

JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA

EL DELITO DE COLUSIÓN



INSTITUTO
PACÍFICO

EL DELITO DE COLUSIÓN

Autor:

© José Luis Castillo Alva, 2017

Primera edición-Noviembre 2017

Copyright 2017

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martinez

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C.-2017
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 332-5766
E-mail: prerensa@aempresarial.com

Tiraje: 4,000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial

: 31501051701167

ISBN

: 978-612-322-036-5

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N.º**

: 2017-15046

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

*A mi esposa Adriana Lucía y a mi hijo Rafael José,
por ser portadores del mayor amor y la más grande felicidad*

PRESENTACIÓN

El libro que el lector tiene en sus manos es la culminación (provisional) de una investigación de más de dos años que se emprendió sobre los alcances del delito de colusión (art. 384 del CP) y constituye una revisión completa y exhaustiva de un pequeño trabajo que se publicó en el 2008.

La obra no solo pretende ofrecer un panorama actual de la dogmática penal (peruana y extranjera) que se construye alrededor del delito de colusión en sus diversas perspectivas y enfoques, sino también busca dar cuenta de manera detallada acerca de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, tanto en lo que atañe a los problemas interpretativos como en la variedad y riqueza de los casos sometidos a su conocimiento y que constituye la prueba de fuego de la aplicación del derecho al caso concreto.

Asimismo, se trata de tender puentes entre la regulación legal de la contratación pública, como de la dogmática y la jurisprudencia sectorial que la desarrolla, y el derecho penal. No es posible comprender el alcance del delito de colusión sin analizar las bases, los principios y las reglas de la contratación administrativa.

Bogotá, 21 de octubre del 2017

PUBLICACIONES DEL AUTOR

- **EN DERECHO PENAL**

1. *El homicidio: figuras fundamentales*, Lima: Gaceta Jurídica, 2000, 432 pp.
2. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Lima: Idemsa, 2001, 336 pp.
3. *La falsedad documental*, Lima: Jurista Editores, 2001, 243 pp.
4. *La violación sexual en el derecho penal peruano*, Lima: Jurista Editores, 2001, 150 pp.
5. *Principios de derecho penal. Parte general*, Lima: Gaceta Jurídica, 2002.
6. *Tratado de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales*, Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
7. *Asociación para delinquir*, Lima: Grijley, 2004, 208 pp.
8. *El delito de aborto*, Lima: Ara, 2004, 262 pp.
9. *Derecho penal. Parte especial*, t. I, Lima: Grijley, 2008, 1130 pp.
10. *El delito de colusión*, en coautoría con Percy García Caverro, Lima: Grijley, 2008, 368 pp.
11. *El delito de negociación incompatible*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, 446 pp.

- **EN ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y TEORÍA DEL DERECHO**

12. *Razonamiento judicial*, en coautoría con Róger Zavaleta Rodríguez y Manuel Luján Tupez, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, 550 pp.
13. *El precedente judicial y el precedente constitucional*, en coautoría con Luis Castillo Córdova, Lima: Ara, 2008, 245 pp.

14. *La motivación de la valoración de la prueba*, Lima: Grijley, 2013, 473 pp.

15. *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*, Lima: Grijley, 2013, 395 pp.

- **EN DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PROCESAL**

16. *El acceso a la función pública, el principio de presunción de inocencia y la motivación de las decisiones estatales*, Lima: Instituto Pacífico, 2016, 276 pp.

17. *El derecho a interrogar a los testigos*, Lima: Instituto Pacífico, 2016, 249 pp.

- **HA SIDO DIRECTOR Y COORDINADOR**

18. *Comentarios al Código Penal*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

19. *Comentarios a los Precedentes Vinculantes de la Corte Suprema de Justicia (dir.)*, Lima: Grijley, 2008, 1151 pp.

20. *Prisión Preventiva*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, 252 pp.

21. *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, ts. 1, 2 y 3, Lima: Grijley, 2006.

ÍNDICE GENERAL

Dedicatoria.....	5
Presentación	7

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

I. Denominación.....	19
II. Antecedentes y derecho comparado.....	20
III. La evolución legislativa del delito de colusión en el CP de 1991.....	24

CAPÍTULO II

BIEN JURÍDICO

I. Los criterios moralizadores.....	33
1. La infracción de los deberes de lealtad y probidad del funcionario.....	33
2. La integridad y rectitud del funcionario.....	40
II. Los principios administrativos que rigen la contratación estatal.....	44
1. Los principios de legalidad, eficiencia y economía.....	47
2. La imparcialidad en la administración de los recursos públicos.....	49
3. La transparencia en las operaciones y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores	50
III. La infracción de deberes institucionales.....	55
1. La posición de la Corte Suprema	60
IV. Los criterios económico-patrimoniales	77
1. La protección del presupuesto, el gasto público y/o los ingresos estatales.....	77
2. La libre competencia de los proveedores	81
3. El patrimonio estatal	82
V. El bien jurídico de contenido plural.....	85
VI. Nuestra posición	90
1. El bien jurídico	90
2. La teoría monista y dualista del bien jurídico.....	97
3. El bien jurídico colectivo	101
4. El bien jurídico basado en la Constitución.....	117
5. El bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública.....	112
6. El bien jurídico protegido en el delito de colusión: la tutela de la contratación administrativa.....	114

CAPÍTULO III

POLÍTICA CRIMINAL Y BASES CONSTITUCIONALES DEL SISTEMA DE CONTRATACIONES

I.	La política criminal del delito de colusión ilegal.....	123
II.	La regulación constitucional del proceso de contratación pública y la ley de contrataciones públicas.....	132

CAPÍTULO IV

COLUSIÓN SIMPLE

I.	Tipicidad objetiva	145
1.	Sujetos	145
1.1.	Sujeto activo	145
1.1.1.	Se trata de un delito especial propio.....	145
1.1.2.	La competencia funcional específica	147
1.1.3.	La fuente normativa de la competencia funcional específica	177
1.1.4.	Los funcionarios y órganos administrativos encargados del proceso de contratación.....	189
1.1.5.	La individualización del funcionario competente y de los demás intervinientes en el delito de colusión.....	221
1.2.	Sujeto pasivo	226
2.	Comportamiento típico.....	230
2.1.	La concertación del funcionario público y los interesados como núcleo del injusto típico del delito de colusión.....	230
2.2.	La concertación: el acuerdo de las dos partes. Exclusión de los actos unilaterales.....	248
2.3.	La forma de la concertación.....	250
2.4.	¿Es necesario individualizar la conducta propia del acuerdo colusorio y delimitar espacial y temporalmente dicho acuerdo?	268
2.5.	¿Qué clase de concertación prohíbe la norma penal?	288
2.6.	Concertación y engaño.....	291
2.7.	Concertación y el uso de cualquier artificio	295
2.8.	La problemática de la omisión impropia	296
2.9.	Los alcances de la expresión: "interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo".....	315
2.10.	La pluralidad de funcionarios intervinientes. La organización del trabajo y el principio de confianza en la Administración pública.....	319
2.11.	¿La no necesidad de contratación de servicios o bienes puede implicar la comisión del delito de colusión ilegal?.....	350
II.	Tipicidad subjetiva	354

CAPÍTULO V

LA PROBLEMÁTICA DE LOS TERCEROS INTERESADOS

CAPÍTULO VI

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL DELITO DE COLUSIÓN

I.	El contrato administrativo como objeto del delito de colusión.....	405
1.	El contrato administrativo.....	405
2.	Contrato estatal y otros acuerdos administrativos.....	422
3.	El delito de colusión solo puede cometerse en el contexto de un contrato estatal...	424
4.	¿El delito de colusión solo se puede cometer dentro de un proceso de selección? La contratación directa.....	429
5.	El delito de colusión solo se puede cometer cuando hay una relación contractual vigente. La extinción del contrato estatal.....	435
6.	Otros aspectos.....	451
II.	Los contratos administrativos en los que se puede cometer el delito de colusión.....	452
III.	En qué etapa del proceso de contratación puede cometerse el delito de colusión ilegal	472
IV.	¿Puede cometerse el delito de colusión en un proceso arbitral?	489
V.	Los actos en los que pueden recaer la concertación punible luego de la celebración del contrato estatal. La antigua regulación del delito	499
VI.	¿Qué debe entenderse por la expresión: "o cualquier otra operación a cargo del estado"?	507

CAPÍTULO VII

COLUSIÓN AGRAVADA

I.	¿Qué se entiende por defraudar?. La discusión doctrinal y jurisprudencial antes de la Ley N.º 29758 y la Ley N.º 30111	513
II.	La comprensión del "defraudar patrimonialmente" como perjuicio económico	516
III.	¿Es necesario un examen pericial para probar el elemento típico objetivo "defraudar patrimonialmente".....	532

CAPÍTULO VIII

PARTICIPACIÓN DELICTIVA

I.	La complicidad	540
II.	La instigación.....	558
III.	La responsabilidad de los órganos colegiados en el delito de colusión	560

CAPÍTULO IX

CONSUMACIÓN Y CONCURSO

I.	La consumación.....	571
II.	Concurso.....	574

CAPÍTULO X

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y DE INculpABILIDAD

I.	El ejercicio legítimo de un cargo.....	583
II.	La culpabilidad.....	583

CAPÍTULO XI

LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

I.	El marco penal abstracto.....	589
II.	Los fines de la pena.....	590
III.	La determinación judicial de la pena.....	592
IV.	La inhabilitación.....	598
V.	La suspensión de la ejecución de la pena en el delito de colusión.....	601

CAPÍTULO XII

LA REPARACIÓN CIVIL

<i>Bibliografía</i>	627
---------------------------	-----

Artículo 384: Colusión simple y agravada

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

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

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

I. DENOMINACIÓN

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la colusión como: “acción y efecto de coludir, pactar en daño de tercero”. Coludir significa en este sentido: “pactar en daño de tercero”. 1

El delito de colusión ilegal es el pacto de un daño injusto contra un tercero; en este caso, el Estado al que se afecta de modo directo el sistema de contratación y posiblemente su patrimonio.

En el Perú la doctrina y la jurisprudencia vienen denominando a la infracción en estudio como delito de colusión ilegal¹, colusión desleal², colusión fraudulenta³ o también simplemente colusión⁴. 2

Sin embargo, un sector de la doctrina peruana ha mostrado su rechazo y desaprobación a la denominación del delito como colusión ilegal, dado que el funcionario no debe nunca coludirse con los privados; de tal modo que resulta repetitivo decir colusión ilegal⁵. En su reemplazo se propone, como término

1 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, Lima: Grijley, 4.ª ed., 2007, p. 405; CASTILLO ALVA, José Luis, en GARCÍA CAVERO-CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima: Grijley, 2008, p. 64.

2 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, Lima: Instituto Pacífico, 2.ª ed., 2015; t. II, p. 1089.

3 Véase las dos primeras ediciones de la obra de: ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, pp. 176 y 206.

4 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, Lima: Instituto Pacífico, 2017, *pássim*; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, Lima: Grijley, 4.ª ed., 2016, p. 311; CARRIÓN DÍAZ, Juan-CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima: Idemsa, 2011, pp. 16 y 17; PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la Administración pública*, Lima: Editorial Portocarrero, 1996, p. 146; HUGO ÁLVAREZ, Jorge, *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración pública*, Lima: *Gaceta Jurídica*, 2002, p. 79; MARCA ROMERO, Elmer; “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, N.º 26, Lima, 2011, p. 23.

5 Véase ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra, 2003, p. 262.

más descriptivo de la conducta ilícita, la palabra *fraude* que a diferencia de las defraudaciones comunes aquí se produce en el marco del desempeño de la actividad funcional. Se plantea en tal sentido la denominación de origen español: “*fraude a la administración pública*”⁶.

3 Por nuestra parte, creemos adecuado seguir utilizando la denominación tradicional de *colusión ilegal*⁷ debido a que:

- i) Se ajusta al sentido del tipo penal y a las características de la conducta en cuanto comprende tanto a la concertación (tipo base) y el perjuicio (tipo agravado) que debe sufrir el Estado como consecuencia de la maniobra colusoria emprendida por el funcionario público en complicidad con los terceros interesados;
- ii) Viene a reflejar el sentido tradicional e histórico de cómo se identifica a la infracción tanto en el plano dogmático, inmensamente mayoritario, y en el derecho judicial, aportando una destacable claridad que refleja el sentido y finalidad político criminal del delito;
- iii) El empleo de cualquier otra formulación lingüística no aporta claridad ni una mejor precisión que la referencia a la colusión ilegal.

II. ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

4 La regulación del delito de colusión ilegal no es nueva. Ya se encontraba presente en el CP de 1924 en su artículo 344 que acogía el antecedente normativo de esta infracción⁸.

5 El tratamiento legislativo del delito de colusión no es uniforme en el derecho comparado. Hay códigos penales que no regulan la infracción y que ni siquiera poseen una figura delictiva similar, en cuanto estructura, sentido dogmático y finalidad político criminal. Por tanto, no estamos ante un delito en el que haya acuerdo legislativo respecto a su desarrollo y regulación en el derecho comparado, en especial, en la realidad hispanoamericana.

6 Por todos, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 262.

7 Aunque por cuestiones metodológicas se puede usar simplemente *delito de colusión*.

8 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, pp. 405 y 406.

Pese a todo, es posible advertir la similitud y entroncamiento del delito de colusión con una figura próxima, perteneciente al derecho español histórico, tal como ocurre con el delito inscrito en el artículo 400 del C.P. español derogado y que se denominó usualmente como gestión desleal⁹ del patrimonio público¹⁰, fraude a la administración pública¹¹, simplemente “fraude”¹² o celebración indebida de contratos¹³, el cual se remonta al C.P. español de 1822 y su similar de 1848¹⁴.

El derecho penal español histórico asumió en este ámbito, como en muchos otros temas, un sistema muy particular que tomaba distancia de los modelos legislativos existentes en el viejo continente que como el caso del derecho germánico, y los países influenciados por dicha legislación, prevén un tipo general que comprende la infidelidad en la gestión de negocios dentro de los delitos contra la propiedad y que castiga como una de sus figuras más graves el caso de la infidelidad cometida por funcionarios públicos¹⁵.

En América Latina algunas legislaciones tienen diversas figuras penales que guardan semejanza con el delito de colusión ilegal. Por ejemplo, el C.P. colombiano regula el delito de violación del régimen legal o constitucional 6

-
- 9 Cfr. RODRÍGUEZ DEvesa, José María-SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid: Dykinson, 17.^a ed., 1994, p. 1191.
- 10 Véase ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la administración pública* (Edición a cargo de: Adela Asúa Batarrita), Bilbao: 1997, p. 207.
- 11 En la doctrina nacional, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 262. Véase en el R. N. 1464-04 del 17 de febrero del 2005.
- 12 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la Administración pública*, p. 205; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis-OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 401.
- 13 Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso-GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el Código Penal del 2000*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2.^a ed., 2004, p. 307.
- 14 Cfr. CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona: Bayer, 1999, p. 298.
- 15 Véase, RODRÍGUEZ DEvesa, José María-SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, p. 1191.

de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408 del CP¹⁶) y, en especial, el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410¹⁷). En esta última infracción se castiga al funcionario público que tramita el contrato sin observancia de los requisitos legales, lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos.

De manera semejante, el C.P. chileno castiga dentro del capítulo de fraudes y exacciones ilegales: “El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo” (art. 239). Como es posible comprobar dicho delito tiene una particular semejanza con el delito de colusión ilegal.

De igual manera, el CP mexicano prevé el delito de ejercicio abusivo de funciones en el que se castiga a: “El servidor público que en el desempeño, de su empleo, cargo o comisión, indebidamente otorgue por sí o por interpósita persona, contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones, efectúe compras o ventas o realice cualquier acto jurídico que produzca beneficios económicos al propio servidor público, a su cónyuge, descendientes o ascendientes, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, eco-

16 Artículo 408. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades. (Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 del 2004) El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

17 Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. (Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 del 2004) El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

nómicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte” (art. 220. I)

Por otro lado, el C.P. brasileño pese a contar con un título referido a los delitos contra las finanzas públicas no registra una disposición semejante a la regulación del delito de colusión. Se castiga el delito de “Contratação de operação de crédito” (art. 359-A¹⁸), el delito “Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar” (art. 359-B¹⁹), el delito de “Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura” (art. 359-C²⁰), pero no el concertarse ilegalmente con terceros en un determinado proceso de contratación. Sin embargo, una ley especial regula los denominados crímenes en las licitaciones de los contratos públicos (*crimes da licitação e dos contratos públicos*), que se encuentran incorporados legalmente a partir de los artículos 89 y siguientes de la Ley de Licitaciones y contratos públicos (Ley N.º 8.666/93) y en la que se prevén una serie de conductas típicas específicas que ofenden la moralidad administrativa y otros bienes jurídicos directamente relacionados a la materia de licitaciones y los contratos estatales²¹.

Igual ocurre en el derecho penal argentino cuyo Código Penal no cuenta con una figura similar al delito de colusión o concertación ilegal. Solo se castiga dentro del rubro de los delitos contra la administración pública el delito de negociación incompatible en el cargo (art. 265²²).

18 Art. 359-A. “Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa: Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos”.

19 Art. 359-B. “Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos”.

20 Art. 359-C. “Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos”.

21 Cfr. FREITAS, ANDRÉ GUILHERME TAVARES, “Crime na Lei de Licitações, Niterói, RJ: Impetus, 3.ª ed., 2013, pássim; GASPARINI, Diogenes, *Crimes na licitação*, São Paulo: Editora NDJ, 4.ª ed., 2011; pássim; GRECO FILHO, Vicente, *Dos crimes da lei de licitações*, São Paulo: Saraiva, 2.ª ed., 2007, pássim; FOCKINK RITT, Caroline – HUBNER, Bruna Henrique, *Os crimes na lei de licitações, principais aspectos legais e jurisprudenciais*, en Barbarói, Santa Cruz do Sul: Edição Especial n.42, p., jul./dez. 2014, pp. 94 y ss”.

22 Artículo 265. - “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e

- 7 En nuestro país un destacado sector de la doctrina nacional considera que la regulación del delito de colusión ilegal es altamente insatisfactoria, al haber incurrido el legislador penal en una pésima técnica legislativa al combinar sin un análisis previo los distintos modelos extranjeros, creando una figura que guarda similitud con el delito de negociación incompatible (art. 397) y que al ser muy similares “deberían excluirse una a la otra²³” (*ut infra*).

III. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE COLUSIÓN EN EL CP DE 1991

- 8 En la legislación nacional uno de los delitos contra la administración pública que más cambios y modificaciones legislativas ha sufrido a lo largo del tiempo es el delito de colusión²⁴. Desde la vigencia del Código Penal de 1991 hasta el año 2017 se registran diversas modificaciones legislativas del delito en cuestión. Una de dichas modificaciones legislativas –v. gr., la generada por la Ley N.º 29703- fue declarada inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional.
- 9 La versión original del delito de colusión en el CP de 1991 prescribía: “El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes,

inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales”.

- 23 Por todos, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 261.
- 24 Ampliamente: CARRIÓN DÍAZ, Juan-CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 19 y ss.; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 17 y ss.; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos contra la Administración pública en el Código Penal*, Lima: Jurista Editores, 2015, pp. 360 y ss.

liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años”.

La redacción original del delito de colusión se caracterizaba por:

- i) Por castigar como autor del delito tanto al funcionario o servidor público que se concertaba con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros;
- ii) siempre que intervengan por razón de su cargo o comisión especial;
- iii) en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante;
- iv) defraudaban al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado;
- v) la pena privativa de libertad fijada para el delito era de tres a quince años.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley N.º 26713 de fecha 26 de diciembre de 1996 modificó el contenido del delito de colusión al prescribir que “El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años”.

10

La modificación legislativa introdujo como aspectos resaltantes:

- i) La derogación como parte integrante de la colusión de la referencia a la: “empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado”. Se estimó que en contra de las empresas del Estado o las sociedades de economía mixta no se podía cometer el delito en mención;

En su lugar el delito de colusión se limitó a realizar una referencia a quien: “Defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley”.

Posteriormente, en una nueva reforma legal al delito de colusión el artículo 1 de la Ley N.º 29703, publicada el 10 junio del 2011 prescribió que “El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos

11

mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”

La reforma legislativa del delito de colusión adoptado aproximadamente quince años después de la anterior modificación legal tuvo como aspectos relevantes:

- i) La derogación del casuismo penal presente en la versión original del CP de 1991 y en la Ley N.º 26713 en la que se aludía de manera general e innecesaria a la posibilidad de cometer el delito: “en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante”. De igual manera se deroga la alusión a: “los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros”.

La nueva ley de manera breve y lacónica comprendió al funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial, “en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos”. Pese a la notable mejora de la técnica legislativa respecto a la legislación anterior la nueva ley no solo hizo referencia a las contrataciones públicas, sino también a los negocios públicos como si se tratara de cuestiones distintas y en los que se debía efectuar una obligada distinción.

- ii) La reforma legislativa tenía como principal novedad la introducción de la referencia legal a la defraudación patrimonial que realizaba el funcionario o servidor público por razón de su cargo o comisión especial.

La nueva ley más que incidir en el verbo típico defraudar que ya se encontraba presente en la regulación histórica del delito remarca la idea de la “defraudación patrimonial”. Con ello se disipaba cualquier controversia sobre la idea central de la infracción que reside en la afectación (real o potencial) del patrimonio del Estado o de alguna de las entidades que la componen.

- iii) El límite máximo de la sanción penal se mantuvo intacto (quince años) y se aumentó el límite mínimo de tres a seis años.

La modificación legislativa que se introdujo Ley N.º 29703 fue hasta ese momento una de las reformas más importantes al delito de colusión, ya que disipaba dudas, aportaba claridad conceptual y marcaba una línea interpretativa respecto al bien jurídico protegido.

A raíz de las críticas que se planteaban tanto a nivel de los medios de comunicación como por los actores políticos de turno –que insistían en la falta de oportunidad de la reforma legal, en el hecho que dejaba abierta la puerta de la impunidad de los hechos de colusión cometidos por algunos funcionarios del gobierno que expiraba- el Congreso de la República derogó dicha ley a través del artículo único de la Ley N.º 29758, publicada el 21 julio del 2011. Se trató, en buena cuenta de una ley penal temporal, que duró no más de 40 días.

Asimismo, el TC peruano ante una demanda presentada por la Fiscalía de la Nación contra la ley en cuanto regulaba el delito de colusión y el de tráfico de influencias declaró fundada parcialmente: “la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del artículo 384º del Código Penal a través de la Ley N.º 29703 y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente”²⁵.

El legislador penal adoptó una reforma legal al delito de colusión a través de artículo único de la Ley N.º 29758, publicada el 21 julio del 2011. En dicha disposición se prescribía: **12**

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

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

Los principales cambios que se introducen al delito de colusión ilegal son:

- i) Se incorpora a nuestra legislación por vez primera un tipo básico y un tipo agravado del delito de colusión ilegal. A la regulación tra-

25 Exp. N.º 00017-2011-PI/TC (Caso Fiscal de la Nación).

dicional de la infracción se añade una figura básica y su correspondiente figura agravada.

- ii) Se alude a la intervención por razón al cargo, del funcionario o servidor público, ya sea de manera directa o indirectamente. La anterior regulación no realiza ninguna referencia a la intervención directa o indirectamente, ya que solo aludía a: “El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial”.
- iii) A diferencia de la legislación anterior se pune al funcionario que interviene en razón a su cargo (directa o indirectamente) en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública, esto es, ya sea en la etapa de negociación, en la etapa de suscripción del contrato o en la etapa de ejecución del contrato.

La ley expresamente alude, de manera correcta, a las diversas modalidades de la contratación pública.

- iv) Por otro lado, la nueva regulación legal, también de modo correcto, aludió a los contratos estatales de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Con mejor técnica legislativa se utilizó una referencia a los diversos y más importantes contratos estatales en los que puede recaer el delito de colusión como son: “los contratos de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación”.

- 13** Por su parte, el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26 noviembre del 2013 introduce una nueva modificación legal en el delito de colusión en los términos:

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

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

quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El motivo de la reforma legal reside en incorporar de manera expresa tanto en el tipo básico de la colusión y en el tipo agravado la pena de multa. Al respecto, el tipo básico del delito impone la pena de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa; mientras que el tipo agravado registra una pena de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

La reforma legal que incide en el tratamiento punitivo del delito de colusión es la fijada por el artículo único de la Ley N.º 30304, publicada el 28 febrero del 2015 y que determina en el artículo 57 *in fine* del C.P. que “La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387”, disposición que estimamos inconstitucional y contraria a la CADH y al PIDCP por las razones que luego (UT INFRA) señalaremos.

14

El artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1243, publicado el 22 octubre del 2016 modificó el artículo 384 del C.P en los siguientes términos de introducir la pena de “inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36” tanto en el tipo básico como en el tipo agravado.

15

La novedad de la reforma legislativa fue el introducir de manera expresa un endurecimiento de las penas de inhabilitación en el caso de condenas por alguno de los delitos contra la administración pública, entre las que se cuenta, el delito de colusión en cualquiera de sus formas: simple o agravada, de acuerdo a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36²⁶.

La exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1243 señala que “el Código Penal establece en su artículo 38 la duración de la inhabilitación principal, la cual requiere una modificación a fin de restringir de manera más efectiva la posibilidad de acceder o de reincorporarse a la función o servicio

26 La inhabilitación produce, según disponga la sentencia:

- “1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
2. Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito”.

público a quienes hubieren sido condenados por delitos contra la Administración Pública tipificados en la sección II, III y IV del capítulo II del Título XVIII de dicha norma”.

CAPÍTULO II

BIEN JURÍDICO

En el delito de colusión tanto la doctrina como la jurisprudencia penal establecen una serie de criterios a la hora de determinar el bien jurídico protegido¹.

Por razones pedagógicas y sistemáticas hemos creído conveniente agrupar las posiciones acerca del bien jurídico en cuatro grandes planteamientos: los criterios moralizadores, los planteamientos vinculados al respeto de los principios que rigen los procesos de contratación pública, los criterios económico-patrimoniales y los criterios de pluralidad del bien jurídico.

I. LOS CRITERIOS MORALIZADORES

1. La infracción de los deberes de lealtad y probidad del funcionario

Un sector de la doctrina entiende que cuando se alude al bien jurídico en el delito de colusión se debe hablar de la violación de los deberes de lealtad y de probidad del funcionario público al desempeñar la concreta función estatal². La jurisprudencia comparada se refiere aquí a un pacto defraudatorio que infringe los deberes de lealtad y probidad de los funcionarios públicos³.

Un sector calificado de la doctrina penal cuando analiza la estructura y naturaleza de algunos delitos especiales considera que cuando se comete un delito de funcionario, además, de contribuir con su conducta a un incorrecto funcionamiento de la Administración pública o de justicia, se quebranta por medio de su comportamiento el deber de fidelidad y lealtad inherente a su cargo que le vincula a la función pública⁴ o se considera que se protege la

1 Cfr. FIGUEROA NAVARRO, Aldo, "Criterios político criminales para la reforma de los delitos contra la función pública". Recuperado de <<http://bit.ly/2fSsAmE>>, p. 1.

2 En la doctrina peruana destaca también a la probidad y la lealtad como uno de los bienes jurídicos protegidos en el delito de colusión. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 25.

3 Véase, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, "Fraudes y exacciones ilegales", en *Delitos contra la Administración pública*, p. 209.

4 Por todos, GÓMEZ MARTÍN, Víctor, "Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código

pureza de la administración en sus relaciones con los ciudadanos⁵ v. gr., en el delito de cohecho. Se sostiene que “el deber extrapenal infringido por la autoridad o funcionario público mediante la comisión del delito consistirá, habitualmente, en un deber personal de *lealtad o fidelidad* derivado de la especial vinculación que une al sujeto con el cuerpo administrativo del que depende. Se trata, por tanto, de un deber jurídico de naturaleza disciplinaria resultante de la relación especial de sujeción en la que se halla la autoridad o funcionario público con respecto a la Administración⁶”.

- 18 La Corte Suprema en algunos fallos ha asumido la posición de que el bien jurídico protegido guarda relación con los deberes de lealtad y probidad. Veamos:

el objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado, así tenemos que con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales a las que alude el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sino también, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público en calidad de representante del Estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la administración pública, y además, **asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional** de éste, evitando así los actos defraudatorios⁷ (las negritas son nuestras).

Penal español”, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad* (director: Ricardo Robles Planas), p. 163, él mismo, “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, núm. 14-01, p. 23; ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices*, Barcelona: Atelier, 2007, pp. 133 y ss; CASTRO MORENO, Abraham, *Fraudes contractuales y exacciones ilegales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 17; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la Administración pública*, p. 209.

- 5 Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Delitos relacionados con el abuso de la función pública en derecho español*, La criminología frente al abuso de poder, Donostia: Edit. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1992, p. 72.
- 6 Por todos, GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código Penal español”, en *La Responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad* (director: Ricardo Robles Planas), p. 165, él mismo, “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, núm. 14-01, p. 24.
- 7 Véase el R. N. N.º 3225-2014 del 09 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1305-2014 del 10 de noviembre del 2015 de

Se ha sostenido que “determinación del quebrantamiento de dicha lealtad funcional dictamina la condena de un acusado por este delito y si esta no es probada, tiene como consecuencia la absolución de los cargos⁸”.

El máximo tribunal de justicia del país ha destacado que respecto al bien jurídico:

Su objeto de tutela es múltiple: preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones que a nombre del Estado efectúan los negociadores oficiales (funcionarios y servidores públicos especialmente vinculados); garantizar la intangibilidad de los roles especiales, inherentes a la función pública, que asumen dichos negociadores en sus relaciones con los interesados en contratar con las diferentes reparticiones públicas; de este modo, se asegura, mediante el efecto comunitativo de naturaleza preventiva de la norma penal, la profesionalidad, objetividad y celo de los funcionarios y servidores públicos especialmente consignados; y **asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional**, conminando con severa penalidad a los funcionarios y servidores públicos que, transgrediendo sus roles especiales de negociación y representatividad pública, quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado; deber de probidad funcional que no se afirma solo en valoraciones de exclusiva naturaleza ética sino que se sustenta en el fundamento constitucional del servicio a la nación al que se deben todos los funcionarios y servidores públicos⁹” (las negritas son nuestras).

la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.° 228-2013 del 18 de julio del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.° 118-2013 del 22 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.° 1829-2012 del 24 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.° 1034-2011 del 28 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.° 154-2011 del 26 de enero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.° 2514-2011 del 05 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.° 3358-2010 del 31 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.° 1167-2010 del 24 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.° 668-2009 del 15 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

- 8 Véase el R. N. N.° 1397-2014 del 08 de julio del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).
- 9 Véase el R. N. N.° 595-2015 del 31 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.° 1173-2014 del 22 de abril del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.° 1507-2014 del 25 de marzo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

De igual forma, ha sostenido en el delito de colusión como bien jurídico que:

“El correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública, específicamente en la lealtad de la actuación del funcionario público, por la confianza que se le ha encomendado en la correcta disposición del patrimonio público en beneficio del Estado y en el ámbito de la contratación pública en un negocio jurídico de contenido económico o, más ampliamente, en los procesos de gestión de recursos públicos¹⁰”.

La Corte Suprema de Justicia, incluso, luego de identificar el delito de colusión como delito de infracción de deber lo vincula a la violación de deberes de lealtad al sostener:

“Los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos tienen como característica intrínseca que se forman a partir de la infracción de un deber especial. La infracción del mismo lo convierte en autor por la posición que domina en relación con el deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública¹¹”.

La Corte Suprema ha señalado que “la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad”¹². También destacó que “se localiza

10 Véase el R. N. N.º 03-2008-“A”-10 del 06 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

11 Véase el R. N. N.º 265-2013 del 25 de junio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 2683-2014 del 21 de enero del 2015 de la Sala Penal Transitoria (Voto singular de Barrios Alvarado).

12 Véanse el R. N. N.º 1497-2015 del 06 de julio del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2677-2012 del 15 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 344-2010 del 16 de marzo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2587-2011 del 23 de enero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 799-2011 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 193-2013 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 4270-2009 del 21 de septiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana). También ha señalado el R. N. N.º 1463-2012 del 13 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo) que de haberse producido la colusión: “hubiera implicado una abierta transgresión a los deberes de lealtad, veracidad, honradez y buena fe que debe observar todo funcionario o servidor

una concertación defraudatoria que lesionó el deber de lealtad para con los intereses del Estado por el quebrantamiento del rol especial que asumieron¹³.

Asimismo, resaltó –combinando criterios funcionales y de carácter ético– que “existe consenso en que el bien jurídico protegido es la administración estatal en su dimensión funcional, es decir, el correcto desarrollo de la función pública llevada a cabo por los funcionarios que se encuentren sujetos a ella, principalmente, por los deberes de probidad y lealtad, con sujeción a principios rígidos de moralidad, imparcialidad y decoro”¹⁴ y que “basta con que se traicione la confianza del Estado quebrantando los principios que rigen la contratación estatal”¹⁵.

Nadie discute que el funcionario público al ejercer la función estatal ha de cumplir deberes y que está obligado a cumplir con determinadas obligaciones funcionales; sin embargo, una cosa son los deberes inherentes al cargo y otra muy distinta es que dichos deberes se erijan como el bien jurídico protegido. Se pasa por alto la diferencia estructural que hay entre una norma jurídica (aun cuando sea penal) y el bien jurídico.

19

público -principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública-”. Toman en cuenta también los deberes de lealtad y probidad: el R. N. N.º 2029- 2005 del 24 de mayo del 2006 emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria; R. N. N.º 4406-2007 del 01 de octubre del 2008 de la Sala Penal Permanente: “el bien jurídico tutelado lo constituye el normal desarrollo de la administración pública, el mismo que se ve afectado cuando los funcionarios o servidores públicos infringen los deberes de lealtad, probidad e imparcialidad que deben guardar en la gestión pública, poniendo en peligro los intereses patrimoniales de la administración, al impedir la libre competencia que pueda servir para la obtención del justo precio de los bienes objetos del contrato, suministro, licitación, concurso, subasta o cualquier otra operación semejante, para el cual se requiere que el sujeto activo concierte con los interesados con la finalidad de defraudar al Estado”.

- 13 Véase el R. N. N.º 1318-2012 del 29 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo): “Dicha circunstancia denota un atentado contra la confianza depositada en ellos por la Administración pública y la inobservancia del deber de fidelidad y lealtad hacia la entidad estatal, con transgresión del patrimonio”.
- 14 Véase el R. N. N.º 610-2015 del 28 de octubre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- 15 Véase el R. N. N.º 1647-2013 del 22 de enero del 2015 de la Sala Penal permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

El deber normativo vincula la actividad del funcionario y le imprime un determinado sentido, pero no agota el contenido ni la cobertura del bien jurídico tutelado.

La referencia a los deberes de lealtad, por un lado, es muy amplia, y por el otro es muy estrecha en relación al bien jurídico protegido. *Amplia* debido a que cualquier infracción a un deber de lealtad supone la comisión de un delito, hecho que contraviene el principio de intervención mínima y lleva al extremo de sostener que toda infracción (administrativa) que refleje una deslealtad del funcionario en el ejercicio de la función equivale a la comisión del delito de colusión. *Estrecha* en atención a que no siempre con la vulneración de un deber de lealtad se busca proteger el patrimonio estatal o cualquier otro bien jurídico legítimo, sino que se pretende sujetar la actividad del funcionario a una serie de principios y normas éticas.

La referencia al bien jurídico precisando que se trata de los “deberes de lealtad y probidad” no guarda relación alguna con la estructura típica y el verbo rector del delito de colusión que hace recaer el núcleo de la prohibición penal en el acto de “concertarse” y en el interesarse, por razón al cargo, directamente o indirectamente en cualquier etapa del proceso de contratación estatal. No se alude ni explícita o implícitamente a un determinado deber y menos a un deber de lealtad o probidad.

Se critica también esta postura debido a que atenta contra las bases constitucionales de un Estado de Derecho, toda vez que lo que la Constitución y las leyes exigen a los ciudadanos (funcionarios o no) es que cumplan los mandatos normativos no que sean leales a una institución o a una determinada entidad pública¹⁶. El funcionario público puede discrepar y disentir con diversas instituciones, pero no por ello se va a sancionar ni perseguir penalmente dicha disidencia o deslealtad¹⁷. Al derecho penal de un Estado democrático le interesa prohibir determinadas acciones o conductas lesivas contra los bienes jurídicos; no le interesa fomentar lealtades ni especiales relaciones de sujeción entre una entidad estatal y su cuerpo de funcionarios.

16 Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “El funcionario público ante el Derecho Penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, N.º 20; enero del 2010, p. 28.

17 Cfr. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, “Imputación objetiva y participación de los extraneos en los delitos de infracción de deber”, Lima: en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 70/abril del 2015, p. 45.

La lealtad a un órgano estatal supone proteger una finalidad netamente ideológica o política dentro del esquema de tutela del bien jurídico. Sin embargo, en la doctrina es mayoritario el parecer que considera que una finalidad o aspiración ideológica (política) no protege materialmente un bien jurídico por lo que una prohibición penal en este sentido no puede encontrar respaldo¹⁸. En una administración pública democrática no interesa la lealtad o la gratitud del funcionario con la entidad pública, sino la efectiva prestación de un servicio público y el buen funcionamiento de la entidad en el concreto sector del tráfico en el que interviene. Los criterios a tomarse en cuenta como objeto de tutela no pueden ser subjetivos, personales o de vínculos afectivos, sino criterios objetivos que sean compatibles con los valores de pluralismo y de eficacia dentro de un Estado Constitucional.

La consideración de la lealtad o de cualquier criterio ético como bien jurídico en el delito de colusión –y en cualquier delito contra la administración pública– supone incurrir en una visión puramente estatalista del bien jurídico, desvinculándolo de la necesidad de satisfacer las necesidades humanas y la prestación eficiente de servicios en una administración pública democrática¹⁹. Asimismo, implica asumir una posición peligrosamente autoritaria al exigir a los funcionarios y servidores públicos una lealtad con el Estado y sus entidades, sin distinguir que en un Estado Democrático se permite y tolera posturas críticas de los propios funcionarios respecto a la gestión pública, el manejo de recursos, la conducción de una entidad o la forma cómo se desarrolla y conduce un proceso de contratación. Un funcionario puede censurar y reprobar el ejercicio de las funciones que desarrolla una entidad estatal o la misma organización estatal cuando contravienen la Constitución y las leyes, sin que por ello cometa delito alguno.

18 Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, 2/11, p. 56; HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Doxa*, N.º 8, 1990, p. 179: “Una conminación penal que sólo tenga como objeto una ideología social, es, por tanto, ilegítima”.

19 Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, N.º 17, 2006, p. 93; MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl, “El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 79, enero del 2016, p. 102.

En puridad, solo a los regímenes autoritarios les interesa que los funcionarios sean leales a fin de establecer una disciplina estricta y rigurosa que les posibilite alcanzar sus objetivos.

La lealtad es una virtud ética y/o moral que no le interesa promover ni fomentar a un derecho penal basado en la idea liberal de bien jurídico y que obliga a distinguir de manera tajante entre lo disvalioso para el ordenamiento jurídico (dañosidad social) y lo disvalioso para el orden moral²⁰. En este sentido, es posible que se pueda ser desleal sin que al mismo tiempo se pueda lesionar un bien jurídico penalmente protegido.

2. La integridad y rectitud del funcionario

- 20 En ocasiones se ha señalado que el interés de la administración pública es de naturaleza “*más moral que patrimonial* debido a que el legislador le interesa preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver en aras de la transparencia y rectitud en las administraciones públicas, respecto a los administrados en relación con las personas y cosas administradas como exigencias del Estado de Derecho²¹”.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “que el bien jurídico protegido específico o particular es la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, expresados en la *idoneidad y celo profesional* en el cumplimiento de las obligaciones funcionales de parte de los funcionarios o servidores públicos²²” (el resaltado es nuestro)

- 21 Los criterios morales o éticos de los funcionarios públicos si bien son indiscutiblemente pautas de comportamiento objetivo que deben alentar y ser promovidos al interior de la Administración pública no deben ser objeto de las normas penales, ni ha de entenderse como comprendida dentro de los alcances del bien jurídico, toda vez que el concepto y noción de bien jurídico

20 Cfr. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, “Imputación objetiva y participación de los extraneos en los delitos de infracción de deber”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 70, p. 46.

21 Cfr. CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, p. 306.

22 Véase el R. N. N.º 191-2011 del 22 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

necesariamente se aleja y toma distancia de las consideraciones éticas²³, sobre todo en un Estado de derecho en donde se garantiza la naturaleza heterónoma del orden jurídico. De otro modo, bastaría para comprobar la comisión del delito la sola vulneración de una norma o un conjunto de normas éticas, cuestión que no se compadece ni es compatible con la formulación típica del delito.

Si la comisión de un delito contra la administración pública no depende de la violación de una norma administrativa mucho menos se requiere la verificación de la infracción de una norma ética que rige la actividad funcional.

En el derecho penal de un Estado Constitucional no se protege una determinada forma de ser, ni se alienta que se adopte una determinada personalidad que se relaciona –en el caso de los delitos contra la administración pública– con un determinado perfil ideal de empleado público. En el caso de los delitos de funcionarios no se busca que las personas que desempeñan una función pública adopten pautas morales como la honradez, la honestidad, pues como con razón se anota “ni siquiera al derecho civil o al derecho administrativo les corresponde tampoco la tutela de modos de comportamiento, de vida o simplemente de carácter, cuando no afecten intereses de otros”²⁴. El derecho penal no busca crear, y menos fomenta, determinadas formas de vida, ciertos modos de ser o que la persona desarrolle cualidades, virtudes y cultive determinados valores. En un Estado Constitucional –a diferencia de lo que ocurre en un Estado totalitario– no es posible imponer a través de la pena una determinada forma de ser²⁵ o una conducción de vida. La integridad,

23 Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, 2/12, p. 56; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte general*, p. 9; RAMACCI, Fabrizio, *Corso di Diritto Penale*, p. 24 para quien la fragmentariedad supone la elección de los comportamientos penalmente relevantes dentro de un diverso mapa de valores: “No todo acto socialmente dañoso constituye un delito, ni todo comportamiento éticamente reproable termina siendo un ilícito penal”. También, AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en el derecho penal*, p. 223; MORILLAS CUEVA, LORENZO, *Curso de derecho penal español*, p. 38, SANTANA VEGA, Dulce María, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, p. 137.

24 Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 17, p. 137.

25 Por todos, SCHÜNEMANN, BERND, *¡El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos. Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho* (Trad. de Ángela de la Torre Benítez), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 9 y 12.

la moralidad y honradez del funcionario es algo deseable y representa un objetivo ético al que se debe aspirar, pero tal objetivo no es una razón constitucionalmente legítima para criminalizar una conducta, pues para que ello ocurra debe acreditarse que una acción es portadora de una clara nocividad y perturbación social, que se afecte un bien jurídico penalmente relevante y que la conducta sea merecedora y necesite una pena²⁶.

El derecho penal no puede ni debe proteger normas morales, religiosas o ideológicas, pues la tutela de dichos órdenes normativos no pertenece a los cometidos y fines de un Estado Constitucional y de un derecho penal democrático; peor aún cuando no se demuestra la dañosidad social de las conductas²⁷. En un Estado de derecho guiado por el pluralismo, por el carácter laico y el respeto a las minorías, no es posible que se proteja normas morales, principios religiosos o criterios ideológicos y se pretenda imponer a los ciudadanos un orden de valores secundario del que no depende las condiciones de la convivencia humana pacífica.

El Estado no debe emplear al ordenamiento jurídico, y en particular al derecho penal, como un mecanismo idóneo para planificar e imponer una determinada moral o una determinada manera de ser al ciudadano, pues de ser así supondría la aparición de una dictadura moral y una pérdida de legitimidad democrática del derecho penal²⁸. La organización estatal no debe inmiscuirse coactivamente en la vida moral de los ciudadanos (condenados o no) ni tampoco promover su moralidad, sino sólo tutelar la seguridad y libertad impidiendo que se dañen unos a otros²⁹.

26 Cfr. KINDHÄUSER, Urs, "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán", en *Política Criminal*, N.º 3, 2007, A1, p. 15 quien en el caso de la corrupción señala: "La corrupción es indecente e inmoral, pero como tal no es todavía merecedora de pena. Por lo tanto, los paralelos de la corrupción impune con la corrupción punible requieren un análisis preciso del merecimiento de protección de los intereses afectados y no deben ser invocados precipitadamente como argumentos para una ampliación de la punibilidad".

27 Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, 2/25, p. 63.

28 Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español*, Madrid: Tecnos, 1998, 6.ª ed., t. I, p. 16: "El Derecho penal no puede exigir, sin embargo, la moralidad en el aspecto subjetivo, es decir el cumplimiento de sus normas por la conciencia de su contenido valioso, sino que tiene que conformarse con el acatamiento de las mismas, aunque se realice por móviles egoístas. La moralidad subjetiva tiene que confiarla a la libertad del ciudadano".

29 Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid: Trotta, 1995, p. 223, quien luego acota:

Las meras inmoralidades que no son portadoras de alguna forma de dañosidad social no lesionan un bien jurídico por lo que no pueden ser sancionados penalmente³⁰ v. gr., la punición de las relaciones homosexuales entre adultos carece de fundamento debido a que no lesiona algún interés constitucionalmente protegido y, por el contrario, supone criminalizar un aspecto que pertenece a la vida privada e íntima de una persona. Una prohibición penal semejante crea conflictos sociales innecesarios al estigmatizar a personas socialmente integradas³¹. La opción sexual de una persona, las relaciones sexuales que pueda mantener en privado –en su clase, número y forma– no es de interés para el ordenamiento jurídico y menos es legítimo que se prohíba con una pena. Lo que pasa en la vida íntima y, en particular, en una alcoba no puede ser de interés para la ley penal, peor si se trata de relaciones sexuales consentidas entre personas libres y mayores de edad.

Igual ocurre en los delitos contra la Administración pública, en especial, en el delito de colusión, en donde la norma penal y el bien jurídico penal no buscan regular una determinada forma de ser del funcionario o que sea portador de ciertas y particulares cualidades de carácter ético o moral. La vida privada del funcionario no le interesa al derecho penal como no le interesa la conducción de vida y el desarrollo (más o menos eficaz) que realiza del ejercicio de la función pública. Su rendimiento, capacidad personal y mérito no son relevantes a la hora de establecer la conducta prohibida en el concreto delito de funcionarios o de fijar el juicio de culpabilidad, dado que la ley penal repara en conductas objetivas y hechos externos que son portadores de una clara e inequívoca nocividad social: concertarse en el delito de colusión, la

“El Estado, que no tiene derecho a forzar a los ciudadanos a no ser malvados, sino sólo a impedir que se dañen entre sí, tampoco tiene derecho a alterar – reeducar, redimir, recuperar, resocializar u otras ideas semejantes – la personalidad de los reos. Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el *derecho de ser* interiormente malvado y de seguir siendo lo que es. Las penas, consiguientemente, no deben perseguir fines pedagógicos o correccionales, sino que deben consistir en sanciones taxativamente predeterminadas y no agravables con tratamientos diferenciados y personalizados de tipo ético o terapéutico”.

30 Cfr. HASSEMER, Winfried, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en Nuevo Foro penal, N.º 51, enero de 1991, p. 26; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, 3, p. 52; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, en *Revista Penal*, N.º 18, 2006, p. 6.

31 Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, 2/12, p. 56.

apropiación o el uso de caudales en el peculado, el solicitar o recibir dádivas en el cohecho o el invocar influencias en el delito de tráfico de influencias.

Debe recordarse que el derecho penal no es un instrumento educador³², no moldea las costumbres de las personas ni busca purificar a los ciudadanos de tal manera que no pueden utilizarse las normas penales para lograr objetivos pedagógicos, la interiorización de valores o alcanzar determinados aprendizajes por más loables que sean. El derecho penal no puede ni debe ser utilizado para mejorar el sistema de valores y el respeto a las normas jurídicas por parte del cuerpo de funcionarios que forman parte de la administración pública.

En todo caso, se recuerda que el reforzamiento de los valores profesionales y de los códigos de conducta no se pueden alcanzar a través del derecho penal. La integridad y el desarrollo de la ética de la función pública requiere la inserción de determinados valores y códigos en el sistema de acceso a la función pública, en las políticas de recursos humanos, en el sistema de evaluación del rendimiento, en el modelo de carrera y en los programas de formación continua, así como de la simultánea y permanente actuación, entre otros, sobre el sistema normativo y de controles institucionales existentes dentro y fuera de la Administración³³, pero no implica el empleo del derecho penal y el recurso más aflictivo: la pena.

II. LOS PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

- 22** Las disposiciones sectoriales, en especial, la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225 del 11 de julio del 2014) regulan una serie de principios que rigen el sistema de contratación estatal³⁴.

32 Cfr. HASSEMER, Winfried, "Rasgos y crisis del derecho penal moderno", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 45, 1992, p. 240; MAURACH, REINHART-ZIPF, HEINZ, *Derecho penal. Parte general*, 2/16, p. 36 quien destaca que la tarea principal del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos reconocidos más que la educación moral de los ciudadanos.

33 Cfr. CUBILLO RODRÍGUEZ, Carlos, "Hacia una teoría general sobre la corrupción en la vida pública", en *Revista Española de Control Externo*, vol. 4, N.º 11, 2002, pp. 56 y ss.; DIEGO BAUTISTA OSCAR, *Los códigos éticos en el marco de las administraciones públicas contemporáneas. Valores para un buen gobierno*, pp. 124 y ss

34 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. Estos principios sirven de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la presente ley y su reglamento, 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 el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y 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 el mismo 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 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 los procesos de 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”.

La doctrina considera como principios esenciales de la contratación pública el *principio de necesidad e idoneidad del contrato* que impide a los entes públicos celebrar aquellos contratos que no sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales y, además, exige que el contenido y objeto del contrato sea el idóneo para satisfacer las necesidades públicas que pretenden cubrirse³⁵ (art. 8,a, art. 15 de la LCE; art. 5, art. 144 del RLCE). De igual manera se reconocen los principios de *libertad de pactos, de igualdad, transparencia y publicidad* de los procesos de selección³⁶.

Muchos de los principios que orientan el proceso de contratación estatal³⁷ son tomados por la doctrina y jurisprudencia penal a fin de configurar y llenar de contenido al bien jurídico protegido en el delito de colusión de funcionarios como también el objeto de protección de otros delitos (v. gr., el delito de negociación incompatible) que tienen que ver con el sistema de contratación estatal.

- 23 En dicha línea, el TC peruano ha destacado que “los bienes constitucionales que informan la persecución penal de los actos de colusión ilegal encuentran su fundamento constitucional en el artículo 39 de la Constitución que reconoce que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general, pues están al servicio de la Nación, del que la jurisprudencia de este Tribunal ha derivado el principio de “buena administración”, a su vez del deber de combatir todo acto de corrupción que se deriva del principio de Estado democrático, y de modo más específico los principios constitucionales que rigen la contratación pública (imparcialidad y trato igualitario a los postores). En este sentido, siendo la colusión un delito contra la administración pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, **lo que justifica la intervención penal es el reprimir actos que atenten contra los principios constitucionales que informan la contratación pública**³⁸” (las negritas son nuestras).

35 En el caso del derecho español SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, Madrid: Tecnos, 11.ª ed., 2015, p. 603.

36 En el caso del derecho español SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, p. 604.

37 Véase DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, “El régimen de los contratos estatales en el Perú”, en *Revista de estudiantes, Ita Ius Esto*, 2012, p. 162; MARTÍN TIRADO, Richard, “El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú”, en *Arbitraje*, PUCP, 2014, p. 56.

38 Exp. N.º 00017-2011-PI/TC, Caso: fiscal de la Nación: “no debe perderse de vista

En dicha línea, el TC ha señalado que “la redacción de la disposición (la regulación del delito de colusión efectuada por la Ley N.º 29703) a través de la introducción del término “patrimonialmente” puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que lo que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública”. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual para “Para la aplicación de la Presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”³⁹.

Por otro lado, el Organismo de Supervisión de las Contrataciones (OSCE) estatales sostiene que “el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal –Libre Concurrencia y Competencia, Publicidad, Transparencia, Trato Justo e Igualitario, entre otros–, así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política del Perú”⁴⁰.

1. Los principios de legalidad, eficiencia y economía

Algunos autores remarcan que en el delito de colusión hay un interés público protegido que aparece como la corrección de la actuación de los funcionarios públicos conforme a los principios de legalidad, eficiencia,

24

el hecho de que el legislador al momento de decidir si recurre a la sanción penal para combatir actos de corrupción tiene ante sí no solo principios constitucionales a ser protegidos como el correcto funcionamiento de la administración pública, sino que dicha necesidad de represión de actos de corrupción viene reforzada desde la Constitución”.

39 Exp. N.º 00017-2011-PI/TC, Caso: fiscal de la Nación: “En este contexto, la pretensión postulada por la parte demandante en el sentido de cuestionar la modificatoria del artículo 384 del Código Penal resulta atendible, y en tal sentido debe quedar nula y sin efecto la referida disposición en cuanto menciona el término “patrimonialmente”, a fin de -sin alterar en lo sustancial el contenido de lo dispuesto por el legislador- orientar la interpretación de la disposición evitando vaciar de contenido los fines constitucionales que son de protección al sancionar actos contra los deberes funcionales en el ámbito de la contratación pública”.

40 Véase la Opinión N.º 131-2015/DTN del 14 de agosto del 2015.

economía e imparcialidad dentro de las relaciones de contenido económico entre la Administración y los administrados⁴¹.

Se establece que en el delito de colusión penal abarca también dentro de su esquema protector, la legalidad del ejercicio de la labor del funcionario público, buscándose asegurar incluso los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, sancionándose penalmente la transgresión de los roles especiales de negociación y representatividad pública de los funcionarios y servidores públicos que participan en las adquisiciones estatales⁴².

25 No creemos que el bien jurídico protegido sea aquí los principios de economía, eficiencia e imparcialidad en la gestión de los intereses públicos toda vez que bajo esa lógica también las negociaciones o los contratos negligentes o que no cubren de la manera más adecuada el patrimonio del Estado vendrían a representar la comisión de un delito. Dichos principios lo que pretenden es la optimización, mejora y máxima eficacia de los procesos de contratación, empero, ello no quiere decir que si no se logran los objetivos deban criminalizarse los comportamientos.

Los principios de *legalidad, eficiencia y economía* tienen un plausible contenido constitucional – administrativo, pero no pueden ser promovidos por el Derecho penal, sin que ello deje de importar la violación al principio de intervención mínima. El TC peruano ha señalado que hoy en día la búsqueda de una mayor eficacia en la administración pública puede determinar que, debido a particulares y específicas necesidades de cada entidad, en términos de costo y tiempo –necesidades que van surgiendo como consecuencia de la modernización del Estado–, se opte por mecanismos alternos, pues como ya se ha señalado, lo que finalmente se busca con los procedimientos especiales de adquisición pública es lograr una mayor ventaja para el Estado, optimizando el uso de recursos públicos⁴³.

41 Cfr. BENAVIDES SCHILLER, Andrés, *El delito de fraude del funcionario público*, Barcelona: Bosch, 2016, pp. 99 y 166, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la administración pública*, p. 206; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis-OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 401.

42 Véase el R. N. N.º 4634-2009 del 15 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez), el R. N. N.º 4208-2009 del 17 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).

43 Exp. N.º 020-2003-AI, Caso: Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima:

Se trata de una perspectiva administrativa, no penal, según la cual cualquier ineficiencia en el proceso de contratación debería ser delito.

2. La imparcialidad en la administración de los recursos públicos

Algunos autores consideran que el bien jurídico protegido en el delito de colusión viene dado por la protección de la imparcialidad en la gestión, administración y gasto de los recursos públicos en los procesos de contratación estatal. El funcionario en el desempeño de su actividad debe tutelar y fomentar los mecanismos de objetividad e imparcialidad en el manejo de la cosa pública. La característica de la imparcialidad no solo sería un requisito de la administración de justicia (Poder Judicial y Ministerio Público), sino de todo funcionario que maneja y arbitra los intereses públicos, en este caso intereses de naturaleza económica.

El artículo 4.d de la Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N.º 1017) regulaba el principio de imparcialidad al considerar que “Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas”. Dicho principio de imparcialidad no figura entre los principios rectores de la contratación estatal que son recogidos en la nueva ley del sector (artículo 2 de la Ley N.º 30225 del 11 de julio del 2014).

La Corte Suprema ha destacado que “el objeto de tutela jurídico-penal, en este supuesto del injusto funcional, son los principios de objetividad e imparcialidad en el marco de la contratación pública-administrativa, conforme con los dictados constitucionales que debe seguir la actuación de la Administración Pública en el marco de un Estado social y democrático de derecho”⁴⁴.

“asumiendo como perspectiva de análisis el *carácter dinámico* de la Constitución, cuya finalidad es sistematizar e integrar la realidad a la norma constitucional, consideramos la Constitución sí permite mecanismos alternos, siempre y cuando estén previstos por ley, respeten los principios que subyacen en el artículo 76° de la Constitución, y representen la consecución de mayores ventajas para el Estado y la sociedad en general. En ningún caso el mecanismo alternativo y de excepción estará exento de fiscalización previa o posterior, ni tampoco de la determinación de eventuales responsabilidades a que hubiera lugar.”.

