando parte del contenido del primer párrafo del artículo 384 del Código Penal, que castiga la concertación en cualquier etapa de la operación, y es sabido que en las primeras etapas no existe un postor propiamente dicho. La segunda cuestión tiene que ver con la propuesta doctrinal de castigar al particular con un delito de colusión activa porque, en sentido estricto, no es que ayude al funcionario, sino que junto a él configuran el delito (Pariona, 2017, pp. 124-125). Sin embargo, sin perjuicio de lo acertada y sistemática de esta propuesta, la criminalización del particular como cómplice secundario no altera en mayor medida la eficiencia de la persecución penal para este supuesto de hecho, desde que se debería seguir exigiendo un acuerdo entre funcionario y particular, y que las penas pueden ser las mismas.

Volviendo al tema de la cualificación, es bastante aceptada –salvo alguna excepción (Tribunal Supremo Español, 2017, fundamento tercero)– la tesis según la cual todos los funcionarios que intervienen en el delito de colusión en virtud de sus facultades deben ser autores:

[...] Una contratación pública, como se sabe, se desarrolla a través de un procedimiento en varias etapas en las que intervienen varios funcionarios públicos por razón de su cargo. En tal virtud, como los imputados funcionarios públicos intervieron, con marcada relevancia, en ámbitos específicos en la secuencia de la contratación en orden a sus competencias funcionales, e infringieron su deber especial que les correspondía afectando el patrimonio municipal, tienen la calidad de autores –la conducta de cada funcionario ha de ser analizada de acuerdo a la etapa de la contratación en la que interviene (intervención por razón del cargo), a su competencia específica normativamente establecida, por su uso abusivo, de aprovechamiento de los atributos que su posición le da– [...]. (Sala Penal Permanente, 2024, p. 23)

No obstante, en este asunto debe recordarse que la equiparación entre funcionario y autor no necesariamente es absoluta. Es decir, no cabe duda de que, si el delito consiste en la infracción de un deber, el autor será quien tenga ese deber, y precisamente, los principales delitos contra la Administración Pública están pensados para castigar el provecho ilegal que los funcionarios logran debido a la infracción de su deber institucional (Álvarez, 2021, p. 58). A pesar de ello, la infracción del deber no guía la aplicación misma del delito, sino que esto se hace tomando en cuenta todos los elementos de tipicidad del delito. Entonces, en lo que concierne a la colusión, junto con la infracción del deber que se refleja en la ejecución, debe constatarse también el elemento de la concertación.

En esta tesitura, un sector de la judicatura entiende de que la concertación pasa a segundo plano y puede ser entendida tácitamente a partir de otras consideraciones mucho más importantes y que, nuevamente, se vinculan a la equiparación entre funcionario público y autor del delito:

[...] La concertación con el o los interesados puede efectivizarse indirectamente a través de cualquiera de los otros funcionarios o servidores participantes en el proceso de contratación. Lo relevante para este efecto es que el funcionario o servidor público intervenga directa o indirectamente, por razón del cargo, en cualquier etapa del proceso de adquisición de bienes o servicios públicos, incluso en fase de ejecución. Lo decisivo para el involucramiento

en el acuerdo colusorio es el conocimiento de la concertación del funcionario o servidor público con el particular y su intervención en la concreción del pacto o concertación [...]. (Sala Penal Permanente, 2024, pp. 8-9)

Como puede observarse, la lógica de estas ideas transcritas es impecable: en la colusión es autor quien interviene en virtud de su cargo, por tanto, todos los que intervienen en razón de su cargo, y a sabiendas de la concertación, son autores de colusión. Sin embargo, en términos materiales, este razonamiento no es válido, por las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la adhesión al ajeno acuerdo colusorio solamente tendría sentido en una estructura típica de colusión, donde el comportamiento típico abarque tanto la concertación como su ejecución (como aquí también se propone). Sin embargo, si la concertación fuese la única conducta por incriminar (como se dice del primer párrafo del artículo 384 del Código Penal); entonces, sería imposible hablar de adhesiones, pues allí donde el delito ya fue consumado con la sola concertación (restaría perseguir a los adheridos con otros tipos penales) no habrá más *iter criminis* donde intervenir. Por tanto, de acuerdo con el *statu quo*, la tesis de la adhesión deja impune la intervención de los otros funcionarios que revelarían su concierto criminal, después del propio acuerdo colusorio.