44 Véase el R. N. N.º 1267-2014 del 10 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

27 Pese a lo loable de esta construcción creemos que el funcionario público que interviene en los procesos de contratación estatal no debe ser imparcial⁴⁵, en la medida que normativamente está obligado a cautelar, defender y dirigir la prevalencia de un interés concreto: el interés público y la defensa del patrimonio estatal. El funcionario que interviene en un proceso de contratación debe proteger los intereses estatales. Su posición en dicho proceso de contratación no es como un juez, árbitro o persona ajena a los intereses en conflicto. Por el contrario, dicho funcionario debe actuar en tutela de un interés público que deriva de su posición de garante en cuanto la preservación y vigilancia del patrimonio público⁴⁶. Un funcionario que participa en un proceso de contratación, dentro del marco de sus competencias, es representante y portavoz de un interés: el interés estatal. No actúa para cautelar o vigilar determinados intereses privados o de terceros y la eventual protección de los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato y competencia (art. 2 de la Ley N.º 30225) es para garantizar la optimización de los bienes, servicios y obras que requiere implementar.

El funcionario no es neutral, aséptico o ajeno, sino más bien es una parte interesada, que busca un objetivo, en buena cuenta, no es imparcial y la finalidad de su intervención es que el Estado obtenga la mayor ventaja o utilidad en el proceso de contratación en el que participa. De allí que el planteamiento glosado no tenga asidero legal y político criminal dado que toda gestión o administración de intereses supone tomar partido por el interés que se promueve: el del Estado y, en concreto, el de la entidad.

3. La transparencia en las operaciones y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores

28 El TC peruano ha destacado que “la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal (artículo 384º del Código Penal) tiene por objeto proteger las condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores⁴⁷”.

45 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, pp. 411 y 416.

46 Cfr. MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl, “El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 79, enero del 2016, p. 104.

47 Exp. N.º 00017-2011-PI/TC (Caso fiscal de la Nación).

El TC ha señalado que la contratación estatal tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones⁴⁸. De este modo, el TC ha entendido como principios implícitos de la contratación pública -que se derivan de la citada disposición constitucional- la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores.

La clave la bóveda para la adecuada interpretación de las reglas de la contratación estatal es el artículo 76 de la Constitución que prescribe:

Artículo 76.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

Se ha entendido que “la función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el *mayor grado de eficiencia* en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos⁴⁹”.

En términos generales, el principio de transparencia estará garantizado cuando hay publicidad en la convocatoria, en el adecuado control de calidad en los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas, y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general. Por su par-

48 Exp. N.º 020-2003-AI (Caso Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima), Exp. N.º 00017-2011-PI/TC (Caso fiscal de la Nación).

49 Exp. N.º 020-2003-AI (Caso Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima); Exp. N.º 00017-2011-PI/TC (Caso fiscal de la Nación).

te, habrá trato igualitario cuando bajo ninguna circunstancia se advierta una preferencia o tendencia destinada a beneficiar a algún postor determinado. Finalmente, la eficiencia en el manejo de recursos no sólo será exigible en la adjudicación a la mejor oferta técnica y económica, sino también en el diseño del propio programa anual de adquisiciones que cada Entidad efectúe respecto a sus necesidades⁵⁰.

El TC ha señalado que la finalidad de eficiencia y transparencia en las adquisiciones puede conseguirse de mejor modo mediante procesos de selección como los establecidos por el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues la serie de etapas que presenta (convocatoria, apertura de propuestas técnicas y económicas, y adjudicación de la buena pro, las cuales son supervisadas por un comité especial encargado de llevar a cabo el proceso y sobre el cual descansa la responsabilidad del mismo), garantizan, en cierto modo, la imparcialidad frente a los postores y la mejor decisión en favor del uso de recursos públicos⁵¹.

La eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales, y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis. Por ello, aun cuando la Constitución únicamente hace referencia a los procesos de selección denominados licitaciones y concursos públicos, es lógico inferir que esta finalidad también sea la misma en el caso de las adquisiciones directas, de las adquisiciones de menor cuantía –también reconocidas en el TUO–, y de las excepciones que establezca la ley. Es evidente entonces que en la disposición sub análisis existe una *reserva de ley* para determinar los procedimientos, las excepciones y responsabilidades en las obras, adquisición de bienes y contratación de servicios. Ese el caso de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que constituye una norma de desarrollo constitucional, y en la que se establecen los casos en los cuales el Estado está exceptuado de efectuar adquisiciones bajo los procesos de selección en ella señalados, así como las responsabilidades solidarias para el caso de los miembros del comité especial encargado de llevar a cabo el proceso de selección⁵².

50 Exp. N.º 020-2003-AI (Caso Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima).

51 Exp. N.º 020-2003-AI (Caso Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima).

52 Exp. N.º 020-2003-AI (Caso Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima).

El TC ha destacado que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario⁵³.

La Corte Suprema ha destacado que los actos de contratación deben ser transparentes y conforme a la Ley de Contrataciones del Estado, de tal modo que se debe contratar con el proveedor que ofrezca el bien de mejor calidad y en las mejores condiciones para la entidad. La elección del proveedor no debe sere unilateral ni arbitraria⁵⁴. No se debe eludir el principio de libre competencia y el trato justo e igualitario⁵⁵ y que no se debe omitir la participación de postores que muy bien podían ofrecer un precio mayor en beneficio de la Municipalidad⁵⁶.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que cuando se suscribe un contrato estatal y se prefiere a un proveedor sobre otro: “se afecta la igualdad que tienen los participantes de obtener la buena pro, quienes presentan sus ofertas ante un marco establecido por la empresa solicitante, a efectos de obtener la buena pro”⁵⁷. De igual forma se sostiene que “el concierto previo procuró, y a final de cuentas, logró excluir a otros postores, para garantizar un proveedor determinado y desde luego, un precio que lo favorezca, al margen del interés colectivo” y que “hubo, pues, una disminución de valores económicos transmisibles no compensados por la celebración de dos contratos, al margen de la legalidad administrativa, que importaron pagos del gobierno local sin una

29

53 Exp. N.º 020-2003-AI (Caso Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima).

54 Véase el R. N. N.º 933-2014 del 04 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

55 Véase el R. N. N.º 2374-2013 del 22 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

56 Véase el R. N. N.º 1087-2013 del 17 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

57 Véase el R. N. N.º 2453-2011 del 27 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez): “pues fue en base al primer parámetro de contratación -presentado por la Municipalidad Distrital de Marcas- que las empresas concursantes realizaron sus ofertas, en ese sentido, fue en base a dicho parámetro como debió firmarse el contrato y no conforme lo hicieron en el segundo contrato; en todo caso, al haberse percatado que se había soslayado un ítem, necesario para continuar con el proceso de contratación, debió paralizarse su desarrollo y realizarse una nueva convocatoria, consignándose los ítems que hubiesen sido necesarios y requeridos por la Municipalidad, para la realización de la obra”.

lógica de utilidad social al bloquearse fraudulentamente la concurrencia de postores”⁵⁸.

De igual forma, ha insistido que “al haberse evidenciado la concertación de los servidores del área de logística, de servicios generales y del departamento de administración, para favorecer a los citados postores, evitando dolosamente la participación legítima de terceros en agravio de FONCODES, dicha situación ha restado confiabilidad y transparencia al proceso de adjudicación directa”⁵⁹.

30 Sin embargo, se destaca que no toda afectación al principio de libre competencia supone que es a causa de un acto de concertación ilegal. La afectación a la libre competencia al favorecerse a un postor puede tener un origen de un descuido del órgano de contratación, de un error en el proceso de contratación (v. gr., asignación equivocada de puntaje) o de un acto intencional, pero que sin que ello implique la preexistencia de un acto concusionario⁶⁰.

Por otro lado, el trato justo e igualitario de proveedores se afecta cuando sin necesidad de concertación el requerimiento previo o las bases del proceso de contratación de manera arbitraria se dirigen a la compra de un determinado bien o producto en desmedro de otros o cuando en la adquisición de un bien se acepta la oferta de un proveedor que ofrece una mayor experiencia y una mejor garantía del producto, pese que las condiciones de oferta son semejantes.

El principio de transparencia en el sentido de publicidad e información a terceros de los actos públicos no descarta que se pueda cometer el delito de colusión ilegal. Es posible que la máxima publicidad de los procesos de contratación no logre erradicar la concertación de los funcionarios con los proveedores y que se aproveche dicho contexto para maquillar de la mejor forma la comisión del delito. Por otro lado, es posible que la compra secreta

58 Véase el R. N. N.° 3647-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

59 Véase el R. N. N.° 3740-2010 del 01 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

60 Véase el R. N. N.° 3624-2012 del 25 de febrero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado): “si bien se aprecia que hubo un trato distinto a favor de este último al convalidar una constancia que este último presentó, y que no era el que expresamente las bases de la convocatoria exigían, ello no es suficiente para concluir en grado de certeza la existencia de un concierto colusorio entre dichos integrantes del Comité y el acusado”.

de bienes (v. gr., adquisición de material militar) no suponga la comisión de actos de concertación ilícita o el favorecimiento de terceros a costa del Estado.

Los principios de igualdad de trato en los proveedores y el de transparencia en la compra de bienes y/o adjudicación de obras sin duda son principios que poseen una indiscutible relevancia en materia administrativa y en particular en el sistema de contratación estatal, pero difícilmente agotan el sentido del objeto de la prohibición penal y cubren con amplitud el sentido del bien jurídico penal.

Por otro lado, se aceptarse como bien jurídico la igualdad de trato en el proceso de contratación solo se podría predicar y sostener en la primera y segunda etapa de dicho proceso que comprende la etapa preparatoria y la celebración del contrato, es decir, hasta que se elige al postor o al contratista ganador, pero no puede trasladarse el planteamiento a la etapa de ejecución del contrato estatal en la que ya existe un postor ganador y no hay igualdad de trato que preservar.

III. LA INFRACCIÓN DE DEBERES INSTITUCIONALES

Un sector importante de la doctrina penal peruana considera que el delito de colusión, como en todos los delitos cometidos por los funcionarios públicos, encuentra su fundamento y objeto de protección en la violación de los deberes especiales de los que es titular el funcionario público como consecuencia de pertenecer a la estructura del Estado y detentar determinadas obligaciones funcionales. Si bien no se niega que el tipo penal (también) está orientado a proteger el patrimonio del Estado el núcleo de la prohibición penal reside en el irregular desempeño funcional del servidor público y no tanto en la generación de un perjuicio al Estado o en una afectación al sistema económico⁶¹.

Según Jakobs una institución es entendida en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída a la disposición del hombre individual

31

32

61 Ampliamente, GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1092; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, p. 327. Destaca como bien jurídico la expectativa normativa institucionalizada; MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl, "El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión", en *Gaceta Penal*, Lima, N.º 79, enero del 2016, pp. 97 y 107.

y que más bien la constituye⁶². En la determinación de una competencia institucional resulta indispensable precisar si existe una institución social específica. Dichas instituciones se logran identificar a través de la concreta configuración de la sociedad⁶³.

En el campo de las instituciones sociales se distingue entre las instituciones negativas y las instituciones positivas.

La institución negativa es conocida desde el derecho romano y se resume en el aforismo “no dañar a nadie” (*nemine laedere*) o también “organiza tu esfera de libertad sin generar daño a los demás”, “el deber jurídico ante los demás es: ¡no dañar!”, “a quien se le otorga libertad de organizar responde de las consecuencias de su organización”. Dicha institución de no dañar a nadie resulta tan necesaria y su reconocimiento tan obvio que ninguna sociedad puede renunciar a ella sin dejar de renunciar al mismo tiempo a ser precisamente sociedad. Los distintos sistemas filosóficos han reconocido la importancia y la trascendencia de dicha institución. La prohibición de no dañar puede lesionarse a través de acciones y omisiones, lo que depende de cómo se encuentre el estado de cosas en la que se mueve el interviniente en una determinada situación.

Por su parte, las instituciones positivas como la familia, las relaciones estatales, la confianza estatal imponen de manera jurídicamente válida al obligado el que se edifique un mundo en común y que se realice una tarea de protección y ayuda. Se trata ya no tanto de un no dañar, sino de un prestar ayuda, de brindar protección y de realizar un actuar positivo en favor de un interés social valioso. Las instituciones positivas fundamentan determinados deberes positivos que son los que producen los deberes inmediatos de actuación y de prestación de auxilio en una determinada situación. En determinados delitos no se atiende tanto a la conducta del autor como a su status, a su especial posición y a los roles sociales que desempeña como al incumplimiento de determinadas prestaciones y acciones. El padre dentro del ejercicio de la

62 JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general* (Trad. Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis), Madrid: Marcial Pons, 1995, 29/59, p. 994; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, Lima, Editorial Jurista 2012, 2.ª ed., p. 366; CARO JOHN, José Antonio, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho penal*, Asociación Peruana de Derecho penal, 2003, p. 61.

63 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, p. 367.

institución de la patria potestad está obligado a proteger y cuidar a su hijo de los peligros que se ciernan sobre él. De manera semejante, el policía tiene la obligación de cuidar a la persona detenida y se le prohíbe que lo lesione, así como media el deber de impedir que terceros lo hagan. Las instituciones positivas encierran en sí mismas el respeto a la institución negativa, aunque no siempre la institución negativa supone el respeto a una institución positiva.

Dentro de las instituciones positivas en la sociedad actual al Estado le corresponde cumplir con una serie de deberes positivos respecto a los miembros de la sociedad a fin de garantizar la subsistencia de intereses sociales valiosos, sea de carácter individual o colectivo. El Estado concreta y realiza dichos deberes a través del cuerpo de funcionarios a su cargo que son titulares del ejercicio adecuado de la función pública. Los deberes estatales pueden ser de dos clases: las relaciones estatales de poder y las relaciones que tiene que ver con el cumplimiento de los fines estatales⁶⁴.

En el caso del cumplimiento de los fines estatales se tiene que el Estado se identifica y define por aquellas prestaciones que debe llevar a cabo de manera irrenunciable como la previsión social elemental, la seguridad exterior e interior y los principios básicos del Estado de derecho. La garantía de las instituciones estatales elementales resulta indispensable ya que de otro modo el Estado no tendría estructura alguna de poder y de actuación ni legitimidad frente a la sociedad y a los ciudadanos⁶⁵. Sencillamente no se podrían asegurar las expectativas.

El derecho penal no garantiza todas las funciones estatales ni siquiera aquellas en los que el Estado muestra una notable actividad, sino solo las actividades y funciones elementales que poseen el carácter de irrenunciables⁶⁶

64 Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general*, 29/74, p. 1004.

65 Por todos, PAWLIK, Michael, "El funcionario policial como garante de impedir delitos", en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona: Enero del 2008, pp. 17 y 18: "El fin del acto de renuncia y de la consiguiente obediencia de los ciudadanos al soberano es, según la conocida formulación de HOBBS, la 'protección': en razón de que el soberano garantiza la protección de los ciudadanos, y mientras lo haga, ellos renuncian a su libertad del estado de naturaleza. Y dado que el Estado representa, antes que nada, 'la superación institucionalizada de la guerra civil', protección significa, en primer lugar, "protección frente a delitos", una tarea que compete, ante todo, a la policía, que no por casualidad ha surgido juntamente con el Estado moderno"

66 Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, 29/76, pp. 1004 y 1005: "Irrenunciables

v. gr., las autoridades recaudatorias de impuestos no son garantes por institución debido a que el Estado no se define a través de tal función; asimismo, no se protegen ni se garantizan las normas del derecho de funcionarios que en interés de la eficacia general de la Administración prescriben la celeridad en ciertos asuntos administrativos. La determinación de los funcionarios dentro del Estado y dentro de un determinado organismo que son responsables de cumplir con la posición de garante se rige por los criterios de la competencia funcional e institucional.

- 33** La posición que considera que en el delito de colusión se protege determinados deberes institucionales⁶⁷ deriva del planteamiento general que considera que el derecho penal no protege bienes jurídicos como objetos (materiales o inmateriales) que se valoran positivamente, sino la vigencia de la norma⁶⁸ y

son todas las funciones estatales que el Estado (incluido los municipios) han de llevar a cabo con independencia de sus posibilidades financieras, a lo más tardar cuando ya no hay oferentes no estatales. El hecho de que este marco sea impreciso ciertamente proporciona un motivo para recortar aún más lo irrenunciable, pero no para renunciar en absoluto a la garantía de la prestación de las instituciones estatales; no puede discutirse que el Estado tenga una estructura, sino sólo *cuál* es ésta en los supuestos límites”.

- 67 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1092 para quien el fundamento del delito de colusión residiría: “en los deberes especiales atribuidos a los funcionarios públicos por la institución del Estado”; CARRIÓN DÍAZ, Juan-CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 26.
- 68 Ampliamente, JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En FRISCH, Wolfgang, Pena, delito y sistema del delito en transformación”, en InDret: *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona: julio del 2014, pp. 14 y 17, quien critica la concepción fáctico-objetiva del delito: “La imposición de la pena se muestra en este sentido no solo como la confirmación de aquello con lo que (de manera materialmente justificada) se amenaza. Esta es –visto en profundidad– también la reacción que es necesaria para contradecir de manera eficaz el hecho del autor (más allá de una mera reprimenda), esto es, para contrarrestar la debilitación de la fuerza preventiva de la conminación penal (su derogación) que, en caso contrario, amenazaría con producirse y seguir garantizando así el carácter vinculante de la norma de comportamiento infringida. Asimismo, la pena se muestra como justa frente al autor y susceptible de legitimación, pues éste solo acaba por recibir aquello que le había sido anunciado y aquello que puede asumir de manera justa (a modo de compensación) conforme a principios jurídicos generales como la medida para conjurar el peligro que él mismo ha provocado de manera responsable (a saber, de erosión de la norma por la reacción que no surte efecto). Con otras palabras, el castigo se muestra entonces como legítimo porque se recurre al autor únicamente para

que, en suma, es partidario de un concepto de delito comunicativo, expresivo o ideal⁶⁹ y que no se funda ni en la idea del bien jurídico ni en la dañosidad social. El derecho penal no prohíbe estados desvalorados, sino la producción evitable de dichos estados. El fin de las prohibiciones penales no es garantizar la existencia de determinados bienes, sino evitar un ataque contra los mismos, lo que

conjurar el peligro de erosión de la norma que precisamente él provoca a través de su cuestionamiento de la vigencia del Derecho, que aparece como necesario y adecuado y le había sido previamente anunciado”; MÜSSIG, Bernd, “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, núm. 9 (2002), pp. 169 y 171: “la concepción del ordenamiento penal centrada en el bien jurídico en cuanto teoría de legitimación del Derecho penal práctico en el mundo complejo de la sociedad moderna ha llegado no sólo a sus límites prácticos, sino también a sus límites teóricos”; PAWLIK, Michael, *El delito*, “¿lesión de un bien jurídico?”, en InDret, *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona: abril del 2016, p. 11 quien propone un sistema de competencias: “Dicho sistema retoma igualmente la distinción clásica entre deberes negativos y positivos. Los dos tipos básicos de competencia jurídico-penal que se derivan de las dos clases de deberes referidas las denomino competencias de respeto (Respektierungszuständigkeiten) y competencias de fomento (Ermöglichungszuständigkeiten). Creo firmemente que la función principal del Derecho, en especial del Derecho penal, consiste en posibilitar a los ciudadanos que puedan dirigir su vida en consonancia con su propio parecer. Para ello, en primer lugar, los ciudadanos deben poder confiar en que la integridad de su esfera jurídica sea respetada por el resto de personas. La expectativa básica jurídico-penal que recae sobre cada ciudadano y, en general, la norma básica de comportamiento interpersonal obligaría, en la formulación de Hegel, a dejar al otro como está, de modo que no se empeore el nivel de integridad de la esfera jurídica con el que se topa el obligado. Las responsabilidades de esta clase las denomino competencias de respeto (Respektierungszuständigkeiten). Sin embargo, el Derecho penal puede todavía exigir a los ciudadanos en una cierta medida prestaciones adicionales: en una limitada y cuidadosamente calculada medida, aquellos han de contribuir a la salvaguarda de la capacidad de funcionamiento del Estado, así como a la garantía de las condiciones reales básicas de la existencia personal. A las responsabilidades de esta clase las denomino competencias de fomento (Ermöglichungszuständigkeiten)”; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte general*, p. 128; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos”, en InDret, *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona: octubre del 2006, pp. 1 y 15: “la teoría de los bienes jurídicos, tal como es formulada con frecuencia, no puede sustentar la legitimación material del derecho penal por sí misma, porque, en realidad, se ha confundido con la mera protección de derechos subjetivos”.

69 Véase FRISCH, Wolfgang, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, en InDret, *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona: julio del 2014, pp. 14, 17 y ss. quien asocia la concepción de la pena la concepción del delito.

puede significar afectar la existencia o la producción de bienes jurídicos⁷⁰. El ordenamiento jurídico penal no tiene por misión mantener intactos y preservar los bienes jurídicos, sino más bien de restablecer la vigencia de la norma que se pone en entredicho por la conducta del autor al cometer el delito; de allí que se busque mantener la vigencia de la norma defraudada. Se descubre –según esta tesis– el lado normativo de la protección de bienes jurídicos. Como señala García Caveró: “la determinación de las condiciones esenciales para la realización de la persona en sociedad es una cuestión decisiva para el juicio de legitimidad de cada norma penal, pero la protección penal no recae sobre esas condiciones, sino sobre la confianza social de la vigencia real de dichas condiciones. El bien jurídico penalmente protegido es la vigencia de la norma⁷¹”.

Se destaca que las teorías institucionales del Derecho se caracterizan por que conciben una teoría estructural del Derecho como teoría estructural de la sociedad, aprehendiendo con ello la génesis del Derecho como proceso social global, analizando desde esta perspectiva la configuración y función social del Derecho en cuanto estructura de la sociedad⁷².

1. La posición de la Corte Suprema

- 34 La Corte Suprema de Justicia considera al delito de colusión como un delito de infracción de deber señalando que “este tipo penal es un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional

70 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, p. 128.

71 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, p. 129.

72 Por todos, MÜSSIG, Bernd, “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9 (2002); pp. 185 y 192: “La determinación de la función social del Derecho penal se vincula inmediatamente a la definición del concepto de normatividad: la pena es una, aunque no necesariamente la única, posibilidad de reacción demostrativa a un acontecimiento que defrauda una expectativa. El derecho penal sirve por lo tanto para la estabilización contrafáctica de expectativas de conducta relevantes para el conjunto de la sociedad: determina y formaliza las condiciones bajo las que el poder público queda habilitado para aplicar una sanción jurídico-penal como reacción necesariamente definida por la sociedad frente a un quebrantamiento de la norma. En pocas palabras, el cometido del derecho penal consiste en garantía de la vigencia de la norma o, más brevemente, en garantía del derecho”. También se señala: “se puede describir la legitimación de normas penales como un proceso en el que se refleja la función social de la norma de conducta penalmente garantizada ante el trasfondo de los criterios de identidad de la sociedad”.

específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional⁷³. El injusto penal de la colusión es de infracción de deber y no de dominio, ello se sustenta en que no se requiere que el funcionario domine o no el hecho delictivo, sino que infrinja su deber especial positivo y/o de incumbencia institucional que se encuentra en normas extrapenales⁷⁴.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en el delito de colusión ilegal: “es un delito de infracción de deber: el funcionario o servidor público tiene deberes especiales, positivos, que no posee todo ciudadano; son deberes de cuidado y fomento del ejercicio de la función administrativa de acuerdo con los principios constitucionales⁷⁵” y que “se tutela el regular desempeño funcional del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público⁷⁶” y que “el sujeto público al desarrollar sus obligaciones funcionales al interior de la administración pública, tiene que hacerlo conforme al deber funcional que le impone el cargo público que desempeña, si el sujeto público infringe aquel deber y de paso, con su actuación, defrauda al Estado, entra a tallar el delito de colusión desleal⁷⁷”.

73 Véanse con cita expresa de JAKOBS, el R. N. N.º 4039-2013 del 05 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 1819-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 3139-2011 del 24 de octubre del 2012 de la Sala Penal Permanente, el R. N. N.º 4721-2009 del 09 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria, el R. N. N.º 2845-2012 del 15 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 2368-2011 del 09 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente, el R. N. N.º 2453-2011 del 27 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente, el R. N. N.º 1050-2011 del 15 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (Voto discordante de los señores jueces supremos Javier Villa Stein y Josue Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1820-2010 del 20 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

74 Véase el Exp. N.º 00067-2012-3-1826-JR-PE-02 del 1 de octubre del 2012 de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

75 Véanse el R. N. N.º 3910-2013 del 24 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein) el R. N. N.º 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

76 Véase el R. N. N.º 978-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

77 Véase el R. N. N.º 191-2011 del 22 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

De igual forma, ha sostenido que “la colusión es un delito de infracción de deber, pues la conducta es atribuida sólo a los funcionarios y servidores públicos que de acuerdo al “status” que ocupan dentro de la institución tienen asignado un deber específico. En ese sentido, responden como autores -condición que está ausente en los partícipes-. Estos deberes se originan generalmente en otras ramas jurídicas: deberes extra penales previos a la norma penal. Por tanto, en este tipo de delitos, el criterio determinante para la autoría es la infracción del deber -por la posición de garante-, sobre todo, cuando el tipo penal de la parte especial está estructurado sobre la base de un deber extra penal”⁷⁸ y que “que la defraudación de los intereses estatales, a través de actos de concertación, lindan con la violación a los deberes inherentes del cargo, lo que implica traicionar la confianza de la nación depositada en los funcionarios, ya que a estos se les encomienda la función de representar al Estado y velar por sus intereses, para efectos de lograr resultados favorables y beneficiosos en los convenios o contratos con la otra parte (los particulares). Por lo que, en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento a estos deberes funcionales genera un perjuicio potencial”⁷⁹.

El delito de colusión es un típico injusto funcional, es decir, constituye un delito especial que pertenece a la categoría de los delitos de infracción de deber, que solo pueden ser realizados por quienes reúnen una determinada cualidad especial exigida por el tipo penal. Esta cualidad especial consiste en una posición institucional generadora de un deber específico de carácter extrapenal. De ello se puede inferir que los delitos especiales pertenecen a la categoría de los delitos de infracción de deber⁸⁰. La colusión: “no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de “*neminem laedere*” o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que, cuando defraude las expectativas

78 Véase el R. N. N.° 1318-2012 del 29 de agosto del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

79 Véase el R. N. N.° 610-2015 del 28 de octubre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

80 Véase el R. N. N.° 118-2012 del 22 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria.

normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional⁸¹”.

De igual manera, la Corte Suprema ha señalado: “la delimitación de la autoría y participación en los delitos de infracción de deber no obedece al criterio del dominio del hecho, por cuanto, no corresponde con los denominados “delitos de dominio o de organización”, los delitos de infracción de deber -como en el caso de autos-, se fundamentan en deberes positivos, por lo que no interesa si el agente tiene el dominio o no de una situación, sino, si ha incumplido con el deber positivo que tiene, dada su calidad de funcionario público; si tenía el deber de observar y brindar las garantías necesarias para la celebración del contrato que tiene la (entidad) con los particulares para la adquisición de inmuebles, deber positivo que es el referente para la imputación objetiva a la conducta y resultado; por lo que, en el presente caso -delito de colusión- es menester determinar si esta competencia funcional les corresponde a los citados encausados⁸²”.

Los partidarios de este criterio consideran: “a pesar de que se trata de un delito de infracción de deber, esto no obsta para afirmar que, de acuerdo con su redacción, el delito de colusión requiere para su configuración tanto la realización del desvalor de acción (*Handlungsunwert*) como, sobre todo, la del desvalor de resultado (*Erfolgusunwert*), es decir, se trata de un *Erfolgsverbrechen*: que, en ese sentido, la mera ejecución del delito, a diferencia del tipo español, se encuentra sancionada administrativamente, esto es, constituye sólo una infracción administrativa, mientras que la realización del resultado (defraudación para el Estado) dota de relevancia jurídico-penal a dicha infracción, es decir, sólo cuando existe defraudación para el Estado la infracción administrativa trasciende el Derecho administrativo sancionador y deviene jurídico-penalmente relevante, tal como se desprende del fundamento cuarto del recurso de nulidad recaído en el expediente número dos mil noventa

81 Véanse el R. N. N.° 1050-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.° 4469-2008 del 11 de marzo del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.° 1820-2010 del 20 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

82 Véase el R. N. N.° 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (Voto de los jueces supremos, Villa Stein y Pariona Pastrana), de igual forma el R. N. N.° 344-2010 del 16 de marzo del 2011 de la Sala Penal Permanente (Ponente, Pariona Pastrana).

(Ejecutoria Suprema vinculante)⁸³. El delito de colusión es de resultado que se comprueba con la lesión a los intereses del Estado que no necesariamente han de ser medidos en términos económicos, en la medida que son los principios de objetividad e imparcialidad en la contratación pública la que se lesiona⁸⁴.

Asimismo, se ha establecido que “la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa⁸⁵”. En el mismo sentido un sector importante de nuestra jurisprudencia señala que lo que se infringe en el delito de colusión ilegal “es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica al patrimonio estatal⁸⁶”.

La Corte Suprema ha sostenido que “en los delitos de infracción de deber —como sucede en el caso del delito de peculado doloso dado que los deberes que contienen son positivos, generados en virtud de la institución Administración Pública⁸⁷— el dolo no exige probar que el sujeto activo

83 Véanse el R. N. N.° 3267-2011 del 04 de febrero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (Ponente, Rodríguez Tineo), el R. N. N.° 2331-2009 del 15 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente, Rodríguez Tineo).

84 Véanse el R. N. N.° 1111-2014 del 12 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.° 933-2014 del 04 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

85 Véanse el R. N. N.° 1687-2014 del 109 de diciembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.° 3946-2007 del 14 de agosto del 2008 dictada por la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Calderón Castillo), R. N. N.° 5080-2007 del 01 de julio del 2008 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Calderón Castillo).

86 Véanse, las Ejecutorias Supremas recaídas en los R. N. N.° 79- 2003 del 15 de febrero del 2005; R. N. N.° 278- 2005 del 10 de mayo del 2005, R. N. 3017-2004 del 17 de marzo del 2005.

87 Los delitos de infracción de deber se fundamentan no en base a normas estrictamente penales, sino conforme a una institución (siendo el presente caso la Administración pública), lo misma que genera no sólo deberes negativos, sino positivos, es decir, deberes que exigen al funcionario público no solamente a cuidar el correcto y buen funcionamiento de la administración pública, sino a realizar un plus sobre este, esto es, optimizarla. En consecuencia, cuando se lesione (a través de una conducta comisiva

obre “con conocimiento de que los bienes que se apropia y utiliza voluntariamente son de pertenencia pública”, sin necesidad de mayores elementos subjetivos⁸⁸”.

Desde una perspectiva material se la remarcado que “el delito de colusión compromete al funcionario público en razón de la labor que desempeña dentro de un ámbito determinado, el cual adquiere relevancia material en la medida en que se encuentra vinculado directamente con el correcto funcionamiento de la administración pública, objeto jurídico que fundamenta el presente tipo penal; esto es, que el funcionario, en cuanto a individuo destinatario de deberes comunes, está obligado a cumplir con los mismos sin perjudicar o lesionar la esfera personal de otro individuo situado bajo las mismas condiciones, lo cual pone de manifiesto una primera esfera normativa que regula la interacción cotidiana de las personas. Frente a ello, encontramos al funcionario público concebido como un agente con deberes especiales al servicio de la estabilidad del primer ámbito normativo mencionado. Por tanto, se puede colegir un segundo ámbito normativo dentro del cual el funcionario debe satisfacer expectativas distintas a la de una persona que no cumple tal cargo⁸⁹”.

En un importante fallo la Corte Suprema ha sostenido que:

La colusión es un delito de infracción de deber: el funcionario o servidor público tiene deberes especiales, positivos, que no posee todo ciudadano; son deberes de cuidado y fomento del ejercicio de la función administrativa de acuerdo con los principios constitucionales. Que en un delito de infracción de deber sólo pueden ser autores los *intrañei*, quienes se encuentran en condiciones de infringir los deberes jurídicos administrativos cuya cualificación da lugar al delito; vale decir, en el presente caso, los sujetos vinculados por el deber de intervenir, bajo determinados marcos, en una adquisición, contratación pública o cualquier operación a cargo del Estado. Este Supremo Tribunal ha venido sosteniendo la posición de que en todos los delitos especiales, concretamente los delitos

u omisiva) el deber positivo - contenido dentro de un rol — se creará un riesgo no permitido.

88 Véase el R. N. N.° 1571-2009 del 17 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Ponente, Rodríguez Tineo).

89 Véase el R. N. N.° 732-2014 del 03 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

contra la Administración Pública, los *extraneus* pueden responder a título de cómplices —no hay problema en que los instigadores, sea cual fuere la opción doctrinaria, por la diferencia estructural de su intervención respecto del cómplice, siempre responden desde la perspectiva del tipo legal especial propio: unidad de título de imputación—. Pero si se ha caracterizado en clave material que el delito de colusión es un delito de infracción de deber -ni siquiera ‘especial de dominio’ o especiales en sentido amplio-, y si se entiende que se trata de un delito especial de deber o delito especial en sentido estricto -legal y dogmáticamente distintos que los anteriores-, entonces, el *extraneus* infringe un deber distinto del deber institucional, por lo que necesariamente se producirá la ruptura del título de imputación.

Así las cosas, es posible entender que dentro de los delitos de infracción de deber, como postula Silva Sánchez (El nuevo escenario del delito fiscal en España, Atelier, Barcelona, dos mil cinco, páginas cincuenta al sesenta, y sesenta y nueve al setenta y uno), además de los delitos puros de infracción de deber o en sentido estricto, se erigen los ‘delitos mixtos o delitos especiales de infracción de deber con elementos de dominio, en los que los extraños además de infringir ese deber general de abstenerse de perturbar la institución positiva que subyace al deber específico del *intraneus*, contribuye efectivamente al dominio del *intraneus*, contribución que precisamente permite fundamentar su sanción directamente a partir del hecho del *intraneus*. El delito de colusión es un delito especial de infracción de deber con elementos de dominio en el que para su comisión no sólo se requiere que el agente público intervenga con motivo de su intervención oficial en los procesos de contratación pública u operaciones del Estado, sino que se coluda con el interesado en ese ámbito en perspectiva de atentar contra el patrimonio público, por lo que sí cabe la complicidad del *extraneus*⁹⁰.

También se ha destacado por el máximo órgano de justicia que: el tipo penal de colusión es un delito especial propio, porque el círculo de intervención del autor está delimitado al funcionario o servidor público, configurándose además como un delito de infracción de deber porque sus roles funcionales se encuentran previstos en normas extrapenales (leyes, reglamentos, estatutos, manuales de organización, directivas etc.). En relación al aporte de los cómplices en la ejecución del hecho punible, es válidamente aplicable el *principio*

90 Véase el R. N. N.º 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

de accesoriadad de la participación; así como la teoría de la unidad del título de imputación, esta última de conformidad a la doctrina⁹¹ y la jurisprudencia⁹².

La jurisprudencia penal peruana ha destacado que “en el delito de colusión, el bien jurídico protegido está en función no solo en la custodia de los intereses del Estado (compraventa de bienes, obras, servicios, etc.) sino también la tutela penal de los deberes especiales positivos y/o de incumbencia institucional (imparcialidad, transparencia, trato justo e igualitario, etc.) por los funcionarios o servidores públicos, de tal manera que no defrauden al Estado. Constituye un delito de infracción de deber, porque sus roles funcionales se encuentran previstos, no al interior del Código Penal y de las leyes especiales, sino en normas extrapenales”⁹³. Asimismo, se ha destacado que el delito de colusión: “constituye un delito de infracción de deber porque su concepto penal de deberes o funciones se construye a partir del tipo penal remitiéndose a dichas normas (sin quebrantar el principio de legalidad Constitucional y penal material- *lex certa*) ya que tiene la finalidad de delimitar los parámetros de las funciones públicas y administrativas; y por lo tanto de la consecuente responsabilidad penal, civil o disciplinaria”⁹⁴.

91 Según esta Teoría, el intraneus (sujeto especial) y el extraneus (el particular) responderían por un solo injusto penal, o bien por un delito común o delito especial. A favor de esta tesis, véase ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. 2.^a ed. Palestra Editores. pp. 57-60; y, “Autoría y participación y la teoría de los delitos de ‘infracción del deber’”, en *Revista Penal* N.º 14, Año 2004, Editorial Universidad Castilla-La Mancha y otros, pp. 6 y ss; PEÑA OSSA, Jesús. *Delitos contra la administración pública*. Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá: 1995. pp. 39 y ss; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid: 1966. pp. 292 y ss., 300 y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y participación*. Akal, Madrid: 1996. pp. 169 y ss., 191 y ss.

92 Véase R. N. N.º 375-2004-Ucayali de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, de 11 de octubre del 2004; también en la sentencia del Exp. 00067-2012-3-1826-JR-PE-02 del 1 de octubre del 2012 de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

93 Véase el Exp. N.º 00032-2012-5-1826-JR-PE-01 del 22 de agosto del 2013 de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

94 Véase el Exp. 00185-2011-10-1826-JR-PE-02 del 29 de agosto del 2013 de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

35 A la teoría que considera que en determinados delitos –como los delitos contra la administración pública– se infringen puros deberes institucionales se la ha criticado desde diversos puntos de vista.

En primer lugar, se critica severamente el hecho de que la idea de límite material y papel rector del bien jurídico respecto al *ius puniendi* estatal se diluye por completo si se toma como base de la punibilidad de ciertos delitos (v. gr., delitos contra la administración pública, delitos contra la administración de justicia, etc.) la sola infracción de deberes institucionales. Al bien jurídico se le despoja de su condición de límite material y de criterio orientador del Derecho penal para asumir en su lugar planteamientos formalistas poco claros, vagos y de contenido inmaterial y que arrastran una serie de consecuencias desde el punto de vista del derecho penal sustantivo⁹⁵. Se sostiene que una tesis semejante termina por afectar los principios democráticos del derecho penal como son los principios de lesividad, última ratio, el principio de intervención mínima e, incluso, el principio de presunción de inocencia⁹⁶.

En segundo lugar, los deberes institucionales y en concreto los delitos de infracción de deber, considerados de manera autónoma y sin una referencia externa, terminan por afectar el principio constitucional de la exclusiva protección de bienes jurídicos que prescribe, tal como establece el artículo IV del TPCP que “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”, lo cual supone afirmar que

95 Cfr. FIGUEROA NAVARRO, Aldo; *Criterios político criminales para la reforma de los delitos contra la función pública*; en: <<http://bit.ly/2fSsAmE>> (consultado: 22 de Junio del 2016, p. 6: “La acentuación de este criterio tiene diversas consecuencias que terminan exacerbando la punibilidad de este tipo de conductas: a) Preeminencia del desvalor de acción sobre el desvalor de resultado, a través de tipificación de delitos de pura actividad, b) Difuminación de la afectación material mediante la tipificación de conductas de peligro abstracto, c) Prescindencia del perjuicio material, en favor de la exigencia de la inobservancia formal de normas, d) Mayor punibilidad a los funcionarios o servidores públicos, por dicha condición, e) Ampliación de los plazos de prescripción, f) Inexistencia de graduación en el perjuicio, cuando aparece como elemento típico, para efectos de determinar la relevancia penal o administrativa, o el tipo de infracción penal, g) Doble sanción, administrativa y penal, sustentada en el diverso fundamento de la imputación; h) Privación o restricción de beneficios penales o penitenciarios”.

96 Cfr. FIGUEROA NAVARRO, Aldo, *Criterios político criminales para la reforma de los delitos contra la función pública*, en: <<http://bit.ly/2fSsAmE>> (consultado: 22 de Junio del 2016; pp. 6 y 7.)

solo el delito que lesiona o pone en peligro un bien jurídico encuentra respaldo constitucional. El concepto de bien jurídico, tanto el que deriva de la Constitución y el mandato contenido en el CP, dota de legitimidad a las leyes penales cuando se criminaliza conductas y se impone consecuencias jurídico penales. La decisión legislativa de sancionar jurídico penalmente un comportamiento humano requiere cumplir con el mandato de lesionar o poner en peligro un bien jurídico. No basta en dicha tarea el castigo de las meras infracciones ético-sociales o la mera infracción de los deberes institucionales o extrapenales.

Una de las críticas frecuentes que se dirige contra el normativismo radical es que prescinde por completo del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos con lo que se pierde toda posibilidad crítica acerca del contenido de las normas penales en un Estado determinado. Se pasa por alto que las ideas de norma y bien jurídico no pueden desligarse sin perder un criterio orientador valioso, necesario en el Derecho penal de un Estado Constitucional, más aún si las normas penales deben basarse en la protección de un determinado bien jurídico⁹⁷. Las normas de conducta jurídico- penales tienen que servir para la protección de bienes jurídicos⁹⁸; y no a la inversa. En un Estado Constitucional el sistema normativo del derecho ha de estar al servicio de algo distinto a sí mismo. El derecho no puede servir al derecho mismo ni la finalidad del derecho penal puede ser ratificar la vigencia de las normas o estabilizar las expectativas defraudadas por el delito⁹⁹.

97 Cfr. ROXIN, Claus, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-01, p. 4: “Ciertamente, la pena contribuye a la estabilización de la norma, aunque ello –en contra de Jakobs– no sea su único fin. Pero la estabilización de la norma no es un fin en sí mismo, sino que está destinada a contribuir a que en el futuro no se produzcan lesiones reales, individuales o sociales (esto es, lesiones de bienes jurídicos). En consecuencia, sirve, en última instancia, a la protección de bienes jurídicos, y carecería de sentido sin ese fin.”; PARIONA ARANA, Raúl, “El derecho penal “moderno””, *Revista penal*, N.º 20; 2007, p. 160: “La legitimidad es el presupuesto necesario e ineludible de las intervenciones del derecho penal en todo Estado de derecho, puesto que dichas intervenciones constituyen siempre una afectación de los derechos fundamentales del ciudadano. La simple funcionalidad de una norma penal no fundamenta su legitimidad”; ABANTO VÁSQUEZ,manuel, “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, en *Revista Penal*, N.º 18, 2006, p. 27.

98 Cfr. FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, 3/20, p. 81.

99 Cfr. MIR PUIG, Santiago, “Límites del normativismo en derecho penal”, en *Revista*

El injusto penal no puede agotarse en la pura infracción de la norma (o del deber), dado que la conducta merecedora y necesitada de pena requiere de manera central la afectación de un bien jurídico. Los delitos de funcionarios no deben ser vistos como delitos de mera infracción de deber, sino que requieren la afectación de bienes jurídicos colectivos y que se relacionan con especiales vinculaciones entre los sujetos obligados con el bien jurídico (administración pública o administración de justicia).

La idea del bien jurídico permite desarrollar una tarea crítica y de control de las leyes penales atacando, por ejemplo, su legitimidad, contenido y alcance¹⁰⁰, dado que también las leyes penales pueden ser antijurídicas y, por

Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, 07-18, pp. 12 y 14: “prescindir de esta referencia individual y poner en su lugar las normas jurídicas, como objeto central de protección del derecho penal, subraya la sujeción de los individuos al poder estatal. Las normas jurídicas son manifestación del poder y limitan la libertad de sus destinatarios. Erigirlas en el objeto último de protección por parte del Derecho penal supone considerarlas valiosas en sí mismas, esto es, supone considerar valiosa por sí misma la restricción de la libertad que implican. Ello no puede aceptarse desde una perspectiva democrática. Las normas jurídicas no son un fin en sí mismo, sino un mal necesario al que sólo es lícito acudir cuando no hay otro remedio, cuando la restricción de la libertad es necesaria, idónea y proporcionada para el mantenimiento de intereses fundamentales de los individuos. Las normas jurídicas no son un bien en sí mismas que sirva para justificar la intervención penal, sino, al contrario, un mal necesitado de justificación”.

- 100 Cfr. ROXIN, Claus, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-01; pp. 21 y 5: “La deducción decisiva de tal teoría del bien jurídico, de garantía de la libertad, es que las normas penales son ilegítimas cuando tienen como objeto un comportamiento que no afecte ni al libre desarrollo del individuo ni a sus presupuestos sociales (por ejemplo, una Administración de justicia y administración íntegras)”; MIR PUIG, Santiago, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, 06-02, p. 5: “La autoridad que no admite que sus normas sean contestadas no considera necesario motivarlas apelando a su racionalidad, porque hacerlo debilitaría la idea de que basta su voluntad para imponerlas y daría a entender que la legitimidad de sus normas no depende solamente de su poder, sino también de que sus valoraciones sean aceptadas por sus destinatarios. También hay otro camino, muy frecuentado, para evitar la crítica: encubrir el posible significado negativo afirmando otro positivo falaz o, por lo menos, ocultando los aspectos que podrían provocar valoraciones negativas y resaltando sólo aquéllos otros que merecerán una valoración positiva”; PARIONA ARANA, Raúl; “El derecho penal “moderno””, *Revista penal*, N.º 20, 2007, p. 164: “Estas conclusiones llevan a reafirmar la concepción según la cual la teoría del bien jurídico tiene carácter

tanto, inconstitucionales¹⁰¹. No toda decisión del legislador de crear un nuevo delito y criminalizar una conducta se respalda necesariamente en un interés social valioso o en un bien jurídico. Un bien es protegido porque es valioso, pero no es valioso porque es protegido¹⁰².

El bien jurídico tiene una función sistemática, como criterio negativo para una criminalización legítima: sin bien jurídico no hay injusto penal¹⁰³. Asimismo, hay otras dos funciones que se suelen asignar a los bienes jurídicos tutelados por la ley penal: la clasificación de los delitos y faltas, y la graduación de la gravedad del hecho en la determinación de la pena¹⁰⁴.

En el modelo constitucional peruano no es compatible con la Constitución el sustituir la vigencia del principio de *exclusiva protección de bienes jurídicos* por el principio de *la exclusiva protección de normas*, o de los deberes de lealtad o de fidelidad con el derecho. La tutela de la confianza en las normas no puede situarse como fin anterior o como si tuviera igual rango que la protección de bienes jurídicos, sino que ha de servir a esta misión¹⁰⁵. El bien jurídico condiciona la legitimidad de una norma penal a que sirva a la protección de valores, mientras que el reconocimiento de la vigencia de la norma invierte en gran medida el planteamiento y convierte a la norma en objeto en sí

crítico y, por lo mismo, constituye el límite que se debe oponer al legislador. La teoría del bien jurídico es pues la piedra fundamental de la dogmática penal"; CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, "Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales", en *Revista Chilena de Derecho*, N.º 27, 2000, p. 136.

101 Cfr. HASSEMER, Winfried, "Control de constitucionalidad y proceso político", en *Persona y derecho: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, N.º 45, 2001, p. 122: "Pertenece ya a nuestra experiencia consolidada que también las mayorías, fruto del orden establecido, pueden generar 'antijuridicidad'", luego anota: "Si contamos con una Constitución, por encima de las leyes, no es sino como resultado de esa experiencia de una posible 'antijuridicidad legal'" (p. 123).

102 Cfr. GRECO LUIS, "Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?", en *Anuario de derecho penal económico y de la empresa*, 2012, N.º 2, p. 69.

103 Cfr. HASSEMER, Winfried, "Rasgos y crisis del derecho penal moderno", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 45, 1992, p. 238.

104 Cfr. MIR PUIG, Santiago, "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, 06-02, p. 5.

105 Cfr. ALCÁZER GUIRAO, rafael, "Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política", en *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LI, 1998, p. 574.

mismo legítimo de la protección penal. Como señala MIR PUIG: “la norma pasa de instrumento que necesita ser legitimado por su fin, a fin en sí mismo legitimado”¹⁰⁶. De igual manera, la infracción de algún deber extrapenal o institucional no puede fundar un injusto penal si es que no se determina primero un objeto valioso (bien jurídico) sobre el que recae la obligación de proteger, cuidar o vigilar¹⁰⁷. La noción material de delito requiere fundarse en la idea de antijuridicidad material (v. gr., la dañosidad social, bien jurídico) y no tanto en criterios ideales como la antijuridicidad formal de la conducta o en la mera infracción de un deber¹⁰⁸.

El modelo de derecho penal que tiene como base el principio de protección de bienes jurídicos es el más compatible con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos y refleja una orientación más liberal que el modelo que busca poner en el centro de la reflexión jurídico penal a las normas penales. Los bienes jurídico-penales más indiscutibles han

106 Cfr. MIR PUIG, Santiago, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-02, p. 7: “Ello no puede justificarse por el argumento de que el concepto de bien jurídico tampoco ofrece ningún límite porque es un concepto indeterminado: que sea discutible lo que merece ser considerado como un bien necesitado de protección jurídico-penal no significa que tal cuestión no deba discutirse, y exigir la comprobación de aquel merecimiento de protección supone precisamente declarar necesaria tal discusión. En realidad, todos los principios generales están necesitados de concreción a través del debate público. Principios como el de democracia o el de igualdad son tan generales que permiten muy diferentes concreciones, pero nadie sensato extrae de ello la consecuencia de que es preferible dejar de invocar tales principios. Y, desde una perspectiva participativa, no ha de verse como un inconveniente, sino como una ventaja fundamental, el hecho de que los principios políticos y político-jurídicos estén abiertos a las opiniones de todos y, por tanto, al consenso democrático”.

107 Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 17, p. 95.

108 Cfr. MAURACH, Reinhart Heinz, GOSSEL, *Derecho penal. Parte general*, (Trad. de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), Buenos Aires: Astrea, t. I, 1994; FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, 3/18, p. 80; ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, en *Revista Penal*, N.º 18, 2006, p. 27; DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 17, p. 99.

sido reconocidos como derechos humanos por los tratados internacionales, y dichos derechos representan intereses del individuo frente al Estado a la vez que limitan el poder punitivo del Estado¹⁰⁹. Asimismo, basta revisar la experiencia histórica reciente para comprobar que los modelos autoritarios como el nazismo, el fascismo italiano y el comunismo ruso antepusieron la idea del deber y la lealtad a las normas y al Estado por encima de la tolerancia y el respeto a la vigencia de los Derechos Humanos y al sistema de libertades¹¹⁰.

El TC peruano ha señalado que “desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como ilícita, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional. Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental¹¹¹” y también ha des-

109 Cfr. MIR PUIG, Santiago, “Límites del normativismo en derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, 07-18, p. 14.

110 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal*, San José: Editorial Jurídica Continental, 2015, p. 14; MIR PUIG, Santiago, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-02, p. 6: “No es casual que la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano fuese una bandera de la Revolución Francesa ni que las convenciones internacionales hayan formulado también otras declaraciones de derechos y no de deberes, como tampoco fue fortuito que los países comunistas consideraran preferentes los deberes para con la sociedad y relegaran los derechos individuales como manifestaciones burguesas. Los derechos son ventajas del individuo frente a la colectividad, mientras que los deberes son cargas para el individuo que se establecen en beneficio de otros. Pues bien: en derecho penal el punto de vista de los derechos corresponde al de los valores protegidos, esto es, al de los bienes jurídico-penales, mientras que la perspectiva de los deberes corresponde a la de las normas prohibitivas o preceptivas. Y aquí conviene recordar que en la Alemania nacionalsocialista los penalistas de esta ideología contrapusieron a la idea de lesión de bienes jurídicos, que consideraron individualista, la de infracción de un deber, más adecuada a la concepción colectivista del Estado totalitario”; GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código penal español*, en *La Responsabilidad en los “delitos especiales”*. El debate doctrinal en la actualidad (Director: Ricardo Robles Planas), p. 116.

111 Exp. N.º 0012-2006-PI/TC (Caso demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial); Exp. N.º 0019-2005-PI/TC, Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25 % del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47º del Código Penal.

tacado que “dentro de los límites que la Constitución establece, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario, entre otros, sino también que la actividad punitiva del Estado sirva para la exclusiva protección de bienes constitucionalmente relevantes¹¹²”.

En un derecho penal basado en la Constitución y orientado a la protección de bienes jurídicos no caben delitos de mera infracción de deber, aunque sí la obligación de proteger bienes jurídicos por parte de sujetos especialmente calificados que deben impedir resultados que los lesionen o pongan en peligro¹¹³ v. gr., funcionarios públicos.

Los tipos penales en un derecho penal de un Estado Constitucional y los principios que la ley penal recoge no protegen deberes extrapenales, sino bienes jurídicos, sea individuales o supraindividuales, mediante diversas estrategias punitivas y de prevención, entre las que se cuenta el desempeño y actuación con base a determinados roles¹¹⁴. La infracción de deberes funcionariales y

112 Exp. N.º 0012-2006-PI/TC (Caso demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial), Exp. N.º 0019-2005-PI/TC, Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25 % del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28568, cuyo artículo único modifica el artículo 47º del Código Penal.

113 Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2011, p. 15: “Luego sigue siendo el dominio del resultado el elemento caracterizador del delito y de la autoría en general, con las matizaciones, siempre justificadas, de política criminal, que llevan a circunscribir la autoría”.

114 Cfr. FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, “Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2009, p. 17: “No se trata, por tanto, de afirmar simplemente que existen tipos penales que protegen deberes extrapenales, sino de partir de la constatación de que existen en nuestro derecho positivo tipos penales que protegen bienes jurídicos –individuales o supraindividuales– mediante la legítima estrategia de garantizar el cumplimiento de deberes especiales que tienen su origen en el desempeño de determinados roles jurídico-económicos (consejero ejecutivo de una sociedad que cotiza en bolsa, sujeto pasivo del impuesto de la renta obligado a pagar, etc.). No se trata de asumir como “curioso” punto de partida que el derecho positivo protege deberes extra-penales con penas, sino de constatar cómo, en ocasiones, las normas penales establecen un castigo con base en una imputación de

que no poseen trascendencia en el bien jurídico no deben ingresar al ámbito del derecho penal y solo debe quedar en el campo del derecho administrativo disciplinario¹¹⁵. Se debe evitar aquí una interpretación puramente formalista de los tipos penales, basados en la idea de la infracción de deberes institucionales que a la postre limita la tarea de los operadores jurídicos (el juez, el fiscal) a la simple constatación de la existencia de determinados deberes y su consiguiente violación sin que se analice el contexto en el que la conducta del funcionario se desarrolla y las particularidades de la acción típica. La idea de un bien jurídico institucional o colectivo puede enriquecer no solo el debate, sino que permite apreciar y solucionar los casos difíciles que se presenten.

Desde el punto de vista de la justificación externa la infracción de deberes institucionales puede arrastrar consigo el riesgo de configurar la interpretación y aplicación de muchos delitos de funcionarios con un sesgo marcadamente autoritario, represivo y crítico en donde los criterios tradicionales de imputación y filtros de responsabilidad penal difícilmente pueden mostrar su capacidad de rendimiento y utilidad¹¹⁶. El hecho de que en los delitos de

hechos socialmente lesivos fundamentada en criterios normativos ajenos al elemental principio de convivencia ‘no causes perjuicios a terceros’”.

- 115 Por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La responsabilidad penal de los funcionarios. El Código penal de 1991”, en *Auditoría pública: Revista de los órganos autónomos de control externo*, N.º 6, 1996, p. 40; DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 17, pp. 95 y ss: “(se confunde) además en tal planteamiento el incumplimiento del deber del cargo con las relaciones de servicio, ya que la infracción del deber únicamente tiene incidencia en la relación particular entre Administración y funcionario y anulándose con ello la capacidad de distinguir el delito de la infracción disciplinaria”.
- 116 Cfr. REBOLLO VARGAS, Rafael, *Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el t. XIX, L. II. del código penal español (delitos contra la administración pública)*, en *Libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In Memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha - Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, vol. II, p. 554; DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 17, p. 96: “En la concepción del “deber del cargo» para definir el injusto de los delitos de funcionarios se traduce una visión autoritaria de la

funcionarios no se pueda dejar de valorar la relación especial que hay entre estos y el Estado no quiere decir que el bien jurídico y el núcleo del injusto se va limitar a reproducir dicha vinculación especial sin tomar en cuenta criterios jurídicos o sociales de otro carácter.

La teoría de la infracción de los deberes del cargo difumina la separación del derecho penal con otros órdenes normativos (v. gr., derecho administrativo, derecho constitucional) y no toma en cuenta los alcances del principio de intervención mínima y de fragmentariedad por los cuales no toda infracción de un deber o su incumplimiento será necesariamente delictiva. En efecto, así como no toda violación de un deber tiene repercusiones en el ámbito disciplinario y administrativo no toda infracción de un deber funcional tendrá que convertirse en un delito y con ello podrá fundamentar una responsabilidad penal. Una de las principales críticas a la teoría de delito de infracción de deber es que constituye una teoría no diferenciadora, al no distinguir los deberes que pueden dar lugar a la comisión de un delito de aquellos deberes inocuos o que sencillamente no fundamentan la responsabilidad penal¹¹⁷. Si esta teoría se aplica de manera mecánica y sin ningún filtro material adicional sencillamente supondría la administrativización del derecho penal con la atrofia y los efectos perturbadores que de ello deriva y supondría la conversión de los delitos de funcionarios en un anexo del derecho disciplinario.