En segundo lugar, la adhesión obliga a una interpretación de la norma que mutila parte del tipo penal. Es decir, la concertación en sí misma representa una negociación ilícita porque trasgrede importantes deberes fundamentales en el quehacer de la Administración Pública y, junto a su ejecución explican, *in totum*, un nivel de reproche proporcional a la intervención del derecho penal (Rodríguez, 2020, p. 79). En la tesis de la adhesión, este desvalor no existe en el *factum*, sino que se le atribuye al sujeto en virtud de lo que cree o aprueba, no de una conducta efectivamente ejecutada. Dicho de otro modo, el dolo del que conoce que otro se concertó no significa que haya participado en esa concertación.

En otras palabras, “[a]ctualmente puede prácticamente tenerse por válido [...] que quien ha ejecutado de mano propia y dolosamente el hecho, de todos modos es autor, aun cuando he cometido el hecho por encargo y en interés de otro [...]” (Roxin, 2007, p. 464), pero no al revés. Es decir, el interés de otro o su encargo no reemplaza a la conducta típica que el autor debe cometer dolosamente.

Por lo tanto, respecto de la ejecución de un acuerdo colusorio ajeno, a manos de un funcionario público

competente en la operación económica a cargo del Estado, parece que lo más razonable es entender que el acto irregular del funcionario obedece a una indicación previa de quien sí se ha concertado con el particular. En concreto, se trata de un supuesto de hecho donde alguien está colaborando con un autor, no de un supuesto de coautoría.

Habiendo considerado lo anterior, en tercer lugar, partiendo de que la complicidad primaria se caracteriza, principalmente, por hacer surtir sus efectos en la tentativa (Jakobs, 1997, p. 815), y de que el delito de colusión consiste en la concertación y en su ejecución, el funcionario que actúa en el marco de sus funciones y *post* acuerdo colusorio realmente colabora, bajo el supuesto de haber recibido indicaciones, con quien sí se ha concertado y se ha obligado a cumplir (ejecutar) lo acordado (Tribunal Supremo Español, 2017, fundamento tercero).

Y sobre la equiparación entre funcionario y autor, debe recordarse que efectivamente la tesis de la infracción del deber sirve para identificar al autor, pero también que la sola infracción no explica el injusto penal (Pariona, 2014, pp. 113-114). Entonces, si aquí se sostiene que el injusto penal de la colusión consiste en concertarse y en ejecutar, luego, quien no se concierte no cometerá completamente el injusto. Dicho de otro modo, un sujeto cualificado que infringe sus deberes, sin haberse concertado previamente, en realidad, estará cometiendo ‘la mitad del tipo’ de colusión.

Finalmente, resta por señalar quién es el autor y quién el partícipe, en el primer y en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal. Ya se ha mencionado ejemplos de las conductas típicas que ponen en peligro a la asignación de eficiente de recursos públicos, y de las que lo lesionan efectivamente, al margen de los perjuicios patrimoniales que pudieran aparecer, y que también son objeto de valoración, pero no de prohibición penal.

Entonces, partiendo de que ambos párrafos del delito de colusión realmente criminalizan un mismo *iter criminis*, el hecho punible del primer párrafo estará reservado para el autor que no ha llegado a comprometer al Estado a una asignación ineficiente de sus recursos (por ejemplo, porque el acuerdo fue descubierto o las partes dejaron de tener interés en el tema). Sin embargo, si ese mismo hecho continúa, por ejemplo, hasta la propia contratación del particular interesado, entonces, no tendrá sentido seguir hablando del primer párrafo, sino que la sanción pertinente será la del segundo párrafo. Y esta misma lógica debe aplicarse para el particular interesado, pues el injusto del partícipe sigue la suerte del injusto del autor.