En los delitos de funcionarios (v. gr., delitos contra la administración pública, delitos contra la administración de justicia) no tanto interesa la violación de los deberes del cargo o la correcta ejecución del acto funcional,

actividad administrativa incompatible con un Estado social y democrático de derecho, que obliga a una reformulación de dicha concepción en una línea de materialización de carácter institucional”.

- 117 Por ello, quienes sostienen la teoría de la infracción de deber se inclinan por considerar que los deberes que fundamentan la autoría tienen naturaleza estrictamente penal, PARIONA ARANA, Raúl, *La teoría de los delitos de infracción de deber. Fundamentos y consecuencias*, N.º 19, p. 76: “los deberes extrajurídicos carecen de un significado directo para la dogmática del Derecho Penal y solo adquieren relevancia con su reconocimiento por el ordenamiento jurídico”, luego señala: “No pretendo negar el significado social de los deberes jurídicos de otros ámbitos jurídicos. Estos regulan (con consecuencias jurídicas) las relaciones entre una persona y un bien, pero de su infracción no se derivan consecuencias penales. Solo cuando dichos deberes son recogidos y transformados por los tipos penales es que adquieren relevancia para el derecho penal. Esto es así porque el derecho penal solo puede trabajar con conceptos penales” (p. 76).

sino la afectación a un concreto y específico bien jurídico que siempre es instrumental. El injusto no descansa en la lesión de la relación funcional en sentido formal que tiene el Estado a través de un conjunto de normas de competencias funcionales y de deberes. Por el contrario, reside en un bien jurídico de carácter colectivo que termina afectando las bases de la relación de ciudadano y su confianza con la administración y la función pública¹¹⁸.

IV. LOS CRITERIOS ECONÓMICO – PATRIMONIALES

1. La protección del presupuesto, el gasto público y/o los ingresos estatales

En la determinación del bien jurídico protegido uno de los temas más importantes a desarrollar y tomar partido, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, lo constituye el hecho de si la ley penal solo protege el patrimonio estatal en el sentido de las erogaciones patrimoniales y las operaciones contractuales que se relacionan con el manejo del gasto público¹¹⁹, es decir, solo se estaría tutelando las inversiones patrimoniales del Estado que suponen gastos y desembolsos patrimoniales, más no los ingresos u obtención de mejores condiciones económicas de los bienes y servicios que son ofertados por el Estado.

Este primer punto de vista ancla su visión en la constelación de contratos públicos y administrativos que se refieren, por ejemplo, a la compra venta de bienes y servicios que el Estado necesita adquirir y que son, desde el punto de vista práctico y diario, los casos más frecuentes y comunes. En esta línea, la Corte Suprema ha considerado dentro de la cobertura del delito de colusión ilegal la conducta que perjudica al gasto público en el marco de una contratación estatal que genera una erogación presupuestal¹²⁰.

118 Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 17, p. 98.

119 Así: ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la Administración pública*, p. 215; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Compendio de derecho penal español (PE)*, p. 836; VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, “Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la Administración pública en materia de corrupción urbanística”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, Bilbao: Universidad Deusto, 2008, p. 49.

120 Véase el EXP. 20-2003 del 18 de octubre del 2005 en BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto-

Frente a este planteamiento aparece otro que se caracteriza por ampliar la cobertura de la protección penal en el delito de colusión. Ya no solo se trata de cautelar los gastos que el Estado, o sus diversas entidades, desarrollan en la adquisición de bienes y servicios, sino también de proteger sus ingresos económicos que aumentan, nivelan o compensan de alguna manera el gasto público.

Creemos que no solo se debe proteger el gasto público, en cuanto a su control adecuado y manejo eficiente, sino también los ingresos que el Estado percibe a través de los diversos mecanismos de contratación estatal¹²¹. En efecto, el Estado no solo es agente económico cuando compra bienes o contrata servicios de terceros, sino también cuando interviene en el mercado ofreciendo sus bienes y servicios, por lo que se debe exigir a sus funcionarios

NOLASCO VALENZUELA, José Antoni, *Jurisprudencia Penal generada en el Subsistema Anticorrupción*, t. I, p. 43. También: el R. N. N.º 2891-2011 del 19 de diciembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores): “el bien jurídico tutelado, es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto, es el patrimonio administrado por las entidades públicas, incorporando en su ámbito objetivo como elementos necesarios la concertación con los interesados, y la defraudación al Estado o ente público concreto, esto es, que la concertación, está referida al acuerdo subrepticio y no permitido por la ley con los interesados, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados y de los principios que regulan la actuación administrativa; y la defraudación, dirigida al gasto público en el marco de una contratación o negociación estatal, lo que incide en la economía pública, en tanto, debe implicar una erogación presupuestal”. También: el R. N. N.º 2638-2014 del 21 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 2929-2014 del 12 de agosto del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 385-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 1832-2012 del 05 de junio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 1288-2012 del 12 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 1830-2010 del 19 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1408-2010 del 06 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1236-2010 del 13 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 4563-2009 del 23 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

- 121 Implícitamente: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial* p. 405. De manera expresa, GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso-GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el Código Penal del 2000*, p. 315.

que busquen una intermediación y un precio justo que valore adecuadamente las prestaciones estatales¹²².

Incluso, dentro de la visión de un Estado eficiente en sus diversas dependencias queda claro que también hay un interés de que sus bienes mantengan un precio de mercado, pues no es correcto considerar racionalmente que los bienes o los servicios por provenir del Estado se deban subvaluar u ofrecer a precios nimios. Ello debe ser interpretado en armonía también con la naturaleza misma de los servicios y bienes que se prestan que pueden tener un fin asistencial o tuitivo v. gr., El servicio de salud pública no puede ni debe competir con las cotizaciones privadas de salud.

Nadie discute que también es posible concertar perjudicando el patrimonio estatal cuando los bienes de propiedad estatal se ofrecen a un valor muy por debajo del mercado de capitales, nacional o internacional, peor aun cuando la concreta actividad económica en la que se participa no trata, en absoluto, de cumplir con un fin asistencial. Basta citar la venta de una rentable empresa pública a un precio vil o irrisorio, la venta de un bien estatal¹²³ o el alquiler de una propiedad estatal (edificio, casa, terreno, etc.), eligiendo al postor que menos precio ofrecía, entregaba pocas garantías de pago, etc.

Esta posición es mucho más compatible y armónica con la noción de sistema de contratación pública en la medida que dicho concepto está integrado no solo por los pasivos, sino también por los activos que en cualquier momento pueden ingresar al mercado de bienes y servicios.

Dentro de la doctrina penal peruana de modo próximo a este criterio se considera que el bien jurídico protegido en el delito de colusión es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales del Estado¹²⁴. 37

122 Cfr. MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima, N.º 26, agosto 2011, p. 26.

123 Véase el R. N. N.º 1087-2013 del 17 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

124 Cfr. MONTAÑA VIVANCO, Yvan y OTROS; *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*, Lima: IDEHPUCP, 2013, p. 107; GUIMARAY MORY, Erick-Rodríguez VÁSQUEZ, Julio, “Colusión por comisión por omisión. El caso de los alcaldes y los presidentes regionales”, en *Revista Ius et Veritas*, Lima, N.º 51, diciembre 2015, p. 287.

Se parte de la premisa que afirma que la administración de recursos del Estado se ve reflejada en la entrega de servicios públicos, los cuales buscan satisfacer las necesidades y condiciones mínimas o básicas que los ciudadanos necesitan para su desarrollo. Por este motivo, el uso o gestión eficiente e imparcial de los recursos es imperativo para hacer viable el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos¹²⁵.

Se sostiene que “la eficiencia de la asignación tiene que ver más con criterios procedimentales, que con los resultados concretos de la propia asignación. Dicho de otro modo, la idoneidad en la asignación de recursos es una cuestión que se determina de forma ex ante, sin tomar en cuenta los resultados concretos. Si no fuese así, el objeto de prohibición penal se determinaría por sucesos posteriores a la conducta del agente, con lo cual la capacidad de motivación y la seguridad jurídica acerca de la propia punición se verían gravemente afectadas. Por ende, en del delito de colusión no se protege el patrimonio del Estado en un sentido económico (menoscabo cuantitativo en términos contables), sino la asignación de los recursos públicos de manera eficiente y funcional¹²⁶”.

Creemos que la asignación eficiente de los recursos públicos bajo ninguna forma puede considerarse como bien jurídico protegido en el delito de colusión debido a que: i) supondría extender en forma desmedida el ámbito de protección de la norma a todos aquellos casos en los que la asignación de recursos es simplemente no eficiente, descuidada o poco diligente lo que llevaría, por ejemplo, a plantear el castigo de las simples imprudencias en el manejo de los recursos públicos. La cobertura de la infracción se extendería de manera amplia e injustificada; ii) Se tendría que criminalizar cualquier infracción administrativa que implique una asignación no eficiente de recursos públicos y que tenga que ver con una relación contractual con terceros (contratistas); iii) Dicho planteamiento no comprende dentro de su alcance los casos en los que el Estado interviene como agente económico en el mercado y ofrece bienes y servicios y no tanto asigna recursos de manera eficiente.

125 Véase MONTOYA VIVANCO, Yvan y otros, *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*, p. 108.

126 GUIMARAY MORY, Erick y Julio, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, “Colusión por comisión por omisión. El caso de los alcaldes y los presidentes regionales”, en *Revista Ius et Veritas*, Lima, N.º 51, diciembre 2015, p. 287.

2. La libre competencia de los proveedores

También es posible considerar como bien jurídico protegido del delito de colusión a la **libre competencia de proveedores**¹²⁷ que se vería mermada y profundamente venida a menos cuando el contrato estatal es obtenido por un interesado que se concierta ilegalmente con un funcionario y le otorga la buena pro, bajo condiciones más ventajosas y que perjudica la concurrencia de otros proveedores. Aquí se trata de un bien jurídico externo a la administración pública¹²⁸. En buena cuenta las empresas y las personas naturales que contratan con el Estado verían sus posibilidades de participación y éxito notablemente reducidas, o las mismas serían prácticamente nulas, ya que para obtener algún resultado positivo deben primero concertarse y llegar a acuerdos ilícitos antes que competir en condiciones de igualdad de oportunidades.

38

El mercado en lo que atañe a la contratación estatal se vería profundamente distorsionado ya que el ganador de los concursos públicos o las licitaciones no se inclinaría a quién ofrece un mejor bien, una mejor calidad del producto o un mejor precio, sino al interesado que conoce a los funcionarios, los corrompe y con base a cualquier medio logra concertarse con ellos defraudando las expectativas sociales y estatales.

Se destaca que los procesos de contratación dirigidos a favorecer a un proveedor se afectan de manera directa el principio de libre competencia, por no haberse previsto mecanismos que fomenten la más amplia pluralidad y participación de postores potenciales, de conformidad con la Ley de adquisiciones y Contrataciones del Estado¹²⁹.

Este planteamiento pese a lo sugestivo que aparece presenta objeciones.

En primer lugar, se resalta que lo que se prohíbe y se castiga son conductas de funcionarios públicos y no actos de particulares, por lo que mal se haría al plantear que el objeto de protección sea la libre competencia de los proveedores. En tal sentido, no se busca cautelar los intereses de terceros, de los

127 En sentido semejante, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano*, p. 261.

128 Véase, GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1091.

129 Véase el R. N. N.º 379-2015 del 24 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

proveedores o de las empresas competidoras, sino el sistema de contratación estatal, proscribiendo concertaciones ilícitas.

En segundo lugar, la protección de las condiciones de participación igualitaria en el mercado no se tutela a través de los delitos contra la Administración pública, sino por medio de delitos socio-económicos. La tipificación del delito de colusión no busca proteger las condiciones de participación igualitaria de los proveedores del Estado en un modelo de libre mercado¹³⁰.

En tercer lugar, la protección de los intereses patrimoniales del Estado no pasa necesariamente por la preservación de la libre competencia. Al Estado lo que le interesa es poder comprar bienes de buena calidad a un precio adecuado, al margen si dicha operación se realiza a una empresa monopólica o con una competencia entre los actores económicos del mercado. El Estado como cualquier agente económico le importa adquirir bienes y contratar servicios a un buen precio, a una buena calidad y en mejores condiciones.

En cuarto lugar, la libre competencia de proveedores solo rige en la etapa de preparación y calificación del proceso de contratación, pero no es de aplicación en la fase de ejecución contractual en la que ya se eligió al concreto y específico proveedor. El bien jurídico protegido en el delito de colusión vale para todas las etapas del proceso de contratación y no para una sola fase del proceso.

3. El patrimonio estatal

39 Para un importante sector doctrinal en el delito de colusión se protege el patrimonio público estatal¹³¹, el marco económico-patrimonial¹³² o, si se quiere, el patrimonio de la concreta entidad u órgano público. Si bien el patrimonio del Estado tiene autonomía propia para ser protegido se remarca el

130 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 25.

131 Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la Corrupción Política, Administrativa y Judicial*, p. 401.

132 En la doctrina nacional, MARCA ROMERO, Elmer, "Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758", en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 25.

hecho de que dicha tutela es imprescindible para el correcto desempeño de las funciones públicas¹³³.

El concepto de patrimonio estatal está formado por el conjunto de derechos, obligaciones y bienes de naturaleza económica que pueden ser dispuestos por el Estado. Esta noción está integrada por los activos y pasivos.

La definición de patrimonio puede lograrse entendiéndolo como “el conjunto de valores económicos jurídicamente reconocidos”¹³⁴ o “las relaciones jurídicas valuables económicamente”¹³⁵. De esta manera, sólo se protege al bien que goza de valoración económica, pero que a la vez es un derecho o un bien que merece tutela penal. Se evita, de un lado, extender la tutela jurídica a las puras situaciones de facto contrarias al ordenamiento jurídico y, por el otro, se evita incurrir en un criterio formalista que sólo repara en la serie de derechos protegidos por el ordenamiento jurídico, sin hacer hincapié en el aspecto económico del mismo.

La consecuencia de este planteamiento es excluir del ámbito de protección de la norma penal aquellos actos bilaterales que posean un contenido distinto al económico-patrimonial¹³⁶.

133 Cfr. MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona: Bosch, 2000, p. 335; MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 1260; RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS-OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 401.

134 Así, por ejemplo, GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Curso de derecho penal español. Parte especial*, t I, p. 551, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal*, p. 161.

135 Véase: MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale: delitti contro il patrimonio*, p. 18. Sin embargo, este autor sostiene un original concepto de patrimonio que denomina concepción “*jurídica funcional*”, que se vincula tanto a las complejas relaciones jurídicas existentes entre una persona y los bienes, y por otro lado, opera con un criterio instrumental caracterizado por la satisfacción de necesidades humanas, ya sea de materiales o espirituales. Postura que lo hace aceptar sin ambages la posibilidad de criminalizar conductas que atenten contra valores puramente afectivos o las partes del cuerpo humano no comerciables. También MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, p. 348.

136 Cfr. MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 26.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en el delito de colusión: “el bien jurídico protegido es el patrimonio administrado por la Administración pública y, adicionalmente, la legalidad del ejercicio funcional —aunque esto último no constituye el fundamento del injusto típico—¹³⁷. Asimismo, ha señalado que “el objeto de protección alude a la conducta desleal del funcionario o servidor público orientada tanto hacia la producción de un menoscabo a la corrección de los procesos de contratación pública u operaciones a cargo del Estado como a la causación de un perjuicio patrimonial al Estado o entidad u organismo del Estado —se trata de procesos de competencia reglados que tienen por finalidad adquisiciones, contrataciones y, en general, negocios públicos—. Se defrauda al Estado —se incluye toda entidad u organismo del Estado— en tanto se pretenda que la contraprestación recibida sea inferior a la prestación del mismo, o inferior a la que se podría haber recibido de no haberse adulterado el proceso por la concertación¹³⁸”.

- 40 Los daños morales que tienen efecto indirecto sobre el patrimonio no pueden ser considerados como una parte integrante del mismo. Su influencia a lo mucho se extenderá a la reparación civil del delito¹³⁹. Asimismo, no sólo se protegen los **derechos subjetivos** como la propiedad, la posesión etc., sino las **posiciones económicas jurídicamente reconocidas**¹⁴⁰. Esta posición es la dominante en la doctrina jurídica tanto alemana como española¹⁴¹. Incluso, se llega a tutelar las situaciones ilícitas propias del derecho civil v. gr., posesiones ilícitas o de mala fe, pero no se protege bienes o posiciones fácticas que provienen de delitos, pues ello supondría un *contradicto in adjecto*, toda vez que el derecho penal estaría protegiendo lo que al mismo tiempo prohíbe.

137 Véase el R. N. N.° 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.° 3803-2010 del 04 de mayo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

138 Véanse el R. N. N.° 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.° 1687-2014 del 109 de diciembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

139 Ampliamente, CASTILLO ALVA, José Luis, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Lima: Idemsa, 2001, p. 104 y ss.

140 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, p. 371.

141 Así, GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Curso de derecho penal español. Parte especial*, t I, p. 552; VIVES ANTÓN y GONZÁLES CUSSAC, *Comentarios al C.P. de 1995*, t II, p. 1108; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal (P.E.)*, p. 344; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Delito de hurto*, p. 28 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, p. 371.

Las expectativas económicas no integran el concepto de patrimonio estatal en la medida que todavía no se convierten en derecho, ni se puede disponer válidamente de las mismas.

Desde la perspectiva funcionalista se critica que el patrimonio pueda ser considerado como bien jurídico protegido en el delito de colusión. Se acota que el objeto de protección es más bien el conjunto de deberes especiales atribuidos a los funcionarios públicos por la institución del Estado¹⁴².

41

Dicha posición destaca que la visión institucional del bien jurídico es la que mejor se ajusta a la naturaleza de las obligaciones del funcionario público¹⁴³ y que el considerar al patrimonio como bien jurídico protegido supone limitar al objeto de protección por parte del derecho penal¹⁴⁴.

Una interpretación que se desprende de la actual redacción del delito de colusión permite sostener que en una concreta modalidad de contratación pública como es el contrato de concesión no se protege el patrimonio del Estado, toda vez de que en dicha forma contractual el Estado, como regla, no realiza disposición patrimonial alguna para la prestación de un servicio o la construcción de una obra, sino que la inversión y gasto se deja en manos del contratista particular. Aquí el Estado emplea una técnica contractual por la cual se cede la administración de un servicio público o la construcción (o mantenimiento) de una obra pública a un tercero (persona jurídica nacional o extranjera) que recibe a cambio el pago de una tarifa por parte de los usuarios del servicio, pero no directamente del Estado. No se comprometen recursos públicos, sino que se deja el riesgo de la inversión y administración a particulares.

Si el contrato de concesión es producto de la concertación y es desventajoso para el Estado hay delito de colusión, aún cuando no haya desplazamiento patrimonial alguno por parte de la entidad estatal.

V. EL BIEN JURÍDICO DE CONTENIDO PLURAL

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional y comparada se postula que el bien jurídico en el delito de colusión tendría un contenido plural y diverso.

42

142 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1092.

143 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1093.

144 Cfr. MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl, "El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión", en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 79, enero del 2016, p. 105.

En la jurisprudencia nacional se observa afirmaciones en el sentido que “el objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado, así tenemos que con el no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales a las que alude el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sino también, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público en calidad de representante del Estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la administración pública, y además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de éste, evitando así los actos defraudatorios”¹⁴⁵.

El bien jurídico protegido es el patrimonio administrado por la Administración pública y la legalidad del ejercicio funcional¹⁴⁶ como también el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto es el patrimonio administrado por las entidades públicas¹⁴⁷, incorporando en su ámbito objetivo como elementos necesarios la concertación con los interesados, y la defraudación al Estado o al ente público concreto¹⁴⁸. Lo esencial

145 Véanse el R. N. N.º 1305-2014 del 10 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 907-2014 del 27 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 3225-2014 del 29 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 228-2013 del 18 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 118-2013 del 22 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1829-2012 del 24 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 2264-2011 del 07 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 3008-2010 del 22 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 3348-2011 del 13 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 154-2011 del 26 de enero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1034-2011 del 28 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 3358-2010 del 31 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1167-2010 del 24 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 668-2009 del 15 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

146 Véase el R. N. N.º 1455-2010 del 08 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

147 Véase el R. N. N.º 3910-2013 del 24 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

148 Véanse el R. N. N.º 1550-2015 del 23 de marzo del 2016 de la Sala Penal Permanente

en estos delitos de funcionarios es que deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, importen un ejercicio contrario al deber de la función pública, pero además importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo de acuerdo con los principios del Estado de derecho¹⁴⁹.

La doctrina penal es un criterio muy influyente ha destacado que “la colusión se presenta como un delito pluriofensivo de tres bienes jurídicos que vienen a ser: a) Preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones que a nombre del Estado efectúan los negociadores oficiales; b) Garantizar la intangibilidad de los roles especiales inherentes a la función pública que asumen dichos negociadores en sus relaciones con los interesados en contratar con las diferentes reparticiones públicas; de este modo se asegura mediante el efecto comunicativo de naturaleza preventiva de la norma penal, la profesionalidad objetiva y celo de los funcionarios y servidores públicos especialmente consignados; y c) Asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, conminando con severa penalidad a los funcionarios y servidores públicos que trasgrediendo sus roles especiales de negociación y representatividad pública quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado¹⁵⁰”. Dicho planteamiento ha sido aceptado por algunos fallos de la Corte Suprema¹⁵¹.

(ponente: Hinojosa Pariachi), el R. N. N.º 2929-2014 del 12 de agosto del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 300-2014 del 21 de mayo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3231-2012 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 1832-2012 del 05 de junio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 3804-2011 del 14 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 167-2012 del 17 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente (voto discordante de los señores jueces supremos Barrios Alvarado, Tello Gilardi y Neyra Flores), el R. N. N.º 1830-2010 del 19 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1408-2010 del 06 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2118-2010 del 16 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 1236-2010 del 13 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3914-2009 del 28 de octubre del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 4563-2009 del 23 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

149 Véase el R. N. N.º 3910-2013 del 24 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

150 Por todos, ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 407.

151 Véanse el R. N. N.º 1329-2013 del 20 de noviembre del 2014 de la Sala Penal

De igual forma, se estima que el bien jurídico protegido en el delito de colusión puede ser desdoblado en un doble plano a saber: primero, para con el Estado, en la procura de ejercer la función con la debida imparcialidad y objetividad, en la búsqueda de las mejores condiciones para con el interés patrimonial estatal y, segundo, por parte de la ciudadanía, en el cual los funcionarios encargados de las contrataciones administrativas solo basen su calificación (contratación pública-administrativa) en criterios de idoneidad y eficiencia, sumada a la necesaria imparcialidad, a fin de recibir una prestación pública de calidad¹⁵².

La Corte Suprema ha señalado como bien jurídico protegido del delito de colusión: “a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de éste a los funcionarios o servidores públicos¹⁵³”.

43

Sin embargo, consideramos que no es correcto entender como bien el jurídico del delito de colusión ilegal el cautelar la imagen de la administración o de los funcionarios públicos¹⁵⁴, pues el derecho penal y el ordenamiento jurídico no pueden tutelar meras apariencias o estimaciones eufemísticas de la administración. En realidad, lo que se protege aquí es el sistema de contratación administrativa del Estado y que se refleja en cada entidad pública. En todo caso la protección del sistema de contratación pública tiene como consecuencia la mejora de la imagen estatal.

Por su lado, la referida actuación conforme al deber que importa el cargo no es de exclusiva pertenencia del delito de colusión ilegal, sino que invade todas las actividades de la administración pública e, incluso, también se puede predicar de otras infracciones penales como el peculado o la malversación de fondos y otros delitos que no poseen un contenido patrimonial.

Permanente (ponente: Cevallos Vega), el R. N. N.º 434-2014 del 26 de noviembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Cevallos Vega) quien sigue la postura de Fidel Rojas.

152 Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl, “Pena efectiva de privación de la libertad para los funcionarios y servidores públicos que cometen delitos funcionales de contenido patrimonial. Ley N.º 30304: lineamientos normativos de una cultura carcelaria”, en *Actualidad Penal*, Lima: Instituto Pacífico, junio del 2015, N.º 12, p. 40.

153 Véase el R. N. N.º 2029- 2005 del 24 de mayo del 2006.

154 Cfr. CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 310.

Si bien se entiende que en el delito de colusión se afecta el patrimonio estatal dicha afectación se concreta normalmente con la vulneración de la partida presupuestal asignada a una determinada entidad pública.

El bien jurídico de carácter plural o de contenido variado si bien pretende dotar de significado a un tipo penal y cubrir diversas facetas de la contratación pública obedece más a una posición sincrética, sintetizadora que a un intento serio, riguroso de interpretación sistemática de reconstruir el bien jurídico protegido en el delito de colusión ilegal. En dicho planteamiento se condensan elementos funcionales (el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado), patrimoniales, sociológicos (intangibilidad de los roles especiales inherentes a la función pública) y éticos (los deberes de lealtad institucional y probidad funcional) que poco o nada tiene en común y que escasamente aportan a la función del derecho penal y la misión sistematizadora que se le asigna a la teoría del bien jurídico.

La mayor amplitud del contenido del bien jurídico protegido no supone necesariamente que se alcance claridad, precisión y una mejor cobertura en la interpretación del delito de colusión.

Un sector de la doctrina peruana distingue que en el delito de colusión se protege un bien jurídico genérico y un bien jurídico específico¹⁵⁵. Se considera que el bien jurídico genérico es el normal y recto funcionamiento de la administración pública¹⁵⁶ o el correcto funcionamiento de la administración pública¹⁵⁷, mientras que los bienes jurídicos específicos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de las funciones públicas. También es el patrimonio administrado por el Estado¹⁵⁸.

44

155 Por todos, PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 25; SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la Administración pública*, p. 326; MARCA ROMERO, Elmer, "Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758", en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 23.

156 Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, "Delitos contra la Administración pública", p. 326; MARCA ROMERO, Elmer, "Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758", en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 23.

157 Por todos, PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 25.

158 Véase, PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 25.

Más allá de la distinción entre bien jurídico genérico y bien jurídico específico consideramos que sostener como objeto de tutela penal en el delito de colusión al “correcto funcionamiento de la administración pública” constituye una terminología que adolece de precisión y peca por indeterminación y vaguedad. No ayuda ni favorece a una adecuada interpretación del injusto penal y no cumple con la función hermenéutica que se le reconoce al bien jurídico. Se trata de una afirmación excesivamente amplia en la que puede caber tanto la comisión de un delito contra la administración pública, sin distinción y matiz alguno, como también la comisión de cualquier infracción administrativa o de un hecho que suponga la perturbación del correcto funcionamiento de la administración pública. Se recuerda que los objetos de protección vagos o genéricos y de tal abstracción que resulten inaprehensibles, no pueden ser reconocidos como bienes jurídicos¹⁵⁹.

Por otro lado, el afirmar que el bien jurídico protegido específico en el delito de colusión es: “la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de las funciones públicas” constituye una afirmación genérica que no tiene en cuenta que la estructura típica del delito de colusión se refiere de manera expresa y puntual al sistema de contratación del Estado en cualquier de sus etapas y modalidades, el cual puede ser afectado por un acto de concertación entre un funcionario y un tercero.

VI. NUESTRA POSICIÓN

1. El bien jurídico

45 El bien jurídico como principio rector del sistema penal desarrolla una función en la fase legislativa de criminalización, en la configuración del injusto penal y en la interpretación y aplicación del derecho. Veamos:

En la etapa legislativa de criminalización o en la creación de las leyes penales:

- i) Una función clasificatoria y de ordenación sistemática de la parte especial, cuyo principal cometido es servir como elemento de ayuda

159 Cfr. MANTOVANI, Ferrando, *Los principios del derecho penal*, Lima: Ediciones Legales, 2015, p. 165.

para delimitar el contenido de los distintos preceptos que lo componen, según una ordenación impuesta por el legislador, sea en el Código penal o en una ley especial;

- ii) El bien jurídico representa desde el punto de vista jurídico constitucional un límite material indiscutible de la ley penal¹⁶⁰ desde el momento que se sostiene que no puede haber delito que no busque la protección de un determinado bien jurídico¹⁶¹. El bien jurídico representa el presupuesto necesario para la configuración de un delito en particular y en especial del tipo penal. Supone el fundamento y límite del *ius puniendi*¹⁶².

Las leyes penales se formulan por el legislador sobre la base de las valoraciones de la sociedad en general (convicciones generales¹⁶³) o, por lo menos, de las valoraciones vigentes del grupo social dominante¹⁶⁴ y dicha decisión legislativa de crear un delito para que cuente con soporte constitucional debe fundarse en la protección de un bien jurídico determinado. Una ley penal, en concreto, una ley que suponga la creación de un delito, sin la base previa en un bien jurídico concreto, es una ley arbitraria al no legitimarse en un presupuesto material.

En la teoría de la legislación penal el principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos desarrolla un rol gravitante¹⁶⁵, tanto en la

160 Por todos, SCHÜNEMANN, Bernd, *¿El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, p. 25; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *ADPCP*, t. 43, p. 9 quien alude a una "función constrictora del ejercicio por el Estado del poder punitivo en el momento legislativo".

161 Cfr. NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1 Reimp., 1989, p. 56: "No es concebible un delito que no lesione un bien jurídico protegido. De este modo la lesión a un bien paraciera ser definitiva del concepto de delito".

162 Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan, *La Constitución penal. Los derechos de la libertad*, en Instituto de derecho penal europeo e internacional. Universidad de Castilla la Mancha, p. 4.

163 Cfr. Díez RIPOLLÉS, José Luis, "El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", en *Jueces para la democracia*, N.º 30, 1997, p. 17.

164 Cfr. NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, p. 69.

165 Cfr. Díez RIPOLLÉS, José Luis, "El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", en *Jueces para la Democracia*, N.º 30, p. 17.

selección de los bienes penalmente relevantes como en su confrontación con los valores y principios constitucionales. La tutela del bien jurídico de relevancia constitucional constituye una condición necesaria de la legitimidad de la norma penal, más no es suficiente para fundar la obligación de penalizar una conducta¹⁶⁶. El hecho que haya un objeto que cumpla con el requisito de merecimiento de pena, no quiere decir que la pena sea necesaria.

El legislador al adoptar la decisión de castigar o no un determinado comportamiento no es completamente libre ni tiene discrecionalidad absoluta para elegir qué castiga penalmente y cómo opera dicho castigo. Todo poder penal que aspira ser legítimo y respetuoso de los principios y reglas constitucionales debe respetar el criterio del bien jurídico como directriz normativa básica y condición de validez de las normas penales. Se parte aquí por considerar que la libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial de los derechos fundamentales¹⁶⁷ y en los principios penales (explícitos e implícitos) contenidos en la Constitución.

- iii) Una función político-criminal¹⁶⁸ o de crítica¹⁶⁹ al conjunto de bienes que se protegen por el sistema penal, sea que se busque una descriminalización de la conducta o que se incorporen nuevos bienes jurídicos penalmente relevantes. Se trata de una función que trasciende

166 Cfr. PULITANÒ, Domenico, "Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali", en *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2011, p. 13; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid: Trotta, 10.ª ed., 2011, p. 471; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, N.º 2, p. 263: "La Constitución no impone la protección penal, sino que suministra pautas vinculantes acerca de los bienes susceptibles de ser objeto de la misma."

167 Cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Constitución y sanción penal", *Libertas - Revista de la Fundación Internacional de Ciencias penales*, N.º 1, 2013, p.

168 Cfr. ESER, Albin, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 31.

169 Cfr. HASSEMER, Winfried, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en *Doxa*, N.º 8, 1990, p. 179, él mismo, "La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana", en *ADPCP*, t. 46, 1993, p. 55 quien recuerda que el principio de protección de bienes jurídicos es: "un presupuesto no solo en cuanto a su contenido sino también en cuanto a su capacidad crítica de la correcta codificación penal".

al propio sistema penal y que desempeña un papel externo depurador o de mejora¹⁷⁰.

La determinación del bien jurídico protegido por la ley penal en un delito concreto es el punto de partida necesario que sirve para el examen de la legitimidad de los tipos penales. Se trata de implementar aquí un mecanismo de justificación externa al propio sistema penal.

El legislador solo debe castigar delitos que protegen bienes jurídicos o intereses sociales valiosos; de tal manera que deben excluirse de su ámbito la protección de criterios morales, planteamientos puramente éticos¹⁷¹ v. gr., la rectitud del funcionario en los delitos contra la administración pública, etc. La idea del bien jurídico se opone a que se pueda proteger por el derecho penal una ideología o una particular cosmovisión del mundo¹⁷².

La función crítica del bien jurídico pretende desplegar sus efectos sobre la política criminal del Estado¹⁷³, ejerciendo influencia tanto en los bienes que deben protegerse penalmente como en los bienes que deben descriminalizarse. El bien jurídico desarrolla un papel político en la medida que pretende obligar al Estado a proteger determinados intereses mediante las normas penales así como también se dirige a impedir que se tutelen otros intereses¹⁷⁴.

La noción de bien jurídico como núcleo del concepto material del delito permite desplegar una crítica al poder penal, orienta la actividad legislativa racionalizando los medios y el contenido de las nor-

170 Ampliamente, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, p. 470, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Madrid: Colex, 1997, pp. 85 y ss.

171 Cfr. HASSEMER, Winfried, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en Nuevo Foro penal, N.º 51, enero de 1991, p. 26.

172 Cfr. HASSEMER, Winfried, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en Doxa, N.º 8, 1990, p. 179: "Una conminación penal que solo tenga como objeto ideología social, es, por tanto, ilegítima".

173 Cfr. HASSEMER, Winfried, "La ciencia jurídico penal en la Republica Federal Alemana", en ADPCP, t. 46, 1993, p. 56.

174 Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en ADPCP, t. 43, p. 8.

mas penales. Por ejemplo, se plantea descriminalizar todas aquellas modalidades de conducta que al no implicar la lesión de un bien jurídico no pueden ser consideradas socialmente lesivas¹⁷⁵.

La implementación a nivel legislativo del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos debe efectuarse de la mano del principio de intervención fragmentaria y de subsidiaria del derecho penal.

Una de las principales consecuencias que se derivan del carácter fragmentario del Derecho penal es el limitar el centro de actuación de esta rama del ordenamiento jurídico a los ilícitos más graves o a las conductas antijurídicas que vulneran las normas más elementales de la convivencia humana pacífica¹⁷⁶. El principio de fragmentariedad penal tiene una naturaleza **cualitativa**¹⁷⁷.

El principio de intervención subsidiaria es conocido como el **carácter subsidiario** del derecho penal¹⁷⁸, como la **última ratio**¹⁷⁹, o también como la **naturaleza secundaria** del Derecho penal¹⁸⁰ que tan sólo supone un **límite negativo** para el legislador¹⁸¹.

El bien jurídico también cumple un papel en la configuración y fundamento del injusto penal:

- iv) El bien jurídico protegido constituye el fundamento del injusto penal.

175 Cfr. ESER, Albin, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, p. 32.

176 Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, p. 66; Díez RIPOLLÉS, José Luis, *El derecho penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual)*, p. 84.

177 Cfr. Díez RIPOLLÉS, José Luis, *El derecho penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual)*, p. 85.

178 Cfr. ZIPF, Heinz, *Introducción a la política criminal*, p. 43; MAURACH, Reinhart-ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, 2/3, p. 34 y ss; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, 2/28, p. 65, quien lo estudia como subsidiariedad en la protección de bienes jurídicos.

179 RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 20 y ss quien lo denomina "última ratio legis".

180 MAURACH, Reinhart-ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, 2/3, p. 34.

181 Cfr. AGUADO CORREA, Teresa, *El Principio de proporcionalidad en el derecho penal*, p. 243.

La configuración del tipo penal depende de la concurrencia y determinación de un bien jurídico. En un Estado Constitucional la creación de un tipo penal está vinculado directamente a un bien jurídico. La incorporación de una nueva figura delictiva debe relacionarse con la necesidad de protección de un interés social valioso (bien jurídico). De igual manera, la descriminalización (formal o material) de un comportamiento supone la falta de necesidad de proteger un determinado interés social.

La razón de la existencia de las normas penales es la preservación de un bien o un interés socialmente valiosos¹⁸². Las normas penales poseen como finalidad la protección de bienes jurídicos. Sin bienes jurídicos simplemente no hay normas penales.

A nivel del tipo objetivo la noción de bien jurídico posee una especial trascendencia en la determinación de los criterios de la teoría de la imputación objetiva, en particular, en la creación del riesgo típicamente relevante y su realización en la lesión al objeto de la acción¹⁸³. Aquí la lesión o puesta en peligro del bien jurídico adquiere máxima importancia.

El bien jurídico despliega también su importancia a nivel de la anti-juridicidad, en concreto, en la configuración de las causas de justificación¹⁸⁴, tal como ocurre, por ejemplo, con el estado de necesidad, la legítima defensa y el consentimiento del ofendido. Si una persona lesiona un bien jurídico (v. gr., propiedad) y dicha lesión sirve para salvar o proteger otro bien jurídico de mayor valor (v. gr., vida, salud) la conducta se encuentra justificada. El derecho busca proteger todos los bienes jurídicos, pero en caso se lesione alguno de ellos prefiere proteger los bienes de mayor valor. En el caso del consentimiento la conducta carece de relevancia jurídica si hay una libre disponibilidad del bien jurídico por parte de su titular. En la legítima

182 Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *ADPCP*, t. 43, 1990, p. 5.

183 Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *ADPCP*, t. 43, p. 26.

184 Cfr. NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, p. 69; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *ADPCP*, t. 43, 1990, p. 26.

defensa las restricciones en su aplicación tienen que ver con la importancia del bien jurídico.

La noción de bien jurídico extiende su alcance a nivel de la tentativa, en especial, si se asume la teoría objetiva de la tentativa que sirve para demarcar entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos punibles, según la puesta en peligro del bien jurídico¹⁸⁵.

También la idea del bien jurídico sirve para delimitar el concurso ideal o real de delitos del delito continuado, ya que solo puede haber concurso de delito si se determina si hay homogeneidad o heterogeneidad en la lesión de uno o varios bienes jurídicos.

En la etapa de interpretación y aplicación del derecho el bien jurídico cumple un importante papel:

- v) Una función hermenéutica o interpretativa —llamada también función dogmática, garantista o de seguridad¹⁸⁶— que busca determinar el sentido y alcance de cada delito de la parte especial. Si es que se acepta la premisa de que no puede haber delito sin lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos resulta indispensable que se identifique en cada delito en particular el bien jurídico protegido y se fije su contenido y alcance al momento de interpretar y aplicar un determinado tipo penal¹⁸⁷. Sin la precisión del bien jurídico protegido no es posible que haya una tarea interpretativa válida en los distintos delitos que componen la parte especial de un Código Penal.

El bien jurídico es útil para delimitar el alcance de la ley penal dado que representa el núcleo de la interpretación teleológica¹⁸⁸, en espe-

185 Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "Bien jurídico y objeto protegible", en *ADPCP*, vol. LX, 2007, p. 129; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, en *ADPCP*, t. 43, 1990, p. 27; NINO, Carlos Santiago; *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, p. 76.

186 Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, en *ADPCP*, t. 43, pp. 7 y 20.

187 Por todos, SCHÜNEMANN, Bernd, *¡El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, p. 23.

188 Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "Bien jurídico y objeto protegible", en *ADPCP*, vol. LX, 2007, p. 128; Díez RIPOLLÉS, José Luis, "El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", en *Jueces para la Democracia*, N.º 30, 1997, p. 17; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *ADPCP*, t. 43, pp. 7 y 19.

cial, para excluir conductas que no lesionan al bien jurídico o que estando cubiertas por la literalidad de la disposición penal no ponen el peligro el bien jurídico o simplemente no guardan relación con el sentido de la prohibición. El bien jurídico ayuda a precisar el contenido de la interpretación allí donde las palabras de la ley penal no logran dotar de un alcance preciso.

El bien jurídico no solo desempeña un papel relevante en la interpretación de la ley penal (función dogmática), sino que despliega su importancia en la aplicación de la ley penal en el caso concreto¹⁸⁹, sea limitando o ampliando los alcances de la punición de ciertos comportamientos.

2. La teoría monista y dualista del bien jurídico

En la doctrina penal actual dos son las posiciones que se plantean acerca de la idea de bien jurídico.

46

Por un lado, la teoría personal del bien jurídico, sostenida por la denominada Escuela de Frankfurt, para quien la esencia de la legitimación del derecho penal está en la protección de intereses individuales. La idea clave es que sólo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano necesita para su libre desarrollo y realización personal. Se identifica el bien jurídico con la satisfacción de las necesidades humanas y que sirve al desarrollo de la persona. El bien jurídico es definido como un “interés humano necesitado de protección”, y se entiende por “intereses” aquellos bienes vitales imprescindibles para la vida en común. Los hechos disfuncionales que no afecten a las posibilidades de autorrealización del individuo no serán punibles.

Aquí el concepto de bien jurídico recibe un contenido concreto sólo en la medida en que se trate de intereses individuales, pues desde una perspectiva liberal el núcleo axiológico radica en el ciudadano. Sólo es posible reconocer como bien jurídico un interés humano necesitado de protección jurídico-penal, esto es, que legitime la acción del Estado desde el punto de vista de la persona: protección de las bases para el libre desarrollo del individuo y su

189 Cfr. Díez Ripollés, José Luis, “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, en *Jueces para la Democracia*, N.º 30, 1997, p. 17; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *ADPCP*, t. 43, pp. 7.

participación justa e igualitaria en la integración social. Si bien se reconoce la existencia de bienes e intereses colectivos la protección penal de dichos bienes sólo puede ser concebidos en un sentido instrumental, en la medida que se funcionalicen para servir al individuo. Una de las consecuencias más notables de esta posición es que los bienes jurídicos colectivos estarán siempre jerárquicamente subordinados a los bienes jurídicos individuales, de tal manera que su violación terminaría siendo menos dañosa.

Los bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o macrosociales son entidades de naturaleza “instrumental” que se encuentran preordenadas para la realización de bienes o intereses individuales de máxima relevancia¹⁹⁰. Las estructuras que sostienen a la sociedad y el Estado, desde una perspectiva liberal, no deben ser entendidas como un fin en sí mismas sino como medios para el desarrollo de la persona en la sociedad¹⁹¹. Solo los bienes jurídicos que puedan contemplarse como condiciones esenciales para el desarrollo de la libertad personal, es decir, que operen como medios para el aseguramiento de los intereses personales, pueden ser legítimamente tutelados por vía de la sanción penal. Tal como señalaba Bustos Ramírez: “(los bienes jurídicos colectivos) hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social¹⁹²”.

En un Estado social y democrático de derecho los bienes colectivos deben surgir de la propia estructura social y, más concretamente, del sistema de relaciones existentes en ella, y solo debe entenderse como los presupuestos o condiciones para la protección y el desenvolvimiento de los bienes individuales¹⁹³.

190 Cfr. VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “Sobre el bien jurídico protegido por el delito de obstaculización a las actuaciones del defensor del pueblo” (art. 502. 2 CP), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, núm. 14-15, p. 2; CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales, en *Revista Chilena de Derecho*, N.º 27, 2000, p. 145. De manera crítica, GRECO Luis, “Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?”, en *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, 2012, N.º 2, pp. 66 y 67.

191 Cfr. ALCÁZER GUIRAO, Rafael, “La protección del futuro y los daños acumulativos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, núm. 4-08, 2002, p. 22.

192 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los bienes jurídicos colectivos”, en *Obras completas*, Lima: Ara editores, 2004, t. II, p. 190.

193 Cfr. HASSEMER, Winfried, “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, en *Anuario*

Las críticas que se dirigen contra la teoría monista son:

- i) Se trata de un criterio sumamente estrecho debido a que no es posible reconducir siempre un bien jurídico colectivo a un interés individual¹⁹⁴. Por ejemplo, el castigo del delito de cohecho no es posible justificarlo a través de la protección de un interés individual por más mediato que sea¹⁹⁵;
- ii) Una de las consecuencias lamentables de las tesis personalistas del bien jurídico es que si es que no se logra explicar un bien colectivo sobre la base de un interés individual se debe plantear la no punibilidad del comportamiento y de ser el caso la descriminalización del tipo penal. Por ejemplo, el hecho de que los impuestos se dirijan a comprar armamento bélico no quiere decir que se debe dejar de criminalizar el delito de defraudación tributaria;
- iii) Se critica también el hecho de que parte de una visión de la sociedad preindustrial que no es posible trasladar, menos aplicar, a la sociedad contemporánea en donde resulta más que evidente que junto a los intereses del individuo, hay también bienes institucionales que requieren una obligada y necesaria protección penal. La tutela de los puros intereses individuales es propio de una sociedad tribal, agraria y no de una sociedad compleja como la actual¹⁹⁶;

de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. 45, 1992, p. 238: “El Estado es una institución derivada de los ciudadanos y se debe funcionalizar su poder en aras de los derechos de los ciudadanos. El contrato social no tolera ningún poder que no sea derivado y ninguna usurpación. Precisamente por ello el poder del Estado debe ser en el derecho penal, donde más claramente se muestra, limitado y vinculado a los derechos del individuo” VÁSQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, Fernando, “Sobre el bien jurídico protegido por el delito de obstaculización a las actuaciones del defensor del pueblo (art. 502. 2 CP)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, núm. 14 y 15, p. 2.

194 Cfr. FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernanrdo, *Retribución y prevención general*, Buenos Aires: B y F, 2007, p. 430 para quien la teoría personal del bien jurídico sólo sería asumible en una sociedad que careciera de intereses comunes, pues “parte de una desacertada dicotomía entre individuo y sociedad, como si los intereses de uno fueran ajenos al otro”

195 Cfr. GRECO Luis, “Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?”, en *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, 2012, N.º 2, p. 67.

196 Cfr. FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernanrdo, *Retribución y prevención general*, pp. 432 y 441: “esta teoría se ha quedado anclada en una visión liberal pura del Estado que no se

- iv) La ideología de la que se parte es una ideología netamente liberal que no toma en cuenta el desarrollo de otras corrientes del pensamiento que, incluso, sin renunciar a la base personalista destacan la necesidad de proteger intereses colectivos y bienes institucionales;
- v) El modelo de Estado del que parten es el de un Estado liberal sin tomar en cuenta la necesidad de reconocer los avances y logros alcanzados con la idea de un Estado social y democrático como los principios y valores que subyacen este modelo de Estado v. gr., la solidaridad.
- vi) No se logra explicar, ni permite la justificación del castigo de las nuevas formas de criminalidad que por sus características, dinámica y medios de ataque logran poner en peligro auténticos bienes colectivos y cuestionan las mismas bases de la sociedad y el Estado v. gr., los delitos socioeconómicos, medioambientales, la corrupción política y administrativa.

Por otro lado, la teoría dualista del bien jurídico considera que los bienes jurídicos pueden ser de naturaleza individual y bienes de carácter universal o colectivo, con la particularidad de que no hay entre ellos un denominador común, al tener su origen en intereses distintos y heterogéneos. Se considera que en el derecho penal actual resulta indispensable tener en cuenta la aparición de nuevos y variados bienes jurídicos como son los llamados bienes colectivos o intereses difusos, cuya característica es la indeterminación de las víctimas, pues precisamente una de las pocas funciones irrenunciables que pueden cumplir los Estados modernos es configurar y proteger intereses públicos supraindividuales. Hoy nadie duda que existen instituciones básicas del Estado que es necesario tutelar y bienes de titularidad colectiva que deben ser protegidos por las normas penales aunque no se vean afectados de forma perceptible intereses individuales¹⁹⁷.

3. El bien jurídico colectivo

47 Los bienes jurídicos colectivos, a grandes rasgos, pueden clasificarse en:

corresponde con el cambio de paradigma que la concepción del Estado ha sufrido a lo largo del S. XX, y que se ha concretado en la fórmula de Estado social”.

197 Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernanrdo, *Retribución y prevención general*, p. 447.

- i) los bienes jurídicos intermedios que aparecen como contextos previos de lesión de bienes jurídicos individuales y que puede ser relacionados de manera directa con bienes jurídicos individuales¹⁹⁸;
- ii) los bienes jurídicos institucionales que comprenden determinadas realidades sociales pero que no se perfilan como sectores de riesgos para los intereses individuales, sino que son bienes públicos. Se trata de instituciones sociales esenciales para el desarrollo personal y social que se basan en la participación y colaboración de los ciudadanos¹⁹⁹. Su lesión tiene carácter autónomo y no es dependiente ni requiere de manera efectiva la lesión de un interés individual. En los bienes jurídicos colectivos el legislador busca proteger otros intereses distintos a los individuales empleando determinadas técnicas de tutela v. gr., delitos de peligro abstracto o de peligro concreto²⁰⁰ con

198 Véase PARIONA ARANA, Raúl, “El derecho penal 'moderno'”, *Revista Penal*, N.º 20, 2007, p. 164.

199 Cfr. ALCÁZER GUIRAO, Rafael, “La protección del futuro y los daños acumulativos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, núm. 4-08, 2002, pp. 18; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *ADPCP*, t. 43, p. 16; VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “Sobre el bien jurídico protegido por el delito de obstaculización a las actuaciones del defensor del pueblo (art. 502. 2 CP)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, núm. 14-15, p. 4; ARROYO ZAPATERO, Luis, “Derecho penal económico y Constitución”, en *Revista Penal*, N.º 1; 1998, p. 2: “La complejidad de la organización social requiere de la protección de una serie de instituciones que son decisivas para la autorrealización del individuo”; también ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, en *Revista Penal*, N.º 18, 2006, pp. 7 y 22.

200 Cfr. HASSEMER, Winfried, “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 45, 1992, p. 242: “Una sola ojeada a los códigos penales actuales muestra que los delitos de peligro abstracto son la forma delictiva que corresponde al derecho penal moderno. Los delitos de peligro concreto o de lesión parecen anticuados. Es fácil comprender por qué el legislador adopta este camino. La forma de los delitos de peligro abstracto facilita enormemente la utilización del derecho penal. Si se renuncia a la comprobación de la lesión, ya no es necesario atender a la relación de causalidad. Lo único que debe mostrarse es la peligrosidad de la acción, peligrosidad que no depende de la comprobación del juez, sino que aparece como el motivo por el cual se criminalice. La tarea del juez resulta muy aligerada”; FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, 3/22 a 27, p. 82 y ss; MENDOZA BUERGO, Blanca, “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, p. 297: “Desde la perspectiva de los fines de política criminal, el empleo preferente de la figura del

los riesgos que ello supone como la disminución de los requisitos de punibilidad que arrastra consigo el relajamiento de las posibilidades de defensa²⁰¹. Ejemplos de delitos en los que se protege bienes jurídicos colectivos son el delito de defraudación tributaria, los delitos contra la administración pública o los delitos contra la administración de justicia.

La técnica de tipificación de los delitos de peligro, especialmente de peligro abstracto, debe ser cuidadosamente utilizada por parte del legislador y como instrumento de anticipación de la tutela penal debe cumplir con algunas exigencias a fin de ajustar su contenido a los parámetros de control constitucional de la ley penal, tal como: a) debe proteger un bien jurídico penalmente importante y con significativa relevancia social; b) La conducta prohibida debe ser, en la mayor parte de casos, efectivamente peligrosa para lesionar el bien jurídico. No basta una peligrosidad general o estadística; c) el marco abstracto de la pena (escala penal) debe ser proporcional y adecuada al contenido material del injusto y que, como regla, debe ser inferior en comparación del delito de lesión o del delito de peligro concreto²⁰². No es posible legitimar como bien jurídico la conducta contraria a los sentimientos de la población, a la moral o las convicciones generales de civilidad si es que no se afecta las condiciones de desarrollo de otras personas o las posibilidades de participación social²⁰³.

delito de peligro abstracto pretende obtener una protección total y sin lagunas frente a nuevas situaciones de amenaza: no se quiere evitar solo la producción de modo imprudente de resultados lesivos o de daños concretos, sino que se intenta adelantar la prevención para posibilitar y garantizar mejor la seguridad y la propia sensación de seguridad”; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid: 1994, p. 301, CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales”, en *Revista Chilena de Derecho*, N.º 27, 2000, p. 143.

201 Cfr. HASSEMER, Winfried, “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 45, 1992, p. 244.

202 Cfr. FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, 3/28, p. 85

203 Cfr. ROXIN, Claus, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-01, p. 16 “de la circunstancia de que una mayoría de la población no esté dispuesta a tolerar una conducta que le desagrade no debe deducirse que ésta podrá ser castigada aunque no afecte a nadie en su libertad de desarrollo”.

Nociones tan ambiguas y difusas como la paz pública, la confianza de los ciudadanos no puede contener criminalizaciones que restrinjan derechos fundamentales²⁰⁴.

El bien jurídico colectivo es aquel que no puede ser dividido en parcelas susceptibles de ser atribuidas directamente a los individuos. Por ejemplo, los delitos contra la administración de justicia o contra administración pública son un bien colectivo debido que a todos los ciudadanos de igual manera tienen interés en ellos; y no solo unas cuantas personas²⁰⁵. El desarrollo social y la complejidad de la vida moderna hacen que no se pueda renunciar a la configuración de los bienes jurídicos institucionales y colectivos²⁰⁶. El menoscabo de dichos bienes jurídicos “se produce más que por cada acto individual, por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento²⁰⁷”.

Las características más importantes de los bienes jurídicos colectivos son²⁰⁸: 48

204 Parcialmente distinto FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, 3/30, p. 86.

205 Por todos, GRECO Luis, “Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?”, en *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, 2012, N.º 2, p. 66; FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, 3/21, p. 82.

206 Cfr. HASSEMER, Winfried, “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 45, 1992, p. 248: “Naturalmente, el Derecho Penal no puede actualmente renunciar a los bienes jurídicos colectivos. Defiendo que estos debieran ser descritos de la forma más precisa posible y que estos debieran ser funcionalizados en atención a los bienes jurídicos individuales”; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, en *Jueces para la Democracia*, N.º 30, p. 18.

207 Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 301; ALCÁZER GUIRAO, Rafael, “La protección del futuro y los daños acumulativos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, núm. 4-08, 2002, pp. 20 y 22; VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “Sobre el bien jurídico protegido por el delito de obstaculización a las actuaciones del defensor del pueblo” (art. 502. 2 CP), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, núm. 14-15, p. 4.

208 Por todos, y ampliamente SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada: Comares, 2003, pp. 193 y ss; SANTANA VEGA, usana, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*; Madrid: Dykinson, 2000, pp. 97 y ss.

- i) En primer lugar, la titularidad compartida, entendida como función o utilidad para la sociedad en su conjunto. Los bienes jurídicos colectivos están referidos a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, de manera que su titularidad se atribuye al conjunto de la sociedad y no sólo a una pluralidad de personas (un colectivo determinado). Ello conlleva a la no exclusividad en el uso y no-rivalidad en el consumo, pues todo bien jurídico colectivo se caracteriza por el rasgo de la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice o impida al aprovechamiento por otros;
- ii) Otra de sus notas relevantes es su indisponibilidad, lo cual se manifiesta en la ineficacia jurídico-penal del consentimiento. Hay acuerdo en que sólo es posible la renuncia a la tutela jurídico-penal cuando se trate de bienes que, por su naturaleza, sean inherentes y exclusivos de la persona individual, no así cuando la titularidad del bien recaiga sobre el conjunto de la sociedad;
- iii) Una de sus características más importantes es su indivisibilidad que se entiende en el sentido de no poder dividir (ni fáctica ni jurídicamente) el bien jurídico en partes. No es posible predicar que a tal o cual ser humano se le atribuye porciones o segmentos del bien colectivo. Se estará a un bien jurídico colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente, imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a un individuo. Del adecuado funcionamiento de la administración pública y de la administración de justicia se benefician todos los ciudadanos en igual medida;
- iv) Un sector de la doctrina considera que los bienes jurídicos colectivos poseen el rasgo de la naturaleza conflictual distinta. Se afirma de que al contrario de los bienes jurídicos de corte individual, los atentados contra los nuevos bienes jurídicos colectivos tienen la particularidad de que las fuentes de peligro provienen de actividades socialmente necesarias (del normal funcionamiento del sistema social)²⁰⁹.

49 En el derecho penal moderno dada la importancia de la intervención del Estado en diversos niveles de la vida social ha generado, como señala

209 Cfr. BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, p. 554.

Hassemer, que el principio de protección de bienes jurídicos devenga en un Derecho Penal que protege instituciones²¹⁰.

El fundamento de la existencia de los bienes jurídicos colectivos e institucionales debe verse tanto en la participación solidaria de la persona en el entramado de las relaciones sociales como en una exigencia derivada del Estado social que configura determinados deberes positivos de solidaridad. Aquí la idea de dignidad de la persona y de la autonomía de la voluntad tiene un protagonismo menor respecto a los deberes de actuación y protección que se nutren de la idea de solidaridad²¹¹.

La idea del bien jurídico, en algunas ocasiones, no solo sirve para limitar la actuación del legislador, sino también para ampliar diversos intereses que se estiman dignos de tutela penal²¹², ya sea por la evolución social, el desarrollo

50

210 Cfr. HASSEMER, Winfried, "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 45, 1992, p. 241: "A ello se corresponde que estos bienes jurídicos, a los cuales se trata de proteger, no son individuales sino colectivos. Adicionalmente, el legislador formula estos bienes jurídicos de forma especialmente vaga y amplia".

211 Cfr. ALCÁZER GUIRAO, Rafael, "La protección del futuro y los daños acumulativos", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4-08, 2002, p. 26.

212 Describen esta situación HASSEMER, Winfried, "Rasgos y crisis del derecho penal moderno", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 45, 1992, p. 239: "La protección de bienes jurídicos se ha transformado de un principio negativo a uno positivo de criminalización. Lo que se formulaba clásicamente como una crítica al legislador de que no podrá crear delitos donde no existiera un bien jurídico, se ha transformado en una exigencia de que criminalice determinadas conductas. Con ello se cambia de forma subrepticia el principio de protección de bienes jurídicos"; MENDOZA BUERGO, Blanca, "Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, pp. 296 y 304: "la tendencia a extender los límites del derecho penal específicamente a través del adelantamiento de la punibilidad y de la configuración de bienes jurídicos de vagos contornos afecta de manera central al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos merecedores y necesitados de tutela penal y al conexo principio de necesaria lesividad de la conducta inculpada para aquellos. Ambos principios son vulnerados por preceptos de índole y sectores de tutela diversos a través de numerosos factores adicionales que van desde la elección de la concreta técnica de tutela entre las distintas clases de delitos, la utilización de diversos recursos de tipificación del hecho punible antes aludidos -ley penal en blanco, tipos indeterminados y cláusulas omnicomprendivas-, solo compatibles con tales principios si se cumplen determinados requisitos que no siempre se dan".

tecnológico o la aparición de nuevos riesgos. El principio de protección de bienes jurídicos demanda también a veces ciertas exigencias de criminalización²¹³.

Sin embargo, la noción de bien jurídico debe ayudar a prevenir los casos en los que la minoría ve amenaza su posición frente a la idea criminalizadora de la mayoría²¹⁴.

El hecho de que se reconozca la vigencia de bienes jurídicos colectivos o institucionales no quiere decir que se admita sin más que el derecho penal posea funciones promocionales y funciones puramente simbólicas, esto es, que se utilice el recurso de la pena para favorecer determinados intereses que representan ciertos objetivos de la organización social o de grupos de presión²¹⁵.

4. El bien jurídico basado en la Constitución

- 51** El concepto de bien jurídico debe fundarse en la Constitución, ya sea de manera expresa o de modo implícita. Si bien puede haber bienes jurídicos que responden a diversos intereses sociales o jurídicos, solo encuentran legitimidad y respaldo aquellos bienes que reflejan el núcleo de valores esenciales que se apoyan en la Constitución²¹⁶.

213 Cfr. HASSEMER, Winfried, "Rasgos y crisis del derecho penal moderno", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 45, 1992, p. 239.

214 Cfr. ROXIN, Claus, "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-01, p. 18: "la función liberal del pensamiento del bien jurídico estriba precisamente en que protege a las minorías también contra una situación de dominio de opinión de la mayoría. También ha de tenerse en cuenta que la opinión pública relativa a si son soportables o reprochables determinadas conductas que no afectan a bienes jurídicos, especialmente tratándose de cuestiones que atañan a las ideas políticas, religiosas o sexuales, es cambiante y susceptible de manipulación. Sobre esta base no se puede fundar una política jurídico-penal racional"

215 Cfr. HASSEMER, Winfried, "Rasgos y crisis del derecho penal moderno", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 45, 1992, p. 244: "La mezcla explosiva de las crecientes demandas sociales de dar una respuesta, junto con la creencia extendida en la eficacia de los medios penales, conjuntamente con el déficit observado en la aplicación de estos medios, implican el peligro de que el derecho penal se reduzca al engaño de que realmente puede solucionar estos problemas. El derecho penal simbólico a corto plazo mitiga, a largo plazo destruye" CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, "Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales", en *Revista Chilena de Derecho*, N.º 27, 2000, p. 136.

216 Ampliamente: ROXIN, Claus, "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica

La idea del bien jurídico no puede estar al margen ni en contra de las valoraciones constitucionales básicas si es que quiere mantener las funciones de interpretación y de control crítico que se le asigna²¹⁷. El derecho penal no puede proteger intereses y bienes incompatibles con la Constitución²¹⁸. El legislador penal puede ir más allá de la Constitución, pero lo que no puede es ir contra su sentido y programa. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como límite a la actuación estatal, en especial de la actividad legislativa, no pretende imponer criterios extrajurídicos distintos y por fuera del marco constitucional. Por el contrario, se trata de expresar y reflejar una serie de criterios materiales que derivan de la idea de Estado de derecho²¹⁹.

La noción del bien jurídico basado en la Constitución supone de modo indispensable tener en cuenta la clase de Estado que ésta determina y la forma de gobierno que se establece.

52

No es lo mismo la idea del bien jurídico que se levanta en un Estado totalitario, en un Estado liberal que en un Estado social y en un Estado democrático²²⁰. Los principios e ideas rectoras del sistema penal (sustativo, procesal y de ejecución) dependen en buena cuenta del tipo y clase de Estado al que pertenecen. Un Estado liberal colocará en el centro al individuo y a los intereses que favorecen el libre desarrollo de la personalidad; mientras que un Estado social tomará en cuenta la protección de las condiciones sociales elementales que permitan la conservación del sistema social, tutelando bienes colectivos v. gr., intereses del consumidor, del sistema económico, de la administración pública, de la administración de justicia, etc.

legislativa sometido a examen", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-01, p. 22 y 24: "la teoría del bien jurídico puede desarrollar sus ideas político-criminales con independencia de la Constitución y ofrecérselas al legislador. Sin embargo, la nulidad de una norma, como es obvio, solo puede ser deducida de una vulneración de la Constitución".

217 Cfr. ROXIN, Claus, "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-01; pp. 11 y 21.

218 Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *ADPCP*, t. 43, p. 9.

219 Cfr. FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, 3/32, p. 87.

220 Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *ADPCP*, t. 43, p. 14.

53

El bien jurídico tiene que servir como concepto material del delito para tutelar intereses individuales o colectivos tendientes a preservar las condiciones de desarrollo de la persona humana en condiciones de igualdad. El sistema jurídico, y el derecho penal, no se agota en el mantenimiento de sus propias normas, sino que busca satisfacer necesidades de los individuos y la sociedad. La concepción del derecho al servicio de la persona deriva de la idea de un Estado democrático y del respeto a la dignidad de la persona humana. Los principios y reglas que derivan de la asunción del modelo de un Estado Constitucional, basado en la idea democrática y de primacía de los derechos humanos, supone una opción ideológica y política no solo del ordenamiento jurídico y del intérprete que lleva a reconocer que hay varios y distintos modelos de derecho, de derecho penal y de teorías jurídicas distintas a las de un Estado Constitucional. La cultura política y el régimen político ejercen una influencia decisiva en las normas del ordenamiento jurídico, sus instituciones y las leyes penales²²¹.

El concepto material de delito exige que el injusto penal deba contradecir las condiciones necesarias para el desarrollo de la personalidad y la igualdad de derechos. Una conducta que no menoscaba ni deteriora las posibilidades de desarrollo de otros no puede ser considerado como un delito, pese a que para un sector de la sociedad sea sumamente reproachable el afectar la moral

221 Cfr. MIR PUIG, Santiago, "Límites del normativismo en derecho penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, 07-18, p. 11: "No ha habido nunca ningún sistema jurídico-penal que no haya estado al servicio de algún sistema político. Merece la pena reducir el alcance de nuestro análisis al derecho penal adecuado a nuestra actual cultura política, puesto que ello permite concretar los principios que han de inspirar su contenido. También permite evitar la impresión que puede dar una concepción apolítica, estrictamente jurídica, de que la legitimación del derecho es independiente de su orientación concreta y procede de sí mismo". De igual forma MIR PUIG, Santiago, "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-02, p. 6 ha destacado que "Desde mi punto de vista, el jurista tiene que esforzarse por reflejar las aspiraciones más indiscutibles de su ámbito cultural. Las declaraciones internacionales de derechos humanos y las Constituciones de su ámbito cultural han de ser nuestro punto de partida. Las exigencias que impone el modelo político del Estado social y democrático de derecho creo que son válidas para todos los países que comparten nuestra tradición jurídica, y no sólo en los que se exprese este modelo en la Constitución. Principios generales como éstos imponen exigencias que en muchos casos distan de haberse realizado concretamente. Admitir los principios no es aceptar el *statu quo*, sino reclamar que se vaya revisando en un proceso de progresiva realización de aquellos principios".

y se considere que dicha acción merece castigo²²² v. gr., las prohibiciones religiosas no pueden fundamentar la criminalización de una conducta, de igual forma las relaciones homosexuales de personas mayores de edad o el incesto entre personas adultas.

La noción de bien jurídico permite una evaluación racional de las normas penales en cuanto a su legitimidad en la medida de que ayuda a saber qué es lo que se pretende proteger, a quién y frente a qué²²³.

54

Las principales ideas guía que se obtienen del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos son la crítica de²²⁴:

- i) las leyes penales motivadas exclusivamente por la ideología;
- ii) las leyes que vulneran derechos fundamentales no protegen bienes jurídicos v. gr., la sanción penal al autoconsumo de drogas²²⁵, la afectación del derecho a la libertad de expresión como en los casos del negacionismo²²⁶ o la criminalización de los discursos de odio²²⁷;

222 Cfr. FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, 3/19, p. 81.

223 Cfr. ROXIN, Claus, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-01, pp. 11 y 21.

224 Ampliamente ROXIN, Claus, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-01, p. 11.

225 Ampliamente GRECO, Luis, *Tortura, incesto y drogas: reflexiones sobre los límites del Derecho penal* (trad. de Daniel Pastor y Eugenio Sarrabayrouse), Buenos Aires: Hammurabi, 2014, pp. 93 y ss.

226 Cfr. ROXIN, Claus, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-01, pp. 27 y 14 con algunas restricciones.

227 Cfr. ALCÁZER GUIRAO, Rafael, “Discurso del odio y discurso político en defensa de la libertad de los intolerantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14-02; 2002, p. 30: “A mi entender, la prohibición bajo pena del discurso del odio (de aquel que no suponga una provocación directa a la violencia inminente) únicamente podría legitimarse en sociedades en situación estructural de crisis, en las que las desigualdades existentes de facto entre grupos sociales sean de tal grado que impidan a algunos de ellos acceder en condiciones de igualdad al ejercicio de la libertad de expresión pública. En una sociedad de tales características, el discurso del odio caería en un campo de cultivo abonado ya previamente para la discriminación, generando entonces un real menoscabo de las condiciones de seguridad del colectivo

- iii) una conducta inmoral o reproachable no fundamenta como tal una lesión de un bien jurídico;
- iv) la vulneración de la dignidad humana propia y que se afectúa con pleno discernimiento no es una afectación de un bien jurídico. La autolesión consciente, hacerla posible o auxiliarla no vulneran bienes jurídicos (ajenos);
- v) la protección de sentimientos sólo puede ser reconocida como protección de un bien jurídico cuando concurren temores realistas de ser objeto de amenaza;
- vi) las normas jurídico-penales predominantemente simbólicas no tienen una función de protección de bienes jurídicos;
- vii) los tabúes y los prejuicios no son bienes jurídicos;
- viii) los objetos de protección vagos, genéricos y de tal abstracción que resulten inaprehensibles no pueden ser reconocidos como bienes jurídicos.

Junto al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos debe tener reconocimiento el principio de subsidiariedad que exige que mientras haya otros mecanismos e instrumentos más adecuados e idóneos para proteger bienes jurídicos se debe preferir su empleo antes que el uso de la pena estatal²²⁸. Por ello, el principio se ha llamado también principio de protección subsidiaria de bienes jurídicos.

discriminado. En esa sociedad inestable, el ejercicio de la libertad de expresión de las minorías no sería instrumento suficiente para hacer frente al discurso del odio: no se darían las condiciones para generar un “discurso de defensa” adecuado. Sin embargo, una sociedad estable en la que no existan situaciones estructurales de desequilibrio o desigualdad entre distintos colectivos sociales, poseerá mecanismos suficientes para ofrecer resistencia al discurso del odio, por lo que no estaría justificado el recurso a un instrumento de ultima ratio como es la pena”.

- 228 Ampliamente ROXIN, Claus, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-01, p. 14: “La mayoría de la doctrina opina que una amenaza de pena, en cuanto sanción más grave, sólo entrará en consideración cuando las regulaciones menos gravosas no resulten suficientes. El principio de subsidiariedad que se establece de este modo tiene un rango plenamente equivalente al principio de protección de bienes jurídicos y concurre con éste con una relevancia político-criminal al menos igual. En consecuencia, cabe caracterizar la tarea del derecho penal como “protección subsidiaria de bienes jurídicos””.

Desde la perspectiva del Derecho Constitucional, creemos, que cualquier crítica y cuestionamiento acerca de la constitucionalidad o no de una ley penal en cuanto a la criminalización de una conducta debe tomar en cuenta obligatoriamente el concepto de bien jurídico junto con los alcances del principio de proporcionalidad y sus manifestaciones como son los principios de idoneidad, necesidad y subsidiariedad a fin de poder llegar a resultados fiables y compatibles con la Constitución y los principios penales que derivan de ella²²⁹. Asimismo, los casos en los que se discute la infraprotección o la sobreprotección por parte de la ley penal la idea básica del bien jurídico desempeña un papel relevante en el esclarecimiento y solución de la problemática.

Por ello, si el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos posee fundamento constitucional y no se trata de una mera construcción de la dogmática penal no es posible prescindir de sus planteamientos en los casos que se discute la constitucionalidad o no de una ley.

5. El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública

El bien jurídico en los delitos contra la administración pública es un bien jurídico colectivo de carácter institucional. No se trata de un interés jurídico individual o personal que se relaciona con ciertas y determinadas personas. En la administración pública hay un cúmulo de intereses dispares y de bienes valiosos, según el sector al que se refiera y que poseen una distinta estructura, naturaleza y nivel de relevancia tanto jurídico como social.

55

229 Ampliamente ROXIN, Claus, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-01, p. 22 y ss; MIR PUIG, Santiago, “Límites del normativismo en derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-18, pp. 13 y 14: “En derecho penal los bienes jurídico-penales son los puntos de referencia de estas exigencias del principio constitucional de proporcionalidad. La necesidad y la idoneidad de la intervención penal lo han de ser para la protección de bienes merecedores de tal protección, esto es, de intereses directa o indirectamente fundamentales para los ciudadanos. Y la comparación de costes y beneficios que requiere una proporcionalidad en sentido estricto debe efectuarse entre la gravedad de los derechos individuales afectados por la pena o medida y la importancia de los bienes jurídico-penales afectados por el delito”.

La clave para entender los delitos de funcionarios, en especial los que tiene que ver con la administración pública, debe tomar en cuenta de manera necesaria una obligada lectura constitucional a fin de aprehender las bases, finalidades, principios y reglas que dirigen cada una de sus actuaciones.

Al respecto, la mejor manera es entender la administración pública como un conjunto de actividades dirigida a la prestación de bienes y servicios de acuerdo a los parámetros propios de un Estado Constitucional y que posee una clara base social y democrática. La administración pública no puede estar ajena y al margen de la finalidad que cumple dentro de un Estado Constitucional. Por ello, no se tutela penalmente un ente abstracto o ideal, sino un determinado bien jurídico que cumple una función jurídico social y que se encuentra en condiciones de servir con objetividad, eficacia y de manera adecuada a los intereses generales²³⁰. La sociedad y los ciudadanos pretenden que la administración responda a los intereses de todos y que el aparato administrativo muestre una adecuada eficacia y funcionamiento buscando siempre el bien común y la satisfacción de los intereses generales²³¹.

El buen funcionamiento de la administración pública se protege a través de la punición de ciertos delitos como el entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos (artículo 283), el delito de perturbación del orden en el lugar donde la autoridad ejerce su función (artículo 375), el abandono de cargo (artículo 380), el delito de nombramiento ilegal (artículo 381), los delitos de desobediencia y resistencia a la autoridad (artículo 368), el abuso de autoridad (artículo 376), el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales (artículo 377), el delito de denegación o deficiente apoyo policial (artículo 378), el retardo injustificado de pago (artículo 390), el delito de rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia (artículo 391).

Por su parte, el patrimonio del Estado se protege a través de algunos delitos como el delito de peculado doloso (artículo 387), el delito de peculado

230 Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto, "El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 17, pp. 104.

231 Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Delitos relacionados con el abuso de la función pública en derecho español*, p. 72.

de uso (artículo 388) o el delito de malversación de caudales públicos (artículo 389).

Asimismo, el sistema de contratación del Estado y los principios que lo rigen se protege de manera particularmente relevante a través del delito de colusión ilegal (artículo 384) y el delito de negociación incompatible, llamado también delito de interés indebido (artículo 399).

56

La prohibición de instrumentalización de la función pública y la venalización del cargo se protege con la criminalización del delito de cohecho pasivo (artículo 393 a 396). En el delito de cohecho de funcionarios públicos se tutela también la igualdad, que se quiebra cuando el funcionario utiliza su ventajosa posición para la obtención de satisfacciones de uno u otro tipo y que se encuentran vetadas a quienes no están en dicha posición²³².

El aspecto fundamental en el bien jurídico protegido en los delitos de funcionarios de la administración pública es un concepto prestacional que demanda plantear los fines constitucionalmente relevantes y sujetarlos a los principios que informan las competencias funcionales, los procedimientos reglados y la adopción de ciertas de decisiones como los principios de coordinación, eficacia, imparcialidad, jerarquía y objetividad y, por supuesto, como concepto envolvente, referido al principio de legalidad²³³.

6. El bien jurídico protegido en el delito de colusión: la tutela de la contratación administrativa

En el derecho público existen una serie de disposiciones normativas y procedimientos reglados que obligan a los órganos de contratación de las dependencias estatales y a los funcionarios que las integran a adjudicar los

57

232 Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 17, p. 139.

233 Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 17, pp. 104.

contratos administrativos en función de las mejores ofertas en cuanto a su calidad y precio, en la medida que se cumplan con ciertos requerimientos y condiciones fijadas en las bases administrativas. Se respeta el derecho a poder contratar con el Estado en la medida que el proveedor cuente con una capacidad legal (v. gr., estar inscrito en el Registro Nacional de proveedores), una capacidad técnica y la suficiente solvencia económica.

Las reglas y principios que regulan la contratación administrativa difieren de manera drástica de las reglas que rigen la contratación en el derecho privado. En el sector privado, aplicando las reglas del Código civil, prevalece la libre elección del contratista, al margen de su capacidad técnica o financiera, los procedimientos de contratación no se encuentran reglados, se puede elegir a cualquier postor, al margen de sus propuestas, y se permite la celebración de contratos incluso perjudiciales al propio patrimonio; en cambio en el ámbito administrativo los procedimientos de contratación se encuentran regulados por una serie de normas y procedimientos, no prevalece la libre elección del contratista, al margen de su capacidad técnica o financiera, se prohíbe la concertación al margen del procedimientos entre los funcionarios y el contratista como tampoco se permite la suscripción de contratos perjudiciales al Estado.

En el sector privado la disponibilidad del patrimonio es libre y amplia en cuanto a los procesos de contratación; mientras que en el sector público la disponibilidad del patrimonio en la contratación administrativa está sujeta al respeto estricto de normas y procedimientos fijados con anterioridad.

La utilización de las técnicas contractuales en la administración pública no es libre, ni voluntaria, sino que resulta preceptiva debido a que las compras y obras públicas están siempre condicionadas a la selección de la oferta económica más ventajosa.

- 58** El bien jurídico protegido en el delito de colusión ilegal debe interpretarse necesariamente en clave económica²³⁴ debido a que el tipo penal plantea la existencia de concertación y fraude. Ello lleva, por ejemplo, a excluir del

234 Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Compendio de derecho penal español (PE)*, p. 836, CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, p. 307; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de derecho penal español (PE)*, Madrid: Marcial Pons, 1997, t. II, p. 418; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis-OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los Delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 405.

ámbito de protección de la norma los actos jurídicos que no posean contenido económico-patrimonial, sino otra naturaleza v. gr., convenios, meros actos administrativos. En efecto, en el delito de colusión solo pueden tener relevancia en el ámbito del injusto penal las concertaciones que inciden sobre *contratos administrativos* que por su propia naturaleza y sentido tienen carácter patrimonial²³⁵.

Los demás contratos, convenios u operaciones por más que posean una importancia decisiva para el Estado o para la entidad pública, si es que no cuentan con esta característica no se encuentran tutelados por la norma penal.

En tal sentido, la incidencia económica del contrato estatal debe ser *directa*²³⁶ e *inmediata*; de esta manera si el contrato posee un contenido no patrimonial o el acto jurídico tiene efectos económicos indirectos o remotos dicho acto no ingresa al alcance del tipo penal.

Creemos, que este planteamiento ha de ser el sentido de interpretación plausible y correcto del delito de colusión sobre todo si se quiere evitar una hiperinflación de los casos penales que entrarían a discutirse dentro de su ámbito de sentido.

En el delito de colusión no se protege el patrimonio estatal de todo daño y de cualquier afectación. Lo único que se prohíbe aquí son los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados en el proceso de contratación estatal.

Asimismo, una restricción derivada del principio de intervención mínima y del subprincipio de fragmentariedad proviene de la concreta y específica materia por medio de la cual se puede afectar los bienes del Estado²³⁷. En

59

235 Cfr. CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 315.

236 Cfr. CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 315.

237 Véase el R. N. N.º 5080-2007 del 01 de julio del 2008 de la Segunda Sala Penal Transitoria: "El Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando dicha protección puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos, para los derechos individuales, en tal sentido en el análisis del caso concreto debe entrar en juego el *principio de subsidiaridad*, según el cual el derecho penal ha de ser la *última ratio*, el último recurso a utilizar a falta de otros

efecto, no es que la concertación puede producirse en cualquier área, sector o actividad del complejo de relaciones en las que el Estado interviene. En realidad, el ámbito típico de la infracción se limita a prohibir y castigar las concertaciones que se realizan en el entramado de la *contratación estatal*²³⁸ y las negociaciones que le son previas de manera inherente, peor aun cuando estas son cada día más extensas y complejas²³⁹. Con razón, se afirma que la situación típica descrita en el delito de colusión posee un área delimitada: *el desarrollo de un proceso de contratación pública*²⁴⁰.

60 Este planteamiento ha llevado a un sector de la doctrina penal ha entender que el bien jurídico protegido en el delito de colusión es la **contratación administrativa**²⁴¹.

Desde nuestra perspectiva la apreciación que el bien jurídico protegido del delito de colusión ilegal es el **patrimonio del Estado** peca por genérica y amplia, pues también en otros delitos, como el peculado o la malversación

menos lesivos. Por otro lado, el denominado *carácter fragmentario del derecho Penal*, constituye una exigencia relacionada con la anterior, es decir, significa que el derecho penal no ha de sancionar todas las conductas vulneradoras de los bienes jurídicos que protege ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, sino sólo castiga las modalidades de ataque más peligrosas para ellos –el derecho penal protege el bien jurídico contra ataques de especial gravedad-. Ambos postulados integran el llamado *principio de intervención mínima del derecho penal*, que consiste en que la intervención del Estado sólo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización. Por eso sólo debe acudir al derecho penal cuando han fracasado todos los demás controles, pues el derecho punitivo es el último recurso que ha de utilizar el Estado”.

238 Cfr. MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 335.

239 Cfr. CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, p. 304.

240 Por todos, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contrala Administración pública*, p. 207. Véase el R. N. N.º 510- 2004 del 21 de enero del 2005.

241 Por todos, GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el Código penal del 2000*, p. 307: “el interés del Estado en que la participación de los funcionarios en los contratos no esté influida por intereses particulares, unidos a la corrupción administrativa, esto es, que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollen con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa”.

de caudales, se tutela el patrimonio estatal. La particularidad del delito de colusión ilegal reside en que el objeto de protección radica en la **tutela de la contratación administrativa**, en la que se proscribe toda forma de concertación, acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación (perjuicio) al Estado²⁴².

Queda claro, entonces, que solo la contratación administrativa es protegida como el bien jurídico en el delito de colusión en la medida que posea un unívoco sentido económico. En este delito solo se puede concertar y perjudicar al Estado en los contratos administrativos.

La nota característica del delito estriba en que la protección al sistema de contratación estatal depende y se condiciona a la aparición de un concreto **modo típico de conducta**: la concertación que se realiza dentro de un determinado procedimiento reglado. El peligro y la lesión al patrimonio estatal que se ejecuta con otros medios o a través de otros mecanismos defraudatorios no se encuentran amparados ni protegidos por el bien jurídico ni por el ámbito de protección de la norma.

Por tanto, la concertación en la contratación estatal representa el punto normativo y de interpretación central que determina o no la configuración del delito y que de faltar convierte al comportamiento en atípico o lo puede reconducir a otra clase de delitos.

Asimismo, no se protege solo el proceso de contratación del Estado entendido como gasto público o erogaciones presupuestales. También se tutela los casos en los que el Estado ingresa a prestar un servicio o enajenar un bien, ya sea que se alquile, venda, permute un bien o se entregue en concesión una determinada obra.

El delito de colusión en la tutela del contrato estatal no busca proteger (ni discrimina) de manera específica una forma especial de contrato estatal. Se entiende que toda forma de contrato estatal o administrativo recibe tutela jurídico penal. La ley no excluye algún contrato del Estado.

Uno de los contratos estatales más importantes es el contrato de concesión. Por expreso mandato legal se protege también en el delito de colusión

242 Véase el R. N. N.º 4457-2009 del 01 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez), el R. N. N.º 2118-2010 del 16 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

el contrato de concesión de obras (infraestructura) y de servicios públicos. En esta clase de contrato la ejecución correrá, como regla, a riesgo y ventura del contratista quien está obligado a proyectar, conservar, reponer y reparar aquellas obras o servicios objeto del contrato²⁴³.

Se distingue entre el contrato de concesión y el contrato de obra pública. Por ejemplo, mientras en el contrato de concesión de obras públicas el concesionario financia la construcción o el mantenimiento de la concreta infraestructura del Estado, recuperando su inversión mediante el cobro de ciertas tarifas pagadas por los usuarios de la obra; en el contrato de obra pública el Estado, mediante el proceso correspondiente, selecciona al contratista y le abona con recursos públicos una determinada contraprestación por la ejecución de la obra²⁴⁴. En el contrato de obra pública hay un desplazamiento y pago por la realización de una obra, mientras que en el contrato de concesión no hay erogación patrimonial por parte del Estado, sino que en virtud al contrato se confía en que terceros realicen la inversión, la cual es cubierta a través del pago de tarifas.

62

En la legislación peruana el delito de colusión es una infracción que en su tipo básico es un delito de peligro y en su tipo agravado es un tipo de resultado material que se consuma cuando se realiza un perjuicio patrimonial al Estado²⁴⁵. En su forma básica se trata de un delito de peligro abstracto. Por su parte, en su forma agravada la defraudación como evento material forma parte indiscutible del injusto penal, debiéndose comprobar para que el hecho se entienda consumado.

En las legislaciones en donde la regulación del delito de colusión es un delito de peligro abstracto se llega a reconocer que se protege el patrimonio

243 Cfr. PARADA, Ramon, *Derecho administrativo*, Madrid: Open Ediciones Universitarias, 20.^a ed., 2013, t. II, p. 261; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 12.^a ed., 2005, T.II, p. 736.

244 Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos, *La contratación estatal*, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 169.

245 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1114; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, p. 317; MARCA ROMERO, Elmer, "Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758", en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 31.

de los entes públicos que se pone en peligro por la acción ilegítima del funcionario²⁴⁶.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que en el delito de colusión “la protección jurídico penal se hace mediante una protección adelantada —como delito de peligro concreto²⁴⁷—perjuicio potencial— en las fórmulas penales anteriores²⁴⁸ y como delito de peligro abstracto en la última fórmula, primer párrafo—”²⁴⁹. De igual forma, se sostiene que el legislador diseñó el delito de colusión de dos formas alternativas: (i) como delito de peligro abstracto en el primer párrafo —“colusión simple”; y, (ii) como delito de lesión en el segundo párrafo “colusión agravada”—²⁵⁰.

63

El delito de colusión establece dos modalidades comisivas del hecho, una que se consuma con la sola producción de la concertación para defraudar al Estado, sin necesidad de que la administración pública sufra un efectivo perjuicio patrimonial; y la otra modalidad se configura con la defraudación al Estado, esto es, que el Estado haya sufrido efectivamente un perjuicio económico, para acreditar esto último se requiere de una pericia contable²⁵¹.

El delito de colusión sólo exige la posibilidad de perjudicar económicamente a la Administración pública. No es necesario acreditar que hubo perjuicio como consecuencia de que, finalmente, la obra se realizó, los bienes

246 Por todos, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Compendio de derecho penal español (PE)*, p. 836; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contrala Administración pública*, p. 207. Considera que se trata de un delito de peligro concreto; VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, “Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la Administración pública en materia de corrupción urbanística”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, p. 46.

247 Véase el R. N. N.º 1687-2014 del 109 de diciembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

248 Véase el R. N. N.º 1087-2013 del 17 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

249 Véase el R. N. N.º 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

250 Véase el R. N. N.º 3647-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

251 Véase el R. N. N.º 1819-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

se adquirieron o los servicios llegaron a ejecutarse, conforme a lo fijado en las bases²⁵². La clave en el delito de colusión es acreditar de que en el proceso de contratación hubo alguna forma de concertación de manera fraudulenta.

252 Véase el R. N. N.º 1930-2014 del 24 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

CAPÍTULO III

POLÍTICA CRIMINAL Y BASES CONSTITUCIONALES DEL SISTEMA DE CONTRATACIONES

I. LA POLÍTICA CRIMINAL DEL DELITO DE COLUSIÓN ILEGAL

Cualquier política criminal que se fije y desarrolle alrededor del delito de colusión debe tomar en cuenta necesariamente los lineamientos y características de la contratación administrativa.

- i) la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino que debe ser analizada como una facultad y herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento real y efectivo de sus fines y de las políticas públicas. Los contratos estatales no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de bienes, obras o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que a través de la contratación pública, las entidades estatales realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país;
- ii) Actualmente se concibe a la contratación pública como un instrumento para llevar a cabo políticas públicas transversales. La contratación pública puede, y debe ser, una técnica que permite conseguir objetivos sociales, económicos, ambientales o de investigación, lo cual supone responder a la pregunta de cómo y de qué manera se deben canalizar los fondos públicos;
- iii) La contratación pública forma parte de la política económica del Estado y puede desarrollar otros fines más allá de los estrictamente económicos como alcanzar fines sociales, culturales, de desarrollo y de protección a los derechos humanos, etc. Si bien la contratación pública está diseñada para alcanzar objetivos de eficacia y eficiencia económica, también sirve para lograr fines sociales, culturales de primerísima importancia.
- iv) La contratación pública tiene una incidencia directa en la economía peruana. En los últimos tres años la contratación pública representó el 36 % del presupuesto nacional y el 12 % del PBI¹.

1 Véase <<http://bit.ly/2i01ahM>>.

Por ejemplo, en el año 2015, el Estado peruano realizó contrataciones por S/ 41 373.3 millones mediante 97 424 procesos de selección, 90 002 órdenes de compra y 1 973 exoneraciones. De dichos procesos de contratación, el 29.3 % corresponde a bienes, 37.9 % a servicios (incluye consultoría de obras) y el 32.8 % a obras².

En el año 2014, el Estado peruano ha realizado contrataciones por S/ 44 774.4 millones mediante 103 220 procesos de selección, 70 527 órdenes de compra y 1 095 exoneraciones. Según valor de objeto contractual, el 42.0 % corresponde a bienes, 23.9 % a servicios (incluye consultoría de obras) y el 34.1 % a obras³.

En el año 2013, el Estado peruano ha realizado contrataciones por S/ 44 642.1 millones mediante 119 354 procesos de selección, 55 732 órdenes de compra y 1 222 exoneraciones⁴.

El año 2012, el Estado peruano ha realizado contrataciones por S/ 41 682.73 millones mediante 119 115 procesos de selección, 1 323 exoneraciones y 17 969 órdenes de compra⁵.

En el año 2011, el Estado peruano ha realizado contrataciones por S/ 28,892.18 millones mediante 109,002 procesos de selección y órdenes de compra⁶.

- 65** El delito de colusión ilegal busca sancionar a los funcionarios públicos que concertan con los interesados en los contratos estatales de obra, servicios y bienes, en las concesiones u otra operación en la que interviene en razón de su cargo. El ámbito de cobertura de la infracción es prohibir a los funcionarios que intervienen en los procesos de contratación que incurran en comportamientos colusorios de naturaleza patrimonial⁷.

2 Las contrataciones realizadas bajo el ámbito del Decreto Legislativo N.° 1017 y el Decreto Supremo N.° 138-2012-EF tales como procedimiento clásico, subasta inversa, convenio marco y exoneraciones representaron el 86.3 % del valor adjudicado total, mientras que las contrataciones realizadas bajo la normativa de Petroperú y por otros regímenes representaron el 13.7 %. Véase el Reporte de Contrataciones Públicas 2015: <<http://bit.ly/2yXIa6I>>.

3 Reporte de Contrataciones Públicas 2014 (Resultados Definitivos).

4 Reporte de Contrataciones Públicas 2013 (Resultados Definitivos).

5 Reporte de Contrataciones Públicas 2012 (Resultados Definitivos).

6 Reporte Anual de Contrataciones Públicas 2011 (Resultados Definitivos).

7 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, "Fraudes y exacciones ilegales", en *Delitos contra la Administración pública*, p. 205.

La frecuencia de la aplicación del delito por parte de los tribunales de justicia no ha sido la misma durante la historia. Conforme ha irrumpido y se ha desarrollado la contratación administrativa y cada vez que el Estado interviene como un agente económico celebrando actos jurídicos la presencia del delito de colusión ha aumentado de manera paradigmática⁸, peor aun cuando las diversas entidades del Estado para cumplir sus necesidades y la finalidad a la que tienden se ven obligados a salir al mercado, exigiendo a los agentes económicos la prestación de bienes y servicios. Ello ha llevado, incluso, a la aparición de una especialidad denominada el *derecho de contratación administrativa*.

También influye en la proliferación del delito el incremento de la actividad empresarial del Estado, el aumento considerable de obras públicas y la aparición de nuevas actividades económicas en las que participa el Estado⁹ y en los que se requiere una serie de bienes y servicios.

El delito de colusión forma parte de la criminalidad gubernamental cometida por funcionarios encargados de dirigir e intervenir en los procesos de contratación estatal. El delito no agota las diversas formas de delincuencia funcional cometidas al amparo del aparato estatal y en ejercicio del poder público. Solo representa un aspecto parcial, pero a la vez muy importante de la criminalidad gubernamental, en cuanto incide en la contratación de bienes, obras y servicios que realiza el Estado en el mercado. Se trata en buena cuenta de un delito funcional de carácter económico orientado a proteger los intereses del Estado en los contratos con los particulares¹⁰.

Desde el punto de vista técnico y de la dogmática penal el delito de colusión no forma parte de la familia de delitos de corrupción de funcionarios¹¹

66

8 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico*, t. II, pp. 1090, GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso-GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el Código Penal del 2000*, p. 307.

9 Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el Código Penal del 2000*, p. 307.

10 Por todos, GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico*, t. II, pp. 1090.

11 Sin embargo, destaca a la colusión como delito vinculado a la corrupción estatal, ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 408 quien señala: “la figura de colusión ilegal es en términos generales una modalidad de corrupción –en sentido lato– del sujeto público que nos muestra crudamente su venalidad y deslealtad (...).”; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico*, t. II, pp. 1089 y 1090.

–v. gr., el cohecho en cualquiera de sus modalidades– sino de una criminalidad gubernamental de carácter económico que incide de manera directa en cierta clase de actos estatales de carácter administrativo: los contratos de bienes, obras y servicios. La particularidad esencial de que la colusión sea como el delito de cohecho un delito bilateral o que requiera la presencia de dos agentes –delito de participación necesaria¹²– no quiere decir que mantengan la misma estructura típica, los mismos componentes normativos o que el bien jurídico sea semejante. De igual manera el hecho de que algunos casos de corrupción se produzcan en el marco de los procesos de contratación estatal no quiere decir que ambas cuestiones deban ser equiparados de manera necesaria.

Con todo, se recuerda que el abuso de la función propia en el contexto de los contratos estatales como también la corrupción no es únicamente un problema jurídico, sino también social y político contra el que se puede y debe luchar desde distintos frentes. Es necesario que jurídicamente se deba implementar una serie de medidas para prevenir y evitar el delito y en donde el Derecho penal puede ser uno de los instrumentos más efectivos para ello¹³.

67 El objetivo político criminal del delito es sancionar al funcionario que defrauda los intereses del estado en una operación económica determinada: la contratación estatal. El modo comisivo es la **concertación con los interesados**. No se castiga aquí al funcionario que invoca influencias o que se interesa en un contrato u operación económica, conductas que pueden ser subsumidas por el delito de tráfico de influencias (art. 400) o el delito de negociación incompatible (art. 399).

La ley pretende cautelar y proteger la transparencia en la actuación de los agentes públicos cuando participan en representación de los intereses del Estado en *contratos administrativos de obra, de servicios o de bienes*. La norma busca evitar que los funcionarios se coludan con los particulares que ofrecen bienes y/o servicios al Estado en detrimento de los intereses económico-patrimoniales.

12 Cfr. MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl, “El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 79, enero del 2016, p. 110.

13 Por todos, PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, “Las víctimas en los delitos de corrupción (panorama desde las perspectivas alemana y española)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI (2016), p. 3.

Desde el punto de vista preventivo general se busca que los funcionarios solo protejan los intereses patrimoniales del Estado, erradicando prácticas nocivas como la concertación defraudatoria. Los funcionarios deben cumplir de manera adecuada con el rol especial que asumen cuando intervienen en determinados negocios jurídicos representando al Estado por lo que han de tutelar y asegurar los intereses patrimoniales de la entidad pública a la que pertenecen¹⁴.

El delito de colusión es un comportamiento que atenta contra el sistema de contratación estatal y el patrimonio estatal desde dentro de la organización estatal, ya que es realizado por funcionarios públicos que deben actuar en representación de la entidad pública cautelando sus intereses¹⁵.

Las cuotas y posibilidades de la lesión del sistema de contratación pública son exponencialmente mayores cuando las acciones son desplegadas por los funcionarios públicos, ya sean porque manejan fondos públicos, pueden suscribir o negociar contratos públicos, poseen un nivel y poder de decisión determinado o su voluntad obliga a las diversas corporaciones públicas. Los particulares por su misma posición externa y ajena a la administración difícilmente pueden penetrar en el complejo entramado estatal para defraudar al Estado, valiéndose de agentes (funcionarios) públicos que les facilitan obtener beneficios económicos.

La política criminal que se ensaye alrededor de la criminalidad gubernamental¹⁶ en los procesos de contratación estatal debe tener en cuenta que:

- i) Se debe brindar soluciones integrales desde el punto de vista legislativo creando instrumentos adecuados que permitan una lucha adecuada contra esta clase de criminalidad. Se ha de evitar la utilización del derecho penal dirigido solo a obtener una ventaja y ganancia po-

14 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 406.

15 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, "Fraudes y exacciones ilegales", en *Delitos contra la administración pública*, p. 207.

16 Cfr. FIGUEROA NAVARRO, Aldo, *Criterios político criminales para la reforma de los delitos contra la función pública*, en: <<http://bit.ly/2fSsAmE>> (Consultado: 22 de Junio del 2016, p. 1.

lítica¹⁷. También en este ámbito muchas veces el derecho penal es utilizado para lograr determinando réditos sociales y políticos;

- ii) Se debe reparar de manera especial en los controles preventivos de carácter administrativo en los procesos de contratación. Por ejemplo, se debe fortalecer de manera significativa el papel preventivo de la Contraloría General cuando el contrato estatal supere determinados montos v. gr., 100 unidades impositivas tributarias. Se trata aquí de implementar controles preventivos administrativos, ya sean internos o externos.

Los controles gubernamentales previos y de carácter administrativo sirven para impedir que los delitos de criminalidad gubernamental (económica) se produzcan y consumen. La actuación del sistema penal solo tiene un carácter represivo y sancionatorio.

De modo lamentable, se destaca que en la realidad peruana la ineficiencia de los actos realizados por parte de las agencias encargadas del control gubernamental preventivo, situación que genera enormes pérdidas económicas al erario público, situación que reviste una particular gravedad si es que se contempla los escasos recursos del Estado peruano y la limitación de medios que dispone.

El TC peruano ha destacado que la experiencia de los últimos años ha demostrado que los diversos mecanismos de adquisición de bienes y servicios han sido afectados por la corrupción, por lo que, para el resguardo de recursos públicos, no sólo basta un procedimiento especial de adquisición, sino que, además, resulta necesario un rígido sistema de control y fiscalización, tanto a nivel de la propia entidad adquirente (*control previo*), como en el máximo órgano de control, a cargo de la Contraloría General de la República (*control posterior*). En cualquier caso, ambos tienen como principal propósito garantizar el principio de oportunidad, pues una fiscalización tardía haría incluso inoperativa una posible sanción penal por el cómputo de los plazos de prescripción¹⁸.

17 Cfr. HASSEMER, Winfried, "Rasgos y crisis del derecho penal moderno", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 45, 1992, p. 243.

18 Exp. N.º 020-2003-AI (Caso Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima).

- iii) Las reformas de las leyes penales no solo deben considerar una adecuada formulación típica de la figura penal en cuestión v. gr eliminar el casuismo penal, redefinir los verbos típicos, fijar determinadas circunstancias agravantes; sino que se debe tomar en cuenta el empleo de determinados mecanismos e instrumentos procesales: la posibilidad de imponer medidas cautelares en el ejercicio del cargo del funcionario público involucrado (art. 298.1 b y c del CPP), la obligación de restitución del monto defraudado y que genera perjuicio al Estado y el comiso de las ganancias o los efectos del delito¹⁹.

La eficacia del sistema penal en los delitos contra la administración pública –y en donde la colusión no es la excepción– no tanto depende de los instrumentos jurídico penales de carácter sustantivo, sino de las medidas procesales y de las consecuencias reparatorias.

- iv) El éxito del sistema penal en los delitos contra la administración pública, en especial, en aquellos casos en los que se compromete el patrimonio estatal depende de una investigación adecuada, integral y ciertamente rigurosa, en donde es necesario implementar una serie de manuales y protocolos mínimos²⁰ y debe haber la coordinación adecuada entre las agencias de control a fin de intercambiar experiencias y adoptar medidas adecuadas (v. gr., Ministerio Público,

19 Cfr. HASSEMER, Winfried, “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 45, 1992, p. 246: “el Derecho Penal material y el derecho penal procesal están unidos funcionalmente. Un proceso penal auténticamente respetuoso con los principios jurídicos solo es posible si también el derecho penal material es auténticamente respetuoso. Criminalización a gran escala en el derecho penal también debe conducir a un derecho procesal regulado también a gran escala. “Actuar con justicia» no es, por consiguiente, un problema exclusivo del derecho penal procesal, sino también del derecho penal material”.

20 Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe defensorial N.º 168: el archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín*, Lima: 2014, p. 304: “Los fiscales de los distritos examinados no cuentan con guías ni protocolos de investigación para estos delitos. Hay manuales de corte general que no se adaptan a los delitos de corrupción de funcionarios. Ante esta carencia se han desarrollado algunas pautas (directivas dictadas por los órganos distritales, reuniones de fiscales coordinadores y controles ejercidos por los fiscales provinciales hacia sus adjuntos) y lineamientos sustitutos (experiencia, rutina, sentido común) que en la práctica se han mostrado poco efectivos para uniformizar actuaciones y preparar a los fiscales –especialmente nuevos en el subsistema anticorrupción– para investigar delitos complejos”.

Contraloría General de la República, Procuraduría Pública Especializada, entre otros). Además, es necesario que existan una serie de criterios razonables en la evaluación y análisis de las denuncias presentadas al y por el Ministerio Público²¹.

De igual manera, se recomienda configurar un sistema de priorización de denuncias y casos penales (v. gr., por la relevancia social y probabilidad de prosperar); debe haber capacitación y especialización de las agencias de investigación a fin de combatir las diversas formas de criminalidad gubernamental²². Asimismo, ha de haber unos criterios unificados del sistema penal para diferenciar evidencias que revelan infracciones administrativas y aquellas que reflejen la perpetración de delitos de corrupción de funcionarios²³.

-
- 21 Véase DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe defensorial N.º 168: El archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín*, pp. 304 y 305: "No se evidencia en los distritos fiscales estudiados uniformidad de criterios respecto a la relevancia jurídica de denuncias por peculado 305 y colusión, que determine su conocimiento por parte del Ministerio Público. Es decir, saber qué casos investigar y cuáles rechazar. Esta falta de uniformidad, que estaría llamada a resolver el Ministerio Público, ha hecho que sean los propios fiscales quienes en forma aislada, individual y sobre la base de reglas informales y personales no uniformes, los que vengán aplicando el filtro entre denuncias relevantes y no relevantes para las que se practican diligencias preliminares. El resultado es una variedad de criterios no documentados ni sistematizados que son fijados en forma implícita y por canales no institucionales. Sin bien las fiscalías superiores podrían jugar un rol importante en este aspecto, no se evidencia que esto haya sucedido en los distritos bajo estudio. Más aún, puede decirse que la actuación de las fiscalías superiores al evaluar los recursos de elevación de actuados ha generado incentivos negativos, ya que se aduce –por algunos fiscales entrevistados– que suelen ordenar sin mayor motivación que se realicen diligencias preliminares en los archivos liminares".
- 22 Véase DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N.º 168: el archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín*, pp. 218 y 305: "Toda política de generación de competencias requiere el desarrollo de tres capas, que son la capacitación (en temas generales y de base), la formación (capacitaciones modulares continuas y bajo objetivos precisos y prácticos ligados directamente al trabajo fiscal) y la especialización (profundización en técnicas para el trabajo fiscal al nivel de investigación, operativo, gestión y jurídico)".
- 23 Véase DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N.º 168: El archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín*, pp. 277 y 278: "La relación entre infracciones administrativas y delitos de corrupción de funcionarios ha sido siempre un tema de discusión, en particular con el delito de

- v) El aumento del rigor de las penas privativas de la libertad en los delitos contra la administración pública solo debe ser un aspecto parcial y limitado de cualquier reforma penal. La dureza de las penas es un factor visible pero a veces el menos eficaz y adecuado de cualquier política criminal racional. El incremento del rigor de las penas (punitivismo) sin que se acompañe de otras medidas penales –sean sustantivas, procesales o de otro orden– no quiere decir que el sistema penal alcance una mayor eficacia y logre éxitos en la lucha contra esta clase de delitos.

Si bien la dureza de las sanciones se pueda explicar por la alta sensibilidad social contra la criminalidad estatal, en especial, por la corrupción estatal en los procesos de contratación y en la afectación de una serie de obras públicas y servicios estatales²⁴, ello no implica que la mayor dureza suponga un mejor logro de los objetivos del sistema penal o que sea sinónimo de eficacia.

En el Perú es suficiente revisar las sentencias de la Corte Suprema –que solo reflejan un índice limitado de los diversos procesos penales– para percibir la gran frecuencia comisiva del delito de colusión ilegal y la atención que despierta por parte de los tribunales de justicia.

70

En el Perú –a diferencia de otras latitudes en donde expresamente se reconoce la escasa aplicación práctica del delito, o de figuras similares²⁵, por

colusión. Las confusiones son frecuentes, al punto que existen pronunciamientos de la Corte Suprema indicando que el tipo penal no se configura por la acumulación de irregularidades administrativas o por la ausencia de los elementos normativos del tipo penal. En ese sentido, se hace evidente la necesidad de entablar un diálogo interinstitucional con la finalidad de que ambas instituciones uniformicen criterios. De nada sirve que la Contraloría remita un informe voluminoso señalando que hay indicios de responsabilidad penal si estos no son tales según el estándar probatorio que rige a jueces y fiscales. Los especialistas de la Contraloría encargados de determinar si su informe indicará o no que existe responsabilidad penal, deberían tomar esta decisión en función a si las evidencias satisfacen dicho estándar, o permiten pronosticar razonablemente que será alcanzado durante la investigación fiscal. Sin embargo, el archivamiento de investigaciones en las que existe esta clase de informes demuestra que no hay un consenso sobre cuándo concurre el mismo”.

24 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico*, t. II, p. 1090.

25 Expresamente en la realidad española, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, "Fraudes y exacciones ilegales" en *Delitos contra la Administración pública*, p. 212.

parte de la judicatura— los fraudes en la contratación estatal adquieren cuotas notablemente elevadas lo que demuestra una realidad criminológica bastante particular y cruda en cuanto a la proclividad de los funcionarios para afectar el sistema de contratación y el patrimonio del Estado valiéndose del concierto con los proveedores de bienes, servicios y obras del Estado.

- 71 Una política criminal judicial²⁶ debería llevar a las agencias de control estatal —en especial, el Ministerio Público y el Poder Judicial— a tomar en serio el enorme daño y las pérdidas económicas que se producen, tanto desde la perspectiva micro como, sobre todo, desde la perspectiva macro, al Estado y a la sociedad peruana por tolerar y ser complaciente con prácticas tan deplorables como la colusión ilegal; por lo que se debería ensayar una respuesta integral, sistemática y adecuada para dichos actos de corrupción administrativa que no necesariamente pasa por agravar las sanciones o imponer penas privativas de la libertad efectivas.

Debe haber conciencia de que algo se debe hacer y que alguna política judicial se debe instaurar; y no quedarse, como hasta ahora, de manos cruzadas y ver cómo se depreda el patrimonio estatal.

II. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

- 72 En la doctrina hay acuerdo de que hay una conexión directa entre el delito de colusión ilegal, llamado también delito de fraude en la contratación pública, y la Ley de contrataciones del Estado²⁷.

- 73 El artículo 76 de la Constitución prescribe que “Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obli-

26 Sobre la condición de la judicatura como instancia político criminal, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Política Criminal del Legislador, del juez; de la administración penitenciaria?. Sobre el Sistema de Sanciones del Código Penal”, en *Estudios de derecho penal*, Lima: Grijley, 2000, p. 250.

27 Cfr. BENAVIDES SCHILLER, Andrés, *El delito de fraude del funcionario público*, pp. 166 y ss; VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, “Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la Administración pública en materia de corrupción urbanística”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, p. 48; MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 338.

gatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.

Dicho precepto constitucional tiene como finalidad lograr el mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas, esto es, que las entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, al menor precio y con la mejor calidad con la observancia de principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario²⁸.

Por su parte, la Ley de Contrataciones del Estado es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con su Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, forman parte de la normativa de contrataciones del Estado²⁹. Dicha ley establece las reglas que deben observar las entidades públicas en las contrataciones que lleven a cabo y generen erogaciones de fondos públicos³⁰. De manera general se ha remarcado la necesidad de adecuar las contrataciones de las entidades a las reglas y procedimientos previstos en la normativa de contrataciones del Estado, la cual tiene su fundamento, justamente, en la naturaleza pública de los fondos erogados; tal como lo establece el artículo 76 de la Constitución Política.

74

El artículo 3 de la ley delimita el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: uno subjetivo, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa; y otro objetivo, referido a las actuaciones que

28 STC del Exp. N.º 020-2003-AI/TC.

29 Véase la Opinión N.º 120-2016/DTN del 01 de agosto del 2016, la Opinión N.º 100-2016/DTN del 08 de julio del 2016, la Opinión N.º 97-2016/DTN del 06 de julio del 2016, la Opinión N.º 88-2016/DTN del 22 de junio del 2016, la Opinión N.º 88-2016/DTN del 22 de junio del 2016, la Opinión N.º 86-2016/DTN del 20 de junio del 2016, la Opinión N.º 83-2016/DTN del 03 de junio del 2016, la Opinión N.º 82-2016/DTN del 03 de junio del 2016.

30 Véase la Opinión N.º 095-2009/DTN del 25 de setiembre del 2009.

se encuentran bajo su ámbito. Para verificar el ámbito de aplicación de la ley, ambos elementos deben presentarse en forma concurrente³¹. Dicho artículo establece un listado de los órganos u organismos de la Administración pública, bajo el término genérico de “entidad”, que se encuentran en la obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado³². De igual forma, prescribe que la normativa de contrataciones del Estado se aplica a las contrataciones de bienes, servicios u obras, que realicen las entidades asumiendo el pago de la retribución correspondiente al proveedor con cargo a fondos públicos³³. En dicha medida, debe notarse que una de las características que define a un contrato que se encuentra bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado es que el mismo tiene por objeto que la entidad se abastezca de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones con el uso de fondos públicos³⁴.

Las contrataciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado son aquellas que realizan las entidades señaladas en el artículo 3 de la ley, para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo la obligación de pagar al proveedor con cargo a fondos públicos³⁵.

31 Véase la Opinión N.º 036-2016/DTN del 23 de febrero del 2016, la Opinión N.º 095-2009/DTN del 25 de setiembre del 2009.

32 Véase la Opinión N.º 97-2016/DTN del 06 de julio del 2016, la Opinión N.º 87-2016/DTN del 20 de junio del 2016, la Opinión N.º 86-2016/DTN del 20 de junio del 2016, la Opinión N.º 83-2016/DTN del 03 de junio del 2016, la Opinión N.º 82-2016/DTN del 03 de junio del 2016, la Opinión N.º 036-2016/DTN del 23 de febrero del 2016.

33 Según el artículo 15 de la Ley N.º 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, son fondos públicos los ingresos de naturaleza tributaria, no tributaria o por financiamiento que sirven para financiar todos los gastos del Presupuesto del Sector Público. De manera complementaria, el Anexo - Glosario de Definiciones de la Ley N.º 28112, precisa que fondos públicos son los recursos financieros del Sector Público que comprende a las entidades, organismos, instituciones y empresas. Finalmente, el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo N.º 304-2012-EF, señala que los fondos públicos se orientan a la atención de los gastos que genere el cumplimiento de sus fines, independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan.

34 Véase la Opinión N.º 120-2016/DTN del 01 de agosto del 2016, la Opinión N.º 100-2016/DTN del 08 de julio del 2016, la Opinión N.º 88-2016/DTN del 22 de junio del 2016, la Opinión N.º 87-2016/DTN del 20 de junio del 2016, la Opinión N.º 86-2016/DTN del 20 de junio del 2016, la Opinión N.º 83-2016/DTN del 03 de junio del 2016, la Opinión N.º 82-2016/DTN del 03 de junio del 2016.

35 Véase la Opinión N.º 97-2016/DTN del 06 de julio del 2016.

Hay aquí una sujeción de las contrataciones a las disposiciones de la ley y su reglamento que resultará obligatoria cuando quien pretende satisfacer sus necesidades de bienes, servicios y obras posea la calidad de “entidad”, en los términos referidos en el numeral 3.1 del artículo 3 de la ley y que, además, para tal efecto, debe brindar una contraprestación con cargo a recursos públicos; condiciones que deben presentarse de forma concurrente³⁶.

El artículo 3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones establece que “las organizaciones creadas conforme al ordenamiento jurídico nacional, así como los órganos desconcentrados de las entidades pueden realizar contrataciones, *siempre que estos cuenten con capacidad para gestionar sus contrataciones, conforme a sus normas autoritativas*”.

75

Para determinar si un órgano u organización puede considerarse entidad, se requiere evaluar la norma de creación de dicho órgano, su organización y las demás normas de la materia que le atribuyan la capacidad para gestionar sus contrataciones y el cumplimiento de sus funciones³⁷. Por tanto, debe analizarse si, conforme a sus normas autoritativas y de creación, así como las demás normas que resulten aplicables, cuentan con la capacidad suficiente que le permita realizar por sí misma la contratación de bienes, servicios y obras con cargo a fondos públicos³⁸.

De manera general, se entiende por entidad a toda dependencia del Estado peruano que posee autonomía administrativa, económica y presupuestal que le permita adquirir bienes, contratar servicios o ejecutar obras por su propia cuenta³⁹. El artículo 3 de la LCE establece los diversos organismos públicos que encajan en la definición de entidad⁴⁰. No toda dependencia pública califica como entidad

36 Véase la Opinión N.° 120-2016/DTN del 01 de agosto del 2016.

37 Véase la Opinión N.° 87-2016/DTN del 20 de junio del 2016, la Opinión N.° 86-2016/DTN del 20 de junio del 2016, la Opinión N.° 82-2016/DTN del 03 de junio del 2016.

38 Véase la Opinión N.° 120-2016/DTN del 01 de agosto del 2016.

39 Véase la Opinión N.° 007-2015/DTN del 21 de enero del 2015, la Opinión N.° 005-2013/DTN del 11 de enero del 2013 del OSCE.

40 Artículo 3. Ámbito de aplicación

3.1 Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente Ley, bajo el término genérico de Entidad:

- a) Los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos.
- b) El Poder Legislativo, Poder Judicial y Organismos Constitucionalmente Autónomos.

desde el punto de vista del derecho de contrataciones públicas v. gr., un programa⁴¹, una unidad ejecutora. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) ha señalado que “para determinar si, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, una “unidad ejecutora” y/o “programa” califica como entidad, debe analizarse si, en función de sus normas de organización interna, esta cuenta con autonomía administrativa, económica y presupuestal, entre otros aspectos, que le permita adquirir bienes, contratar servicios o ejecutar obras por su propia cuenta, sin necesidad de recurrir a la autorización de un funcionario o autoridad superior fuera del propio ente u organismo⁴²”.