V. CONCLUSIONES

- La persecución penal de la colusión es imprescindible en la agenda político criminal contra la corrupción pública y, cualquiera sea su estructura típica, siempre será recomendable no apartarse de la sistematicidad de la teoría del delito. Aunque suele pasar desapercibido, sus fundamentos permiten una aplicación ordenada y coherente del tipo, y esto redunda positivamente no solo en la eficiencia de la investigación o el juzgamiento del delito, sino en la defensa de los implicados.
- Por otra parte, delitos como la colusión son escenarios perfectos donde discutir el otro componente fundamental de una política criminal integral contra la corrupción pública. Me refiero al decomiso, con o sin condena, y a la reparación civil. Así, estos mecanismos de recuperación de activos, unos ilícitos y otros lícitos, respectivamente, son también cuestiones básicas para el procesamiento de la colusión. Por ejemplo, en lo referido a las ganancias ilícitas que la empresa obtiene en virtud del contrato amañado, la comisión ilícita que recibe el funcionario, pero que no es un elemento del tipo, o los daños generados al Estado o a una de sus entidades con una obra pública inconclusa, inservible o fantasma.
- De modo que, el tandem de la persecución personal y patrimonial, económica o financiera del delito de colusión –y de la criminalidad en general– es, hoy en día, una postura político criminal insoslayable, por moderna y eficaz, pero también una tarea difícil, porque en cada forma de persecución funcionan diferentes principios y reglas. Aunque, también en ambos enfoques, se reclama lo mismo: una aplicación ordenada y sistemática basada en el respeto por los derechos fundamentales.
- El desarrollo de estos temas, por lo demás, no es un asunto solamente de la doctrina especializada, sino principalmente de los operadores de justicia, que siempre estarán en mejores condiciones de reconducir las figuras jurídicas hacia sus usos más eficientes y legítimos, y de evaluar las propuestas de interpretación de un delito, como la que aquí se ha intentado proponer. 

REFERENCIAS

Álvarez, F. (2021). *El delito de negociación incompatible. Estudio de los aspectos problemáticos del tipo penal*. Ideas.

Bendezú, R. (2020). Análisis típico del delito de colusión y su tratamiento jurisprudencial. *IUS: Revista De Investigación De La Facultad De Derecho*, 1(1), 64-80.

Bocanegra Márquez, J. (2024). Contra el castigo penal de las “solas” inmorالidades: una defensa de la corrección moral en tiempos del punitivismo. *Estudios Penales y Criminológicos*, (45), 1-32.

Chanjan Documet, R. et al. (2022). Sobre la naturaleza del delito de colusión del artículo 394 del Código Penal: Análisis del debate jurisprudencial. *Ius et Veritas*, (65), 83-101.

Chanjan, R. et al. (2022). La concertación en el delito de colusión y la prueba indicia: análisis a partir de la jurisprudencia peruana. En: *Sistema penal y corrupción*. Ius et Veritas.

Donini, M. (2001). Un derecho penal fundando en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana (traducido por Cristina Méndez Rodríguez). *Revista Penal*, (8), 24-38.

Donna, E. (2002). *Delitos contra la administración pública* (1era ed.). Rubinzel-Culzoni.

Gómez Rivero, C. (2006). ¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano? *Revista Penal* (18), 102-123.

Jakobs, G. (1997). Derecho penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación (traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo) (2da ed.). Marcial Pons.

Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho penal – Parte General. Teoría jurídica del delito*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mondjeli, I. y Ambassa, M. (2025). Does corruption really matter for the structure of public expenditures? *Structural Change and Economic Dynamics*, (73), 181-195.

Pariona, R. (2014). *Derecho penal. Consideraciones dogmáticas y político criminales*. Instituto Pacífico.

(2017). *El delito de colusión*. Instituto Pacífico.

(2022). El bien jurídico en el delito de colusión. *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, 3(6), 78-94.

Pedrazzi, C. et al. (1998). *Manuale di Diritto Penale dell'Impresa* (2da ed.). Monduzzi Editore.

Ramón, E. (2006). Autoría y participación en los delitos imprudentes. Omisión del deber de socorro. Comentarios de la sentencia 26/1998, de diecisésis de enero, de la Sala Segunda del TS. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 200(4), 569-580.

Rodríguez, S. (2020). *La responsabilidad penal del empleador como garante de la seguridad en el trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Roxin, C. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Grijley.

Sancinetti, M. (1996). *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*. Cuadernos de Conferencias y Artículos.

Silva Sánchez, J. (2008). Criminal Omissions: some relevant distinctions. *New Criminal Law Review*, 11(3), 452-469.

Taboada, L. (2015). *Elementos de la Responsabilidad Civil* (3era ed.). Grijley.