-
- c) Los Gobiernos Regionales y sus programas y proyectos adscritos.
 - d) Los Gobiernos Locales y sus programas y proyectos adscritos.
 - e) Las universidades públicas.
 - f) Sociedades de Beneficencia Pública y Juntas de Participación Social.
 - g) Las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno.
 - h) Los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado.

3.2 Para efectos de la presente Ley, las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los órganos desconcentrados tienen el mismo tratamiento que las Entidades señaladas en el numeral anterior.

3.3 La presente Ley se aplica a las contrataciones que deben realizar las Entidades y órganos señalados en los numerales precedentes, así como a otras organizaciones que, para proveerse de bienes, servicios u obras, asumen el pago con fondos públicos.

41 El OSCE ha señalado que “el numeral 38.1 del Título IV de la Ley N.° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, referido a las “Entidades Públicas del Poder Ejecutivo”, otorga la calidad de “entidad pública” a los “Programas”, definiéndolos como estructuras funcionales creadas para atender un problema o situación crítica, o implementar una política pública específica, en el ámbito de competencia de la entidad a la que pertenecen. Sólo por excepción, la creación de un Programa conlleva a la formación de un órgano o unidad orgánica en una entidad”, véase, la Opinión N.° 05-2013/DTN del 11 de enero del 2013; la Opinión N.° 007-2015/DTN del 21 de enero del 2015: “para que un programa o unidad ejecutora perteneciente a un gobierno regional o local califique como Entidad deben gozar de la autonomía administrativa necesaria para efectuar la contratación de bienes, servicios y obras por cuenta propia, la misma que no existiría si sus funciones le son delegadas o asignadas por el referido gobierno regional o local del cual depende. No obstante, lo anterior, cabe precisar que ello no afectaría la potestad que se tiene para que, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, se delegue en el titular del programa o unidad ejecutora perteneciente a un gobierno regional o local las funciones determinadas en la referida normativa, salvo las excepciones previstas en el artículo 5 del Reglamento.”.

42 Véase la Opinión N.° 05-2013/DTN del 11 de enero del 2013, la Opinión N.° 007-2015/DTN del 21 de enero del 2015, la Opinión N.° 084-2014/DTN del 20 de octubre del 2015, la Opinión N.° 066-2009/DTN del 08 de mayo del 2009.

Si un órgano o una organización administrativa es calificado como entidad y, además, utiliza fondos públicos para abastecerse de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones, deberá utilizar la normativa de contrataciones del Estado para realizar sus contrataciones. Para determinar si un órgano desconcentrado califica como entidad debe analizarse si dado el nivel de autonomía administrativa, económica y presupuestal, dichos órganos constituyen verdaderas entidades que pueden contratar por sí mismos, bienes, servicios u obras⁴³. A tal fin, se debe tener presente que, en caso se determine que un órgano u organización no califica como entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, ello no implica que pueda realizar sus contrataciones de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, sino que dichas contrataciones deberán ser efectuadas por la entidad de la que dependen siempre que cuente con capacidad para tales efectos⁴⁴.

El artículo 4 de la LCE⁴⁵ establece supuestos taxativos que pese a verificarse los criterios subjetivos y objetivos para la aplicación de la normativa

76

43 Véase la Opinión N.º 084-2014/DTN del 20 de octubre del 2015.

44 Véase la Opinión N.º 120-2016/DTN del 01 de agosto del 2016, la Opinión N.º 87-2016/DTN del 20 de junio del 2016, la Opinión N.º 86-2016/DTN del 20 de junio del 2016, la Opinión N.º 82-2016/DTN del 03 de junio del 2016.

45 Artículo 4. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación

La presente Ley no es de aplicación para: a) Contratos bancarios y financieros que provienen de un servicio financiero, lo que incluye a todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera, salvo la contratación de seguros y el arrendamiento financiero, distinto de aquel que se regula en la Ley o norma que la sustituya. b) Las contrataciones que realicen los órganos del Servicio Exterior de la República, exclusivamente para su funcionamiento y gestión, fuera del territorio nacional. c) Las contrataciones que efectúe el Ministerio de Relaciones Exteriores para atender la realización en el Perú, de la transmisión del mando supremo y de cumbres internacionales previamente declaradas de interés nacional, y sus eventos conexos, que cuenten con la participación de jefes de Estado, jefes de Gobierno, así como de altos dignatarios y comisionados, siempre que tales contrataciones se encuentren por debajo de los umbrales establecidos en los tratados u otros compromisos internacionales que incluyan disposiciones en materia de contratación pública, de los que el Perú es parte. d) La contratación de notarios públicos para que ejerzan las funciones previstas en la presente norma y su reglamento. e) Los servicios brindados por conciliadores, árbitros, centros de conciliación, instituciones arbitrales, miembros o adjudicadores de la Junta de Resolución de Disputas y demás derivados de la función conciliatoria, arbitral y de los otros medios de solución de controversias previstos en la Ley y el reglamento para la etapa de ejecución contractual. f) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados

de contrataciones del Estado, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de dicha norma y no están sujetos a supervisión por parte del OSCE⁴⁶. Dicha regulación es semejante a la que se asume en el derecho comparado y fija los alcances de la ley de contrataciones públicas⁴⁷.

De igual forma, el artículo 5 de la LCE⁴⁸ regula otros supuestos excluidos de la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado que se encuentran bajo la supervisión del OSCE⁴⁹.

o entidades cooperantes, siempre que se deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones. g) Los contratos de locación de servicios celebrados con los presidentes de directorios, que desempeñen funciones a tiempo completo en las Entidades o Empresas del Estado. h) La compra de bienes que realicen las Entidades mediante remate público, las que se realizan de conformidad con la normativa de la materia.

46 Véase la Opinión N.º 97-2016/DTN del 06 de julio del 2016.

47 En el caso del derecho español: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, p. 594.

48 Artículo 5. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión
Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la ley: a) Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco. b) La contratación de servicios públicos, siempre que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor. c) Los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, siempre que se brinden los bienes, servicios u obras propios de la función que por ley les corresponde, y no se persigan fines de lucro. Los convenios a que se refiere el presente literal, en ningún caso se utilizan para encargar la realización de las actuaciones preparatorias y/o del procedimiento de selección. d) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, que se deriven de donaciones efectuadas por estos, siempre que dichas donaciones representen por lo menos el 25 % del monto total de las contrataciones involucradas en el convenio suscrito para tal efecto o provengan de organismos multilaterales financieros. e) Las contrataciones que realice el Estado peruano con otro Estado. f) Las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuando se sustente la imposibilidad de realizar la contratación a través de los métodos de contratación de la presente ley. El reglamento establece los aspectos y requisitos aplicables a dichas contrataciones. Mediante directiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) se establecen los criterios bajo los que se supervisan las mismas.

49 Véase la Opinión N.º 97-2016/DTN del 06 de julio del 2016.

Las contrataciones que se enmarquen dentro de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado previstos en dicha ley u otra disposición, así como aquellas actuaciones que no reúnan las características de una contratación con el Estado, podrán realizarse sin observar las disposiciones de dicha normativa, lo cual no enerva la obligación de observar los principios que rigen toda contratación pública, cuando corresponda⁵⁰. De allí que pueda advertirse que, a fin de determinar si una contratación se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, debe analizarse primero si la misma reúne las características de una actuación pública, es decir, si configura el ámbito objetivo y el subjetivo para la aplicación de dicha normativa. Si la contratación cumple con las características de toda contratación pública, debe determinarse además si la misma se encuentra incurso en alguno de los supuestos de excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado previstos en la ley o en cualquier otra ley⁵¹.

La ley, sea en sentido formal o material, describe qué órgano en cada entidad estatal es el encargado de llevar a cabo los procesos de contratación, es decir, determina la competencia orgánica para contratar. Igual ocurre con las empresas del Estado que se rigen según la ley de la materia y sus estatutos⁵².

77

La ley de contrataciones establece en su artículo 10 que “la entidad en todos sus niveles debe supervisar, directamente o a través de terceros, todo el proceso de contratación. El hecho de que la entidad no supervise los procesos, no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder”. La normatividad de la concreta entidad estatal establece que órganos y funcionarios son los encargados de desarrollar las tareas de supervisión y control de cada proceso de contratación.

La ley de contrataciones y/o su reglamento, como también la normatividad sectorial, disponen los requisitos para contratar con el Estado.

78

50 Véase la Opinión N.º 97-2016/DTN del 06 de julio del 2016.

51 Véase la Opinión N.º 100-2016/DTN del 08 de julio del 2016.

52 En el caso del derecho español, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, p. 604.

Uno de los requisitos para contratar es contar con plena capacidad de obrar (artículo 28 del RLCE) como el no estar incurso en una prohibición o impedimento para contratar (artículo 11 de la LCE).

Al momento de calificar a los postores el órgano de contratación debe analizar la *capacidad legal* que está formada por aquella documentación que acredita la representación y habilitación para llevar a cabo la actividad económica materia de contratación; así como la *capacidad técnica y profesional* que es aquella que acredita el equipamiento, infraestructura y/o soporte, así como la experiencia del personal requerido. Las calificaciones del personal pueden ser requeridas para consultoría en general (artículo 28 del RLCE).

La normativa de contrataciones del Estado⁵³ permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en esta, pueda ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones que las entidades llevan a cabo para abastecerse de bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

El numeral 46.1 del artículo 46 de la ley, se establece que “Para ser participante⁵⁴, postor⁵⁵ y/o contratista⁵⁶ se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)”. Por su parte, el penúltimo párrafo del artículo 234 del reglamento precisa que “Los proveedores son responsables de que su inscripción en el RNP se encuentre vigente, así como no estar inhabilitado o suspendido al registrarse como participante, en la presentación de ofertas, en el otorgamiento de la buena pro y en el perfeccionamiento del contrato. Las entidades son responsables de verificar la vigencia de la inscripción en el RNP en dichos momentos.”

De las disposiciones citadas, se desprende que para ser participante, postor y/o contratista, es necesario estar inscrito en el Registro Nacional de

53 La normativa de contrataciones del Estado está compuesta por la ley, su reglamento y las demás normas reglamentarias emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

54 “El proveedor que ha realizado sus registros para intervenir en el proceso”. Anexo Único del Reglamento “Anexo de Definiciones”.

55 “La persona natural o jurídica que participa en un procedimiento de selección, desde el momento en que presenta su oferta.” Anexo Único del Reglamento “Anexo de Definiciones”.

56 “El proveedor que celebre un contrato con una entidad, de conformidad con las disposiciones de la ley y el reglamento.” Anexo Único del Reglamento “Anexo de Definiciones”.

Proveedores (RNP), siendo responsabilidad del proveedor mantener vigente su inscripción al registrarse como participante, en la presentación de ofertas, en el otorgamiento de la buena pro y en el perfeccionamiento del contrato. Para tal efecto, es obligación de la entidad verificar que la inscripción de los proveedores en el RNP se encuentre vigente en los momentos y etapas indicadas⁵⁷.

En la configuración del delito de colusión no basta tomar en cuenta la ley de contrataciones públicas como única normatividad que puede ayudar a determinar los alcances y presupuestos administrativos del injusto penal. También una serie de otras disposiciones ayudan a entender el alcance de la conducta funcional y si se está ante una infracción de carácter penal o ante una infracción exclusivamente administrativa.

Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia en un fallo ha señalado que los bienes: “se adquirieron sin contar con el presupuesto correspondiente, y en su adquisición no se tuvo en cuenta los procedimientos que establecen las normas generales de tesorería y contabilidad, así como la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas generales de la ley de presupuesto del dos mil tres”⁵⁸.

79

57 Véase la Opinión N.º 046-2016/DTN del 21 de marzo del 2016.

58 Véase el R. N. N.º 102-2013 del 06 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

CAPÍTULO IV

COLUSIÓN SIMPLE

I. TIPICIDAD OBJETIVA

1. Sujetos

1.1.1. Sujeto activo

1.1.1. Se trata de un delito especial propio

El delito de colusión ilegal es un **delito especial propio**¹ cuya configuración típica se fundamenta en la competencia del funcionario público de participar en un proceso de contratación estatal de obras, bienes y servicios o en cualquier otra operación a cargo del Estado.

80

1 En la doctrina española, BENAVIDES SCHILLER, Andrés, *El delito de fraude del funcionario público*, p. 153; MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 336; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Compendio de derecho penal español (parte especial)* p. 836; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comentarios al Código Penal*, p. 1162; RODRÍGUEZ DEvesa, JOSÉ MARÍA y SERRANO GÓMEZ. Alfonso, *Derecho penal español (parte especial)*, p. 1197.

En la doctrina nacional GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1098; ROJAS VARGAS, FIDEL, *Delitos contra la Administración pública*, p. 408; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 310; SALINAS SICCHA, RAMIRO; *Delitos contra la Administración pública*, p. 329; MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima, N.º 26, agosto 2011, p. 26.

Véanse el R. N. N.º 1687-2014 del 109 de diciembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 2926-2013 del 27 de agosto del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 672-2013 del 04 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 1914-2010 del 11 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), R. N. N.º 79- 2003 del 15 de Febrero del 2005, el R. N. 558-2005 del 05 de Julio del 2005; R. N. 3017-2004 del 17 de Marzo del 2005; el R. N. 1477-2004 del 01 de marzo del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Valdez Roca). En la doctrina nacional, GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1098.

En contra RODRÍGUEZ COLLAO, Luis-Ossandon WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 401 quienes consideran a la infracción como un *delito especial impropio*.

Si bien se requiere de la condición de funcionario público para cometer el delito a título de autor, no basta dicha calidad para tener por realizado el injusto penal, dado que es necesario contar con una competencia normativa específica para intervenir en los procesos de contratación pública.

La Corte Suprema ha destacado que el delito de colusión es un delito especial, regulado en el artículo cientos ochenta y cuatro del Código Penal, que exige fundamentalmente la connivencia entre los funcionarios estatales y el particular *extraneus* para defraudar al Estado². Como primer elemento del tipo penal se tiene la exigencia de un sujeto cualificado que vendría a ser el funcionario público³.

La Jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal ha señalado que en los delitos contra la administración pública “por tratarse de delitos especiales sólo lo cometen los funcionarios o servidores públicos quienes jerárquica y disciplinariamente se hallan integrados a un organismo o entidad pública y como consecuencia de la infracción al deber se lesiona el patrimonio del Estado, siendo por ello menester señalar que los delitos de la materia están referidos a aquellos cometidos por funcionarios o servidores públicos -in-traneus-; también lo es que en el ejercicio de sus actividades funcionariales participan en algunas ocasiones como en el caso de autos con particulares en su condición de -extraneus- que de manera individual, o colaborando con éstos, logran que los caudales sean extraídos de manera ilícita de la esfera de protección de éstos últimos, actuando los primeros a título de autor y los segundos como partícipes⁴”.

2 Véanse el R. N. N.° 597-2015 del 10 de febrero del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.° 1571-2014 del 08 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.° 2031-2012 del 02 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.° 1252-2014 del 01 de octubre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.° 1637-2013 del 07 de marzo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

3 Véanse el R. N. N.° 597-2015 del 10 de febrero del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.° 1571-2014 del 08 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.° 1637-2013 del 07 de marzo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.° 2031-2012 del 02 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

4 Véanse el R. N. 124 -2005 del 06 de julio del 2005.

Si es que no hay ejercicio de la función pública no puede haber delito de colusión v. gr., pertenecer a la Junta de Usuarios de Riego⁵.

1.1.2. La competencia funcional específica

El primer elemento que debe ser evaluado en el delito de colusión es si a quien se le atribuye la condición de autor puede ser considerado como funcionario público, según los alcances y modificaciones del artículo 425 del Código penal⁶. Si la persona a quien se la atribuye la comisión del delito no tiene, desde el punto de vista jurídico penal, la calidad de funcionario no puede haber delito de colusión.

Solo es autor del delito de colusión ilegal el funcionario público que actúa “por razón de su cargo” o, en la antigua regulación legal, con base a una comisión especial⁷. No puede ser autor quien no es funcionario público o quien siendo funcionario carece de la competencia funcional para contratar⁸. La doctrina

5 Véase el R. N. N.º 1458-2012 del 08 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).

6 Véanse el R. N. N.º 2053-2011 del 19 de octubre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo)

7 Cfr. BENAVIDES SCHILLER, Andrés, *El delito de fraude del funcionario público*, pp. 171 y 174; MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el Nuevo Código Penal*, p. 336; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Compendio de derecho penal español (PE)*, p. 836; ORTOS BERENGUER, Enrique, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, t II, p. 1862; MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Comentarios a la Parte especial del derecho penal*, p. 1260; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, Santiago: p. 402; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 262.

8 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la administración pública*, p. 210; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Compendio de derecho penal español (PE)*, p. 836; CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 308; MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 336. En la doctrina nacional, ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 408; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1099; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, p. 318; CARRIÓN DÍAZ, Juan y CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 34; MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 23.

alude aquí de manera general al funcionario que tiene deberes especiales⁹, un vínculo funcional específico o simplemente competencia para intervenir en cualquier etapa del proceso de contratación estatal.

En efecto, no basta con que se reúna la condición de funcionario público para que se cumpla con la tipicidad objetiva del delito. Es necesario, además, que el funcionario reúna una condición y cualidad específica¹⁰ como es que por razón de su cargo se encuentre facultado para participar: “en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado”. Se requiere una capacidad jurídica y una competencia normativa específica como funcionario o como órgano que interviene en el proceso de contratación estatal¹¹ en cualquiera de sus etapas. No se debe limitar la aplicación de la ley al funcionario que suscribe los contratos públicos¹². Debe acreditarse que el imputado no solo tiene la condición de funcionario público, sino que también interviene un determinado acto jurídico en representación del Estado¹³ y tiene competencia para intervenir en el proceso de contratación.

-
- 9 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 32; CARRIÓN DÍAZ, Juan y CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 35.
 - 10 Cfr. BENAVIDES SCHILLER, Andrés, *El delito de fraude del funcionario público*, p. 173; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 262, CARRIÓN DÍAZ, Juan-CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 35; MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima, N.º 26, agosto 2011, p. 27.
 - 11 Véase el R. N. N.º 3727-2013 del 15 de octubre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez): “al no tener los encausados anteriormente mencionados el poder de decisión para otorgar la buena pro y firmar los contratos, se concluye que no pudo configurarse el delito de colusión”.
 - 12 Cfr. MONTOKA VIVANCO, Yvan y otros, *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*, pp. 108 y 109: “Una interpretación restrictiva considera que el sujeto activo solo puede ser aquel funcionario o servidor que tenga como competencia suscribir el contrato. No obstante, la interpretación más adecuada sería una más extensiva que establece que el autor debe ser aquel funcionario público que pueda incidir sobre el proceso de contratación mediante opiniones, informes etc. Es decir, no es necesario que este pertenezca específicamente al comité de selección o sea quien suscriba solamente el contrato”.
 - 13 Véase el R. N. N.º 1687-2014 del 109 de diciembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

La expresión por “razón de su cargo” comprende tanto a los funcionarios como a los empleados públicos¹⁴.

En el ámbito de los procesos de contratación estatal no interesa que los funcionarios o empleados públicos cuenten con capacidad de decisión en el proceso de contratación (v. gr., capacidad para firmar el contrato, para resolverlo, para formular un requerimiento, etc.), sino que basta que tengan competencia y capacidad para intervenir en el concreto y específico proceso de contratación, aunque el desarrollo y término del mismo no dependa de dichos funcionarios. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “la exigencia vinculatoria del tipo penal con los procesos de adjudicación o licitaciones con ocasión del cual incurrir en los actos colusorios no estrictamente se encuentra dada para quienes gozan de tales prerrogativas decisorias, sino que intervengan en dicho proceso selectivo, en cualquiera de sus etapas, justamente por razón del cargo público que ostentaban”¹⁵.

Sin embargo, de la existencia de una competencia institucional no se puede inferir automáticamente que los funcionarios actuaron concertadamente con los terceros en el concreto proceso de contratación¹⁶.

La ley penal establece en el delito de colusión una doble restricción: i) Se requiere la condición de funcionario público. El delito no lo puede cometer un particular (autor inidóneo); ii) Se exige que el funcionario desde el punto de vista normativo (por razón de su cargo) intervenga en un proceso de contratación dentro del marco de sus competencias funcionales.

83

En dicha línea la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el delito de colusión es: “un tipo especial propio que requiere del sujeto activo una doble

14 Véase el R. N. N.º 3473-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla): “En lo que se refiere a lo argumentado por los procesados Castañeda Olivares y Acosta Cueto en el sentido de que no han tenido la condición de funcionarios públicos, sino de empleados públicos; tal terminología no resulta atinada, teniendo en cuenta que la condición de servidor y funcionario público se encuentra contenida en el artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal, entre los que se hallan todos aquellos comprendidos en la carrera administrativa —inciso primero—, supuesto en el que se adecúa la condición de sujetos públicos de los impugnantes”.

15 Véase el R. N. N.º 3473-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

16 Véase el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (voto de los jueces supremos: Villa Stein y Pariona Pastrana).

calificación: a) la condición de funcionario o servidor público; y b) que intervenga con facultades específicas de decisión en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, sea por razón de su cargo o comisión especial¹⁷". Este último requisito también se entiende en el sentido de que "dicho agente está en la capacidad jurídica (tiene la función) de intervenir, por razón de su cargo o comisión especial, en un contrato, suministro, licitación, concurso de precios, subasta o cualquier operación semejante¹⁸".

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido: "la propia norma contenida en el artículo 384 del Código Penal, se encarga de precisar quiénes son por exclusión, los únicos sujetos activos del delito de colusión, señalando en tal sentido como personas especialmente nominadas en dicho tipo penal al funcionario o servidor público competente por el cargo para contratar a nombre del Estado o a aquel que haya recibido comisión especial para dicho efecto, quienes se vinculan con el objeto material del delito vía operaciones y negociaciones contractuales por únicas razones derivadas del cargo o comisión; es decir, además de ser funcionario público, la ley exige como segunda condición especial vinculada al propio cargo ostentado que el sujeto activo del delito sea competente, por el cargo, para contratar a nombre del Estado o que haya recibido comisión especial para dicho efecto¹⁹".

La Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias ha sostenido que el delito de colusión: "tiene como sujeto activo al funcionario o servidor público que utiliza su cargo o comisión especial en la realización de diversas formas contractuales; en ese sentido, no cualquier funcionario o servidor público puede ser sujeto activo de este delito, no lo puede ser aquel que carezca de las

-
- 17 Véase el R. N. N.º 1288-2012 del 12 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 2495-2009 del 22 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1571-2009 del 17 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 03-2008-"A"-10 del 06 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (voto singular de juez supremo Válcárcel Saldaña).
 - 18 Véase el R. N. N.º 2331-2009 del 15 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1571-2009 del 17 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
 - 19 Véase el R. N. N.º 03-2008-"A"-10 del 06 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Voto singular de la Juez Suprema Válcárcel Saldaña).

facultades específicas y de decisión que el tipo exige²⁰ y que “el sujeto activo de tal ilícito sólo puede ser el funcionario o servidor público que “actúe en razón de su cargo o por comisión especial”, que de no ser así el supuesto de hecho imputado dejará de ser delito de colusión desleal”²¹ o que “al carecer del cargo y capacidad de decisión directa de la contratación, los referidos encausados no reúnen los presupuestos para ser considerados sujetos activos del delito de colusión”²². De igual manera ha precisado que “el sujeto activo siempre ha de ser un funcionario o servidor público que intervenga en los procesos de contratación pública u operaciones del Estado -en cualquiera de sus etapas-. No es cualquier funcionario o servidor público, sino sólo aquél que lo haya hecho con motivo de su intervención oficial en las contrataciones u operaciones del Estado”²³.

También ha precisado como uno de los requisitos en la configuración del delito que “el funcionario o servidor público goce de capacidad de representación e idoneidad para vincular jurídicamente al Estado a través de su actuación de representación, lo que se traduce en que exista una relación funcional específica, en virtud de la cual el ordenamiento jurídico habilita al agente público para participar y/o intervenir en la preparación o culminación de un acto jurídico que compromete los intereses de la Administración pública en los procesos de contratación, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante”²⁴.

20 Véase el R. N. N.º 4039-2013 del 05 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 400-2013 del 21 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo), el R. N. N.º 1819-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 1105-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1318-2012 del 29 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo): “no es autor de éste delito cualquier funcionario, sino sólo aquéllos que participen en esos procesos de contratación pública u otros señalados en el tipo penal, siendo el delito de naturaleza defraudatoria”.

21 Véase el R. N. N.º 904-2009 del 03 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

22 Véase el R. N. N.º 1105-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

23 Véase el R. N. N.º 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

24 Véase el R. N. N.º 1267-2014 del 10 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

La Corte Suprema de Justicia también ha destacado que “sólo a los funcionarios y servidores públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial les alcanza la prohibición penal. No puede ser autor, por lo tanto, cualquier funcionario o servidor que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige, lo que determina la incriminación típica y constituye el fundamento de la infracción es no tanto el cargo de funcionario, sino el estar habilitado normativamente²⁵” y que en el delito de colusión se castiga: “el comportamiento del funcionario o servidor público -que intervenga por razón de su cargo o comisión especial- orientado a la producción de un menoscabo en la gestión pública: los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, mediante la concertación con los interesados en esos negocios jurídicos²⁶”. El ámbito de aplicación de la colusión desleal abarca el proceso de contratación pública y su ejecución por el funcionario o servidor público que interviene por comisión especial o algún otro acto, exigiéndose que los funcionarios posean una intervención competencial en el proceso de contratación²⁷.

Asimismo, ha señalado que “pueden ser autores de este delito, los funcionarios o servidores públicos que en razón de su cargo intervengan en las contrataciones o adquisiciones estatales. En el presente caso la procesada es una funcionaria pública con facultad de decisión y que por tanto ejerció función pública, como jefa de adquisiciones e integrante del Comité Especial²⁸” y que “se exige una vinculación funcional, esto es que el “funcionario o servidor público”, debe de haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o comisión especial; es decir, no puede ser autor por lo tanto

25 Véase el R. N. N.º 135-2010 del 06 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 4469-2008 del 11 de marzo del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo); los funcionarios: “no tuvieron en su ámbito institucional -funcional- la decisión de selección y aprobación de la compra de dicho bien, habiendo tenido esa competencia la Dirección Nacional de Logística”.

26 Véase el R. N. N.º 1318-2012 del 29 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

27 Véase el R. N. N.º 4771-2009 del 10 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo).

28 Véase el R. N. N.º 2266- 2012 del 02 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

cualquier funcionario o servidor que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige²⁹”.

De modo semejante, la Corte Suprema ha destacado que “del análisis del artículo trescientos ochenticuatro del Código Penal, se desprende que para su realización requiere de ciertos elementos constitutivos precisados en la precitada norma que el agente activo tenga la condición de funcionario o servidor público y que por razón de su cargo intervenga en los contratos de suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante y que en tales operaciones el agente activo se haya concertado en forma dolosa con los interesados a fin de obtener un provecho ilícito bajo un acuerdo secreto y engañoso³⁰”. Dicho acuerdo clandestino e ilícito no solamente es incompatible con las funciones del representante del Estado, quien tiene el deber de lealtad, sino que además atenta contra los intereses estatales³¹.

De igual manera, el TC peruano ha señalado que “siendo la colusión un delito contra la administración pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a **cargo de procesos de contratación estatal**, lo que justifica la intervención penal es el reprimir actos que atenten contra los principios constitucionales que informan la contratación pública³²” y que “si el funcionario público que **tiene a su cargo un proceso de contratación pública** transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso de contratación, atentando contra el trato igualitario de los postores, no necesariamente el Estado va a terminar pagando más por el servicio contratado o bien adquirido, pero al no haberse respetado las normas de contratación las expectativas del Estado se verán puestas en peligro, lo que puede redundar a la larga en un perjuicio patrimonial³³” (las negritas son nuestras).

29 Véase las Ejecutorias Supremas recaídas en el R. N. N.º 1819-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Bonilla).

30 Véase el R. N. N.º 4634-2009 del 15 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez), el R. N. N.º 2300-2004 del 17 de enero del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Quintanilla Quispe). También el R. N. N.º 1477-2004 del 01 de marzo del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Valdez Roca).

31 Véase el R. N. N.º 896-2009 del 06 de agosto del 2010 de la Sala Penal TRansitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

32 Exp. N.º 00017-2011-PI/TC (Caso fiscal de la Nación, f.j. 26).

33 Exp. N.º 00017-2011-PI/TC (Caso fiscal de la Nación, f.j. 28).

84

El tipo penal impone una importante restricción: la de exigir que el encargado de la función pública tenga competencia funcional o se encuentre autorizado para participar en los contratos (u otra operación) que interesan a la administración pública³⁴. Por tanto, el funcionario debe contar con un título habilitante y una facultad normativa para intervenir en aquellos actos jurídicos (contratos) de carácter económico patrimonial en los que la administración tiene interés. Lo decisivo, entonces, es la razón del cargo y la competencia funcional específica para intervenir en un proceso de contratación.

Aquí el funcionario público competente en clave o rol funcional específico y según su atribución concreta se concierta indebidamente con los interesados y afecta el buen o correcto funcionamiento de las contrataciones públicas³⁵. El agente está en la capacidad jurídica (tiene la función) de intervenir, por razón de su cargo o comisión especial, en un contrato, suministro, licitación, concurso de precios, subasta o cualquier operación semejante³⁶.

De allí que no pueda ser considerado como autor de colusión ilegal quien pese a ser funcionario público no tiene marco funcional y competencia normativa (razón del cargo) para participar en alguna de las etapas del proceso de contratación³⁷. Lo que determina la adecuación típica y constituye el fundamento de la infracción no tanto es el cargo de funcionario público, sino el estar habilitado normativamente (ley, reglamento, manual de organización de funciones, estatuto, etc.) para intervenir en los contratos administrativos o los negocios jurídicos patrimoniales del Estado³⁸. No basta que el funcionario

34 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, p. 262.

35 Véase el R. N. N.º 1087-2013 del 17 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro). También el R. N. N.º 1847-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein): “la conducta típica del delito de colusión desleal requiere que el funcionario público competente se concierte con los particulares en la celebración o ejecución de un contrato derivado de un proceso de selección con finalidad de defraudar los intereses del estado”.

36 Véase el R. N. N.º 2816-2009 del 16 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

37 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 408; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 33.

38 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 262; MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del

ejerza la función pública, sino que desarrolle una función pública específica³⁹: que tenga competencia para intervenir en el proceso de contratación. Si este requisito falta nos encontraremos frente a un caso de ausencia de tipicidad objetiva.

La referencia legal a “la razón al cargo” debe interpretarse en clave normativa como si la ley se refiriera a la **competencia funcional específica** del agente estatal para intervenir en los procesos de contratación en cualquiera de sus etapas: selección, contratación o ejecución⁴⁰. La competencia funcional es uno de los filtros y criterios de imputación objetiva y forma parte, a su vez, de los alcances del principio de legalidad que rige en todos los delitos y se extiende con particular importancia al delito de colusión.

85

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que la justificación de la competencia funcional “se encuentra en el hecho de que para la imputación del comportamiento no basta que se haya incumplido el deber jurídico, sino que se requiere, además, delimitar la competencia del autor a través de algunos filtros⁴¹” (v. gr., principio de confianza, prohibición de regreso y ámbito de competencia de la víctima). Asimismo, la máxima instancia de la justicia ordinaria ha señalado: “el delito de colusión, previsto y sancionado por el artículo trescientos ochenta y cuatro del código penal, importa que el funcionario público -con la función específica de participar en un contrato-determinado se hubiere concertado fraudulentamente, mediante maniobras engañosas -aparentando actitudes legítimas-, con un tercero o interesado en desmedro de los intereses de la administración y con violación de sus deberes⁴²” (las negritas son nuestras), que “el delito de colusión importa que el funcionario público -con la función específica de participar en un contrato deter-

delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 28.

39 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 33.

40 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1099; CARRIÓN DÍAZ, Juan y CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 35.

41 Véase el R. N. 115-2010 del 18 de noviembre del 2010 expedida por la Sala Penal Transitoria.

42 Véase el R. N. N.º 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 1558-2010 del 06 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

minado- se hubiese concertado fraudulentamente⁴³” y que el delito de colusión “exige la presencia de un agente público que vulnere sus deberes concretos para los que es competente”⁴⁴.

De manera sintética se reitera que entre los elementos del delito de colusión se tiene a: “la concertación entre el **funcionario público competente** y el **tercero beneficiario**”⁴⁵ (las negritas son nuestras). Los funcionarios públicos competentes tienen el control del proceso de contratación o de negociación⁴⁶.

La máxima instancia de la justicia ordinaria ha señalado que es: “un requisito esencial para la configuración del tipo penal que se juzga que el funcionario público intervenga en razón de su cargo en un proceso de contratación pública —dado que se requiere una relación funcional más intensa que la de cualquier servidor público—”⁴⁷. También se ha sostenido que el autor debe ser un funcionario público con capacidad para poder resolver sobre las

43 Véase el R. N. N.º 917-2012 del 28 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

44 Véase el R. N. N.º 3943-2011 del 06 de marzo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

45 Véase el R. N. N.º 1674-2011 del 16 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1396 -2011 del 21 de octubre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 320-2011 del 28 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 1365-2010 del 08 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1363-2010 del 25 de mayo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 2425-2010 del 06 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 4173-2010 del 28 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1227-2009 del 12 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 2007-2009 del 28 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 200-2009 del 09 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

46 En sentido semejante: el R. N. N.º 4944-2008 del 04 de noviembre del 2009 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 324-2011 del 16 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo), el R. N. N.º 4771-2009 del 10 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo), el R. N. N.º 2683-2014 del 21 de enero del 2015 de la Sala Penal Permanente (Voto singular: Barrios Alvarado).

47 Véase el R. N. N.º 280-2009 del 19 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo).

contrataciones o adquisiciones estatales y que debe tener poder especial para contratar⁴⁸. Se trata aquí, en buena cuenta, de una competencia institucional⁴⁹, de una competencia para contratar y de obligar a la voluntad del Estado. Por ello, se ha entendido, de modo sintético: “que en esta figura penal el funcionario público o servidor público -intraneus-defrauda al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados -extraneus- en los contratos o cualquier otra operación semejante que lleva a cabo por razones funcionales⁵⁰”.

Se ha señalado también que en el delito de colusión “el círculo de autores es restringido. Solo pueden ser sujetos activos del mismo los funcionarios públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial. El tipo legal exige una relación funcional específica; el funcionario público ha de tener facultades para intervenir, por cuenta del Estado, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subasta o cualquier otra operación semejante, y ha de utilizar ese nexo funcional para delinquir⁵¹”. También se ha sostenido que “en este tipo penal la vinculación funcional del sujeto activo

48 Véase el R. N. N.º 2891-2011 del 19 de diciembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

49 Véase el R. N. N.º 344-2010 del 16 de marzo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

50 Véase el R. N. N.º 2374-2013 del 22 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 3449-2012 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Tello Gilardi), el R. N. N.º 1412-2011 del 02 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 334-2009 del 16 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

51 Véanse el R. N. N.º 611-2014 del 25 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla), el R. N. N.º 78-2013 del 09 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2714-2012 del 06 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1565-2012 del 19 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2318-2012 del 02 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2259-2010 del 01 de diciembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf), el R. N. N.º 2925-2010 del 03 de diciembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf), el R. N. N.º 2259-2010 del 01 de diciembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf), el R. N. N.º 1914-2010 del 11 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 33-2012 del 14 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (voto del Juez Supremo Loli Bonilla), el R. N. N.º 2363-2010 del 29 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf).

con el objeto normativo materia del delito y con el bien jurídico se halla fuertemente enfatizada por la norma penal, de forma que la autoría se presenta restringida a determinados sujetos públicos vinculados, quienes se relacionan con el objeto material del delito (negociaciones y operaciones contractuales) por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial⁵². En consecuencia, no resulta plausible la instauración de procesos penales bajo proposiciones fácticas circunscritas a la mera constatación de irregularidades administrativas sin que responda o constituya la exteriorización del núcleo típico del delito de colusión desleal⁵³.

Por ello, es que la Corte Suprema de Justicia absolvió a ciertos funcionarios debido a que “no se ha acreditado en autos la relación funcional específica exigida por el tipo, esto es que los citados encausados hayan tenido la facultad o capacidad de representación e idoneidad para vincular jurídicamente a la municipalidad”⁵⁴.

El requisito de la relación funcional específica o la competencia funcional no solo es una característica del delito de colusión ilegal. También posee esta nota relevante el delito de peculado, por lo que la interpretación de su contenido debe partir de principios y criterios reguladores comunes⁵⁵.

86

El cumplimiento del requisito de la competencia funcional específica, llamado también vínculo funcional específico, se relaciona de manera directa no solo con el estricto respeto del principio de legalidad, sino también entronca con el principio de responsabilidad personal o el principio de proscripción de responsabilidad objetiva consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código penal. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que el espectro

52 Véase el R. N. N.º 189-2014 del 11 de enero del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3467-2013 del 11 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1083-2013 del 09 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1460-2009 del 10 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

53 Véase el R. N. N.º 2259-2010 del 01 de diciembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf), R. N. N.º 440-2011 del 01 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).

54 Véase el R. N. N.º 1533-2011 del 13 de junio del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).

55 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 408.

aplicativo de dicho principio: “se irradia a todos los tipos penales, y cuya vigencia se acentúa, en los supuestos de confluencia de varios sujetos activos en la dinámica comisiva del delito, como lo es el delito de colusión desleal⁵⁶”.

Por ejemplo, el hecho de que se requiera y determine por parte de algunos funcionarios de una entidad estatal la contratación de un profesional determinado (v. gr., abogado, ingeniero, etc.), situación que efectivamente se produce, no quiere decir que los órganos que activaron el procedimiento de contratación (v. gr., Directorio, Gerente General, Gerente Administrativo, jefe de Recursos Humanos) sean responsables de dicha contratación si finalmente quien decide es el órgano competente de la entidad: Comité Permanente de adjudicación de menor cuantía⁵⁷. El requerimiento del servicio, la urgencia en la contratación no implica que dichos funcionarios cuenten con la capacidad funcional y de decisión para contratar. Cualquier irregularidad en el procedimiento de contratación no les es imputable. De igual forma, no hay responsabilidad penal cuando el titular de la entidad (v. gr., Presidente Regional) propone la contratación de funcionarios (v. gr., Gerentes, Directores y

56 Véase el R. N. N.º 1614-2011 del 03 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana): “Que, la imputación del resultado implica, igualmente, que el peligro esté cubierto por la norma jurídica, más exactamente por los alcances del tipo legal y, en el delito que nos ocupa, su configuración exige como un primer nivel de análisis identificar y focalizar a los sujetos cualificados pasibles de confluir en un acto colusorio. De esta forma, apoyándonos en los lineamientos aquí deslizados se podrá limitar la punibilidad en los delitos de necesaria convergencia de sujetos activos - funcionarios y particulares - y ello es indispensable dado que la responsabilidad penal está expresamente proscrita de nuestro ordenamiento jurídico penal, esto es, la responsabilidad objetiva no tiene aplicación en nuestro sistema de justicia penal. Quinto: Que, en efecto, el artículo séptimo del Título preliminar del Código Penal consagra el principio de responsabilidad o culpabilidad, por el cual se incide en el imperativo de establecer la responsabilidad penal del autor para facilitar la imposición de la pena, proscribiendo, por consiguiente, toda forma de responsabilidad por el resultado, esto es, responsabilidad objetiva - acorde a la antigua máxima, proveniente del derecho canónico: “*versari in re illicita casus imputatur*” según esta antigua máxima, si una persona realiza un acto responde por cualquier resultado que devenga de ella -. De esta forma, el Estado sólo intervendrá cuando un miembro de la comunidad actuó culpablemente, es decir, la pena sólo puede basarse en la circunstancia que al autor debe reprocharle personalmente su hecho. De modo que para imponer una sanción penal por el hecho punible de colusión desleal, se hace imprescindible que en el proceso penal quede debidamente acreditado que el autor haya controlado positivamente el iter contractual”.

57 Véase el R. N. N.º 2270-2011 del 07 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

Asesores de Gobiernos del Gobierno Regional), pero eran otros funcionarios (v. gr., adscritos al Ministerio de Economía y Finanzas) quienes se encargaban de administrar los recursos de Fondo de Apoyo Gerencial y quienes mediante una evaluación curricular contrataban a las personas que iban a apoyar a la entidad (v. gr., Gobierno Regional)⁵⁸. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señaló que el titular de la entidad no contaba con el poder especial para contratar a sus coencausados (cómplices), y por ende, no puede ser considerado como autor del delito de colusión⁵⁹.

Si el funcionario no suscribe ni participa, de modo alguno, en el desarrollo del proceso de contratación como tampoco fue quien requiere los servicios de la empresa a la que se contrató se le debe absolver de la imputación de colusión⁶⁰. En efecto, si un funcionario público no participa en el proceso de evaluación, calificación y adjudicación de la buena pro no puede ser acusado ni menos condenado por el delito de colusión⁶¹.

De igual forma, el inicio de un proceso de contratación o la recomendación de contratar a un determinado profesional que se adopta bien por el titular de la entidad, por un órgano estatal que requiere la prestación de un servicio o por el directorio de una empresa estatal no puede ni debe entenderse como un indicio de la comisión del delito de colusión. Por ejemplo, la emisión de un documento interno (v. gr., memorandum) en el que se sugiere la contratación de un profesional (v. gr., abogado, ingeniero, etc.) sin mencionar a un concreto y específico profesional no puede considerarse como un elemento de convicción que funde una sospecha razonable de colusión⁶².

58 Véase el R. N. N.º 2891-2011 del 19 de diciembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

59 Véase el R. N. N.º 2891-2011 del 19 de diciembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores): “si bien es cierto el encausado Wilmer Florentino Dios Benites (Presidente Regional de Tumbes) proponía a las personas para que sean evaluadas y contratadas, no es menos cierto que dicha documentación era verificada por los funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas encargados de dirigir el Fondo de Apoyo Gerencial”.

60 Véase el R. N. N.º 344-2010 del 16 de marzo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

61 Véase el R. N. N.º 211-2011 del 09 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

62 Véase el R. N. N.º 1415-2011 del 04 de julio del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

La exigencia de la competencia funcional específica debe ser interpretada en clave normativa y debe enlazarse de manera concreta con la imputación que se le formula al funcionario. Si la imputación formulada por el Ministerio Público no se relaciona de forma alguna con las atribuciones desarrolladas por un funcionario debe procederse a una absolución. Por ejemplo, si la imputación como autor del delito de colusión postula que no se tomó “ninguna medida concreta a pesar de tener conocimiento de que el equipo de cómputo que estaba adquiriendo el municipio no cumplía con las características especificadas en el contrato de compraventa” debe analizarse si el funcionario tenía dentro de sus competencias normativas realizar las acciones que se le atribuyen; de tal manera que si como contador de una entidad estatal (Municipalidad) “no le correspondía la verificación del estado en que se encontraban los bienes que se adquirirían, ni autorizar los pagos, pues su función se limitaba a dar la conformidad siempre que exista correspondencia entre la factura y la orden de compra corresponde dictar la absolución de los cargos”⁶³.

Los funcionarios competentes para intervenir en un proceso de contratación y que pueden cometer el delito de colusión ilegal, a título ejemplificativo, dentro de la administración pública son: un presidente regional⁶⁴, el presidente ejecutivo del Ctar Ucayali⁶⁵, el jefe del Servicio de Inteligencia Nacional⁶⁶, el jefe del Instituto Nacional de Defensa Civil (INDECI)⁶⁷, el gerente General y el jefe de Abastecimientos del Tribunal Constitucional⁶⁸, el jefe del Instituto Nacional de Becas y Crédito Educativo (INABEC)⁶⁹, el director de la Oficina

87

63 Véase el R. N. N.º 320-2011 del 28 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

64 Véase el R. N. N.º 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla); el R. N. N.º 2493-2013 del 23 de julio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

65 Véase el R. N. N.º 1076-2013 del 02 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

66 Véase el R. N. N.º 333-2009 del 04 de mayo del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

67 Véase el R. N. N.º 636-2008 del 24 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

68 Véase el R. N. N.º 3230-2010 del 12 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

69 Véase el R. N. N.º 334-2009 del 16 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

General de Administración del Ministerio del Interior (OGA)⁷⁰; el director Adjunto de la Oficina General de Abastecimiento del Ministerio del Interior⁷¹, director de la Oficina de Infraestructura del Ministerio del Interior⁷², el director general de Administración del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología⁷³, el sub director Administrativo de un Gobierno regional⁷⁴, un alcalde⁷⁵,

70 Véase el R. N. N.º 2600-2014 del 03 de febrero del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

71 Véase el R. N. N.º 4099-2011 del 17 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

72 Véase el R. N. N.º 4099-2011 del 17 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

73 Véase el R. N. N.º 605-2012 del 26 de junio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

74 Véase el R. N. N.º 2497-2011 del 09 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

75 Véanse el R. N. N.º 2949-2014 del 07 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 2517-2014 del 10 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla), el R. N. N.º 2313-2014 del 26 de octubre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 991-2014 del 16 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 933-2014 del 04 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 814-2014 del 13 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 756-2014 del 04 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 300-2014 del 21 de mayo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3237-2013 del 30 de mayo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Morales Parraguez), el R. N. N.º 3325-2013 del 06 de junio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 1299-2013 del 26 de marzo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 1361-2013 del 05 de marzo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 1260-2013 del 23 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 750-2013 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 1829-2012 del 24 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 2714-2012 del 06 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2227-2012 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2475-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rozas Escalante), el R. N. N.º 917-2012 del 28 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez), el R. N. N.º 2052-2012 del 03 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 78-2013 del 09 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N.

teniente alcalde⁷⁶, un regidor⁷⁷.

N.º 1904-2012 del 25 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1389-2012 del 16 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1969-2012 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 167-2012 del 17 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente, el R. N. N.º 1318-2012 del 29 de agosto del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo), el R. N. N.º 2912-2012 del 19 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 2453-2011 del 27 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez), el R. N. N.º 891-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 385-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas) el R. N. N.º 416-2011 del 24 de agosto del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 799-2011 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 3291-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1149-2011 del 18 de abril del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 191-2011 del 22 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1092-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. 852-2011 del 18 de julio del 2011 expedida por la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 3231-2011 del 25 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 2850-2010 del 14 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo), el R. N. N.º 1167-2010 del 24 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1455-2010 del 08 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 2459-2010 del 26 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 1538-2011 del 04 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo), el R. N. N.º 544-2011 del 25 de agosto del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo), el R. N. N.º 1830-2010 del 19 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1363-2010 del 25 de mayo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1014-2010 del 25 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo), el R. N. N.º 468-2010 del 06 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo), el R. N. N.º 4197-2009 del 17 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 920-2009 del 10 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2750-2009 del 21 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez), el R. N. N.º 1991-2009 del 17 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo), el R. N. N.º 668-2009 del 15 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo),.

76 Véase el R. N. N.º 933-2014 del 04 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

77 Véanse el R. N. N.º 566-2015 del 16 de julio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente:

El director municipal⁷⁸, el director administrativo de un municipio⁷⁹, el gerente municipal⁸⁰, el gerente de administración y finanzas de una municipalidad provincial⁸¹, el Gerente de la oficina de asesoría legal⁸², el jefe de la Unidad de Logística de una municipalidad⁸³, el jefe de la Unidad de Rentas de una municipalidad⁸⁴, el jefe de la Unidad de Logística de una municipalidad⁸⁵, el sub gerente de Proyectos, Estudios y Obras de una municipalidad

San Martín Castro), el R. N. N.º 933-2014 del 04 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 991-2014 del 16 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 2475-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rozas Escalante).

- 78 Véanse el R. N. N.º 2949-2014 del 07 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 379-2013 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1033-2010 del 30 de marzo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 2282-2009 del 22 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Biaggi Gómez), el R. N. N.º 1991-2009 del 17 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).
- 79 Véase el R. N. N.º 2282-2009 del 22 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Biaggi Gómez).
- 80 Véanse el R. N. N.º 566-2015 del 16 de julio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 2313-2014 del 26 de octubre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 3372-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 2714-2012 del 06 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1391-2012 del 13 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2816-2009 del 16 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- 81 Véase el R. N. N.º 1083-2010 del 13 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez).
- 82 Véase el R. N. N.º 2634-2011 del 01 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).
- 83 Véase el R. N. N.º 1081-2009 del 01 de julio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo).
- 84 Véase el R. N. N.º 2217-2012 del 16 de octubre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- 85 Véanse el R. N. N.º 2714-2012 del 06 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2468-2011 del 11 de julio del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).

Provincial⁸⁶, el gerente de Desarrollo Urbano⁸⁷, el sub gerente de Desarrollo Urbano de una municipalidad⁸⁸, el jefe de la Oficina de Infraestructura de una municipalidad⁸⁹, el jefe de División de Obras e Infraestructura Urbana y Rural⁹⁰, el director de la Oficina de Acondicionamiento Territorial de una Municipalidad⁹¹, el Director Zonal⁹², el Gerente General de un Gobierno Regional⁹³, el director regional de Administración de un Gobierno Regional⁹⁴, el Subgerente Regional⁹⁵, el administrador de una Subgerencia Regional⁹⁶, el director de la Administración Regional de Transportes y Comunicaciones de una región⁹⁷, el administrador de un hospital⁹⁸ o de una municipalidad⁹⁹, el Jefe

-
- 86 Véanse el R. N. N.º 3348-2011 del 13 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).
- 87 Véase el R. N. N.º 3348-2011 del 13 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).
- 88 Véase el R. N. N.º 3335-2010 del 01 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 2653-2009 del 19 de mayo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).
- 89 Véase el R. N. N.º 3335-2010 del 01 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- 90 Véase el R. N. N.º 2714-2012 del 06 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- 91 Véase el R. N. N.º 3887-2009 del 21 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).
- 92 Véase el R. N. N.º 2730-2012 del 13 de febrero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- 93 Véase el R. N. N.º 3034-2013 del 10 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- 94 Véase el R. N. N.º 3034-2013 del 10 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- 95 Véase el R. N. N.º 278-2013 del 23 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- 96 Véase el R. N. N.º 278-2013 del 23 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- 97 Véase el R. N. N.º 2638-2014 del 21 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- 98 Véase el R. N. N.º 2621-2013 del 23 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- 99 Véase el R. N. N.º 1647-2013 del 22 de enero del 2015 de la Sala Penal permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

de un aeropuerto¹⁰⁰, el jefe del Departamento de Mecánica de un Ferrocarril¹⁰¹, el director¹⁰² y subdirector¹⁰³ de una institución educativa, los Profesores miembros del Comité de Gestión de Recursos Financieros de un colegio¹⁰⁴, el vicerector administrativo de una universidad¹⁰⁵, el tesorero¹⁰⁶, secretario del núcleo ejecutor¹⁰⁷, los miembros del Comité Especial¹⁰⁸, los miembros de una comisión especial para adquirir un bien¹⁰⁹, los miembros de la Comisión Especial Permanente de una municipalidad¹¹⁰, los miembros de la Comisión

100 Véase el R. N. N.º 3472-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Bonilla).

101 Véase el R. N. N.º 285-2014 del 18 de junio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

102 Véanse el R. N. N.º 3445-2011 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo), el R. N. N.º 3175-2011 del 09 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

103 Véase el R. N. N.º 3175-2011 del 09 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

104 Véase el R. N. N.º 3175-2011 del 09 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

105 Véase el R. N. N.º 2468-2009 del 12 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

106 Véase el R. N. N.º 1325-2013 del 21 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 2227-2012 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2217-2012 del 16 de octubre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1316-2011 del 18 de abril del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 3175-2011 del 09 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

107 Véase el R. N. N.º 1325-2013 del 21 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

108 Véase el R. N. N.º 2949-2014 del 07 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 2052-2012 del 03 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1621-2012 del 03 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2261-2010 del 21 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. 2486-2004 de fecha 04 de Febrero del 2005 expedida por la Segunda Sala penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 700-2012 del 01 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

109 Véase el R. N. N.º 566-2015 del 16 de julio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

110 Véase el R. N. N.º 3647-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

de Recepción de Obra¹¹¹, el presidente del Comité Especial¹¹², el secretario de la Comisión Especial Permanente de Contrataciones y Adquisiciones¹¹³, el Director de Crédito Educativo del Inabec¹¹⁴, el jefe de la División de Compras¹¹⁵, el Jefe de Logística de un hospital¹¹⁶, el director de la Oficina Ejecutiva de Administración del Instituto Nacional de Rehabilitación del Ministerio de Salud¹¹⁷, el director General Adjunto del Instituto Nacional de Rehabilitación del Ministerio de Salud¹¹⁸, el jefe de la Oficina de Logística del Instituto Nacional de Rehabilitación del Ministerio de Salud¹¹⁹, de Foncodes¹²⁰, Sub gerente de logística¹²¹, jefe del Área de Adquisiciones¹²² o el encargado de compras¹²³,

111 Véase el R. N. N.º 3335-2010 del 01 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

112 Véase el R. N. N.º 193-2013 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

113 Véase el R. N. N.º 1290-2011 del 17 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

114 Véase el R. N. N.º 334-2009 del 16 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

115 Véase el R. N. N.º 3473-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

116 Véase el R. N. N.º 2621-2013 del 23 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

117 Véase el R. N. N.º 2374-2013 del 22 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

118 Véase el R. N. N.º 2374-2013 del 22 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

119 Véase el R. N. N.º 2374-2013 del 22 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

120 Véase el R. N. N.º 3740-2010 del 01 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

121 Véase el R. N. N.º 3647-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 1083-2010 del 13 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez).

122 Véase el R. N. N.º 2621-2013 del 23 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 2266- 2012 del 02 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

123 Véase el R. N. N.º 3473-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

el Jefe de la División de Servicios Técnicos y Desarrollo Urbano¹²⁴, el jefe de equipo administrativo que visa las solicitudes de trabajo y de servicios¹²⁵, el gerente¹²⁶ o Jefe¹²⁷ de abastecimientos, el gerente administrativo¹²⁸, jefe de personal¹²⁹, el Jefe de Almacén¹³⁰, especialista de servicios generales del área de administración¹³¹, el Secretario Técnico de Defensa Civil de una Municipalidad¹³², el Asistente de Obras que fue la encargada de la supervisión de

124 Véase el R. N. N.º 1391-2012 del 13 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

125 Véase el R. N. N.º 3472-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Bonilla).

126 Véase el R. N. N.º 3473-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

127 Véase el R. N. N.º 1739-2013 del 17 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas): “se encargó de la elaboración del cuadro de cotizaciones y el visado de la documentación con la que se pretendió sustentar la compra del equipo topográfico”, el R. N. N.º 1034-2011 del 28 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1533-2011 del 13 de junio del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 1391-2012 del 13 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1455-2010 del 08 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 1449-2010 del 09 de junio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 324-2011 del 16 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo): “en su calidad de Jefa del Área de Abastecimiento es responsable por haber elaborado el cuadro comparativo de propuesta y los contratos favoreciendo a Caballón Taipe”. Sin embargo, en el R. N. N.º 344-2010 del 16 de marzo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana) se ha señalado: “que por el hecho de ser Jefe de Abastecimiento, no se le puede comprender en el ilícito que se le imputa”, el R. N. N.º 1219-2008 del 26 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

128 Véase el R. N. N.º 3372-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 3472-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Bonilla).

129 Véase el R. N. N.º 1647-2013 del 22 de enero del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

130 Véase el R. N. N.º 1219-2008 del 26 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

131 Véase el R. N. N.º 3740-2010 del 01 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

132 Véase el R. N. N.º 3372-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

la ejecución de la obra¹³³, el supervisor de obra¹³⁴, el inspector de obra¹³⁵, el residente de obra¹³⁶.