Terradillos, J. (1999). Peligro abstracto y garantías penales. *Nuevo Foro Penal*, (62), 67-94.

(2017). La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal. *Revista de Derecho penal*, (25), 667-684.

(2019). Apuntes político-criminales en torno a la corrupción pública como delincuencia socioeconómica organizada. El caso español. *Nuevo Foro Penal*, (93), 11-49.

Vargas, R. y Agudelo, D. (2020). La corrupción en la contratación estatal y la respuesta penal. En: *Corrupción, crimen organizado, lavado de activos financiamiento de terrorismo y compliance*. Instituto Pacífico.

Vélchez, R. (2021). *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro.

(2024). Los delitos de colusión y negociación incompatible según la Corte Suprema de Justicia Peruana: cuatro cuestiones dogmáticas en discusión. *Revista Jurídica Austral*, (1), 479-504.

Villavicencio, F. (2009). *Derecho penal Parte General*. Grijley.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Corte Suprema De Justicia De La República. (2017). X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116.

Congreso de la República del Perú. (2022). Ley 27972, *Ley Orgánica de Municipalidades*. Diario Oficial El Peruano del 27 de mayo de 2003.

Congreso de la República del Perú. (2022). Ley 30225, *Ley de Contrataciones con el Estado*. Diario Oficial El Peruano del 28 de julio de 2022.

Presidencia de la República del Perú. (1991). *Decreto Legislativo 635 de 1991. Código Penal*. Diario Oficial El Peruano del 8 de abril de 1991.

Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 23 de enero de 2017, Recurso de Nulidad 1722-2016/Del Santa (Perú).

Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, 18 de octubre de 2021, auto recaído en el Expediente 0016-2017-174-500 (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 23 de enero de 2013, Recurso de Nulidad 2587-2011/Cusco (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 16 de enero de 2014, Recurso de Nulidad 1969-2012/La Libertad (Perú).

Segundo Juzgado Penal Colegiado Nacional, 31 de octubre de 2014, resolución 97 recaída en el Expediente 00016-2017-214-JR-PE-01 (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 11 de julio de 2017, Recurso de Casación 661-2016/Piura (Perú).

Sala Penal de Apelaciones Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, 31 de julio de 2017, resolución 2 recaída en el Expediente 00004-2015-40-5201-JR-PE-01 (Perú).

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 05 de diciembre de 2018, Recurso de Nulidad 229-2017/Áncash (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 01 de abril de 2019, Recurso de Nulidad 881-2018/Pasco (Perú).

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 03 de mayo de 2019, Recurso de Casación 542-2017/Lambayeque (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 26 de junio de 2019, Recurso de Casación 9-2018/Junín (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 10 de octubre de 2019, Recurso de Nulidad 207-2019/Loreto (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 10 de noviembre de 2019, Recurso de Nulidad 207-2019/Loreto (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 05 de agosto de 2020, Recurso de Casación 1546-2019/Piura (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 19 de agosto de 2020, Recurso de Casación 1626-2018/San Martín (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 30 de noviembre de 2020, Recurso de Casación 392-2019/Áncash (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 28 de diciembre de 2021, Recurso de Nulidad 452-2020/Lima (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 19 de agosto de 2022, Recurso de Casación 1749-2018/Cañete (Perú).

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 02 de agosto de 2023, Recurso de Nulidad 1804-2022/Lima Norte (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 05 de enero de 2024, Recurso de Casación 3490-2022/San Martín (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 02 de abril de 2024, Recurso de Casación 1241-2022/Áncash (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 22 de abril de 2024, Recurso de Casación 3110-2022/Cusco (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 11 de noviembre de 2024, Recurso de Casación 68-2023/Lambayeque (Perú).

Tribunal Supremo: Sentencia del Tribunal Supremo 604/2017 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 05 septiembre de 2017.

Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional, 10 de octubre de 2023, sentencia recaída en el Expediente 00189-2016-32-5001 (Perú).

Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional, 10 de diciembre de 2023, resolución 14 recaída en el Expediente 00189-2016-32-5001-JR-PE-01 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 17 de mayo de 2004, sentencia recaída en el Expediente 02-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 03 de mayo de 2012, sentencia recaída en el Expediente 00017-2011-PI-TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 17 de julio de 2024, sentencia recaída en el Expediente 04372-2023-PHC-/TC (Perú).