Asimismo, también se puede cometer el delito por los miembros de las fuerzas armadas y policiales v. gr., los miembros del Consejo Directivo y Comité de Inversiones Inmobiliarias de la Caja de Pensiones Militar Policial¹³⁷, los directivos de la Caja de Pensiones Militar Policial¹³⁸, los miembros de

133 Véase el R. N. N.º 3348-2011 del 13 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

134 Véase el R. N. N.º 2730-2012 del 13 de febrero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

135 Véase el R. N. N.º 29-2012 del 22 de marzo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 2787-2010 del 18 de mayo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 4197-2009 del 17 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

136 Véase el R. N. N.º 1820-2010 del 20 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

137 Véase el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

138 Véase el R. N. N.º 1497-2015 del 06 de julio del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 732-2014 del 03 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 118-2013 del 22 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo): "la abundante jurisprudencia al respecto, por parte de la autoridad judicial, ha sido esclarecedora al interpretar que este tipo de trabajadores sí reúnen los presupuestos para ostentar la calidad de funcionarios o servidores públicos. El más resaltante corresponde a la Ejecutoria Suprema número tres mil setecientos setenta y ocho-dos mil dos, de fecha diez de marzo de dos mil tres, que sostuvo que la legislación que regula la existencia y funciones de la CPMP tiene un tratamiento especial; ello se puede advertir en su constitución orgánica y funcional, siempre sin ser desvinculada del control estatal. La existencia de un informe del Ministerio de Economía, el cual señala que los aportes presupuestales a la referida institución no representan transferencia de carácter presupuestal ni constituyen recursos públicos, no debe interpretarse como una circunstancia excluyente de dicha institución, respecto del ámbito estatal que corresponde. Aun cuando los recursos de la CPMP, entre otros, están constituidos por las remuneraciones pensionables de los servidores de las Fuerzas Armadas y Policiales, no obstante ello, también está compuesto por los aportes del Estado, provenientes específicamente del Tesoro Público. También, el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado): "la Caja de Pensiones Militar Policial no se encuentra sujeta a las normas legales y administrativas que regulan el funcionamiento de las entidades

la policía, el ejército, la marina o la aviación. Por ejemplo, se ha condenado como autor del delito de colusión a un coronel de la Fuerza Aérea del Perú que era el jefe de la Unidad de Servicio de Material de Guerra de la Fuerza Aérea del Perú¹³⁹, al jefe encargado de la Comandancia General de Logística del Ejército - COLOGE¹⁴⁰ que intervinieron en un proceso de contratación de su institución. En el caso de la Marina de Guerra pueden ser comprendidos en un proceso penal como autores del delito de colusión un Contra Almirante de la Armada Peruana (director de abastecimiento), un Teniente Primero de la Armada Peruana (jefe de la División del Mercado Local del departamento de adquisiciones), un Capitán de Navío (jefe del Departamento de Adquisiciones), un Teniente (jefe del Departamento de Aduanas), un Técnico Primero de la Armada Peruana (encargado de los tramites en el Departamento de Aduanas) y un Capitán de Fragata de la Marina de Guerra del Perú (jefe de la Oficina

del sector público, esto no obedece a que se trate de una entidad privada, sino por el contrario, que tratándose de una persona jurídica de derecho público interno, se fija esta excepción expresamente prevista en su propia ley de creación. Además, la Caja se encuentra sujeta a la acción de control de la Contraloría General de la República, por disposición expresa del artículo cinco de su ley de creación-Decreto ley número veintiún mil veintiuno. Por estas razones, la Caja de Pensiones Militar Policial figura en el organigrama oficial confeccionado por la Dirección Nacional de Racionalización del Instituto Nacional de Administración pública, publicado en el diario oficial “El Peruano” el nueve de enero de mil novecientos noventa y cinco, como institución descentralizada dependiente del Ministerio de Defensa”. Finalmente, se considera: “la Caja de Pensiones Militar Policial es una entidad estatal con personería jurídica de derecho público interno que forma parte del Estado como institución descentralizada del Ministerio de Defensa, que se encuentra sujeta a la acción de control que despliega la Contraloría General de la República, y que parte de los fondos que administra provienen del erario nacional”, el R. N. N.º 4771-2009 del 10 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo): “La naturaleza jurídica de dicha entidad es la de ser una persona jurídica de Derecho Público, teniendo en cuenta que la dirección de dichos fondos recae en funcionarios públicos nombrados mediante Resolución Suprema. Por tanto, los agentes vinculados a ella son, a efectos penales funcionarios públicos y los fondos que administran tienen el carácter de caudales públicos”.

139 Véase el R. N. N.º 3328-2011 del 04 de julio del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

140 Véase el R. N. N.º 2849-2011 del 21 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Tello Gilardi): “era responsable de la aprobación de las bases administrativas y de la visación de la hoja de recomendación en la cual el jefe de servicio daba cuenta de la forma como se había llevado a cabo el proceso de licitación”, el R. N. N.º 1547-2011 del 15 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

de Economía) que intervinieron en un proceso de contratación¹⁴¹. De igual forma se condenó como autores de colusión al jefe Interino de la Oficina General de Administración del Ministerio de Defensa, el jefe de la Unidad de Tesorería, el jefe de la Unidad de Logística y jefe de Almacén del Ministerio de Defensa¹⁴² y el jefe de la División de Telecomunicaciones e Informática de la Policía Nacional¹⁴³.

En el caso de una empresa estatal se considera como autor del delito de colusión al gerente general de la Caja de Pensiones Militar Policial¹⁴⁴, al gerente de Operaciones de la Caja Militar Policial¹⁴⁵, al gerente de Asesoría Jurídica de la Caja de Pensiones Militar Policial¹⁴⁶, al gerente de Inversiones Inmobiliarias de la Caja de Pensiones Militar Policial¹⁴⁷, al jefe del Departamento de Estudios y Proyectos Inmobiliarios de la Caja Militar Policial¹⁴⁸, al gerente de un hotel de propiedad de la Caja Militar Policial¹⁴⁹, al gerente general de la empresa de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Municipal¹⁵⁰ (v. gr.,

141 Véase el R. N. N.º 1620-2012 del 09 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

142 Véase el R. N. N.º 3043-2010 del 09 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

143 Véase el R. N. N.º 265-2013 del 25 de junio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

144 Véase el R. N. N.º 732-2014 del 03 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

145 Véase el R. N. N.º 611-2014 del 25 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla).

146 Véase el R. N. N.º 3004-2013 del 16 de julio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

147 Véase el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

148 Véase el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

149 Véase el R. N. N.º 4771-2009 del 10 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo).

150 Véase el R. N. N.º 840-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2545-2010 del 27 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

SEDAM Huancayo S.A.), al jefe de SIMA Electrónica, dependencia directa de la Dirección Ejecutiva de SIMA PERÚ (Empresa de Servicios Industriales de la Marina Sociedad Anónima)¹⁵¹, al gerente general Banco de Materiales¹⁵², al gerente general de PETROPERU¹⁵³, al gerente de Comercialización (i) de PETROPERU¹⁵⁴, gerente del Departamento de Mercadeo Nacional de PETROPERU¹⁵⁵, jefe de la Unidad de Ventas Metropolitanas de PETROPERU¹⁵⁶, el presidente del Comité Especial de Adquisiciones Directa de Materiales de construcción, el jefe de la Oficina de Logística del Banco de Materiales¹⁵⁷, el jefe de la Oficina de Planificación e Informática¹⁵⁸, el presidente de la Junta Liquidadora de la Empresa Comercializadora de Productos Mineros Sociedad Anónima (MINPECO S.A.)¹⁵⁹, presidente del directorio de la Empresa Municipal de Servicios Eléctricos-EMSEU-S.A.C¹⁶⁰.

La condición de funcionario de quien labora y desempeña actividades en las empresas públicas en el que tiene participación el Estado deriva de la aplicación del artículo 425.3 del Código penal y del artículo 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita por el Perú el veintinueve de

151 Véase el R. N. N.º 1252-2014 del 01 de octubre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

152 Véase el R. N. N.º 700-2012 del 01 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

153 Véase el R. N. N.º 1479-2012 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

154 Véase el R. N. N.º 1479-2012 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

155 Véase el R. N. N.º 1479-2012 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

156 Véase el R. N. N.º 1479-2012 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

157 Véase el R. N. N.º 700-2012 del 01 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

158 Véase el R. N. N.º 2545-2010 del 27 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

159 Véase el R. N. N.º 3008-2010 del 22 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

160 Véase el R. N. N.º 1167-2010 del 24 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

marzo de mil novecientos noventa y seis, aprobada por Resolución Legislativa número veintiséis mil setecientos cincuenta y siete, de trece de marzo de mil novecientos noventa y siete, y ratificada por el Decreto Supremo número diecinueve guión noventa y siete guión RE de veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y siete, que entiende por *función pública*, toda actividad temporal o permanente, renumerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos; y, por *funcionario* o *servidor público*, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluso los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

La Corte Suprema ha señalado sobre el tema que “es cierto, igualmente, reconocer esa línea reformista errática del legislador nacional, sus idas y venidas, respecto a la actividad empresarial del Estado, pero más allá de su intento de concretar supuestos en línea casuística, siempre admitió que había entidades, instituciones y organismos públicos que realizaban servicios públicos, y personal que actuaba en ellos, así como también acogió una descripción abierta de funcionario o servidor público al incorporar en el listado a otros cargos que indicara la Constitución y la ley¹⁶¹”. En la misma línea ha sostenido que la: “Convención, por la jerarquía de las normas y tratándose de una norma específica, consideramos que prevalece, puesto que el Perú como Estado lo suscribió, el Congreso lo aprobó y el Ejecutivo lo ratificó, formando así parte de nuestra legislación nacional. En tal sentido, debe tenerse en cuenta

161 Véase la CASACIÓN N.º 634-2015 del 28 de junio del 2016 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro): “Si se estima que el numeral 3 del artículo 425 del Código Penal no era aplicable al sub lite, si se subsumía inevitablemente, en el numeral 6, que remitía los alcances del término “funcionario público” a otros preceptos, en este caso, directamente al artículo 1 de la citada Convención -ya integrada al ordenamiento nacional. Aunque, como ha quedado expuesto, por la propia naturaleza del bien jurídico tutelado y el entendimiento de la noción de funcionario público como quien desarrolla un rol efectivo en la función pública, era del caso interpretar que el inciso tercero comprendía a las empresas públicas y de economía mixta. Por lo demás, la mención a la aludida Convención, en tanto norma que integra el derecho nacional, es compatible con el principio de reserva de ley, pues el concepto de funcionario público es un elemento normativo en el ámbito de los delitos contra la Administración pública. No se trata de una aplicación inmediata de una cláusula incriminatoria prevista en el ordenamiento internacional, sino de la invocación de un elemento técnico normativo conforme con las fuentes internacionales de obligatoria observancia”.

dicho instrumento jurídico para resolver cualquier hecho relacionado con el concepto de funcionario o servidor público, pues no cabe una interpretación sin que guarde concordancia con la convención aludida¹⁶².

También pueden ser considerados como (posibles) autores del delito de colusión el Director de Logística y el Inspector de la Compañía General de Bomberos Voluntarios del Perú¹⁶³.

- 88** Un funcionario no puede ser considerado como autor del delito de colusión ilegal si es que le falta la competencia normativa-funcional para contratar¹⁶⁴ v. gr., un asistente administrativo de la oficina de planificación¹⁶⁵, el jefe de la Oficina de Control Patrimonial¹⁶⁶, miembro del Consejo Directivo¹⁶⁷, el miembro del Comité de Altas y Bajas¹⁶⁸, la secretaria letrada y asesora legal interna de la Junta Liquidadora de una Empresa estatal¹⁶⁹, el director de la

162 Véase el R. N. N.° 732-2014 del 03 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

163 Véase el R. N. N.° 639-2010 del 11 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

164 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 408.

165 Véase el R. N. 1714-2004 de fecha 10 de febrero del 2005.

166 Véase el R. N. N.° 1105-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

167 Véase el R. N. N.° 4771-2009 del 10 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo): "El ámbito de aplicación de la colusión desleal abarca el proceso de contratación pública y su ejecución por el funcionario o servidor público que interviene por comisión especial, pero ninguno de los miembros del Consejo Directivo implicados estuvo a cargo del proceso de contratación. Ellos se limitaron a delegar facultades al gerente general de la Caja de Pensiones para suscribir el contrato de compraventa autorizado por el Comité de Supervisión y Coordinación del hotel Las Américas, por lo que es del caso absolverlos, de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales".

168 Véase el R. N. N.° 1105-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

169 Véase el R. N. N.° 209-2012 del 15 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado): "se ha establecido que en su condición de Secretaria Letrada y asesora legal interna de la Junta Liquidadora de la Empresa para el Desarrollo y Explotación de la Palma Aceitera - EMDEPALMA, no ha tenido facultades para aprobar, autorizar o desplegar acción concreta que permita establecer una presunta colusión en la venta directa del bien sub judice".

Oficina de Auditoría Interna de una municipalidad¹⁷⁰, el Director de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente¹⁷¹, el jefe de lavandería del Instituto Peruano de Seguridad Social¹⁷², el encargado del servicio de equipo mecánico de un proyecto¹⁷³, un supervisor de obras¹⁷⁴.

En el caso que un superior jerárquico asigne competencias a funcionarios dependientes (v. gr., asistente administrativo y jefe de operaciones de un aeropuerto), sin respetar el Manual de organización de funciones de la entidad, dichos funcionarios no necesariamente deben ser considerados como responsables (autores o cómplices) del delito de colusión si es que se demuestra que se limitaron a efectuar el trabajo encomendado por la jefatura y que no era su atribución, sino de otras áreas (v. gr., la jefatura y al área de infraestructura), el establecer el precio por metro cuadrado de una obra (parchado de la pista del aeropuerto) que se considera sobrevalorada y sobre el que no tenían mayor injerencia ni intervención¹⁷⁵. En el caso descrito la Corte Suprema absolvió al jefe de operaciones que generó la solicitud de trabajo y servicio, así como brindó la conformidad de servicio, pese a que no tenía conocimiento ni capacitación sobre el tema de parchados de pistas de aeropuertos¹⁷⁶.

170 Véase el R. N. N.º 904-2009 del 03 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

171 Véase el R. N. N.º 978-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

172 Véase el R. N. N.º 344-2010 del 16 de marzo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana): “en su calidad de jefe de lavandería no tenía la calidad de miembro de la comisión de adquisición de bienes del Instituto Peruano de Seguridad Social (hoy ESSALUD), por tanto, no cuenta con competencia institucional”.

173 Véase el R. N. N.º 280-2009 del 19 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo): “se aprecia que fue contratado como encargado del servicio de equipo mecánico del Proyecto Especial Madre de Dios y en esa condición no tenía facultad de decisión sobre la adquisición de los repuestos de las maquinarias y menos tuvo intervención alguna en el procedimiento de selección llevado a cabo por el Comité Especial designado para tal finalidad”.

174 Véase el R. N. N.º 1565-2012 del 19 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

175 Véase el R. N. N.º 3472-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Bonilla).

176 Véase el R. N. N.º 3472-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Bonilla).

89 El delito se comete tanto en el momento de la contratación como en el momento de la ejecución o ampliación de los contratos u operaciones estatales¹⁷⁷. Es necesario que el funcionario posea capacidad y competencia funcional de intervenir en un contrato estatal.

No se requiere que el funcionario cuente de manera general con un poder de dirección¹⁷⁸ o que forme parte de la alta estructura organizativa de la entidad estatal correspondiente. La ley solo exige que se actúe en razón al cargo y se intervenga, directa o indirectamente, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. En todo caso, el poder dirección y de decisión para que sea relevante debe derivar necesariamente del cargo y del ámbito de competencias propias de la función estatal que le facultan para intervenir en un proceso de contratación. Es posible que el funcionario no ejerza ni desarrolle un poder de dirección en la entidad estatal, pero se le conceda normativamente amplias facultades para llevar a cabo la negociación de un determinado contrato estatal. La exigencia de la norma supone una valoración normativa y no fáctica.

El poder de dirección, o simplemente el poder con la que cuente un funcionario dentro de una entidad estatal (v. gr., alcalde, gobernador regional, gerente, etc.) debe distinguirse de la competencia funcional específica de intervenir en un proceso de contratación estatal. Es posible tener un poder material dentro del órgano estatal, con una influencia marcada en las diversas dependencias y áreas de la respectiva entidad pública (municipio, Gobierno regional, ministerio, etc.) y no por ello contar con la competencia normativa para intervenir en el proceso de contratación. El poder, la influencia, la ascendencia material que ostente un determinado funcionario (v. gr., asesor) sobre ciertas áreas y funcionarios públicos no significa que automáticamente posea una competencia y atribución de participar en cualquier etapa del proceso de contratación.

Quien ejerce el poder en una entidad estatal e influye y determina en un concreto proceso de contratación si bien no puede ser autor del hecho,

177 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano*, p. 262.

178 En contra: el R. N. 1382-2002 del 05 de mayo del 2003 en: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *Jurisprudencia penal*, p. 632, R. N. 2522-2002 del 24 de octubre del 2003.

al carecer de competencia funcional específica para contratar, es posible que puede realizar cualquier forma de participación criminal: complicidad o instigación. La falta de competencia funcional –pero al mismo tiempo el ejercicio del poder e influencia por parte de un funcionario– no quiere decir que sea ajeno del todo a un contrato estatal y que no pueda determinar un concreto y específico proceso de contratación en cualquiera de sus fases: fase preparatoria, fase de selección y fase de ejecución. Incluso, es posible imputar autoría si dicho funcionario domina o maneja el proceso de contratación de modo “indirecto”.

La ley penal fija como criterio de imputación (autoría) en el delito de colusión ilegal, sea en su forma simple o agravada, a la competencia funcional específica del funcionario encargado en el proceso de contratación.

Por otro lado, no es necesario que el funcionario pertenezca al ente público al que se pretende defraudar¹⁷⁹, que tenga un poder de decisión, un contrato de trabajo a plazo determinado, goce de un nombramiento especial o reciba una remuneración. Basta que sea funcionario público y se encuentre investido de competencias normativas para intervenir en un proceso de contratación.

1.1.3. La fuente normativa de la competencia funcional específica

El origen normativo de la relación funcional específica (competencia para intervenir en un proceso de contratación) es la ley en sentido formal¹⁸⁰, el reglamento¹⁸¹, los actos administrativos¹⁸² (v. gr., resolución administra-

90

179 Cfr. MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 336; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la Administración pública*, p. 210; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis-Ossandon Widow, María Magdalena, *Los Delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 402. En la doctrina nacional, GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1099.

180 Cfr. MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la Administración pública*, t. 9, p. 146; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 34.

181 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 332. Reconoce a la ley como única fuente de la relación funcional específica; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 288; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 34.

182 Cfr. MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal (PE)*, vol. III, p. 171; MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la Administración pública*, t. 9, p. 146.

tiva¹⁸³), el Manual de organización de funciones u otra clase de norma, ya sea de carácter general o específico, de un organismo o entidad pública que determina que un funcionario tiene facultades para intervenir en un proceso de contratación estatal.

La competencia funcional o la autorización para intervenir en un proceso de contratación se determina a partir de la legislación de contratación del Estado¹⁸⁴ (v. gr., la Constitución, la ley y el reglamento de contratación pública) como también a través de otras disposiciones administrativas que regulan las distintas formas de contratación pública o las distintas competencias de los funcionarios públicos¹⁸⁵ (Ley Orgánica de Municipalidades –Ley N.º 27972¹⁸⁶–, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales –Ley N.º 27867¹⁸⁷–, el Reglamento de organización y funciones¹⁸⁸).

- 91 Desde el punto de vista normativo, la configuración de una relación funcional específica depende en la gran mayoría de las veces de una regulación

183 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 34.

184 Véase el R. N. N.º 1318-2012 del 29 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

185 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 262.

186 Artículo 34.- Contrataciones y adquisiciones locales. “Las contrataciones y adquisiciones que realizan los gobiernos locales se sujetan a la ley de la materia, debiendo hacerlo en acto público y preferentemente con las empresas calificadas constituidas en su jurisdicción, y a falta de ellas con empresas de otras jurisdicciones. Los procesos de contratación y adquisición se rigen por los principios de moralidad, libre competencia, imparcialidad, eficiencia, transparencia, economía, vigencia tecnológica y trato justo e igualitario; tienen como finalidad garantizar que los gobiernos locales obtengan bienes, servicios y obras de la calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados”. Las restricciones a las contrataciones de las municipalidades se encuentran recogidas en el artículo 63: “El alcalde, los regidores, los servidores, empleados y funcionarios municipales no pueden contratar, rematar obras o servicios públicos municipales ni adquirir directamente o por interpósita persona sus bienes. Se exceptúa de la presente disposición el respectivo contrato de trabajo, que se formaliza conforme a la ley de la materia”.

187 Artículo 35.- Contrataciones y adquisiciones regionales. Las contrataciones y adquisiciones que realizan los gobiernos regionales se sujetan a la Ley de la materia, promoviendo la actividad empresarial regional.

188 Véase el R. N. N.º 135-2010 del 06 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

legal previa (en sentido amplio) que fija las competencias y funciones de un funcionario público. No es necesaria que dicha relación funcional específica sea efectuada por necesidad o conveniencia del servicio. La fuente normativa también puede revestir la forma de una *delegación de funciones*¹⁸⁹ siempre que sea una delegación lícita y dentro de los parámetros del derecho administrativo¹⁹⁰.

También se admiten otra clase de fuentes como es el caso de la expedición de una orden legítima de autoridad¹⁹¹ o la práctica administrativa¹⁹² consuetudinaria no contraria a la ley¹⁹³. En efecto, no solo es posible que se pueda designar a un funcionario público a través de un nombramiento, sino que adicionalmente puede ejercerse el cargo a través de una orden. Lo importante es que el funcionario sea competente y se encuentre autorizado¹⁹⁴.

189 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1102; PARIONA ARANA, Raúl; *El delito de colusión*, p. 34; CARRIÓN DÍAZ, Juan y CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 37; MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.° 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.° 26, agosto 2011, p. 27; GUIMARAY MORY, Erick-RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio, “Colusión por comisión por omisión. El caso de los Alcaldes y los Presidentes Regionales”, en *Revista Ius et Veritas*, Lima: N.° 51, diciembre 2015, p. 292.

190 Cfr. MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la Administración pública*, t. 9, p. 146; CARRIÓN DÍAZ, Juan y CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 37; MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.° 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.° 26, agosto 2011, p. 27.

191 Véase, PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale (PE)*, vol. I, p. 69. En contra: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 288.

192 Cfr. SEMINARA, Sergio, *Commentario breve al Codice Penale* (Alberto Crespi-Federico Stella-Giuseppe Zuccala), p. 887; ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale (PE)*, vol. II, p. 299; ROMANO, Mario, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali (Art. 314-335 bis)*, p. 27; GAROFOLI, Roberto, *Manuale di diritto Penale (PE)*, vol. I, p. 118; FIANDACA, Giovanni-Musco, Enzo, *Diritto Penale (PE)*, vol. I, p. 192.

193 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 332. En contra ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 288.

194 Cfr. MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la Administración pública*, t. 9, p. 146.

La orden legítima puede agregar a las facultades o funciones que detenta el funcionario una competencia adicional. A una competencia que no existía se le añade una función, ya sea de manera independiente o de modo complementario¹⁹⁵. El único requisito es que dicha orden provenga de una autoridad competente o con capacidad jurídica para expedirla, ya que si la orden proviene de un funcionario incompetente o una persona que carece del status de funcionario no genera el deber ni la obligación de cumplimiento.

92

El análisis y la valoración de la función (competencia) que deriva del cargo no debe realizarse sobre la base exclusiva del derecho administrativo como si se exigiera que el ejercicio del cargo sea únicamente compatible con las normas administrativas expresas¹⁹⁶. Puede haber contenidos materiales propios del Derecho penal v. gr., asunción especial, ejercicio material de una competencia, etc.

No es necesario que entre las funciones que efectivamente desarrolla y realiza el funcionario público haya absoluta compatibilidad con la obligación de administrar, custodiar o poseer los bienes¹⁹⁷. La competencia para contratar debe distinguirse de la competencia para disponer bienes o caudales públicos.

El funcionario que comete el delito de colusión ilegal no necesariamente debe poseer o tener la custodia, administración o posesión temporal de los bienes públicos de la entidad correspondiente. Es posible que se tenga la condición de administrador de una entidad estatal, pero al mismo tiempo no se haya intervenido en el proceso de contratación estatal¹⁹⁸. Las facultades y

195 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 333.

196 Cfr. CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 309; MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 336. En sentido distinto MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, p. 1261.

197 Cfr. MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la Administración pública*, t. 9, p. 146; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis-Ossandon Widow, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 402. En contra el R. N. 3611-2002 del 16 de mayo del 2003 en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia Penal*, p. 634.

198 Al respecto, el R. N. 1477-2004 del 01 de Marzo del 2005 de la Segunda Sala Transitoria de la Corte Suprema: "En cuanto al procesado Juan Mendoza Ochoa Director de Administración de la Dirección de Salud de Arequipa, se desprende de

competencias normativas para contratar pueden ser distintas a las facultades de disponer y administrar los caudales y bienes públicos. Con todo, no hay dificultad alguna en la configuración del delito para que la posesión o custodia, o, incluso, la administración, se den ocasionalmente¹⁹⁹ o por un período de tiempo reducido²⁰⁰.

Los funcionarios encargados del proceso de contratación estatal no se limitan al área de administración de una entidad pública, dado que participan, por ejemplo, los funcionarios del área usuaria, el titular de la entidad o el funcionario encargado o los miembros del comité de selección que es un órgano autónomo y distinto a la administración de la entidad pública.

Asimismo, es posible que el ejercicio del cargo provenga de una delegación de competencias²⁰¹, consecuencia de una posición jerárquica²⁰², ya sea

93

los actuados que este no se encontraba a cargo de adquisición de los bienes de la institución agraviada, por lo cual carecía de la cualidad requerida por el tipo penal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sin perjuicio de lo mencionado, no se vislumbra en su conducta ningún indicio de participación en dicho ilícito, razón por la cual la absolución venida en grado se encuentra arreglada a ley”.

199 Cfr. ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale (PE)*, vol. II, p. 299; GAROFOLI, Roberto, *Manuale di diritto penale (parte especial)*, vol. I, p. 118. En contra, PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale (parte especial)*, vol. I, p. 66; FIANDACA, Giovanni-Musco, Enzo, *Diritto penale (PE)*, vol. I, p. 191; ROMANO, Mario, *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, p. 29; MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal (parte especial)*, vol. III, p. 171; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 288.

200 En sentido distinto, ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 332.

201 Acepta la administración delegada, GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el Código Penal del 2000*, p. 317; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 291; CARRIÓN DÍAZ, Juan-CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 37; MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 27.

202 Cfr. ROMANO, Mario, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, p. 28; GUIMARAY MORY, Erick-Rodríguez VÁSQUEZ, Julio, “Colusión por comisión por omisión. El caso de los Alcaldes y los Presidentes Regionales”, en *Revista Ius et Veritas*, Lima: N.º 51, diciembre 2015, pp. 292 y ss. Véanse las Ejecutorias Supremas recaídas en el R. N. 1016-2004 de fecha 14 de febrero del 2005, R. N. 648-2005 del 11 de octubre del 2005.

formal o material, que el funcionario encargado del proceso de contratación realiza, por ejemplo, por razones de urgencia, de vacaciones etc.; siempre, claro está, que el superior tenga facultades de delegar²⁰³ y que no se transgreda la ley v. gr., al fijar la norma de manera particular una regla *intuitu personae*²⁰⁴ respecto al funcionario al que se confían de modo exclusivo la participación en un contrato estatal.

Aquí se distingue entre la delegación de funciones jurídicamente permitida y lícita de aquella función indelegable o no permitida por el ordenamiento jurídico. En este último caso el delegado no tendrá la posición especial exigida por el tipo penal en caso se concierte con los particulares, de tal manera que su conducta se tendrá que subsumir en otros tipos penales v. gr., estafa, apropiación ilícita. En cambio, si en caso la función es delegable hay la posibilidad de que el delegado pueda ser autor idóneo del delito de colusión ilegal²⁰⁵.

En el derecho administrativo por una cuestión de funcionalidad y eficiencia se admite la posibilidad de la delegación de funciones. Por ejemplo, en nuestro ordenamiento administrativo, la posibilidad de delegar competencias propias de un órgano se ejerce en el marco del cumplimiento de ciertos requisitos establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativos General al disponer: “Las entidades pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente” (artículo 67.1) y que “mientras dure la delegación, no podrá el delegante ejercer la competencia que hubiese delegado, salvo los supuestos en que la ley permite la avocación” (artículo 67.3). Asimismo, “los actos administrativos emitidos por delegación indican expresamente esta circunstancia y son considerados emitidos por la entidad delegante” (artículo 67.4). No todo acto administrativo es delegable, por ejemplo, la LGPA prescribe: “Son indelegables las atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia, las atribuciones para emitir normas

203 Cfr. MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la Administración pública*, t. 9, p. 147; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1102; MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 27.

204 Cfr. ROMANO, Mario, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali* (Art. 314-335 bis), p. 28.

205 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1102.

generales, para resolver recursos administrativos en los órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso, y las atribuciones a su vez recibidas en delegación” (artículo 67.2). La delegación se extingue: i) por revocación o avocación (artículo 67.5, a); ii) por el cumplimiento del plazo o la condición previstos en el acto de delegación (artículo 67.5,a).

De igual forma, el artículo 70 de la Ley N.º 27444 dispone: “Todo cambio de competencia debe ser temporal, motivado, y estar su contenido referido a una serie de actos o procedimientos señalados en el acto que lo origina. La decisión que se disponga deberá ser notificada a los administrados comprendidos en el procedimiento en curso con anterioridad a la resolución que se dicte”. De igual forma, el artículo 74.1 de la Ley N.º 27444 prescribe “La titularidad y el ejercicio de competencia asignada a los órganos administrativos se desconcentra en otros jerárquicamente dependientes de aquéllos”. De allí que el OSCE haya entendido que “por ello, se entiende que los órganos administrativos pueden transferir competencias a órganos jerárquicamente dependientes, con el objeto de aproximar a los administrados las facultades administrativas que conciernen a sus intereses, como precisa el numeral 74.3 del referido artículo²⁰⁶”.

En la doctrina administrativa peruana²⁰⁷ se plantea que existen determinadas exigencias concurrentes en la delegación de competencias: i) la **temporalidad**, en virtud de la cual toda delegación de competencias debe estar limitada en el tiempo; ii) la **motivación**, entendiéndose por ello que el acto de delegación, para su procedencia, debe fundamentarse en las causales previstas en los artículos 67 y 69 de la Ley N.º 27444; iii) la **generalidad**, al referirse a una serie de actos o procedimientos genéricos, sin hacer referencia a casos específicos; y, iv) la **comunicación a los administrados**, en tanto que la transferencia de competencias no es un fenómeno de trascendencia meramente interna, por lo que se constituye como una exigencia a favor del administrado que la decisión de transferir la competencia se notifique a los interesados en los expedientes en curso afectos a esta decisión.

206 Véase la Opinión N.º 007-2015/DTN del 21 de enero del 2015, la Opinión N.º 167-2015/DTN del 21 de enero del 2015, la Opinión N.º 066-2009/DTN del 08 de mayo del 2009.

207 Cfr. MORÓN URBINA, JUAN CARLOS, “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, Lima: *Gaceta Jurídica*, 11ª Ed., 2015, p. 355.

El artículo 68 de la Ley N.º 27444 prescribe: “el delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado, y podrá ser responsable con éste por culpa en la vigilancia”. Al respecto, el OSCE ha señalado que “en ningún caso en virtud de la delegación, el delegante, en este caso el titular de la entidad, pierde la responsabilidad por el debido ejercicio de las facultades delegadas, debiendo asumir la responsabilidad por “culpa en la vigilancia”; esto es, la responsabilidad por no cumplir con el deber de vigilar la gestión del delegado”²⁰⁸.

- 94 En el campo del derecho de contrataciones del Estado de manera expresa se permite la delegación de funciones, salvo determinados supuestos. El artículo 6 de la LCE prescribe: “el titular de la entidad puede delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. No pueden ser objeto de delegación, la declaración de nulidad de oficio, las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra, la aprobación de las contrataciones directas salvo aquellas que disponga el reglamento de acuerdo a la naturaleza de la contratación, y los otros supuestos que se establezcan en el reglamento”. Por ello, el OSCE ha señalado que “el titular de la entidad, definido como la más alta autoridad ejecutiva de una Entidad, puede delegar, mediante resolución, la autoridad que la normativa de contrataciones del Estado le otorga, con excepción de: (i) la aprobación de exoneraciones; (ii) la declaración de nulidad de oficio; (iii) la autorización de prestaciones adicionales de obra; y (iv) otros supuestos que indique el reglamento”²⁰⁹.

En la nueva LCE se establece que el titular de la entidad puede delegar, mediante resolución, la autoridad que la normativa de contrataciones del Estado le otorga, con excepción de: (i) la declaración de nulidad de oficio; (ii) la autorización de prestaciones adicionales de obra; (iii) la aprobación de contrataciones directas salvo en los supuestos indicados en los literales e), g), j), k), l) y m) del artículo 27 de la ley; (iv) la facultad para aprobar, modificar y excluir una ficha de homologación; y (v) la aprobación de ejecución de obras bajo la modalidad de concurso oferta²¹⁰.

208 Véase la Opinión N.º 067-2016/DTN del 04 de mayo del 2016.

209 Véase la Opinión N.º 007-2015/DTN del 21 de enero del 2015, la Opinión N.º 084-2014/DTN del 20 de octubre del 2015.

210 Véase la Opinión N.º 067-2016/DTN del 04 de mayo del 2016.

La normativa ha establecido, como regla general, la posibilidad de delegar las competencias y funciones atribuidas al Titular de la Entidad, exceptuándose el ejercicio de dicha facultad en aquellos supuestos en que la propia norma haya establecido que las funciones son indelegables, por considerar que es esencial el ejercicio directo de las competencias²¹¹. Fuera de los supuestos previstos en la normativa como indelegables, todas las demás competencias y funciones que en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado se hayan atribuido al titular de la entidad son, en principio, delegables, bajo las condiciones de temporalidad, motivación y generalidad²¹². Se ha sostenido que el titular de la entidad puede delegar las funciones de su competencia, salvo en aquellos supuestos en los que la delegación se encuentra expresamente prohibida²¹³.

La delegación de facultades se ejerce por los funcionarios atendiendo a la particular organización administrativa de cada entidad y a sus necesidades de desconcentración funcional. En todo caso, corresponderá a cada entidad evaluar la conveniencia, la viabilidad y la forma en que materializará la desconcentración de funciones mediante la delegación, pudiendo establecerse los criterios que se tomarán en cuenta para efectivizar tal mecanismo, siempre y cuando ello quede expresamente plasmado en el instrumento de decisión y se determine con claridad el plazo por el cual se mantiene vigente el mandato otorgado²¹⁴.

El OSCE ha señalado que “si bien la normativa de contrataciones del Estado permite la delegación de la mayoría de las funciones de competencia del titular de la Entidad, corresponde al titular de cada entidad determinar si delegará o no sus funciones, así como determinar al funcionario o funcionarios delegados, y el criterio o criterios para efectuar tal delegación. Así, por ejemplo, puede darse el caso que el titular de una Entidad se reserve la función de aprobar el expediente de contratación y las Bases de los procesos cuyos montos sean de mayor envergadura y opte por delegar dichas funciones, únicamente, cuando se trate de procesos de menor envergadura, como en el caso de las adjudicaciones de menor cuantía; en cambio, el titular de otra entidad podría decidir delegar la aprobación de todos los expedientes de

211 Véase la Opinión N.º 067-2016/DTN del 04 de mayo del 2016.

212 Véase la Opinión N.º 067-2016/DTN del 04 de mayo del 2016.

213 Véase la Opinión N.º 94-2011/DTN del 22 de noviembre del 2011.

214 Véase la Opinión N.º 067-2016/DTN del 04 de mayo del 2016.

contratación y bases de los procesos de selección, independientemente de su envergadura; y, por último, podría darse el caso que el titular de otra entidad decida no delegar sus funciones”²¹⁵.

95 La delegación de funciones de un órgano (v. gr., los miembros de un directorio) sobre un funcionario (v. gr., gerente) no genera responsabilidad automática sobre todo si es que no se prueba que se llevó a cabo una ejecución dolosa de un acto delictivo o, en su caso, una cooperación dolosa²¹⁶.

96 Un acto administrativo o jurisdiccional también puede encomendar a un funcionario el ejercicio del cargo o una comisión especial. Solo es necesario que el acto tenga existencia jurídica, aun cuando sea irregular o adolezca de un vicio. La inobservancia de alguna formalidad no es un elemento suficiente que excluye la relación funcional “por razón del cargo”²¹⁷.

La jurisprudencia peruana exige requisitos muy formales en cuanto a las condiciones que debe cumplir un funcionario para autorizar y firmar un contrato. Así, por ejemplo, en una ocasión ha señalado la necesidad de que se cuente con una Resolución Ejecutiva Regional que lo autorizara expresamente para ello²¹⁸.

215 Véase la Opinión N.º 94-2011/DTN del 22 de noviembre del 2011.

216 Véase el R. N. N.º 4771-2009 del 10 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo): “Tampoco existe prueba de cargo, más allá de toda duda razonable, que acredite que se hayan coludido entre sí para la sobrevaloración del precio del local comercial. No consta en autos prueba personal que los sindique como parte de la maniobra fraudulenta mediante concierto, ni aparece de los actuados otra prueba categórica que sirva para determinar con certeza la responsabilidad penal que se les atribuye, pues aún cuando la Directiva número cero cero uno/CPMP-CS-noventa y cuatro de fojas cinco mil doscientos setenta y seis, del mes de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, estableció que el Comité de Inversiones Inmobiliarias era el encargado de evaluar, aprobar y recomendar al Consejo Directivo de la Caja de Pensiones Militar Policial la compra de bienes muebles e inmuebles, previo, informe técnico, este apartamiento administrativo no constituye prueba objetiva de la existencia del concierto o confabulación con los particulares encargados de la negociación, pues sólo da cuenta de un interés en la adquisición del local comercial para la ampliación del lobby -a fin de evitar que el Hotel Las Américas pierda su calidad de cinco estrellas-, lo que no es suficiente para predicar la comisión del delito de colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal”.

217 Cfr. PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale (parte especial)*, vol. I, p. 70.

218 Véase Dictamen del Fiscal Supremo recaído el R. N. 4667-2001 del 06 de agosto del 2003, en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración pública. Jurisprudencia Penal*, p. 183.

La costumbre *praeter y secum legis*²¹⁹ también permite construir de manera idónea la relación funcional específica como un desarrollo continuador de la ley y siempre que ella no lo prohíba expresamente. Lo mismo ocurre si estamos ante la ausencia de una regulación específica y frente a la cual la costumbre desarrolla una importancia decisiva al cubrir determinados vacíos normativos. No es necesario que la costumbre tenga valor de ley. Basta que se esté frente a una práctica administrativa legítima y **no se encuentre expresamente prohibida por una disposición**²²⁰.

No constituyen casos de fuente configuradora de la relación o de la competencia funcional específica los supuestos que se generan sobre la base de un **acto ilegítimo**²²¹ o **ilegal** (v. gr., hay una falta de competencia, se viola un deber del agente²²², media el engaño, el error, el abuso²²³ en la realización de acto que determina la asunción de competencias), o la ley establece una condición especial del funcionario para intervenir en un proceso de contratación v. gr., miembro del comité especial, o que se tenga una cualidad de carácter estrictamente personal²²⁴. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “no

97

219 Cfr. SEMINARA, Sergio, *Commentario breve al Codice Penale* (Alberto Crespi-Federico Stella-Giuseppe Zuccala), p. 887; GAROFOLI, Roberto, *Manuale di diritto penale (parte especial)*, vol. I, p. 118; FIANDACA, Giovanni-Musco, Enzo, *Diritto Penale (parte especial)*, vol. I, p. 192; MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la administración pública*, t. 9, p. 146; ROMANO, Mario, *I Delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali (Art. 314-335 bis)*, p. 28; MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal (parte especial)*, vol. III, p. 171. En contra expresamente de la costumbre, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano*, p. 288.

220 Cfr. MANZINI, VINCENZO, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la Administración pública*, t. 9, p. 147.

221 Cfr. GAROFOLI, ROBERTO, *Manuale di diritto penale (parte especial)*, vol. I, p. 118; SEMINARA, SERGIO, *Commentario breve al Codice Penale* (Alberto Crespi-Federico Stella-Giuseppe Zuccala), p. 888.

222 En contra, PAGLIARO, ANTONIO, *Principi di diritto penale (parte especial)*, vol. I, p. 69.

223 Cfr. ROMANO, MARIO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335 bis)*, p. 28; MAGGIORE, GIUSEPPE, *Derecho Penal (parte especial)*, vol. III, p. 171; ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 288.

224 Cfr. SEMINARA, SERGIO, *Commentario breve al Codice Penale* (Alberto Crespi-Federico Stella-Giuseppe Zuccala), p. 888.

constituye una fuente configuradora de la relación funcional específica cuando ésta se genera sobre la base de un acto ilegítimo o ilegal²²⁵”.

El abuso constituye el desbordamiento de la competencia funcional originaria y la infracción de las normas jurídicas como de las correspondientes instrucciones administrativas que prohíben determinados actos²²⁶. No interesa

225 Véase el R. N. N.º 135-2010 del 06 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado): “se desprenda de modo específico que, contra la regulación institucional, se encargó de acuerdo a su especialidad, a Huamán Ascurra la adquisición del equipo de radio troncal y la construcción de las torres de comunicación, y a cargo de Wong Venegas la adquisición de los equipos y sistemas de cómputo; dicho encargo se encontró en abierta y clara infracción a la ley del sector, tanto en plano subjetivo -pues aun cuando se les encargó la selección y adquisición de los bienes, no se les autorizó a firmar la documentación administrativa para dicho fin, pues de autos no emerge que con base a dicha comisión hayan emitido algún documento administrativo de la adquisición objeto de evaluación, cuando por el contrario se indicó que quien gestionaría documentalmente la adquisición sería la OTA- cuanto en el plano objetivo pues la orden buscaba que la adquisición se efectúe de modo directo, sin cumplir con los procedimientos que el Reglamento Único de Adquisiciones preveía para la compra estatal de dichos bienes, para lo cual se instruyó al Jefe de la OTA para que, en vulneración de la ley, gestione las irregulares adquisiciones sin observarlas -como correspondía-; por tanto, no constituye una fuente configuradora de la relación funcional específica cuando ésta se genera sobre la base de un acto ilegítimo o ilegal, como sucede en el presente caso, pues la gestación de la adquisición de inicio -antes de la alegada delegación de funciones- se hallaba impregnada de ilegalidad y dirigida a perjudicar al Estado, lo que se ve confirmado con la aceptación de cargos, por este mismo objeto de imputación, del procesado -delegante- Julio Rolando Solazar Monroe, en cuya virtud fue condenado como autor del delito de Colusión Desleal -conforme se desprende de fojas cinco mil quinientos cuarenta y seis decisión que fue consentida por las partes-. En consecuencia, la delegación aludida se encontraba viciada de inicio pues no se gestó dentro de los propios fines administrativos, por lo que no permitía representar válidamente a la institución para la adquisición de los bienes y servicios contratados, tan es así que los documentos fueron siempre suscritos por el Jefe de la OTA, José Abel Villalobos Candela, quien finalmente representó al SIN en la irregular compra. Siendo ello así, los imputados Wong Venegas y Huamán Ascurra, jurídicamente no cumplen con la exigencia subjetiva del tipo penal de colusión desleal, al no haber contratado con terceros en función a su cargo, correspondiendo por tanto confirmar la decisión absolutoria únicamente bajo estos argumentos -compatibles con los del voto singular de la Jueza Superior Aissa Rosa Mendoza Retamozo-, no siendo extensivo el sentido confirmatorio de la decisión a los fundamentos dirigidos a evaluar la validez de la adquisición, la concertación o el perjuicio ocasionado al Estado, pues al determinarse la inexistencia de la calidad especial de los imputados, ello resulta innecesario”.

226 Cfr. MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la Administración pública*, t. 9, p. 146.

si el abuso o el acto ilegal se han cometido en interés de la administración o en beneficio de ella²²⁷.

De igual manera deben descartarse los casos en los que el cargo y la posterior delegación se obtiene como consecuencia de la usurpación de funciones²²⁸ que realiza el funcionario, etc. Nada hay más incompatible a la razón del cargo que la figura de la usurpación de funciones; de tal manera que si el funcionario usurpador contrata sobre un bien o caudal no comete colusión, sino hurto o estafa²²⁹.

1.1.4. *Los funcionarios y órganos administrativos encargados del proceso de contratación*

La Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225) establece qué funcionarios y órganos administrativos son los encargados de los diversos procesos de contratación en una entidad estatal, delimitando así su competencia funcional y atribución específica²³⁰. La competencia funcional para intervenir en el proceso de contratación no solo se encuentra fijada en la LCE, sino también en el Reglamento de Organización y Funciones como en otros instrumentos normativos, los cuales determinan el órgano u órganos responsables de programar, preparar, ejecutar y supervisar los procesos de contratación hasta su culminación²³¹. Dichas disposiciones señalan las actividades que competen a cada funcionario con la finalidad de establecer las responsabilidades que le son inherentes.

98

227 Cfr. PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale (parte especial)*, vol. I, p. 72.

228 Expresamente sobre este aspecto, FIANDACA, GIOVANNI-MUSCO, ENZO, *Diritto Penale (parte especial)*, vol. I, p. 191; MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal (parte especial)*, vol. III, p. 171.

229 Cfr. MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho penal. Delitos contra la Administración pública*, t. 9, p. 150.

230 Ampliamente, RETAMOZO LINARES, Alberto, "Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control. Análisis y comentarios", Lima: *Gaceta Jurídica*, 11ª ed., 2016, t. I, pp. 164 y ss.; GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "Manual de la Ley de contrataciones del Estado. Análisis de la ley y su reglamento", Lima: *Gaceta Jurídica*, 2015, pp. 121 y ss.

231 El artículo 4 del Reglamento de la LCE el Decreto Supremo N.º 350-2015-EF ha establecido que "Cada entidad identifica en su Reglamento de Organización y Funciones u otros documentos de organización y/o gestión al órgano encargado de las contrataciones, de acuerdo con lo que establece el presente reglamento".

Corresponde a cada entidad, a través de sus documentos de organización interna, definir las competencias en materia de contratación pública de cada uno de los órganos que la conforman²³².

En una entidad estatal los órganos competentes para intervenir en un proceso de contratación —y con ello los funcionarios que desempeñan dicha función— son el Comité de adquisiciones, la Oficina Técnica de Administración, el área usuaria, el titular de la entidad o el funcionario delegado.

Según expreso mandato legal de la Ley de Contrataciones del Estado se encuentran encargados del proceso de contratación pública los siguientes órganos y funcionarios:

• El titular de la entidad

- 99 El artículo 8 de la Ley de Contrataciones del Estado regula qué funcionarios, dependencias y órganos son los encargados de las contrataciones estatales. Por expreso mandato de la ley uno de los encargados del proceso de contratación es el titular de la entidad. Por ello, constituye un error considerar que los titulares de las entidades no intervienen en razón al cargo en el proceso de contratación²³³.

El titular de la entidad es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras (artículo 8, a de la LCE). Por su parte, el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, en su artículo 7, establece que “El titular de una entidad es la más alta autoridad ejecutiva”.

El OSCE ha destacado que “el artículo 3 de la Ley N.º 29158, referido a las normas generales de organización que toda entidad pública del Poder Ejecutivo debe observar en su organización interna, se establece que “Las normas de organización y funciones distinguen aquellas que son sustantivas de cada entidad de aquellas que son de administración interna; y establecen la relación jerárquica de autoridad, responsabilidad y subordinación que existe

232 Véase la Opinión N.º 173-2015/DTN del 06 de noviembre del 2015.

233 De modo distinto: PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 54.

entre las unidades u órganos de trabajo²³⁴ (El subrayado es agregado)". En tal sentido, el "titular de la entidad" será el funcionario al que las normas de organización interna de una entidad señalen como la más alta autoridad ejecutiva de dicha entidad²³⁵, correspondiendo a este funcionario la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación que la entidad lleve a cabo²³⁶; entre estos, la aprobación de exoneraciones²³⁷. Por tanto, el titular de la entidad es el funcionario al que, en principio, corresponde aprobar el expediente de contratación y las bases²³⁸.

El titular de la entidad no solo constituye la máxima autoridad respecto de un proyecto o encargo especial, sino de la entidad en sí²³⁹. En el caso de las entidades que no son parte del Poder Ejecutivo, sus leyes de creación determinan su estructura orgánica, regulando la existencia del titular de la entidad²⁴⁰.

Las principales facultades del titular de la entidad son:

- i) Puede delegar, mediante resolución, la autoridad que la LCE le otorga (artículo 8 de la LCE);
- ii) Aprobar las contrataciones directas mediante resolución (artículo 27 de la LCE);
- iii) Puede autorizar la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles

234 Véase la Opinión N.° 05-2013/DTN del 11 de enero del 2013.

235 Véase la Opinión N.° 067-2016/DTN del 04 de mayo del 2016, la Opinión N.° 084-2014/DTN del 20 de octubre del 2015, la Opinión N.° 056-2011/DTN del 09 de mayo del 2011, la Opinión N.° 080-2009/DTN del 20 de agosto del 2009, la Opinión N.° 041-2010/DTN del 23 de junio del 2010, la Opinión N.° 132-2009/DTN del 30 de noviembre del 2009, la Opinión N.° 066-2009/DTN del 08 de mayo del 2009.

236 Véase la Opinión N.° 067-2016/DTN del 04 de mayo del 2016, la Opinión N.° 084-2014/DTN del 20 de octubre del 2015, la Opinión N.° 021-2010/DTN del 23 de junio del 2010, la Opinión N.° 013-2010/DTN del 29 de enero del 2010, la Opinión N.° 080-2009/DTN del 20 de agosto del 2009, la Opinión N.° 066-2009/DTN del 08 de mayo del 2009.

237 Véase la Opinión N.° 05-2013/DTN del 11 de enero del 2013, la Opinión N.° 056-2011/DTN del 09 de mayo del 2011.

238 Véase la Opinión N.° 94-2011/DTN del 22 de noviembre del 2011.

239 Véase la Opinión N.° 021-2010/DTN del 23 de junio del 2010.

240 Véase la Opinión N.° 067-2016/DTN del 04 de mayo del 2016.

- posteriores al perfeccionamiento del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50 %) (artículo 34.3 de la LCE);
- iv) Aprobar los pagos correspondientes de las obras de las prestaciones adicionales que pueden ser hasta por el quince por ciento (15 %) del monto total del contrato original (artículo 34.3 de la LCE);
 - v) Puede autorizar prestaciones adicionales de supervisión que deriven de prestaciones adicionales de obra, siempre que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, bajo las mismas condiciones del contrato original y/o precios pactados, según corresponda (artículo 34.4 de la LCE)²⁴¹. En el caso de empresas del Estado -incluyendo aquellas bajo el ámbito de FONAFE- requieran aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de obra, corresponderá que dicha autorización sea realizada única y exclusivamente a través de un Acuerdo de Directorio²⁴²;
 - vi) En la solución de controversias corresponde al titular de la entidad el ejercer competencia de los recursos de apelación cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor estimado o valor referencial sea menor a sesenta y cinco²⁴³ (65) UIT (artículo 41 de la LCE);

241 El artículo 139 del Reglamento de la LCE prescribe: “Mediante Resolución previa, el titular de la entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25 %) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria.”.

242 Véase la Opinión N.º 0374-2016/DTN del 23 de febrero del 2016.

243 El artículo 103 del Reglamento de la LCE prescribe: “El Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución, la facultad de resolver los recursos de apelación, sin que en ningún caso dicha delegación pueda recaer en los miembros del comité de selección o en el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, según corresponda”. Véase la OPINIÓN de OSCE N.º 110-2016/DTN del 18 de julio del 2016: “debe señalarse que la potestad de declarar la nulidad de los actos del procedimiento de selección, en el marco de un recurso de apelación interpuesto ante la Entidad, reside en la necesidad de que las Entidades cuenten con una herramienta para sanear el procedimiento cuando éste se encuentre viciado, correspondiendo que la nulidad de oficio sea declarada por el Titular de la Entidad cuando advierta la existencia de causales de nulidad en virtud del recurso de apelación interpuesto ante la Entidad o de oficio, siendo que dicha potestad representa una función indelegable del propio Titular de la Entidad”.

- vii) Puede declarar de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección²⁴⁴, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación (artículo 44 de la LCE) v. gr., violar la presunción de veracidad²⁴⁵ (artículo 44,b);
- viii) El titular de la entidad o el funcionario a quien se hubiera delegado esta atribución, designa por escrito a los integrantes titulares y sus respectivos suplentes del Comité de selección, indicando los nombres y apellidos completos, la designación del presidente y su suplente; atendiendo a las reglas de conformación para cada miembro titular y su suplente (artículo 23 del Reglamento de la LCE);
- ix) Aprobar la realización de las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección que aquella requiera para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías y obras, previo informe técnico legal que sustente la necesidad y viabilidad del encargo (artículo 93 del Reglamento de la LCE);
- x) Aprobar la variación del contrato que implique la modificación del precio (artículo 142 del Reglamento de la LCE);

244 Véase la OPINIÓN de OSCE N.º 110-2016/DTN del 18 de julio del 2016, la Opinión N.º 052-2016/DTN del 04 de abril del 2016, la Opinión N.º 098-2015/DTN del 08 de junio del 2015, la Opinión N.º 110-2013/DTN del 23 de diciembre del 2013, la Opinión N.º 114-2012/DTN del 03 de diciembre del 2012, la Opinión N.º 1093-2012/DTN del 10 de setiembre del 2012: “el Titular de la Entidad está facultado para declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección, hasta antes de la celebración del contrato, siempre que los actos dictados: (i) provengan de órgano incompetente; (ii) contravengan las normas legales; (iii) contengan un imposible jurídico; o (iv) prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable. Para todos los casos, en la Resolución que se expida debe expresarse la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección”.

245 Véase, OPINIÓN de OSCE N.º 122-2015/DTN del 07 de agosto del 2015: “se advierte que la Opinión N.º 030-2015/DTN del 13 de febrero del 2015: “se advierte que el legislador ha establecido que la potestad del Titular de la Entidad para declarar de oficio la nulidad de un contrato, debido a la transgresión del Principio de Presunción de Veracidad, se limita a estos dos supuestos: (i) la presentación de documentación falsa o inexacta durante el proceso de selección, como parte de la propuesta técnica; y (ii) la presentación de documentación falsa o inexacta para la suscripción del contrato”.

- xi) el titular de la entidad o por quien este haya delegado tal función evalúa la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio considerando criterios de costo-beneficio y ponderando los costos y riesgos de no adoptar un acuerdo conciliatorio. Dicha evaluación debe estar contenida en un informe técnico legal (artículo 182 del Reglamento de la LCE);
- xii) evaluar la conveniencia o no de someter a arbitraje las decisiones de la Junta de Resolución de Disputas, sobre la base de criterios de costo-beneficio, así como los costos y riesgos de no adoptar la decisión. Dicha evaluación debe estar contenida en un informe técnico legal (artículo 182 del Reglamento de la LCE).

Son obligaciones del titular de la entidad el hecho de que:

- i) En todo procedimiento de selección, la certificación de crédito presupuestario debe mantenerse desde la convocatoria hasta la suscripción del contrato (artículo 19,4 de la LCE);
- ii) El cumplimiento de los requisitos previstos para las contrataciones directas, en la ley y el presente reglamento, es su responsabilidad y de los funcionarios que intervengan en la decisión y ejecución (artículo 87 del Reglamento de la LCE).
- iii) Es responsable de supervisar y efectuar el seguimiento al proceso de planificación, formulación, aprobación y ejecución oportuna del Plan Anual de Contrataciones (artículo 7 del Reglamento de la LCE).

Se resalta que el titular de la entidad está impedido de integrar el Comité de selección (artículo 24.1 del Reglamento de la LCE).

La Directiva N.º 003-2016-OSCE/CD de enero del 2016 prescribe que el Plan Anual de Contrataciones “debe ser aprobado mediante documento emitido por el titular de la entidad, o por el funcionario a quien se hubiera delegado dicha facultad, de acuerdo con las normas de organización interna de cada entidad”. También se ha señalado que “Toda modificación del Plan anual de contrataciones, sea por inclusión y/o exclusión de algún proceso de selección para la contratación de bienes, servicios y obras, deberá ser aprobada, en cualquier caso, mediante instrumento emitido por el Titular de la

entidad o funcionario en el que se haya delegado la aprobación del Plan anual de contrataciones²⁴⁶”.

El antiguo Reglamento de la LCE señalaba que “En el caso de las empresas del Estado, el titular de la entidad es el gerente general o el que haga sus veces” (artículo 5.1 del DS. N.º 184-2008-EF). Por ello, el OSCE destacó que “si bien en el caso de las empresas del Estado el gerente general es el titular de la entidad, la normativa de contrataciones del Estado ha dispuesto que ciertas potestades especiales, como la aprobación de exoneraciones o la facultad de evaluar el adecuado desempeño de los miembros del Comité Especial cuando las normas les permitan márgenes de discrecionalidad, sean competencia del Directorio y no del gerente general²⁴⁷”.

Como se ha señalado tanto en el derecho administrativo peruano como en la LCE se permite la delegación de funciones. El titular de la entidad puede delegar la autoridad que la normativa de contrataciones del Estado le otorga; en ese sentido, debe verificar que, de haber delegación, esta se efectúe al funcionario idóneo, según las normas de organización interna de la Entidad; entre estas, el Reglamento de Organización y Funciones²⁴⁸.

El OSCE ha indicado que “la más alta autoridad de la entidad, o el Directorio en el caso de las empresas del Estado, puede evaluar el adecuado desempeño de los servidores o funcionarios que participan en las contrata-

246 Dicha Directiva en el punto 7.6.5 ha precisado: “Es responsabilidad del Titular de la Entidad o del funcionario encargado de la aprobación y/o modificación del PAC; así como del órgano encargado de las contrataciones, efectuar las acciones necesarias con el objeto de planificar con la debida anticipación los procedimientos de selección y contrataciones que se realizarán durante el correspondiente año fiscal para contratar los bienes, servicios y obras requeridos por las áreas usuarias de la Entidad, a fin de evitar incurrir en sucesivas modificaciones del PAC” y en su punto 7.7.1 que “Es responsabilidad del Titular de la Entidad o del funcionario encargado de la aprobación y/o modificación del PAC, así como del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, la ejecución de los procedimientos de selección y las contrataciones programadas en el PAC en la fecha prevista, sin perjuicio de la responsabilidad de los demás órganos y de todo funcionario o servidor de la Entidad que intervenga en los procesos de contratación en el marco de sus funciones previstas en la Ley, el Reglamento y las normas de organización interna de la Entidad”.

247 Véase la Opinión N.º 109-2012/DTN del 09 de noviembre del 2012, la Opinión N.º 132-2009/DTN del 30 de noviembre del 2009.

248 Véase la Opinión N.º 109-2012/DTN del 09 de noviembre del 2012.

ciones de la entidad, incluyendo la de aquellos servidores y funcionarios que integran el Comité Especial, cuando las normas les permitan márgenes de discrecionalidad para su actuación. Asimismo, se advierte que dicha evaluación puede realizarse a través de exámenes y auditorías especializadas, en forma selectiva y periódica²⁴⁹”.

101

El titular de la entidad que interviene en el proceso de contratación de acreditarse su responsabilidad en el acto de concertación puede merecer la calificación de autor o de partícipe.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema se puede encontrar diversas sentencias condenatorias que encuentran responsabilidad penal a los titulares de la entidad. Por ejemplo, ello ocurre en el caso de los alcaldes²⁵⁰, los gober-

249 Véase la Opinión N.º 109-2012/DTN del 09 de noviembre del 2012.

250 Véanse el R. N. N.º 2949-2014 del 07 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 2517-2014 del 10 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla), el R. N. N.º 2313-2014 del 26 de octubre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 991-2014 del 16 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 933-2014 del 04 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 814-2014 del 13 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 756-2014 del 04 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 300-2014 del 21 de mayo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3237-2013 del 30 de mayo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Morales Parraguez), el R. N. N.º 3325-2013 del 06 de junio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 1299-2013 del 26 de marzo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 1361-2013 del 05 de marzo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 1260-2013 del 23 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 750-2013 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 1829-2012 del 24 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 2714-2012 del 06 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2227-2012 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2475-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rozas Escalante), el R. N. N.º 917-2012 del 28 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez), el R. N. N.º 2052-2012 del 03 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 78-2013 del 09 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1904-2012 del 25 de

setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1389-2012 del 16 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1969-2012 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 167-2012 del 17 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente, el R. N. N.º 1318-2012 del 29 de agosto del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo), el R. N. N.º 2912-2012 del 19 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 2453-2011 del 27 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez), el R. N. N.º 891-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 385-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 416-2011 del 24 de agosto del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 799-2011 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 3291-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1149-2011 del 18 de abril del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 191-2011 del 22 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1092-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. 852-2011 del 18 de julio del 2011 expedida por la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 3231-2011 del 25 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 2850-2010 del 14 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo), el R. N. N.º 1167-2010 del 24 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1455-2010 del 08 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 2459-2010 del 26 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 1538-2011 del 04 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo), el R. N. N.º 544-2011 del 25 de agosto del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo), el R. N. N.º 1830-2010 del 19 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1363-2010 del 25 de mayo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1014-2010 del 25 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo), el R. N. N.º 468-2010 del 06 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo), el R. N. N.º 4197-2009 del 17 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 920-2009 del 10 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2750-2009 del 21 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez), el R. N. N.º 1991-2009 del 17 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo), el R. N. N.º 668-2009 del 15 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

nadores regionales²⁵¹, el jefe del Servicio de Inteligencia Nacional²⁵², el jefe del Instituto Nacional de Defensa Civil (INDECI)²⁵³, entre otros.

• El área usuaria

102

Es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o, que dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, que colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, previas a su conformidad (artículo 8,b de la LCE). El área usuaria es responsable de la adecuada formulación del requerimiento, debiendo asegurar la calidad técnica y reducir la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de contratación. El requerimiento puede ser modificado con ocasión de las indagaciones de mercado, para lo cual se deberá contar con la aprobación del área usuaria (artículo 8 del Reglamento de la LCE). En el caso de consultoría de obras, el área usuaria debe proporcionar los componentes o rubros, a través de una estructura que permita al órgano encargado de las contrataciones determinar, de manera previa a la convocatoria, el presupuesto de la consultoría luego de la interacción con el mercado (artículo 13.2 del Reglamento de la LCE).

El área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones y/u otras dependencias de la Entidad cuya función esté relacionada con la correcta planificación de los recursos, son responsables por el incumplimiento de la prohibición de fraccionar, debiendo efectuarse en cada caso el deslinde de responsabilidad, cuando corresponda (artículo 19 del Reglamento de la LCE).

En la culminación de la ejecución contractual la recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de

251 Véase el R. N. N.º 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 2493-2013 del 23 de julio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

252 Véase el R. N. N.º 333-2009 del 04 de mayo del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

253 Véase el R. N. N.º 636-2008 del 24 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

quien se indique en los documentos del procedimiento de selección (artículo 143 del Reglamento de la LCE²⁵⁴).

El área usuaria es la dependencia encargada de realizar los requerimientos de bienes, servicios y obras que requiere para el cumplimiento de sus objetivos y metas. Cada dependencia de una entidad pública se convertirá en área usuaria al momento en que realice su pedido, el cual toma el nombre de requerimiento. En este requerimiento, que se materializa a través de un memorando o cualquier otro documento establecido en las normas internas de la Entidad, debe acompañarse las características del bien, servicio u obra y las condiciones en las que se requiere. El requerimiento del área usuaria debe realizarse en función a lo previsto en el Plan Anual de Contrataciones; en cuya elaboración también participa, indicando las necesidades de bienes, servicios y obras que requería para el ejercicio presupuestal²⁵⁵. Por requerimiento se entiende la “solicitud del bien, servicio en general, consultoría u obra formulada por el área usuaria de la Entidad que comprende las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia o el Expediente Técnico de obra, respectivamente. Puede incluir, además, los requisitos de calificación que se considere necesario²⁵⁶”.

El OSCE ha señalado que “el proceso de contratación se inicia con la definición del requerimiento, el cual surge a raíz de una necesidad de la Entidad, y se concreta a través de una solicitud formal dirigida por el área usuaria al órgano encargado de las contrataciones de la entidad²⁵⁷”. El área usuaria es la responsable de definir con precisión la cantidad, calidad, condiciones y

103

254 Dicho artículo prescribe: “La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, la conformidad puede consignarse en dicho documento. La conformidad se emite en un plazo máximo de diez (10) días de producida la recepción, salvo en el caso de consultorías, donde la conformidad se emite en un plazo máximo de veinte (20) días”.

255 Cfr. RIVERA ROJAS, Carlos Mariano-PÉREZ MACHUCA, Napoleón, *Área usuaria, órgano encargado de las contrataciones y Comité especial*, *pássim*.

256 Véase el anexo de definiciones del Reglamento de la LCE.

257 Véase la Opinión N.º 063-2014/DTN del 20 de agosto del 2014, la Opinión N.º 160-2015/DTN del 13 de octubre del 2015.

características de los bienes, servicios u obras que se requiera contratar²⁵⁸, las que deben encontrarse descritas en las especificaciones técnicas o términos de referencia, según se trate de bienes, obras, o servicios. Dicha área debe efectuar un análisis de su necesidad, a fin de obtener los elementos básicos para la definición de las características o actividades más relevantes de los bienes, servicios u obras que contratará²⁵⁹ para satisfacer su necesidad y poder cumplir con sus funciones²⁶⁰, considerando las alternativas técnicas y las posibilidades que ofrece el mercado de manera que se permita la concurrencia de la pluralidad de proveedores, evitando incluir requisitos innecesarios cuyo cumplimiento solo favorezca a determinados postores²⁶¹.

Las normas de contratación ordenan que el área usuaria deberá describir el bien, servicio u obra a contratar al plantear su requerimiento; definir con precisión su cantidad y calidad, e indicar la finalidad pública para la que debe ser contratado²⁶² con las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, según se trate de la contratación de bienes, servicios u obras²⁶³. El área usuaria es responsable de estimar la cantidad, uso y destino de bienes o servicios que resultan necesarios para dar cumplimiento a las funciones que le hayan sido asignadas o que se encuentran a cargo de las dependencias cuyos requerimientos canalizaron²⁶⁴. Para la contratación de

258 Véase la Opinión N.º 048-2016/DTN del 21 de marzo del 2016, la Opinión N.º 96-2015/DTN del 03 de junio del 2015, la Opinión N.º 008-2014/DTN del 14 de enero del 2014.

259 Véase la Opinión N.º 178-2015/DTN del 12 de noviembre del 2015, la Opinión N.º 063-2014/DTN del 20 de agosto del 2014: “corresponde al área usuaria efectuar la determinación del requerimiento que origina la contratación, para lo cual deberá realizar un análisis de sus necesidades, el cual puede implicar la estimación de los bienes, servicios y obras que requiere para el cumplimiento de sus funciones, determinando, en cada caso en concreto (como una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad) que dicha estimación constituye una necesidad a satisfacer”.

260 Véase la Opinión N.º 130-2009/DTN del 30 de noviembre del 2009.

261 Véase la Opinión N.º 135-2009/DTN del 30 de noviembre del 2009.

262 Véase la Opinión N.º 160-2015/DTN del 13 de octubre del 2015.

263 Véase la Opinión N.º 045-2012/DTN del 12 de marzo del 2012.

264 Véase la Opinión N.º 160-2015/DTN del 13 de octubre del 2015; la Opinión N.º 96-2015/DTN del 03 de junio del 2015.

servicios y bienes, es competencia del área usuaria de la entidad elaborar los términos de referencia o las especificaciones técnicas²⁶⁵.

La definición de los requerimientos técnicos mínimos es de exclusiva responsabilidad de la entidad, sin mayor restricción que la de permitir la mayor concurrencia de proveedores en el mercado, debiéndose considerar criterios de razonabilidad, congruencia y proporcionalidad. Así, los requisitos técnicos mínimos cumplen con la función de asegurar a la entidad que el postor ofertará lo mínimo necesario para cubrir adecuadamente la operatividad y funcionalidad de la obra requerida²⁶⁶. Se distingue entre el requerimiento técnico mínimo y un factor de evaluación v. gr., el certificado ISO es un factor evaluación y no un requerimiento técnico²⁶⁷.

El Reglamento de la LCE, anexo definiciones, considera a las Especificaciones Técnicas como: “descripción de las características técnicas y/o requisitos funcionales del bien a ser contratado. Incluye las cantidades, calidades y las condiciones bajo las que deben ejecutarse las obligaciones”. Por su parte, los términos de referencia se entienden como: “descripción de las características técnicas y las condiciones en que se ejecuta la contratación de servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra. En el caso de consultoría, la descripción además incluye los objetivos, las metas o resultados y la extensión del trabajo que se encomienda (actividades), así como si la entidad debe suministrar información básica, con el objeto de facilitar a los proveedores de consultoría la preparación de sus ofertas”.

Las bases de los procesos de selección contienen las especificaciones técnicas determinadas por el área usuaria de la entidad en su requerimiento. Las especificaciones técnicas, comprenden las características, condiciones, cantidad y calidad de aquello que se requiere contratar, en función de las necesidades del área usuaria, las que se encuentran vinculadas con el logro de

265 Véase la Opinión N.º 045-2012/DTN del 12 de marzo del 2012.

266 Véase la Opinión N.º 020-2011/DTN del 09 de febrero del 2011.

267 Véase la Opinión N.º 135-2009/DTN del 30 de noviembre del 2009: “una certificación ISO no puede constituir un requerimiento técnico mínimo, sino que solo puede ser considerado como factor de evaluación, a efectos de premiar con puntaje el cumplimiento de ciertos estándares internacionales, siempre que dicho factor observe criterios objetivos, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria y se haya precisado en las Bases los alcances de la certificación requerida”.

los objetivos institucionales²⁶⁸. En dicho sentido, las características técnicas son información que se encuentra comprendida dentro de las especificaciones técnicas (en el caso de bienes) o términos de referencia (para servicios o consultoría) que conforman el requerimiento del área usuaria, considerando para tal efecto la necesidad que se requiere atender con la contratación²⁶⁹.

En la contratación de un servicio en general, el área usuaria, es la encargada de formular su requerimiento técnico mínimo, definiendo con precisión las condiciones del servicio que requiere sea contratado²⁷⁰ y debe establecer el plazo de ejecución del servicio, el mismo que se traduce en el período durante el cual el contratista se encuentra obligado a ejecutar la prestación²⁷¹. A tal efecto se debe tener en cuenta los requisitos y/o exigencias establecidos en la normativa específica que regula el objeto de la convocatoria (reglamentos técnicos, normas metrológicas, normas sanitarias, normas de seguridad, normas laborales, etc.)²⁷². El área usuaria puede establecer como requisito técnico mínimo la obligación de contar con personal profesional para la ejecución de la prestación, precisando la cantidad de personal con la cual debe contar, requisitos que el personal debe cumplir y documentación que debe presentar cada postor dentro del proceso²⁷³. Si se parte que es una obligación del contratista respetar los términos de su oferta, el personal profesional ofertado debe

268 Véase la Opinión N.º 66-2012/DTN del 30 de mayo del 2012, la Opinión N.º 021-2013/DTN del 14 de febrero del 2013.

269 Véase la Opinión N.º 137-2015/DTN del 31 de agosto del 2015.

270 Véase la Opinión N.º 178-2015/DTN del 12 de noviembre del 2015: “los términos de referencia deben estar orientados a asegurar la oportuna satisfacción de la necesidad, debiendo precisarse que la exclusividad del personal se refiere a que mientras esté vigente el vínculo contractual para la ejecución de un determinado servicio con el contratista, dicho personal únicamente ejecutará prestaciones para el referido servicio; sin perjuicio de lo cual, es el contratista quien finalmente tiene la obligación de cumplir con lo ofertado en su propuesta durante la ejecución del contrato”.

271 Véase la Opinión N.º 96-2015/DTN del 03 de junio del 2015.

272 Véase la Opinión N.º 112-2012/DTN del 13 de noviembre del 2012, la Opinión N.º 66-2012/DTN del 30 de mayo del 2012.

273 Véase la Opinión N.º 178-2015/DTN del 12 de noviembre del 2015: “los postores deberán presentar su propuesta técnica, ofertando todos los requisitos técnicos mínimos establecidos, incluyendo al personal propuesto para que su propuesta sea admitida y de ser el caso obtener la buena pro del proceso”.

ser, en principio, el mismo que ejecutará el contrato, ya que deben cumplirse con las calificaciones profesionales ofertadas²⁷⁴.

Se destaca que cuando un proceso de selección ha sido convocado para la contratación de un servicio, los términos de referencia son parte integrante de las bases; en esa medida, cuando el Comité Especial visa los originales de dichas bases para su aprobación, también visa los términos de referencia incluidos en estas²⁷⁵.

La formulación de los requerimientos técnicos mínimos debe ser realizada a partir de una evaluación que permita la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de proveedores, evitando incluir requisitos innecesarios cuyo cumplimiento solo favorezca a determinados postores²⁷⁶. El área usuaria debe observar, en principio, la regla general de no describir los bienes o servicios de tal forma que se oriente la adquisición hacia un postor, o hacia una marca, fabricante o tipo de producto específico²⁷⁷. Corresponde a la entidad definir los requerimientos técnicos mínimos con la finalidad de asegurarse que el postor con quien se contrate cumpla con las características mínimas de idoneidad para entregar el bien, prestar el servicio o ejecutar la obra de forma adecuada; de esta manera, en las especificaciones técnicas o términos de referencia se puede requerir que el postor acredite una determinada experiencia en la ejecución de la prestación a contratar, siempre que ello no represente una exigencia que disminuya la concurrencia plural de proveedores o que favorezca a algún —o algunos— en particular²⁷⁸.

274 Véase la Opinión N.º 178-2015/DTN del 12 de noviembre del 2015.

275 Véase la Opinión N.º 045-2012/DTN del 12 de marzo del 2012.

276 Véase la Opinión N.º 137-2015/DTN del 31 de agosto del 2015, la Opinión N.º 66-2012/DTN del 30 de mayo del 2012.

277 Véase la Opinión N.º 080-2012/DTN del 23 de julio del 2012, la Opinión N.º 021-2013/DTN del 14 de febrero del 2013: “la definición de las especificaciones técnicas debe permitir la concurrencia de pluralidad de postores; asimismo, el área usuaria debe evitar establecer en dichas especificaciones características, requisitos y/o exigencias que sólo favorezcan a determinado postor o postores”.

278 Véase la Opinión N.º 137-2015/DTN del 31 de agosto del 2015: “la experiencia es la habilidad adquirida por la reiteración de determinada conducta en el tiempo; es decir, por la habitual transacción del bien, servicio u obra que constituye el giro del negocio del contratista en el mercado. Como se aprecia, la experiencia constituye un elemento fundamental en la evaluación de los postores, debido a que permite a las

La descripción de las especificaciones técnicas o términos de referencia de los bienes o servicios a contratar debe ser realizado de forma genérica, sin orientación alguna a marca, fabricante o proveedor determinado, etc. En la descripción de las características técnicas debe eliminarse todo direccionamiento, ello a fin de fomentar la mayor concurrencia y competencia en el proceso de selección a convocarse²⁷⁹. Se debe evitar dirigir su contratación a determinado proveedor; lo que no impide que para la ejecución de la obra se requieran materiales, insumos u otros elementos de determinada marca²⁸⁰.

La normativa de contrataciones del Estado establece la necesidad de que las Entidades observen, obligatoriamente, las disposiciones de la normativa que regulan el objeto de la contratación, al describir los objetos a ser contratados; tales como: leyes especiales, reglamentos técnicos, normas metrológicas o sanitarias, etc. Asimismo, la normativa de contrataciones del Estado precisa que las Entidades pueden utilizar las normas técnicas nacionales emitidas por INDECOPI, para realizar tal descripción, si así lo creen pertinente. Es obligación de las Entidades observar las exigencias y/o requisitos establecidos en la normativa específica que regula el objeto de la convocatoria, al definir las especificaciones técnicas de los bienes que requiere contratar, de conformidad con lo dispuesto por el Principio de Legalidad²⁸¹, según el cual: “las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”²⁸². Los reglamentos sectoriales, las normas meteorológicas o sanitarias, son obligatorios y las normas técnicas peruanas son opcionales²⁸³. El OSCE ha señalado que “las normas técnicas, aún cuando fuesen aprobadas por INDECOPI, en su calidad de Organismo Peruano de Normalización, no son de carácter obligatorio, a menos que su

Entidades determinar, de manera objetiva, la idoneidad de los mismos para ejecutar las prestaciones requeridas; al comprobarse que estos han ejecutado previamente prestaciones iguales o similares a los que se requiere contratar”.

279 Véase la OPINIÓN N.º 102-2011/DTN del 30 de noviembre del 2011.

280 Véase la Opinión N.º 095-2013/DTN del 25 de noviembre del 2013.

281 Recogido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

282 Véase la Opinión N.º 66-2012/DTN del 30 de mayo del 2012.

283 Véase la Opinión N.º 020-2011/DTN del 09 de febrero del 2011.

contenido sea incluido en un reglamento técnico aprobado por las autoridades competentes”²⁸⁴.

Los requerimientos técnicos mínimos deben recoger todo lo requerido por el área usuaria y para ello deben respetar las normas reglamentarias y la normativa de la materia. Es posible incluir requisitos adicionales a los establecidos en las normas reglamentarias, siempre que se respeten criterios de razonabilidad y proporcionalidad, además de los principios que rigen las contrataciones públicas²⁸⁵.

La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto el órgano o dependencia responsable de visar los términos de referencia de un servicio a ser contratado; no obstante, a efectos de garantizar que los términos de referencia correspondan a aquellos que fueron elaborados por el órgano competente, sin sufrir modificación alguna, y en la medida que es el área usuaria la responsable de la elaboración de dichos términos, resulta razonable que esta área los vise una vez que ha culminado su elaboración; ello sin perjuicio que cada Entidad determine en sus normas de organización interna los demás órganos o dependencias responsables de visar los términos de referencia, además del área usuaria²⁸⁶.

Se reconoce que determinados órganos, en el marco de las actividades bajo su ámbito de competencia, pueden sugerir al área usuaria, la corrección de las especificaciones técnicas cuando ello resulte necesario. Es potestad de esta última decidir si efectúa o no las modificaciones sugeridas²⁸⁷.

La determinación de las especificaciones técnicas de los bienes a contratar es de responsabilidad del área usuaria. Si bien corresponde al Comité Especial absolver las consultas u observaciones a las bases del proceso, no es de su competencia determinar la información técnica necesaria para efectuar la contratación; por tanto, no podría modificar dicha información de oficio,

284 Pronunciamiento N.º 338-2008/DOP.

285 Véase la Opinión N.º 020-2011/DTN del 09 de febrero del 2011: “la entidad puede solicitar como requerimiento técnico mínimo lo que considere conveniente, salvo que este requerimiento colisione con alguna de las normas que el Estado ha dispuesto como obligatorias”.

286 Véase la Opinión N.º 045-2012/DTN del 12 de marzo del 2012.

287 Véase la Opinión N.º 048-2016/DTN del 21 de marzo del 2016.

aún cuando fuera a propósito de una consulta u observación planteada por un participante²⁸⁸.

El OSCE ha declarado que “ante la existencia de consultas u observaciones relacionadas con las especificaciones técnicas, el Comité Especial debe remitirlas al área usuaria para que esta se pronuncie al respecto, toda vez que como área responsable de su definición podrá, de ser el caso, efectuar las precisiones o modificaciones que sean necesarias²⁸⁹”.

La LCE y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, (vigentes desde el 9 de enero del 2016) en el último párrafo de su artículo 8 señala: “Si con ocasión de las consultas y observaciones el área usuaria autoriza la modificación del requerimiento, debe ponerse en conocimiento de tal hecho a la dependencia que aprobó el expediente de contratación”. Al respecto OSCE ha indicado que “las especificaciones técnicas consignadas en las Bases de un proceso de selección, pueden ser materia de una consulta u observación por parte de un participante, en cuyo caso corresponde al Comité Especial, en forma previa a su absolución, coordinar con el área usuaria, quien podrá disponer las precisiones o modificaciones pertinentes, las mismas que deberán notificarse a través del Pliego de absolución correspondiente e incorporarse en las Bases integradas²⁹⁰”.

El Pronunciamiento N.º 995-2015/DSU de la Dirección de Supervisión de la OSCE estableció que “las especificaciones técnicas consignadas en las Bases de los procesos de selección no pueden ser modificadas con motivo de la absolución de consultas y/u observaciones formuladas por los participantes, pudiéndose únicamente realizar precisiones sobre las mismas para aclarar su alcance o atender solicitudes que no impliquen el reemplazo de las características aprobadas”. Dicho precedente está referido a aquellos casos en los cuales pueda suscitarse una o más modificaciones fundamentales en las especificaciones técnicas, las mismas que se traducen en la desnaturalización del requerimiento como tal y, por ende, en la necesidad de contratar un bien distinto al requerido inicialmente. En esta línea, las precisiones o modificaciones que puedan efectuarse a las especificaciones técnicas con ocasión de la

288 Véase la Opinión N.º 048-2016/DTN del 21 de marzo del 2016.

289 Véase la Opinión N.º 048-2016/DTN del 21 de marzo del 2016.

290 Véase la Opinión N.º 048-2016/DTN del 21 de marzo del 2016.

absolución de consultas u observaciones de las bases, serán autorizadas por el área usuaria de la entidad y no deben variar de forma sustancial el requerimiento original, de forma tal que se desnaturalice el objeto de contratación, el mismo que está contenido en el expediente de contratación aprobado por la Entidad²⁹¹.

La Corte Suprema de Justicia consideró dentro de los alcances del delito de colusión al área usuaria como cuando un gerente de rentas de una municipalidad emite dos Informes, mediante el cual hacia el requerimiento de una empresa que realice la función de fiscalización tributaria y no tributaria, situación que sirvió para que el gerente municipal firme el contrato²⁹².

106

Asimismo, se ha considerado como un importante indicio de colusión el hecho de que los bienes adquiridos no estaban previstos en el Plan anual de bienes y servicios de la municipalidad agraviada y que los bienes se adquirieron sin que exista requerimiento previo del área usuaria²⁹³ o que la adquisición se realizó sin coordinar con el área usuaria (la Dirección de Sanidad) ni con el Almacén General de la entidad agraviada²⁹⁴ o que no existieron especificaciones técnicas para la adquisición de bienes y servicios y no se emitieron resoluciones o acuerdos que justifiquen la procedencia de los requerimientos²⁹⁵. También sirve como elemento incriminador el hecho de que “la necesidad del servicio contratado no provino de un área requirente, sino del pleno del Concejo Municipal”²⁹⁶ o que la entidad “no había recibido ningún informe

291 Véase la Opinión N.º 048-2016/DTN del 21 de marzo del 2016.

292 Véase el R. N. N.º 978-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

293 Véase el R. N. N.º 1092-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 668-2009 del 15 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

294 Véase el R. N. N.º 639-2010 del 11 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

295 Véase el R. N. N.º 732-2014 del 03 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

296 Véase el R. N. N.º 756-2014 del 04 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado): “no apareciendo en esta última el desarrollo de los pedidos, y en ninguna de las dos se sustenta la necesidad de dichos servicios. De modo que, aún cuando se admita que el requerimiento fue dispuesto en sesión de Concejo, ello no obsta para justificar la necesidad de los servicios bajo algún aspecto técnico”, el

que mencione problemas registrados, por ejemplo, por las infestaciones de roedores en la Subregión y, por el contrario, el director regional de salud de Ancash, por oficio, informó al gerente y encausado que no debía llevar a cabo el proceso de fumigación por la inexistencia del índice de propagación del dengue”²⁹⁷.

De igual forma, representa un indicio fuerte de colusión el hecho de que “no se cumplió con elaborar las especificaciones técnicas, así como las características y calidad del servicio a contratarse. Se suscribió el convenio sin consignar el requerimiento previo del área competente que justifique la contratación cuestionada, ni la propuesta técnica - económica de la empresa, lo cual impidió determinar la calidad y costo real del servicio ofrecido”²⁹⁸. También cuando quien elabora un informe aceptando la propuesta del contratista como corredora de inmuebles era un órgano incompetente (v. gr., gerente de operaciones) y lo correcto era derivar dicha solicitud a otro órgano (v. gr., Gerencia de Inversiones Inmobiliarias) a fin de que esta admita o no sus servicios, pues esta era la oficina encargada de dicho trámite²⁹⁹.

En sentido inverso, constituye un contraindicio del delito de colusión cuando se demuestra que un funcionario perteneciente al área usuaria no ha tenido injerencia alguna en las especificaciones técnicas que pudieran denotar un interés especial por un proveedor específico³⁰⁰. Asimismo, se ha señalado que el encargado de una Oficina General de Auditoría Interna se ha limitado “su actuación a efectivizar, previo al proceso de contratación, un requerimiento para contratar a una persona para dicho cargo, tal como se aprecia de la copia fedateada de la instrumental de fojas noventa y dos, en la

R. N. N.º 2468-2009 del 12 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado): “la adjudicación directa se publicó sin convocatoria, sin contar con estudio de factibilidad e informe técnico y sin que el área usuaria lo haya requerido, lo cual ocurrió diez días después de la fecha de publicación”.

297 Véase el R. N. N.º 987-2015 del 19 de abril del 2016 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

298 Véase el R. N. N.º 1389-2012 del 16 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

299 Véase el R. N. N.º 611-2014 del 25 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla).

300 Véase el R. N. N.º 619-2011 del 22 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

que se hizo una descripción general del perfil de la persona a contratar, sin precisar, recomendar o imponer nombre alguno, ello dentro de las atribuciones del cargo que ocupaba”³⁰¹. Dicho funcionario se circunscribió: “a realizar un requerimiento genérico de contratación, siendo las áreas correspondientes las que se encargaron de la aprobación del pedido, así como de la realización del concurso”.

El funcionario que firma el contrato (v. gr., gerente), por lo general, no tiene la competencia ni la función de velar por el cumplimiento y la ejecución del contrato, dado que dicha función como la elaboración de la conformidad de servicios para el pago al contratista es evaluado por el área usuaria³⁰².

• El órgano encargado de las contrataciones

Es aquel órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de una Entidad, incluida la gestión administrativa de los contratos (artículo 8.c de la LCE). El órgano encargado de las contrataciones tiene como función la gestión administrativa del contrato, que involucra el trámite de perfeccionamiento, aplicación de penalidades, procedimiento de pago en lo que corresponda, entre otras actividades de índole administrativo; siendo que la supervisión de la ejecución del contrato le compete al área usuaria o al órgano al que se le haya asignado tal función (artículo 4 del Reglamento de la LCE). Una vez aprobado el Presupuesto Institucional de Apertura, el órgano encargado de las contrataciones, en coordinación con las áreas usuarias de la entidad, ajusta el proyecto del Plan Anual de Contrataciones (artículo 5 del Reglamento de la LCE).

107

El órgano encargado de las contrataciones está facultado a solicitar el apoyo que requiera de las dependencias o áreas pertinentes de la entidad, las que están obligadas a brindarlo bajo responsabilidad (artículo 12 del Reglamento de la LCE).

El órgano encargado de las contrataciones debe llevar un expediente del proceso de contratación, el que debe ordenar, archivar y preservar la docu-

301 Véase el R. N. N.º 1083-2013 del 09 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

302 Véase el R. N. N.º 1114-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

mentación que respalda las actuaciones realizadas desde la formulación del requerimiento del área usuaria hasta el cumplimiento total de las obligaciones derivadas del contrato, incluidas las incidencias del recurso de apelación y los medios de solución de controversias de la ejecución contractual, según corresponda. Las demás dependencias de la entidad deben facilitar copia de las actuaciones relevantes para mantener el expediente completo, tales como comprobantes de pago, resultados de los mecanismos de solución de controversias, entre otros. El órgano encargado de las contrataciones es el responsable de remitir el expediente de contratación al funcionario competente para su aprobación, en forma previa a la convocatoria, de acuerdo a sus normas de organización interna (artículo 21 del Reglamento de la LCE³⁰³).

La supervisión de la ejecución del contrato le compete al área usuaria o al órgano al que se le haya asignado tal función (artículo 4 del Reglamento de la LCE).

- 108** El órgano encargado de las contrataciones es el órgano o unidad orgánica al que en las normas de organización interna de la entidad se le ha asignado la competencia y funciones relacionadas con el abastecimiento de dicha entidad. Es decir, es un órgano cuya función permanente es justamente la gestión del abastecimiento de la entidad³⁰⁴. En las entidades públicas el órgano encargado de la contratación es conocida como área de “Logística” o de “Abastecimien-

303 “Para su aprobación, el expediente de contratación debe contener: a) El requerimiento, b) El documento que aprueba el proceso de estandarización, cuando corresponda, c) El informe técnico de evaluación de software, conforme a la normativa de la materia, cuando corresponda, d) Las indagaciones de mercado realizadas, y su actualización cuando corresponda, e) El Resumen ejecutivo, f) El valor estimado o valor referencial, según corresponda, g) La certificación de crédito presupuestario y/o la previsión presupuestal, h) La opción de realizar la contratación por paquete, lote y tramo, cuando corresponda, i) La determinación del procedimiento de selección, el sistema de contratación y, cuando corresponda, la modalidad de contratación con el sustento correspondiente, j) La fórmula de reajuste, de ser el caso, k) La declaratoria de viabilidad y verificación de viabilidad, cuando esta última exista, en el caso de contrataciones que forman parte de un proyecto de inversión pública, l) En el caso de obras contratadas bajo la modalidad llave en mano que cuenten con componente equipamiento, las especificaciones técnicas de los equipos requeridos, y m) Otra documentación necesaria conforme a la normativa que regula el objeto de la contratación”.

304 Véase la Opinión N.º 143-2015/DTN del 03 de setiembre del 2015, la Opinión N.º 080-2009/DTN del 20 de agosto del 2009.

to". Puede tener la categoría de gerencia, oficina, unidad, área o equipo. Ello depende de las normas de organización interna. Dicho órgano juega un papel preponderante en la contratación estatal. Junto con el área usuaria y el comité especial serán las responsables de llevar adelante una contratación eficiente dentro del marco normativo aplicable³⁰⁵.

El expediente de contratación se inicia con el requerimiento del área usuaria, y debe contener la información referida a las características técnicas de lo que se va a contratar, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, el valor referencial, la disponibilidad presupuestal, el tipo de proceso de selección, la modalidad de selección, el sistema de contratación, la modalidad de contratación a utilizarse y la fórmula de reajuste de ser el caso. Tratándose de obras, se adjuntará el expediente técnico respectivo –salvo en el caso de la modalidad de concurso oferta– y, cuando corresponda, la declaratoria de viabilidad conforme al Sistema Nacional de Inversión Pública. Dentro de la definición de la información que debe contener un expediente de contratación, intervienen el área usuaria y el órgano encargado de las contrataciones³⁰⁶.

Ni la ley ni el reglamento han determinado la formalidad que debe utilizarse para aprobar el Expediente de Contratación, por lo que cada entidad debe realizar dicha actuación conforme a las formalidades y el procedimiento previsto en sus normas de organización o gestión interna, de ser el caso, pudiendo utilizar cualquier formalidad cuando ello no se encuentre previsto de manera expresa en sus normas³⁰⁷.

Una vez definidas las especificaciones técnicas o términos de referencia, el órgano encargado de las contrataciones debe determinar el valor referencial de las contrataciones, mediante un estudio de posibilidades que ofrece el mercado. Dicho estudio debe permitir al órgano encargado de las contrataciones definir, además del valor referencial, otros aspectos importantes, tales como: la existencia de pluralidad de marcas y/o postores; la posibilidad de distribuir la buena pro; la información para determinar los factores de evaluación; la

109

305 Cfr. RIVERA ROJAS, Carlos Mariano y PÉREZ MACHUCA, Napoleón, *Área usuaria, Órgano encargado de las contrataciones y Comité especial*, *pássim*.

306 Véase la Opinión N.º 002-2015/DTN del 14 de enero del 2015, la Opinión N.º 034-2014/DTN del 27 de febrero del 2014.

307 Véase la Opinión N.º 002-2015/DTN del 14 de enero del 2015, la Opinión N.º 034-2014/DTN del 27 de febrero del 2014.

pertinencia de realizar ajustes a las características y/o condiciones de lo que se va a contratar, entre otros³⁰⁸. De esta manera, a partir del resultado del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, el órgano encargado de las contrataciones podría determinar la pertenencia de ajustar las características técnicas o condiciones del objeto de la contratación descritas en las especificaciones técnicas o términos de referencia, con la finalidad de precisarlas, adecuarlas a la tecnología vigente o incorporar condiciones de mercado, entre otros, previa autorización del área usuaria, dado que, en principio, es competencia de dicha área su definición³⁰⁹.

El órgano encargado de las contrataciones tiene la obligación de evaluar las posibilidades que ofrece el mercado para determinar lo siguiente: (i) el valor referencial; (ii) la existencia de pluralidad de marcas y/o postores; (iii) la posibilidad de distribuir la buena pro; (iv) la información que pueda utilizarse para la determinación de los factores de evaluación, de ser el caso; (v) la pertinencia de realizar ajustes a las características y/o condiciones de lo que se va a contratar, de ser necesario; y, (vi) otros aspectos necesarios que tengan incidencia en la eficiencia de la contratación³¹⁰.

El órgano encargado de las contrataciones puede determinar a través del estudio de posibilidades: (i) la existencia de pluralidad de marcas y proveedores en capacidad de ofertar los productos; o (ii) la existencia de un único proveedor en el mercado nacional en capacidad de satisfacer el requerimiento de la entidad, ya sea por compatibilidad con lo requerido, derechos, etc. Así, en el primer supuesto, será necesario realizar un proceso de selección que permita determinar la propuesta con mayores ventajas para la entidad, dado que existe competencia. En el segundo supuesto, en cambio, la entidad podrá sustentar la adquisición de dichos bienes a través de la causal de exoneración de bienes y/o servicios que no admiten sustitutos³¹¹.

308 Véase la Opinión N.º 021-2013/DTN del 14 de febrero del 2013, la Opinión N.º 008-2014/DTN del 14 de enero del 2014, la Opinión N.º 66-2012/DTN del 30 de mayo del 2012, la Opinión N.º 080-2012/DTN del 23 de julio del 2012, la Opinión N.º 044-2010/DTN del 15 de julio del 2010.

309 Véase la Opinión N.º 008-2014/DTN del 14 de enero del 2014, la Opinión N.º 66-2012/DTN del 30 de mayo del 2012, la Opinión N.º 44-2010/DTN del 15 de julio del 2010.

310 Véase la Opinión N.º 160-2015/DTN del 13 de octubre del 2015, la Opinión N.º 66-2012/DTN del 30 de mayo del 2012.

311 Véase la Opinión N.º 080-2012/DTN del 23 de julio del 2012.

En el marco de un estudio de posibilidades que ofrece el mercado puede ocurrir que alguno de los proveedores a los que se solicitó que estimen el precio de la contratación comuniquen al órgano encargado de las contrataciones la existencia de deficiencias en las especificaciones técnicas o términos de referencia, o que sugiera la inclusión de innovaciones tecnológicas o prestaciones adicionales que brinda el mercado aplicables al objeto de la convocatoria, entre otros. En tal situación, el órgano encargado de las contrataciones tendría que evaluar la pertinencia de los planteamientos del proveedor y, de ser el caso, ajustar las especificaciones técnicas o términos de referencia, previa autorización del área usuaria. Corresponde al órgano encargado de las contrataciones evaluar los planteamientos que los proveedores realicen al momento de emitir sus cotizaciones, así como determinar si en virtud de estos resulta necesario o no ajustar las especificaciones técnicas o términos de referencia, bajo responsabilidad, previa autorización del área usuaria³¹².

En caso el área usuaria incremente o disminuya su requerimiento inicial, resulta necesario realizar un nuevo estudio de las posibilidades que ofrece el mercado a efectos de poder determinar de manera cierta el valor referencial del proceso y demás condiciones aplicables³¹³.

La normativa de contrataciones del Estado no limita las veces que una Entidad podría confirmar su requerimiento en el mercado, sino que, en cada caso, el órgano encargado de las contrataciones evaluará si resulta necesario o no efectuar la modificación y, de ser el caso, realizar una nueva indagación de mercado. Ello no significa de ningún modo que, a raíz de las sugerencias planteadas por los proveedores se dirija el proceso a determinado proveedor, o se limite la participación de postores, pues la finalidad de evaluar los planteamientos de los proveedores es salvaguardar la idoneidad de la contratación, así como determinar, en forma objetiva, la pertinencia de introducir innovaciones tecnológicas o prestaciones adicionales que brinda el mercado aplicables al objeto de la convocatoria. Una de las condiciones para llevar a cabo un proceso de selección es que, producto del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, se determine la pluralidad de proveedores en condiciones de cumplir con el requerimiento del área usuaria³¹⁴.

110

312 Véase la Opinión N.º 44-2012/DTN del 15 de julio del 2010.

313 Véase la Opinión N.º 135-2009/DTN del 30 de noviembre del 2009.

314 Véase la Opinión N.º 44-2010/DTN del 15 de julio del 2010.

La normativa de contrataciones del Estado otorga al órgano encargado de las contrataciones la facultad de determinar que fuentes de información empleará en la elaboración del estudio de posibilidades que ofrece el mercado; no obstante ello, dicha decisión debe ser adoptada con el debido sustento y -en tanto constituye una facultad discrecional- de acuerdo con los principios que inspiran al sistema de contratación estatal, vigencia tecnológica, eficiencia, economía, trato justo e igualitario y libre concurrencia y competencia³¹⁵.

- 111** La Corte Suprema de Justicia confirmó la condena al jefe de Logística del Banco de Materiales debido a que elaboró el cuadro comparativo para favorecer a la empresa contratista, al tomar en cuenta para la elaboración de dicho cuadro las invitaciones que se les hizo a otras empresas, e, incluso, una de ellas no existió y se excluyó a otra empresa que ofrecía el bien terminado (v. gr., calaminas). La empresa ganadora ofrecía solo la fabricación del bien y no el insumo terminado³¹⁶.

El Comité de selección

- 112** Son órganos colegiados encargados de seleccionar al proveedor que brinde los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria a través de determinada contratación. Su composición y funciones se determinan en el reglamento (artículo 8, *in fine* de la LCE).

El órgano a cargo de los procedimientos de selección se encarga de la preparación, conducción y realización del procedimiento de selección hasta su culminación. Los procedimientos de selección pueden estar a cargo de un comité de selección o del órgano encargado de las contrataciones. Para la licitación pública, el concurso público y la selección de consultores individuales, la entidad designa un comité de selección para cada procedimiento. El órgano encargado de las contrataciones tiene a su cargo la subasta inversa electrónica, la adjudicación simplificada para bienes, servicios en general y consultoría en general, la comparación de precios y la contratación directa. En la subasta inversa electrónica y en la adjudicación simplificada la Entidad

315 Véase la Opinión N.º 160-2015/DTN del 13 de octubre del 2015, la Opinión N.º 66-2012/DTN del 30 de mayo del 2012, la Opinión N.º 020-2011/DTN del 09 de febrero del 2011.

316 Véase el R. N. N.º 700-2012 del 01 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

puede designar a un comité de selección, cuando lo considere necesario. Tratándose de obras y consultoría de obras siempre debe designarse un comité de selección. Los órganos a cargo de los procedimientos de selección son competentes para preparar los documentos del procedimiento de selección, así como para adoptar las decisiones y realizar todo acto necesario para el desarrollo del procedimiento hasta su culminación, sin que puedan alterar, cambiar o modificar la información del expediente de contratación (artículo 22 del Reglamento de LCE).

El comité de selección está integrado por tres (3) miembros, de los cuales uno (1) debe pertenecer al órgano encargado de las contrataciones de la entidad y por lo menos uno (1) debe tener conocimiento técnico en el objeto de la contratación. 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 forma parte del comité de selección, por lo menos, dos (2) deben contar con conocimiento técnico en el objeto de la contratación. Cuando la entidad no cuente con especialistas con conocimiento técnico en el objeto de la contratación, puede contratar expertos independientes o gestionar el apoyo de expertos de otras entidades a fin de que integren el comité de selección. El titular de la entidad o el funcionario a quien se hubiera delegado esta atribución, designa por escrito a los integrantes titulares y sus respectivos suplentes, indicando los nombres y apellidos completos, la designación del presidente y su suplente; atendiendo a las reglas de conformación del párrafo precedente para cada miembro titular y su suplente (artículo 23 del Reglamento de LCE).

El comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo, utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado (artículo 26 del Reglamento de LCE).

El comité de selección es el órgano colegiado que se encarga de conducir el proceso de selección para determinar al proveedor con el cual la entidad celebrará el contrato para la prestación de los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria³¹⁷. Su competencia se extiende desde la elaboración de

113

317 Véase la Opinión N.º 082-2015/DTN del 15 de mayo del 2015, la Opinión N.º 080-2009/DTN del 20 de agosto del 2009.

las bases y la organización, conducción y ejecución del proceso de selección, hasta que la buena pro quede consentida o administrativamente firme, o se cancele el proceso de selección³¹⁸.

Si el Comité otorga la buena pro remitirá el expediente de contratación al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, para que este se encargue de las actuaciones vinculadas con el perfeccionamiento del contrato³¹⁹.

Se debe designar un comité de selección para cada procedimiento, siendo obligatorio en el caso de licitación pública, concurso público y selección de consultores individuales. En el caso de la subasta inversa electrónica y adjudicación simplificada será facultativo. Por otro lado, tratándose de obras y consultorías de obras siempre será necesario contar con un comité de selección³²⁰. Dicho comité no es parte orgánica de la entidad, sino que se conforma para conducir uno o varios procesos de selección³²¹.

En la conformación del comité de selección se exige que por lo menos un miembro provenga del órgano encargado de las contrataciones estatales y por lo menos uno debe tener conocimiento técnico en el objeto de contratación. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto el documento o medio que acredite el conocimiento técnico en el objeto de la contratación requerido al miembro del comité de selección; por tanto, corresponde al funcionario competente de la entidad verificar, conforme a los medios que estime convenientes, que los comités de selección se conformen de acuerdo a los criterios fijados en el reglamento, garantizándose que uno de los miembros tenga conocimiento técnico sobre el objeto de la contratación³²².

El Comité Especial tiene a su cargo actuaciones que inciden en las diferentes fases de la Contratación Pública; así, por ejemplo, la elaboración de las bases se enmarca en la fase de actos preparatorios; en cambio, la absolución de las observaciones formuladas a las bases está dentro de la fase de selección³²³.

318 Véase la Opinión N.º 092-2013/DTN del 15 de noviembre del 2013.

319 Véase la Opinión N.º 074-2014/DTN del 30 de setiembre del 2014.

320 Véase la Opinión N.º 107-2016/DTN del 15 de julio del 2016.

321 Véase la Opinión N.º 082-2015/DTN del 15 de mayo del 2015, la Opinión N.º 080-2009/DTN del 20 de agosto del 2009.

322 Véase la Opinión N.º 082-2015/DTN del 15 de mayo del 2015.

323 Véase la Opinión N.º 092-2013/DTN del 15 de noviembre del 2013.

El OSCE ha establecido que “el Comité Especial elabora las Bases y, una vez que estas son aprobadas por el titular de la entidad o el funcionario competente, convoca el proceso de selección a través de su publicación en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), debiendo publicar también el resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado y las bases, bajo sanción de nulidad. De esta manera se da inicio a la segunda fase de la contratación pública, la fase del proceso de selección, la cual tiene por finalidad individualizar al proveedor con el cual la entidad celebrará el contrato”³²⁴.

Con ocasión de la notificación de la designación de dicho comité, se le entrega el expediente de contratación conteniendo todas las actuaciones realizadas desde la formulación del requerimiento hasta su designación; entre estas, las especificaciones técnicas definidas por el área usuaria, con los ajustes que puedan haber sido realizados por el órgano encargado de las contrataciones con la autorización del área usuaria, con ocasión del estudio de posibilidades que ofrece el mercado. Cabe precisar que el Comité Especial tiene la potestad de consultar sobre la información contenida en el expediente de contratación, e incluso sugerir las modificaciones que considere pertinentes³²⁵.

Sobre la base de la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación y empleando las bases estandarizadas aprobadas por OSCE, el Comité Especial debe elaborar las bases del respectivo proceso de selección, por lo que ha de consignar en estas las especificaciones técnicas contenidas en el expediente de contratación recibido³²⁶.

Si bien en las bases deben recogerse las especificaciones técnicas de los bienes a contratar, puede ocurrir que estas contemplen información técnica imprecisa, incongruente o defectuosa; ante ello los participantes pueden solicitar su aclaración mediante consultas o, incluso, cuestionarlas mediante observaciones³²⁷. El OSCE ha señalado que “las consultas u observaciones formuladas por los participantes del proceso de selección persiguen, en el

324 Véase la Opinión N.º 009-2013/DTN del 22 de enero del 2013.

325 Véase la Opinión N.º 048-2016/DTN del 21 de marzo del 2016, la Opinión N.º 008-2014/DTN del 14 de enero del 2014.

326 Véase la Opinión N.º 008-2014/DTN del 14 de enero del 2014.

327 Véase la Opinión N.º 008-2014/DTN del 14 de enero del 2014.

fondo, que se precise y/o modifique la información contenida en las Bases, información que incluso podría estar referida a las especificaciones técnicas ya definidas por la Entidad en las Bases del proceso de selección³²⁸.

El Pronunciamiento N.º 1149-2015/DSU ha establecido como precedente vinculante que “es responsabilidad de la entidad cumplir con entregar la copia del expediente técnico completo a los participantes, el Comité Especial, como responsable de la conducción integral del proceso de selección, debe contar con la constancia o formulario de cargos en donde conste que el participante recibió el expediente técnico completo y adjuntarlo como parte de la absolución de la consultas y/u observación, según corresponda, advirtiéndose la configuración de un vicio de nulidad, siendo competencia del titular de la entidad declarar la nulidad del proceso conforme a los alcances del artículo 56 de la Ley, de modo que aquél se retrotraiga a la etapa en la cual se generó el vicio, a fin de que ese acto y los subsiguientes se realicen de acuerdo con la normativa vigente”.

En todo caso, las precisiones o modificaciones que puedan efectuarse a las especificaciones técnicas con ocasión de una absolución de consulta u observación de las bases, no deben variar de forma sustancial el requerimiento. Tanto para el caso de bienes, servicios u obras, las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente de contratación, según corresponda, pueden ser materia de precisión o modificación, con ocasión de la absolución de consultas y/u observaciones a las bases, siempre y cuando el área usuaria lo autorice y estas precisiones o solicitudes de modificación no varíen de forma sustancial el requerimiento original, ni se desnaturalice el objeto de contratación³²⁹.

Una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, o si estas no se hubieran presentado, las bases quedarán integradas, debiendo contener todas las modificaciones producidas como consecuencia de las mencionadas consultas y observaciones, así como, de ser el caso, de los pronunciamientos y acciones de supervisión del OSCE³³⁰.

En el supuesto que la Entidad advierta que las bases no recogen reglas claras para los postores, por contener especificaciones técnicas con deficien-

328 Véase la Opinión N.º 048-2016/DTN del 21 de marzo del 2016.

329 Véase la Opinión N.º 048-2016/DTN del 21 de marzo del 2016.

330 Véase la Opinión N.º 008-2014/DTN del 14 de enero del 2014.

cias que pueden inducir a error a estos, su titular podrá declarar la nulidad del proceso de selección³³¹.

Para que una propuesta sea admitida, el Comité Especial debe verificar que ésta cumpla con acreditar, entre otros, los requisitos y/o exigencias establecidos en la normativa específica que regula el objeto de la convocatoria (reglamentos técnicos, normas metrológicas, normas sanitarias, normas de seguridad, normas laborales, etc.), los que deben encontrarse previstos en los términos de referencia de los servicios que se requiere contratar, los que son parte de las bases³³².

El artículo 9 de la LCE prescribe: “Todas aquellas personas que intervengan en los procesos de contratación por o a nombre de la Entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule con esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de efectuar contrataciones de manera eficiente, maximizando los recursos públicos invertidos y bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y su reglamento y los principios, sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que se otorgan. De corresponder la determinación de responsabilidad por las contrataciones, esta se realiza de acuerdo al régimen jurídico que los vincule con la Entidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan”.

115

331 En el fundamento 29 de la Resolución 1097-2007.TC-S2, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha señalado que “al haberse acreditado las deficiencias de las Bases en lo que respecta las reglas claras a las cuales deberían someterse los postores en el presente procedimiento que además inciden en la ejecución contractual, la respuesta que ofrece la normativa a las autoridades administrativas es la posibilidad de que corrijan sus errores u omisiones, previa declaración de nulidad del acto viciado por parte de este Colegiado, tal como establece el artículo 57° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el cual prevé que el Tribunal declarará nulo los actos administrativos que prescindan de las normas esenciales del procedimiento, que en el presente caso ha sido su elaboración defectuosa e imprecisa, lo cual ha conllevado a que las reglas del proceso no sean claras y definitivas.” (El subrayado es agregado). También: la Opinión N.° 008-2014/DTN del 14 de enero del 2014: “las Bases no deben contener especificaciones técnicas contradictorias; no obstante, de verificarse ello, los participantes pueden solicitar su aclaración y/o cuestionarlas, mediante consultas y/o observaciones, respectivamente; sin perjuicio de la potestad del Titular de la Entidad para declarar la nulidad del proceso de selección”.

332 Véase la Opinión N.° 112-2012/DTN del 13 de noviembre del 2012.

El Comité especial tiene competencias marcadas y definidas dentro del proceso de contratación. No todo acto disfuncional que ocurre dentro del proceso de contratación estatal se puede considerar como acto que es posible atribuir al Comité especial. De manera regular, las funciones del Comité especial culminan con el otorgamiento de la buena pro; de tal manera que no pueden responder por actos de otros intervinientes en el proceso de contratación.

Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “pese a que no cumplió con entregar los bienes licitados de acuerdo a las bases administrativas, se debe dejar sentado que esta imputación resulta ajena a los encausados, en tanto que esta conducta es independiente a la labor que desempeñaron -la función de ellos terminó en el otorgamiento de la buena pro- pues no tenían la obligación de verificar la entrega efectiva y regular de los bienes, siendo ésta la función de los miembros de la Oficina de Logística”³³³.

El Comité Especial que interviene en la elección de una empresa técnica y normativamente goza de autonomía en sus decisiones³³⁴. Dicha autonomía al provenir por mandato expreso de la ley debe presumirse; de tal manera que cuando se postule la intervención de un funcionario externo al Comité especial (v. gr., titular de la entidad o cualquier otro alto funcionario) debe probarse de manera adecuada y suficiente³³⁵ a fin de acreditar su realidad, sentido y alcance. La Corte Suprema ha sostenido que “las licitaciones importan un procedimiento complejo que permite evaluar la mejor propuesta en beneficio del Estado y del Comité Especial de Adjudicación, el que como órgano independiente y autónomo es quien dirige el proceso de acuerdo al

333 Véase el R. N. N.º 215-2011 del 06 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

334 Véase el R. N. N.º 2170-2010 del 06 de octubre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

335 Véase el R. N. N.º 3624-2012 del 25 de febrero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado): “en cuanto al accionar del encausado y alcalde provincial de Concepción, Óscar Enrique Berrios Fuentes, que alega la Fiscalía Superior recurrente, es de preciar que no obra en autos medio probatorio alguno que demuestre en grado de certeza su accionar colusorio en la formulación de la bases o en la adjudicación final de la obra al ganador de la buena pro, estando además su dicho a fojas doscientos cincuenta y ocho, quinientos ochenta y ocho, y en su interrogatorio ante el plenario, de folios ochocientos cuarenta y uno, en el sentido de la autonomía Comité Especial Permanente de Adquisiciones, lo cual no fue enervada por la actividad aprobatoria alguno a cargo del representante del Ministerio Público”.

Reglamento Único de Contrataciones Públicas con el Estado encargándose de su organización, conducción, ejecución desde la preparación de las bases hasta la culminación del proceso”³³⁶.

1.1.5. *La individualización del funcionario competente y de los demás intervinientes en el delito de colusión*

Una de las exigencias derivadas de la vigencia irrestricta del principio de legalidad y del principio de presunción de inocencia es que debe individualizarse e identificarse de manera adecuada al funcionario competente que comete el delito de colusión ilegal como a los demás intervinientes en el hecho (v. gr., terceros interesados)³³⁷. La individualización en el delito de colusión requiere que se determine e identifique al funcionario y al proveedor, que se establezca con meridiana claridad las funciones que desempeñaba, la fecha de ingreso a la función pública³³⁸ y el cargo público desde el cual intervino en el proceso de contratación estatal.

117

La presunción de inocencia comprende de modo necesario la individualización e identificación de una persona como condición de vincularla a una

336 Véase el R. N. N.º 1908-2014 del 12 de agosto del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo): “no es el Alcalde quien otorga la buena pro en el caso materia sub litis, por lo que se puede entender que Gerardo Álvarez Vásquez no pudo de ninguna forma coludirse con el encausado quedando desvirtuada la imputación realizada por el Ministerio Público contra el encausado Robinsón Rivadeneyra Reátegui máxime si el propio ente acusador no manifestó cual habría sido el acto colusorio, en que consistió y de que medios se basó”.

337 Véanse el R. N. N.º 2929-2014 del 12 de agosto del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 672-2013 del 04 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 1034-2011 del 28 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 3943-2011 del 06 de marzo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 1397-2011 del 22 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 2088-2010 del 14 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1408-2010 del 06 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

338 Véase el R. N. N.º 320-2011 del 28 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla) en donde se confirma la absolución de un funcionario luego que se demostró que el contrato administrativo se firmó antes de que ingresara a la función pública.

investigación y a un proceso penal³³⁹. Tal exigencia es indispensable si desde el inicio de las investigaciones aparecen dudas y objeciones de que la persona a quien se le investiga sea quien efectivamente se señala que es v. gr., no se logra precisar con suficiencia que una persona responda a un determinado apelativo o sobrenombre. Al respecto, los órganos estatales deben adoptar medidas mínimas necesarias para lograr despejar la duda acerca de la identidad de una persona³⁴⁰.

118 La Corte IDH resalta que el Estado debe haber agotado los medios necesarios para investigar y determinar en forma fehaciente la persona que correspondía a un determinado sobrenombre o apelativo. Ello es compatible con la obligación de que el Ministerio Público “deberá investigar no solo los hechos y circunstancias de cargo, sino también, las que sirvan para descargo del imputado”³⁴¹. Se incumple con dicho deber si la Fiscalía no hace nada por investigar los hechos indicados por la persona imputada a fin de descartar su participación en el hecho punible endilgado o para asegurar la comparecencia de la persona que según se indicaba respondía a un apelativo³⁴².

La Corte Suprema de Justicia absolvió a un cómplice (*extraneus*) del delito de colusión debido a que no se había logrado identificar de manera adecuada y suficiente al funcionario con el que supuestamente se había coludido para perjudicar económicamente al Estado. Así, por ejemplo, señaló que “de suerte que no es posible condenar a una persona de cómplice primario de un delito de encuentro, como es el de colusión, si no se ha definido, por lo menos, en línea indiciaria o probabilística -aunque no se les haya procesado previamente- a los agentes públicos que puedan ser calificados de autores y con los cuales tuvo lugar el concierto defraudatorio. No se ha individualizado al agente público u oficial que presuntamente consolidó una concertación defraudatoria

339 Corte IDH: Ruano Torres y otros C. El Salvador, 05 de octubre del 2015, párr. 129.

340 Corte IDH: Ruano Torres y otros C. El Salvador, 05 de octubre del 2015, párr. 130: “la Comisión determinó en su informe de fondo que existen múltiples elementos que, desde la investigación inicial y a lo largo del procedimiento, generan dudas sobre la identidad de José Agapito Ruano Torres como El Chopo. No obstante, el señor Ruano Torres fue condenado sin que las autoridades policiales, de investigación y judiciales, adoptaran medidas mínimas para responder a las dudas generadas sobre su identidad. Lo anterior fue reconocido por el Estado”.

341 Corte IDH: Ruano Torres y otros C. El Salvador, 05 de octubre del 2015, párr. 130.

342 Corte IDH: Ruano Torres y otros C. El Salvador, 05 de octubre del 2015, párr. 130.

con un interesado, y tampoco —por lo anterior— puede colegirse de que las irregularidades del proceso de contratación a la empresa del imputado lo convierta en concusionario³⁴³”.

De igual manera, se debe absolver —tal como ha señalado la Corte Suprema de Justicia— si luego de la investigación y proceso penal correspondiente no se logra identificar a los funcionarios de la empresa contratista con los que (supuestamente) se concertaron los funcionarios públicos de la entidad estatal³⁴⁴. La doctrina penal peruana es de la misma opinión³⁴⁵.

La Corte Suprema de Justicia absolvió a un funcionario acusado de colusión debido a que el representante del Ministerio Público, como titular de la acción penal, no estableció el nexo de concertación que habría existido entre el funcionario público y un contratista, el cual debía ser acusado en calidad de extraneus para que se entienda cometido el delito de colusión. La fiscalía en su acusación no dejó plenamente establecido con quién o quiénes se habría coludido el funcionario y si bien la sala superior entendió que se había concertado con un contratista determinado resulta que este no fue comprendido en la acusación fiscal como cómplice del delito en agravio del Estado; de tal manera que la máxima instancia de la justicia penal declaró que “estando a que para la configuración del delito en cuestión se requiere la participación de un tercero, ajeno a la Administración pública, y no habiendo sido éste individualizado en la acusación escrita, la conducta imputada al acusado Vargas Usca no puede configurar el delito de colusión porque falta un requisito esencial para que sea típico, toda vez que el núcleo rector del comportamiento ilícito es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por éste”³⁴⁶.

343 Véase el R. N. N.º 3943-2011 del 06 de marzo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro): “Ningún funcionario individualizado, más allá de la referencia a quienes firmaron el cheque —el alcalde y la Tesorera, a quienes ni siquiera se les interrogó sobre el particular—, ha sido aludido o insinuado como partícipe directo en la contratación”.

344 Véase el R. N. N.º 1730-2011 del 09 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores): “no ha podido identificar a los funcionarios de la Empresa Telefónica del Perú que se habrían puesto de acuerdo para defraudar a la entidad edil, ni tampoco, se ha indicado en qué habría consistido tal acto defraudatorio”.

345 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 118.

346 Véase el R. N. N.º 4159-2011 del 27 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

En otro caso se revocó una sentencia condenatoria por la falta de la individualización del “interesado” -a título de cómplice o partícipe- y se negó la posibilidad de anular el juicio debido a que los hechos se remontaban al año dos mil seis y porque dicha nulidad era incompatible con la vigencia del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable cuyo alcance se traslada a una investigación judicial a efectos de esclarecer y dar solución a las partes procesales sobre determinada controversia penal puesta a conocimiento de la autoridad competente³⁴⁷.

Sin embargo, en otro caso, la Corte Suprema confirmó una condena por colusión pese a que la entidad estatal pagó por concepto de prestación de servicios de asesoría jurídica una suma importante de dinero (v. gr., cuarenta y nueve mil diez nuevos soles), pese a que no se identificó al abogado que prestó los servicios -el DNI y la dirección no existen, ni consta su número de Colegiatura- y el cheque de pago fue cobrado por el funcionario imputado. Creemos, de que si no se logra identificar, aunque sea de manera indiciaria, al contratista o al beneficiado del contrato estatal no es posible hablar que se ha cometido el delito de colusión ilegal³⁴⁸. No se cumple con individualizar a uno de los intervinientes de un delito de participación necesaria.

119

Una de las consecuencias más importantes de la presunción de inocencia es determinar la titularidad de la carga de la prueba en el proceso penal. Si a una persona se la considera inocente y recibe el trato de inocente resulta lógico exigir que deba ser quien le imputa cargos y le atribuye la comisión de un delito (v. gr., Ministerio Público o el querellante particular) quien debe asumir el compromiso de acreditar su responsabilidad penal.

En la organización constitucional del proceso penal le corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal (art. 159.5), sea de oficio o a petición de parte, lo que arrastra la titularidad de la carga de la prueba como condición necesaria para dicho ejercicio. Como presupuesto del ejercicio de la acción penal el Ministerio público conduce desde su inicio la investigación

347 Véase el R. N. N.º 2929-2014 del 12 de agosto del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores): “en el presente caso los hechos datan del año dos mil tres a dos mil seis, y el proceso penal tuvo su inicio mediante auto apertorio de instrucción del veinte de marzo de dos mil nueve”.

348 Véase el R. N. N.º 379-2015 del 24 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función (art. 159.4). El artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal prescribe que “el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad”. El artículo 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público dispone que “sobre el Ministerio público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie”.

La titularidad de la carga de la prueba es compatible con el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal que requiere la facultad de investigar con objetividad, el acopiar la evidencia y de formular una imputación de manera clara y definida³⁴⁹. El ejercicio de la acción penal no es disponible ni es renunciable, salvo los casos expresamente previstos en la ley.

Como consecuencia del principio acusatorio le corresponde a un tercero (órgano independiente), distinto al juez, el plantear tanto la imputación de los cargos (formalización de la investigación preparatoria) como el postular de ser el caso la acusación por el cual se pide llevar a juicio a una persona y se le impone una determinada dosis de pena. En efecto, la actividad probatoria constitutiva del delito, en lo esencial, le corresponde a la parte acusadora, ámbito que no puede invadir el órgano jurisdiccional de revisión bajo el riesgo de pérdida de imparcialidad y desnaturalización del principio acusatorio³⁵⁰. El principio acusatorio constituye una garantía fundamental de la imparcialidad del órgano jurisdiccional, propio de un Estado democrático de derecho, siendo una de sus características esenciales la distribución de las funciones de acusación y decisión; por ello, la norma constitucional en el inciso cinco de su artículo ciento cincuenta y nueve atribuye como función al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, en concordancia con el artículo once del Decreto Legislativo número cero cincuenta y dos - Ley Orgánica del Ministerio Público; es decir, tiene función persecutora del delito, que consiste en buscar, analizar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad o

349 Cfr. ILLUMINATI, Giulio, *Presunzione di non colpevolezza*, en *Enciclopedia Giuridica*, p. 5.

350 Véase el R. N. N.º 3943-2011 del 06 de marzo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

irresponsabilidad penal de los imputados, y solicitar la aplicación de la pena pertinente, de ser el caso³⁵¹.

1.2. Sujeto pasivo

120

El sujeto pasivo en el delito de colusión es siempre el Estado y en concreto la entidad estatal que lleva a cargo el proceso de contratación en el que se realiza el acto de concertación³⁵².

El delito en la medida que supone la concertación defraudatoria de los intereses patrimoniales de la administración puede afectar a diversas entidades estatales³⁵³ v. gr., las municipalidades, a los Gobierno regionales³⁵⁴ o a

351 Véanse el R. N. N.º 1123-2014 del 14 de enero del 2016 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 800-2012 del 22 de enero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1033-2012 del 22 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 560-2011 del 25 de agosto del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1009-2010 del 29 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1641-2010 del 26 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 251-2010 del 19 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 4016-2009 del 13 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 2833-2009 del 19 de abril del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 3617-2008 del 10 de marzo del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), la Queja N.º 537-2012 del 01 de julio del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

352 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1103; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 37; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, p. 336; MARCA ROMERO, Elmer, "Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758", en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 28. En la jurisprudencia peruana, el R. N. 350-2005 de fecha 20 de julio del 2005, el R. N. 2832-2003 de fecha 10 de junio del 2004, el R. N. N.º 1621-2012 del 03 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

353 Cfr. BENAVIDES SCHILLER, Andrés, *El delito de fraude del funcionario público*, p. 168; RODRÍGUEZ DEVEZA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *derecho penal español (parte especial)*, p. 1196; MIR PUIG, Carlos, *los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 337; CATALAN SENDER, Jesús, *Los Delitos Cometidos por Autoridades y Funcionarios Públicos en el Nuevo Código penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, p. 309.

354 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 263.

la concreta dependencia estatal a nombre de quién se celebra y/o ejecuta el contrato o la operación económica. La ley alude como sujeto pasivo “al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley”.

La interpretación que se realice del sujeto pasivo debe ser sumamente amplia³⁵⁵ en la medida que los diversos sectores del Estado, los organismos constitucionales autónomos o las diversas dependencias públicas (universidades³⁵⁶, el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología³⁵⁷, el Instituto Nacional de Defensa Civil (INDECI)³⁵⁸, el Instituto Nacional de Becas y Crédito Educativo (INABEC)³⁵⁹, el Consejo Nacional de Camélidos Sudamericanos -CONACS-³⁶⁰, el Instituto Peruano de Seguridad social³⁶¹, el Instituto Nacional Penitenciario³⁶²), suscriben contratos y diversas operaciones económicas que comprometen de manera directa el patrimonio estatal y que, por tanto, pueden verse perjudicados en la disposición de sus intereses económicos patrimoniales³⁶³.

355 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la Administración pública*, p. 211; CATALAN SENDER, Jesús, *Los Delitos Cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 309; MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 337; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, p. 336.

356 Véase el R. N. N.º 548-2004 del 11 de enero del 2005.

357 Véase el R. N. N.º 605-2012 del 26 de junio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

358 Véase el R. N. N.º 636-2008 del 24 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

359 Véase el R. N. N.º 334-2009 del 16 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

360 Véase el R. N. N.º 1987-2010 del 17 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

361 Véase el R. N. 3017-2004 del 17 de marzo del 2005, el R. N. N.º 3473-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

362 Véase el R. N. N.º 2266- 2012 del 02 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

363 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español (PE)*, p. 1196.

Las empresas estatales también pueden ser sujeto pasivo del delito de colusión, tal como ocurre con Petroperú³⁶⁴, la empresa de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Municipal (v. gr., SEDAM Huancayo S.A.³⁶⁵, SEDAPAR S.A.³⁶⁶) la Empresa Municipal de Servicios Eléctricos-EMSEU-S.A.C.³⁶⁷.

121 La condición de sujeto pasivo no se limita a las entidades del poder ejecutivo, sino también a otros poderes del Estado³⁶⁸, a otros ámbitos de la administración pública³⁶⁹ (v. gr., órganos constitucionalmente autónomos)

364 Véase el R. N. N.º 1479-2012 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

365 Véase el R. N. N.º 840-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

366 Véase el R. N. N.º 1415-2011 del 04 de julio del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo): “la empresa SEDAPAR S.A., es una Entidad Prestadora de Servicios constituida con el propósito de brindar servicios de saneamiento que goza de autonomía administrativa, funcional y económica de acuerdo con la Ley General de Servicio de Saneamiento -número veintiséis mil trescientos treinta y ocho- y su reglamento -Decreto Supremo cero nueve -noventa y cinco -PRES-, actuando por tanto con personería jurídica independiente, dado que conforme a lo antes anotado, el hecho de que ésta preste servicios al Estado y tenga como entes reguladores al Ministerio de la Presidencia y de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS), no significa que sea parte de ellos o que conformen un mismo ente jurídico, sino que es una empresa distinta a la administración central que presta un servicio público; por lo tanto, las conductas que afectan su patrimonio, y su ordenamiento administrativo y funcional tienen a ellas como sujeto pasivo; en ese sentido, los hechos que son materia de imputación penal contra los encausados tienen como titulares estrictamente a funcionarios, servidores públicos y terceros supuestamente vinculados a éstos que habrían infringido la conducción administrativa y el patrimonio inherente a dicha entidad”.

367 Véase el R. N. N.º 1167-2010 del 24 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

368 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico*. PE; t. II, p. 1103; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano*, p. 263; SALINAS SICCHA, Ramiro, “Delitos contra la Administración pública”, p. 336; MARCA ROMERO, Elmer, Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima, N.º 26, agosto 2011, p. 28.

369 Véase el R. N. N.º 2266-2012 del 02 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

y a los gobiernos locales o regionales; todos los cuales forman parte de la estructura y organización estatal³⁷⁰.

Incluso, llega a abarcar a órganos tan disímiles y con actividades tan concretas como el Fondo de Vivienda Policial (Fovipol) a quien se lo consideró como ente público sobre la base de un: i) Informe de Contraloría General de la República; ii) el Decreto Supremo 091-DE- CCFAA del 02 de Diciembre de 1993 cuyo artículo 23 dispone que los programas de construcción de vivienda que financie Fovipol se sujetarán al requisito de licitación pública; de tal forma que todo perjuicio que se ocasione a este fondo, necesariamente origina detrimento de los fondos públicos³⁷¹. Se incorporan aquí también a la Unidad de Gestión Educativa Local³⁷², a una sociedad de beneficencia, etc.

La Jurisprudencia suprema entiende que el sujeto pasivo del delito es el Estado o el organismo público, en tanto tenga **autonomía jurídica**, tales como los Gobiernos Regionales, las municipalidades, las empresas públicas de economía mixta o las entidades que posean personería jurídica³⁷³; de tal forma que no se puede considerar como sujeto pasivo a un Hospital³⁷⁴, dado que pertenece al sector salud y no es un organismo con personería jurídica autónoma³⁷⁵, a COFOPRI (Organismo de Formalización de la Propiedad Informal)³⁷⁶.

370 Véase el R. N. N.º 1321-2013 del 29 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

371 Véase el Exp. 043-2001 del 05 de diciembre del 2005 en BARANDARIÁN DEMPWOLF, Roberto y NOLASCO VALENZUELA, José Antonio, *Jurisprudencia Penal generada en el Subsistema Anticorrupción*, Lima: Palestra, 2006, TI, p. 42.

372 Véase el R. N. N.º 1449-2010 del 09 de junio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Bonilla)

373 Un sector de la doctrina comparada no requiere que el ente público cuente con personería jurídica: CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 310.

374 Véase el R. N. N.º 2621-2013 del 23 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

375 Véase el R. N. 2624-2003 de fecha 19 de mayo del 2004 en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p.1344.

376 Véase el R. N. N.º 4031-2011 del 16 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria

Asimismo, ha señalado que constituye un error el consignar como agravado a la administración pública y al Estado cuando lo correcto es establecer a la concreta entidad agraviada como, por ejemplo, una municipalidad distrital³⁷⁷.

- 122 La condición de sujeto pasivo debe diferenciarse de la calidad de perjudicado o agraviado del delito³⁷⁸. El perjuicio por la comisión de un delito no se agota en el daño que se causa al sujeto pasivo.

2. Comportamiento típico

- 123 El tipo objetivo del delito de delito de colusión ilegal simple cuenta con un elemento estructural: la concertación de los funcionarios encargados de intervenir de cualquier forma en los contratos con los particulares (terceros).

2.1. *La concertación del funcionario público y los interesados como núcleo del injusto típico del delito de colusión*

- 124 El elemento central en el delito de colusión es que debe existir por imperativo legal (art. 384) una *concertación*³⁷⁹ entre los funcionarios públicos y los interesados en la suscripción de los contratos de bienes, de servicios, de obras, concesiones u otras operaciones.

Desde el punto de vista semántico la concertación es la *acción y efecto de concertar*. La ley vigente utiliza el verbo “concierta³⁸⁰” que no se encuentra registrado en el Diccionario de la Real Academia. Con todo, concertar en su

(ponente: Príncipe Trujillo).

377 Cfr. el R. N. N.º 168-2004 del 26 de noviembre del 2004.

378 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 38.

379 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal (parte especial)*, p. 973, ORTS BERENGUER, Enrique, *Comentarios al Código Penal de 1995*, t II, p. 1862; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la Administración pública*, p. 212. En la doctrina nacional: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 263; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 42.

380 Dicho verbo de manera expresa es utilizado por el artículo 1 de la Ley N.º publicada el 26 noviembre 2013. Los demás textos normativos anteriores no utilizan dicho verbo, sino que utilizan la palabra “concerta” (véase, el artículo único de la ley N.º 29758, publicada el 21 julio del 2011) “concertación” (véase, artículo 1 de la Ley N.º 29703, publicada el 10 junio del 2011) o “concertándose” (véase: el artículo 2 de la Ley N.º 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996 o la versión original del Código Penal).

significado gramatical se entiende como: “acordar el precio de algo” o “pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio”.

Creemos que desde el punto de vista jurídico penal debe aceptarse la noción amplia de concertar entendida como “pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio”³⁸¹ y no el significado de concertar limitado a “acordar el precio de algo”, dado que no es necesario para que haya concertación y, con ello, el delito de colusión ilegal que las partes se pongan de acuerdo o fijen el precio o valor (exacto o referencial) de un bien, servicio, obra o concesión. En efecto, puede concurrir el delito de colusión ilegal cuando las partes pactan el direccionamiento o favorecimiento en un contrato estatal, aún cuando no hayan concertado el precio o el valor de los bienes, servicios o las obras objeto de dicho contrato. La ley no exige un nivel de detalle tan riguroso como para que la colusión abarque el precio o el valor íntegro (o aproximado) del contrato estatal. En todo caso, lo que sí se exige es que haya acuerdo en alguno de los aspectos esenciales del contrato estatal, según la etapa de contratación en la que se encuentre v. gr., el acuerdo colusorio debe determinar, por los menos, la clase de bienes, servicios u obras materia del contrato estatal (criminalizado).

El delito de colusión no se comete si es que solo hay una referencia genérica a un contrato estatal y no se precisa, por lo menos, sus aspectos esenciales. Es necesario que se determine, por ejemplo, de si se trata de un contrato de obra, de servicios o de bienes. Una conversación informal sobre un futuro acuerdo colusorio, sin más referencia a un compromiso de entregar posteriormente un contrato estatal, no constituye más que un acto preparatorio (no punible) que carece de relevancia jurídica penal en lo que atañe al delito de colusión.

La concertación si bien puede ser realizada en un solo acto es posible que se configure a través de una pluralidad de actos o acciones de los funcionarios y los terceros interesados. El acuerdo ilegal puede ser un acto como también un conjunto de actos dirigidos a plasmar una decisión y sellar una concertación concusionaria³⁸².

381 Cfr. VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, “Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la Administración pública en materia de corrupción urbanística”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, p. 48.

382 Véase el R. N. N.º 3473-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

No se requiere para la configuración del tipo penal que se acredite que entre las partes que concertaron en perjuicio del Estado medió alguna contraprestación pecuniaria³⁸³.

125

El acuerdo colusorio para que se encuentre dentro de los alcances de la ley penal y realice la tipicidad del delito de colusión y merezca una sentencia condenatoria debe cumplir con determinados requisitos, entre los que se cuenta:

Debe tratarse de un acuerdo colusorio *real*, es decir, debe haber efectivamente ocurrido y estar referenciado en sus circunstancias —en la medida de lo posible— de modo, tiempo y lugar. Las sospechas de acuerdo colusorio, la presencia de algunos indicadores objetivos de dicha situación de ilegalidad merece ser esclarecidas en una investigación fiscal, pero para dictar una sentencia condenatoria ha de acreditarse la concertación ilegal, más allá de toda duda razonable, como un suceso que realmente ocurrió.

La concertación —o el concertar ilegalmente— a la que alude la ley es ante todo un hecho que describe la conducta de dos partes: por un lado, la conducta del funcionario público y, por otro lado, la conducta del contratista que como todo suceso del pasado descrito a través de una proposición fáctica debe acreditarse utilizando todos los medios probatorios permitidos por la ley procesal. De igual forma, como todo hecho descrito en una proposición lingüística debe tener unas coordenadas temporales o espaciales. La concertación no es un elemento indeterminado, a tempore, sin criterios precisos en cuanto al modo, tiempo y lugar, sino que requiere unas necesarias coordenadas espaciales y temporales. Dichas coordenadas son un requisito intrínseco que se extiende a todo suceso con relevancia jurídica y, en especial, con trascendencia jurídico-penal (v. gr., un homicidio, un robo, una violación deben tener un tiempo y espacio histórico en el que ocurrieron) y que se relaciona también con la vigencia y respeto del ejercicio de alguno de los derechos fundamentales y las garantías mínimas del debido proceso como es el derecho a ser informado de la imputación, el derecho a contradecir los cargos que forman parte del contenido esencial del derecho de defensa, ya que solo cuando se delimite la (probable) comisión de un delito en sus coordenadas de tiempo y espacio es posible que la persona imputada pueda defenderse y de esta manera puede presentar prueba de descargo.

383 Véase el R. N. N.º 1815-2009 del 23 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

De igual manera, el acuerdo colusorio debe ser un acuerdo **serio**, verosímil y de plausibilidad racional. El requisito de la seriedad de la concertación permite descartar los acuerdos extravagantes, de imposible realización, ya sea fáctica o jurídicamente, tal como ocurre, por ejemplo, cuando se concierta la venta de la Catedral de Lima, de Palacio de Gobierno, de la Plaza de Armas de Lima o, en general, se trata de un contrato estatal de imposible realización o ejecución.

Por último, debe tratarse de un acuerdo que posea un **objeto contractual definido o determinado** en sus aspectos esenciales y que recaiga sobre bienes, obras o servicios. En el caso de las concesiones su objeto también debe estar determinado³⁸⁴. El bien, el servicio u obra puede existir o tratarse de un bien, servicio u obra futura. Debe delimitarse en todo caso la clase de contrato v. gr., si se trata de un contrato de bienes o de servicios; asimismo debe precisarse el objeto del contrato en cuanto a su especie o género. No es necesario que se determine en el acuerdo colusorio la cantidad, el tiempo de realización o el precio del contrato.

El objeto contractual determinado tiene una especial importancia en caso el acuerdo colusorio se presente en la fase preparatoria del contrato estatal, en especial, cuando se efectúa el requerimiento del área usuaria de los bienes, servicios u obras y dichos términos han sido acordados por el funcionario y el (eventual) contratista. Se entiende que el objeto contractual ya se encuentra definido y delimitado en la fase de perfeccionamiento y de ejecución contractual.

En el marco de la normativa sobre contratación pública se emplean los términos “bien”, “servicio” u “obra” como categorías jurídicas genéricas, que representan una amplia gama de necesidades que normalmente las entidades del Estado persiguen satisfacer con la celebración de los contratos³⁸⁵.

Los bienes son objetos que requiere una entidad estatal para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones y fines³⁸⁶. Ejemplos de bienes que con frecuencia son requeridos en el Estado son los alimentos,

384 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1092.

385 Véase la Opinión N.º 009-2008/DTN del 11 de febrero del 2008.

386 Anexo de definiciones del Decreto Supremo 350-2015-EF que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

medicinas, equipos de cómputo, útiles de oficina, insumos, etc. El servicio es la actividad o labor que requiere una entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones y fines. Los servicios pueden clasificarse en servicios en general y la consultoría. La mención a consultoría se entiende que alude a consultoría en general y en consultoría de obras³⁸⁷. Los ejemplos de servicios son los servicios profesionales, de limpieza, de vigilancia, de consultorías, entre otros. Por su parte, se entiende por obra la construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos³⁸⁸. Para convocar la “ejecución de una obra” la entidad deberá determinar (i) si las actividades se ejecutarán sobre un inmueble, (ii) si lo que debe desarrollarse es alguna de las actividades establecidas en la definición de “obra”, y (iii) si para ello debe contar con dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos; debiendo considerar estos tres requisitos como concurrentes³⁸⁹.

El OSCE ha señalado que el “objeto perseguido por una entidad al celebrar un contrato no es que, en términos generales, se le “suministren bienes”, “presten servicios” o “ejecuten obras”. El objetivo buscado es que el contratista cumpla con determinada prestación concreta, vale decir, que, por ejemplo, se rehabilite determinada carretera, que se elabore determinado estudio definitivo, o que se preste el servicio de limpieza para el local institucional³⁹⁰”.

387 Anexo de definiciones del Decreto Supremo 350-2015-EF que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

388 Anexo de definiciones del Decreto Supremo 350-2015-EF que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

389 Véase la Opinión N.º 092-2015/DTN del 01 de junio del 2015: “el objeto de la contratación corresponderá a la ejecución de una obra cuando las actividades o trabajos requeridos puedan catalogarse como construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, los cuales requieren contar con dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos para su ejecución. En caso las actividades o trabajos no cumplan con las características señaladas en el párrafo anterior, el objeto de la contratación corresponderá a la prestación de un servicio”.

390 Véase la Opinión N.º 009-2008/DTN del 11 de febrero del 2008: “en los contratos del

De igual forma, ha precisado que “una de las características que define a un contrato, bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, es que el mismo tenga por objeto que la entidad se abastezca de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones y que, asimismo, deba realizar una erogación de fondos públicos en beneficio del contratista, como retribución por sus prestaciones³⁹¹”.

La eventual defraudación o el perjuicio, en la actual regulación del delito de colusión, por sí sola no basta para realizar el delito, pues no todo daño al patrimonio del Estado como consecuencia de la suscripción o cumplimiento de un contrato, obedece a un acuerdo colusorio o a una concertación ilegal entre las partes.

El perjuicio que puede sufrir una entidad del Estado por el no cumplimiento total o parcial de un contrato no solo deriva de la existencia de acuerdos colusorios, sino de múltiples factores como un deficiente requerimiento técnico del área usuaria, un inadecuado estudio de mercado, la no presentación de los mejores proveedores y agentes, la negligencia en buscar una mejor optimización y cuidado en la elección del mejor postor, tomar en cuenta el precio y no la calidad del producto (bien o servicio), las causas extraordinarias e imprevistas sobrevinientes al proceso de contratación.

El perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado posee una variada gama en cuanto a su etiología y causas. La concertación entre los interesados solo viene a ser una fuente concreta y determinada de otra categoría más amplia referida a *usar cualquier artificio*³⁹² en la defraudación que se puede generar al sistema de contratación y al patrimonio del Estado. La norma penal señala claramente que la defraudación de las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual

Estado su objeto está conformado por aquello para lo cual se celebró el contrato con el proveedor: suministrar determinado bien, prestar determinado servicio o ejecutar determinada obra, en los términos y condiciones definidas en las Bases del proceso de selección, que, conjuntamente con la oferta ganadora, conforman el contrato”.

391 Véase la Opinión N.º 162-2015/DTN del 16 de octubre del 2015: “en las contrataciones del Estado el pago al contratista es una de las características que determinan que una contratación se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado”, OPINIÓN N.º 073-2015/DTN del 13 de mayo del 2015.

392 Cfr. RODRÍGUEZ DEvesa, José María-Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho penal español (parte especial)*, p. 1196.

debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados³⁹³. De las posibles conductas y peligros que pueden perjudicar al patrimonio del Estado a la norma penal solo le interesa prohibir una conducta: *la concertación*. En tal virtud, la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada apta para provocar un perjuicio patrimonial (real o potencial) en el delito bajo estudio³⁹⁴; de tal manera que si la afectación de los intereses del Estado deriva de otras causas y no precisamente de la concertación podemos estar frente a la comisión de otro delito v. gr., peculado, estafa o frente a una infracción administrativa grave, pero no ante el delito de colusión ilegal.

Como elemento y núcleo del injusto del tipo penal se tiene a la concertación que implica que el funcionario público y el eventual particular, *extraneus*, se pongan de acuerdo, dentro del contexto de un concurso público, contrato u otro, para defraudar al Estado³⁹⁵. Por ello, es correcta la afirmación que **no hay delito de colusión sin concertación previa de los interesados**. En efec-

393 Véase el R. N. N.° 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 1969-2012 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 1904-2012 del 25 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 3611-2011 del 21 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 799-2011 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

394 Véase el R. N. N.° 1969-2012 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 1904-2012 del 25 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 2677-2012 del 15 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 2587-2011 del 23 de enero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 3611-2011 del 21 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 2640-2010 del 17 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 1698-2010 del 21 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

395 Véanse el R. N. N.° 597-2015 del 10 de febrero del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.° 1571-2014 del 08 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.° 1252-2014 del 01 de octubre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.° 1637-2013 del 07 de marzo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.° 2031-2012 del 02 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

to, la defraudación realizada por acto propio del sujeto activo sin nexo de concertación con el contratista no resulta típica de este delito³⁹⁶, tampoco lo es la sola concertación entre funcionarios vinculados que deciden defraudar y efectivamente vulneran los intereses del Estado, o aquella practicada con un funcionario o servidor que se halla al margen de dicho nexo funcional³⁹⁷.

En el delito de colusión no basta que se infrinja la regla de “la no concesión de una ventaja indebida a uno sobre otros, de modo que impida la mejor adquisición, obra o servicio para la Administración pública”³⁹⁸, pues la concesión de la ventaja indebida no siempre proviene de la concertación ilegal entre el funcionario y el contratista.

De igual modo, no siempre hay colusión cuando no se cumple con la exigencia de “la inclusión efectiva de los postores que correspondían desde la perspectiva jurídica y económica”³⁹⁹, dado que la exclusión de ciertos postores no quiere decir que sea consecuencia de una concertación ilegal.

Desde la perspectiva jurisprudencial, el término concertación implica elevar el precio de la contraprestación privada, aceptar bienes de menor calidad, omitir el cobro de penalidades, pactar y cobrar comisiones ilegales para la buena pro⁴⁰⁰.

El delito de colusión ilegal es un delito que refleja una **modalidad típica referenciada**⁴⁰¹ en la medida que solo se castiga una exclusiva conducta

127

396 Véanse el R. N. N.º 2929-2014 del 12 de agosto del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1397-2011 del 22 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 2798-2013 del 17 de marzo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 3589-2013 del 21 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

397 Véase el R. N. N.º 1267-2014 del 10 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 2798-2013 del 17 de marzo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

398 En sentido distinto el R. N. N.º 1930-2014 del 24 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

399 En sentido distinto el R. N. N.º 1930-2014 del 24 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

400 Véase el R. N. N.º 1687-2014 del 19 de diciembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

401 Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, Buenos Aires: B de F, 2005, 7ª ed., 9/31, p. 229.

comisiva como es la concertación entre los interesados (funcionarios y contratistas). Se trata un delito especial cuyo núcleo del injusto se define a través de la descripción típica de ciertas modalidades tasadas (o limitadas) de acción⁴⁰² y que en este caso se reflejan en la concertación entre funcionarios y los interesados.

Según entiende la doctrina la concertación del agente público implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en desmedro de los intereses estatales⁴⁰³. Requiere del encuentro de dos acciones voluntarias con el propósito de defraudar al Estado⁴⁰⁴, un ponerse de acuerdo⁴⁰⁵, concordar pareceres⁴⁰⁶, conjugar dos o más voluntades⁴⁰⁷, confluencia de intereses⁴⁰⁸

402 Véase, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, "Autoría y participación", en *Revista de Estudios de la Justicia* – N.º 10 – Año 2008, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 28 y 56.

403 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 210. Véase el R. N. N.º 2537-2010 del 28 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo), el R. N. N.º 2282-2009 del 22 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Biaggi Gómez).

404 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 43.

405 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comentarios al Código Penal*, p. 1162; Mir Puig, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 337; CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 310; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, "Fraudes y exacciones ilegales", en *Delitos contra la Administración pública*, p. 212; MORALES PRATS, Fermín-RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Comentarios a la parte especial del derecho Penal*, p. 1261; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Compendio de derecho penal español (parte especial)*, p. 837; CALDERÓN CEREZO, Ángel-CHOCLÁN MONTALVO, José, *Derecho Penal (parte especial)*, Barcelona: Bosch, 2ª ed., 2001, p. 529.

406 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de derecho penal español (parte especial)*, t. II, p. 419.

407 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comentarios al Código Penal*, p. 1162; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Compendio de derecho penal español (parte especial)*, p. 837; MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 337; MORALES PRATS, Fermín-RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, p. 1261.

408 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de derecho penal español (parte especial)*, t. II, p. 419.

realizar un pacto⁴⁰⁹ subrepticamente⁴¹⁰ y de manera previa con los interesados, situación que se produce antes que se firme el acuerdo, convenio o contrato final con el organismo o la empresa pública correspondiente o también puede que se produzca en la etapa de la ejecución. No es necesario que el acuerdo cumpla o tenga determinadas formalidades⁴¹¹.

El delito de colusión es un *delito de convergencia*⁴¹², de encuentro⁴¹³, plurisubsistente⁴¹⁴ y se trata de un precepto *incriminador de carácter pluripersonal*⁴¹⁵, ya que para su realización se requiere la existencia de más de dos voluntades: la de los funcionarios públicos y los terceros participantes⁴¹⁶.

El delito de colusión desleal es un delito de resultado y de convergencia, porque para su realización se requiere la existencia de dos voluntades: la del funcionario público competente y la del particular⁴¹⁷. El delito exige la pre-

409 Cfr. MORALES PRATS, Fermín-RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, p. 1261.

410 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 263. Destaca esta característica, el R. N. 740-2003 de fecha 04 de junio del 2004, en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, t II, p.1318.

411 Cfr. CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 310.

412 Al respecto, JESCHECK, Hans-WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal* (Trad. de Miguel Olmedo Cardenete), Granada, Comares, 2003, p. 751. En la doctrina nacional MARCA ROMERO, Elmer, "Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758", en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 27.

413 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 43; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1112; MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl, "El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión", en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 79, enero del 2016, p. 110.

414 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de derecho penal español (parte especial)*, t. II, p. 418.

415 Cfr. CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, p. 308.

416 Véase el R. N. N.º 4457-2009 del 01 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez).

417 Véase el R. N. N.º 2052-2012 del 03 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

sencia de por lo menos dos personas, una que actúa por el lado del Estado, como funcionario o servidor público y otra persona ajena a la administración pública, representada por el interesado⁴¹⁸.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “con relación al delito de colusión desleal, este es un ilícito penal bilateral que exige el concierto de voluntades entre el funcionario público y el particular que han de interactuar, por ejemplo en el contexto de licitaciones, de donde se infiere que tal especie delictiva no puede tener existencia real si faltan o no concurren esos actos conjuntos y voluntarios⁴¹⁹” y que “el hecho punible de colusión es un delito de participación necesaria -concretamente de encuentro -, que requiere de la intervención de un particular o extraneus⁴²⁰, esto es, exige que el agente público -intraneus- se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto -los interesados- que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración Pública -ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica⁴²¹. De igual manera: “el

418 Véase el R. N. N.º 2266-2012 del 02 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

419 Véase el R. N. N.º 730-2011 del 01 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 1-2010 del 13 de diciembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf), el R. N. N.º 4791-2009 del 09 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf), el R. N. N.º 3695-2009 del 04 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf), el R. N. N.º 1229-2009 del 08 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf), el R. N. N.º 1-2010 del 13 de diciembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf).

420 Véanse el R. N. N.º 611-2014 del 25 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla), el R. N. N.º 78-2013 del 09 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2714-2012 del 06 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2318-2012 del 02 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1565-2012 del 19 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2227-2012 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1556-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 2363-2010 del 29 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf), el R. N. N.º 1914-2010 del 11 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

421 Véanse el R. N. N.º 611-2014 del 25 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla), el R. N. N.º 78-2013 del 09 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2714-2012 del 06 de

delito de colusión ilegal constituye un tipo penal de intervención necesaria en la modalidad de delito de encuentro por la participación de un tercero interesado en la contratación⁴²². Como delito de encuentro supone la intervención del funcionario público y la del que se concierta con él: el tercero que se presenta como partícipe necesario⁴²³. En efecto, el delito requiere para su materialización la concurrencia del funcionario o servidor público y del tercero interesado, cada uno con sus propios intereses, siendo así, podemos deducir que se trata de un delito de encuentro que demanda la concurrencia de ambos sujetos⁴²⁴.

El concertar con los interesados puede entenderse como que dos o más personas pactan realizar un acto antijurídico dirigido a lesionar o poner en peligro un bien jurídico, cuya particularidad radica, en que solo el funcionario o servidor público puede vulnerar los deberes inherentes a su cargo. Aquí estamos ante un delito plurisubjetivo, por lo que se requiere de la participación de ambos sujetos –funcionario e interesado–, en donde el interesado o licitante presenta precios sobrevaluados de un producto determinado y, a su vez, dichos precios son aprobados al momento de ser evaluados por el funcionario encargado de conducir la licitación⁴²⁵.

La jurisprudencia peruana en pronunciamientos reiterados ha señalado la necesidad que el **acuerdo sea clandestino** entre dos o más partes⁴²⁶ y, ade-

129

noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1565-2012 del 19 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2227-2012 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1914-2010 del 11 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

422 Véase el R. N. N.º 1318-2012 del 29 de agosto del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo), el R. N. N.º 1819-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 2282-2009 del 22 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Biaggi Gómez).

423 Véase el R. N. N.º 1558-2010 del 06 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2282-2009 del 22 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Biaggi Gómez).

424 Véase el R. N. N.º 2282-2009 del 22 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez).

425 Véase el R. N. N.º 2182-2014 del 16 de abril del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

426 Véase el R. N. 027-2004 del 01 de octubre del 2004 en ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos –

más, que no sea permitido por la ley⁴²⁷. De manera sintética se reitera que la colusión consiste en: “el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito⁴²⁸”. Pese a lo correcto de la aseveración se ha de observar que la clandestinidad del acuerdo solo se produce respecto a terceros, o respecto a la entidad estatal, pero no necesariamente abarca el proceder de quienes concertan.

La clandestinidad no es un elemento del tipo penal, sino una forma ordinaria y frecuente respecto a cómo se presenta y comete el delito.

La Corte Suprema ha señalado que el delito de colusión exige como presupuesto para su comisión la “concertación”, que consiste en ponerse

ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, p. 291. También el Exp. 20-2003 del 18 de octubre del 2005 en BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto-NOLASCO VALENZUELA, José Antonio, *Jurisprudencia Penal generada en el Subsistema Anticorrupción*, t. I, p. 43, el R. N. 3611-2002 del 16 de mayo del 2003 en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *Jurisprudencia Penal*, p. 634.

427 Véase el Exp. 20-2003 del 18 de octubre del 2005 en BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto-NOLASCO VALENZUELA, José Antonio, *Jurisprudencia Penal generada en el Subsistema Anticorrupción*, t. I, p. 43.

428 Véase el R. N. N.º 2683-2014 del 21 de enero del 2015 de la Sala Penal Permanente (Voto singular: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 3335-2013 del 08 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1076-2013 del 02 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 265-2013 del 25 de junio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 2912-2012 del 19 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 920-2012 del 03 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 3575-2011 del 25 de octubre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1292-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 339-2011 del 27 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 237-2010 del 05 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 209-2012 del 15 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 2421-2011 del 24 de enero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 3273-2010 del 19 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 702-2009 del 12 de mayo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo), el R. N. N.º 3709-2010 del 08 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo), el R. N. N.º 3231-2011 del 25 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 3299-2010 del 08 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el Rev. Sent. N.º 164-2011 del 25 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

de acuerdo subrepticamente con los interesados, situación que la ley no permite, a fin de beneficiarse a sí mismo o a los intereses privados”⁴²⁹, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la administración pública⁴³⁰. Asimismo, sostiene que “resulta un elemento esencial del tipo penal la concertación ilícita y penalmente relevante -debido a su contenido defraudatorio- entre el funcionario público competente y el tercero beneficiario, así como el perjuicio causado”⁴³¹.

La concertación con los interesados -particulares- implica ponerse de acuerdo de modo subrepticio y confabulatorio, contrariamente a lo permitido por la ley; situación en la cual el agente contraviene la defensa de los intereses públicos que le están encomendados y de los principios que deben regir su actuación administrativa⁴³². La concertación debe ser de manera tal que las condiciones de contratación se establezcan deliberadamente para beneficiar a particulares en detrimento del Estado -cabe precisar que la mala negociación realizada por un funcionario público no podrá configurarse como colusión desleal, sino como una infracción administrativa sancionada en ese ámbito-⁴³³⁴³⁴.

429 Véanse el R. N. N.º 2714-2012 del 06 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2270-2011 del 07 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), R. N. N.º 1105-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

430 Véase el R. N. N.º 1105-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana). También, el R. N. N.º 2270-2011 del 07 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

431 Véase el R. N. N.º 4077-2010 del 11 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

432 Véase el R. N. N.º 300-2014 del 21 de mayo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1288-2012 del 12 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

433 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1103; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 47; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 413; MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima, N.º 26, agosto 2011, p. 30.

434 Véase el R. N. N.º 1847-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 2052-2012 del 03 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

La concertación ilegal en el marco de un contrato estatal se caracteriza por fijar intencionalmente condiciones de contratación para beneficiar al proveedor en detrimento de los intereses de la entidad estatal⁴³⁵. La concertación equivale al acuerdo entre el funcionario o servidor público y el interesado, es decir, a una conjunción de voluntades o pacto —ha de ser un acuerdo idóneo para perjudicar el patrimonio del Estado— y que “el acuerdo ha de ser ilegal y no justificado por el derecho, esto es, oculto o clandestino: no conocido más allá de quienes intervienen en el acuerdo, especialmente fuera del conocimiento y alcance de los órganos vinculados al sistema de control —no necesariamente ha de haber manipulaciones o maniobras engañosas—”⁴³⁶.

Esta concertación es en principio lícita, pues esa es precisamente la función del funcionario: debe iniciar tratativas y llegar a acuerdos con los privados contratantes. Pero al hacerlo debe defender los intereses de la Administración pública. Por eso, para ser indebida y penalmente relevante, esta colusión debe contener el elemento de fraude⁴³⁷. La concertación implica ponerse de acuerdo a los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informan la actuación administrativa⁴³⁸. La concertación exige la concurrencia del funcionario

435 Véase el R. N. N.º 1536-2011 del 24 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo).

436 Véanse el R. N. N.º 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 2118-2010 del 16 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

437 Véase el R. N. N.º 1114-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

438 Véanse el R. N. N.º 2638-2014 del 21 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 1687-2014 del 109 de diciembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 1345-2014 del 22 de julio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 300-2014 del 21 de mayo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 221-2013 del 04 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 3231-2012 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 3093-2012 del 12 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1479-2012 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1463-2012 del 13 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 1804-2012 del 09 de mayo del

o servidor público y del tercero interesado -delito de encuentro-, lo que hace posible la existencia de un acuerdo subrepticio entre ambos actores (pactos ilícitos, componendas o arreglos), en perjuicio de los intereses estatales, los cuales se pueden presentar en cualquier fase de la negociación⁴³⁹.

La Corte Suprema ha entendido que el delito de colusión ilegal “exige que el funcionario o servidor público a cargo de las adquisiciones, concerte con las empresas proveedoras, con la finalidad de favorecerlas indebidamente con el otorgamiento irregular de tratos de provisión, en detrimento del patrimonio estatal⁴⁴⁰”. De igual forma: “el delito en mención por su propia naturaleza per-

2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rozas Escalante), el R. N. N.º 167-2012 del 17 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente (Voto Discordante de los Señores Jueces Supremos Barrios Alvarado, Tello Gilardi y Neyra Flores), el R. N. N.º 570-2012 del 19 de junio del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rozas Escalante), el R. N. N.º 215-2011 del 06 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2891-2011 del 19 de diciembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3321-2011 del 19 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3804-2011 del 14 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 625-2011 del 29 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2497-2011 del 09 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3370-2010 del 19 de octubre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3108-2010 del 24 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1830-2010 del 19 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2118-2010 del 16 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 1236-2010 del 13 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 840-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 4563-2009 del 23 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3887-2009 del 21 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3914-2009 del 28 de octubre del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3946-2007 del 14 de agosto del 2008 dictada por la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Calderón Castillo), el R. N. N.º 1296-2007 del 12 de diciembre del 2007 dictada por la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Calderón Castillo), el R. N. N.º 5080-2007 del 01 de julio del 2008 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Calderón Castillo).

439 Véase el R. N. N.º 1034-2011 del 28 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

440 Véase el R. N. 1016-2004 de fecha 14 de febrero del 2005.

mite la lógica negociación y trato cercano entre el particular y el funcionario o servidor público que representa el Estado en las operaciones comerciales, no obstante ello, lo cuestionable es el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso entre ambas partes para obtener un provecho en perjuicio del Estado⁴⁴¹”.

Asimismo, ha destacado que “el delito de colusión simple exige la concurrencia de dos elementos típicos: a) La concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y b) el peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. En ese sentido, la modalidad simple del delito de colusión constituye un delito de peligro potencial (sic), pues exige una aptitud lesiva de la conducta, según se deduce de la expresión típica “para defraudar”. Por eso es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o de idoneidad 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 conducta⁴⁴²” (las negritas son de la sentencia).

También se ha resaltado que “el tipo legal de colusión requiere de la existencia de un concierto ilícito con clara perspectiva defraudatoria al interés patrimonial y/o funcional económica de la Administración en sus actividades de servicio público o comunitario. El concierto exige la presencia de un agente público que vulnere sus deberes concretos para los que es competente y de

441 Véanse el R. N. N.º 3225-2014 del 09 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1397- 2014 del 08 de julio del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 228-2013 del 18 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 118-2013 del 22 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1829-2012 del 24 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 2264-2011 del 07 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 3008-2010 del 22 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 3348-2011 del 13 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 154-2011 del 26 de enero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 2514-2011 del 05 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1167-2010 del 24 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 3063-2009 del 13 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 4791-2009 del 09 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf), el R. N. N.º 668-2009 del 15 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

442 Véase el R. N. N.º 341-2015 del 04 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

un interesado —generalmente particular o privado- con el que se acuerde condiciones contractuales desventajosas para la Administración pública”⁴⁴³.

La concertación es el elemento objetivo esencial y determinante del delito de colusión. El perjuicio patrimonial que no deriva de la concertación entre los funcionarios y el contratista carece de relevancia penal para el injusto en comentario. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que es: “insuficiente la comprobación del perjuicio de contenido económico -plasmado en la pericia contable de fojas ciento ochenta y dos-, que, no es el único elemento constitutivo del delito de colusión, sino esencialmente la exigencia se encuentra dada por la constatación de un acuerdo colusorio o concertación *inter partes* orientada a la defraudación sobre los intereses del Estado, lo que no se ha constatado en el caso de autos”⁴⁴⁴.

La concertación puede dar lugar a más de un pacto ilícito o puede estar compuesta de una serie de prestaciones y contraprestaciones⁴⁴⁵. Supone la privatización de la función pública que lejos de representar los intereses del Estado beneficia a los funcionarios y a terceros⁴⁴⁶.

La doctrina penal distingue la concertación de la mera propuesta⁴⁴⁷, la simple solicitud⁴⁴⁸ o el ofrecimiento que realiza ya sea el particular o el fun-

130

443 Véase el R. N. N.º 3943-2011 del 06 de marzo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

444 Véase el R. N. N.º 2300-2012 del 12 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

445 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 414.

446 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 263. También: el R. N. N.º 2714-2012 del 06 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2363-2010 del 29 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf), el R. N. N.º 1914-2010 del 11 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

447 Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Compendio de Derecho penal español (parte especial)*, p. 837.

448 Cfr. VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, “Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la Administración pública en materia de corrupción urbanística”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, p. 48; CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 320; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la Administración pública*, p. 212; MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo*

cionario público, pues la propuesta todavía no importa el acuerdo o la acción de concertar. Incluso, la aceptación de la propuesta no implica que haya colusión o concertación para defraudar al Estado si es que, por ejemplo, ella no es definitiva ni concluyente.

La concertación no solo debe existir como hipótesis de trabajo fiscal o judicial, sino que debe probarse de manera adecuada y plena, más aún cuando constituye un elemento del tipo objetivo que debe ser objeto de **acreditación minuciosa**⁴⁴⁹ a través de medios de prueba lícitos, incorporados válidamente al proceso, respetando el principio de legalidad y la presunción de inocencia. Es incompatible con los principios constitucionales imputar o acusar a una persona por colusión ilegal y no acreditar el principal elemento integrante de la tipicidad objetiva del delito: la concertación.

2.2. La concertación: el acuerdo de las dos partes. Exclusión de los actos unilaterales

131

La colusión que castiga la ley no se limita a la sola producción del perjuicio, sino que requiere un acuerdo de voluntades o de la concertación del funcionario con los interesados. Por tanto, no resulta punible por el delito de colusión ilegal los actos unilaterales que realiza un funcionario en favor de un tercero (contratista) y que no son producto de un acuerdo ilegal y del concierto de voluntades⁴⁵⁰.

No es punible por esta infracción el fraude que realiza por su cuenta o iniciativa el funcionario que interviene en los contratos estatales⁴⁵¹ cuando, por ejemplo, dicho funcionario quiere que el Estado salga perjudicado al no habersele, por ejemplo, reconocido sus méritos, otorgándole un ascenso esperado, de tal modo que actúa por venganza; o cuando quiere beneficiar sin

Código Penal, p. 337.

449 Por todos, MARINUCCI, Giorgio – DOLCINI, Emilio, *Manuale di diritto penale* (parte general), Milano: Giuffrè, 2004, p. 17; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, "Fraudes y exacciones ilegales", en *Delitos contra la Administración pública*, p. 212.

450 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1114; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, pp. 50 y 118; BENDEZÚ BARNUEVO, Rocci, *Análisis típico del delito de colusión y su tratamiento jurisprudencial*, en *Revista de Investigación Jurídica*, 2011, p. 10.

451 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 264.

más a una de las empresas participantes. Si la empresa o los interesados no se coluden, sino que el interesado actúa por iniciativa y cuenta propia o por acción de otros, distintos a los propios interesados que ignoran tal proceder no es posible configurar el delito de colusión ilegal.

En sentido contrario, si los interesados, o las empresas participantes, en un determinado contrato con el Estado –sin que haya concertación con los funcionarios– defraudan a éste, por ejemplo, vendiéndole productos con fallas estructurales, bienes cuya fecha de vencimiento para su comercialización ya ha caducado pero cuyas etiquetas se cambian, o entregan bienes de inferior calidad a lo pactado; cometerán el delito de estafa, pero no el delito de colusión ilegal.

La concertación es un requisito típico que involucra tanto a los funcionarios como a los interesados y no solo a una de las partes; de tal manera que cuando solo hay la concertación, por ejemplo, entre los funcionarios⁴⁵² pero en ella no participan los interesados (terceros) o a la inversa: los diversos interesados *concertan* pero no con los funcionarios, tampoco se configura el delito de colusión ilegal⁴⁵³.

132

En el delito de colusión ilegal lo que se castiga es la **concertación entre los funcionarios y los interesados**; de tal manera que cuando falta este requisito se impone la atipicidad de la conducta y la absolución de los cargos.

Sin embargo, en el derecho comparado algunas legislaciones como la española evitan esta laguna de punibilidad y castigan el concierto para defraudar que se produce entre los propios funcionarios públicos –aún sin participación de los terceros interesados⁴⁵⁴– incorporando dicha conducta en la previsión normativa referida a cualquier “artificio para defraudar”⁴⁵⁵.

452 De manera distinta por la peculiar redacción del C.P. español, CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 311.

453 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 413; CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 309.

454 Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Compendio de derecho penal español (parte especial)*, p. 836; MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, p. 1261.

455 Cfr. CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 302.

El acuerdo colusorio debe producirse antes de la culminación del contrato estatal, esto es, durante la fase de tramitación, celebración y ejecución; de tal manera que si se produce la “concertación”, una vez concluido éste, ya sea por la entrega de la obra o porque ya ha terminado la correspondiente liquidación o ajuste, el delito no se habrá cometido⁴⁵⁶.

2.3. La forma de la concertación

133

La modalidad o forma que adquiera la concertación en el caso concreto no interesa. Puede realizarse de forma verbal⁴⁵⁷, sin que se plasme en algún documento como es posible que se registre por escrito. Puede efectuarse de manera secreta, mantenerse de manera reservada o, incluso, ser muy conocida dentro de la entidad estatal o en el circuito económico (actividad) en la que se mueve los terceros interesados.

Por respeto al principio acusatorio y el derecho de defensa debe individualizarse de manera acabada, completa y minuciosa la modalidad comisiva o la forma cómo aconteció la concertación ilegal. Constituye una imputación absolutamente deficiente, vaga y genérica el afirmar que existe acuerdo ilegal, pero sin que se precise el cómo, cuando y dónde o la forma que revistió dicho acuerdo. Concertar es un verbo transitivo que requiere una delimitación precisa y acabada por parte del titular de la acción penal y representa un elemento esencial e indispensable del *factum* que forma parte de la imputación jurídico penal de base constitucional⁴⁵⁸. La carga fáctica por la que se imputa la comisión de un delito debe ser clara y precisa, puesto que la responsabilidad

456 Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso – GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS Arturo, *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el Código Penal del 2000*, p. 321; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 404. En la doctrina peruana, REVILLA LLAZA, Percy Enrique, “El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 90, diciembre 2016, p. 163.

457 CARRIÓN DÍAZ, Juan-CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 32. Véase el R. N. N.º 2800-2004 del 30 de enero del 2005.

458 Sobre la importancia de la imputación en clave constitucional y vinculada al derecho (humano) a ser informado de la imputación, Véase, CASTILLO ALVA, José Luis, “El derecho a ser informado de la imputación”, en *Anuario de derecho penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Director: José Hurtado Pozo), Lima: 2008, pp. 190, 212 y ss.

penal del agente se limita a dicha imputación⁴⁵⁹, los cargos deben estar debidamente precisados⁴⁶⁰. A todos los miembros del Ministerio Público también les es obligatorio cumplir con lo previsto en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución que institucionaliza la fundamentación y motivación en toda clase de dictámenes fiscales⁴⁶¹.

La jurisprudencia peruana, de la mano de la doctrina ha señalado que la acusación “es el medio procesal mediante el cual se informa a una persona, imputado, que como resultado de una investigación, se tiene suficiente evidencia para considerarlo posible responsable de un hecho punible, y que se solicitará a un juez (o un jurado) que así lo declare”⁴⁶².

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “la acusación debe tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados, tanto más cuando se trata de delitos de infracción de deber, donde las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es confiada. Tales presupuestos son de estricto cumplimiento para la emisión de una sentencia válida; de lo contrario, incurre en causal de nulidad al reflejar una motivación aparente⁴⁶³”. De igual modo sostiene: “la acusación fiscal debe contener una imputación precisa y clara respecto al hecho punible debido a su relevancia procesal en la calificación jurídica del delito y el objeto del debate, que deben ser de conocimiento del imputado para que pueda defenderse -principio de contradicción- y dé lugar a un juicio equitativo”⁴⁶⁴.

459 Véase el R. N. N.º 2620-2013 del 24 de julio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

460 Véase el R. N. N.º 2118-2010 del 16 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

461 Véase el R. N. N.º 3587-2009 del 10 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo): “la prevalencia de la Carta magna sobre toda norma legal obliga a los Fiscales cumplir con lo regulado en el artículo doscientos veinticinco del Código de Procedimientos Penales y con lo previsto en el inciso cuarto del artículo noventa y dos de la Ley Orgánica del Ministerio Público, cuando presenten acusaciones en el ejercicio de sus funciones”.

462 Véase el R. N. N.º 2118-2010 del 16 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

463 Véase el R. N. N.º 2271-2013 del 28 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

464 Véase el R. N. N.º 3587-2009 del 10 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria

134

La concertación como forma comisiva del delito de colusión puede ser **directa** o a través de **persona interpuesta**. La concertación es directa cuando el acuerdo al que arriban las partes se produce sin la intermediación de una tercera persona. Aquí los funcionarios acuerdan con los terceros las condiciones del contrato, el direccionamiento del mismo o determinada condición en la ejecución del contrato. En la colusión por persona interpuesta el acuerdo ilegal entre los funcionarios y el contratista se lleva a cabo a través de otras personas que facilitan, promueven, concretan o logran la concertación⁴⁶⁵. Aquí la relación entre el funcionario público y el contratista no es directa o inmediata, sino que por diversas razones (v. gr., seguridad, confianza, comodidad, etc.) el acuerdo se produce y fija a través de terceros los que se desempeñan como intermediarios en la concreción y cierre de la concertación⁴⁶⁶. Los terceros pueden ser particulares, trabajadores de la empresa contratista, personas encargadas de hacer loby o también puede tratarse de funcionarios públicos⁴⁶⁷, etc.

La Fiscalía en la determinación del objeto de la imputación debe ser cuidadosa al momento de individualizar la forma y modalidad de la colusión, pues de la forma como presente los hechos al momento de la formalización de la investigación preparatoria o en la acusación dependerá el planteamiento del caso y la discusión, debate y contradictorio, sea en el proceso penal o en el juicio oral. No es lo mismo plantear como imputación, por ejemplo, una colusión directa e inmediata que una colusión por persona interpuesta, toda vez que en el primer caso se tendrá que probar por parte del Ministerio Pú-

(ponente: Santa María Morillo): “es imperativo que se devuelvan los autos al Fiscal Superior para que se pronuncie cumplidamente acerca de la acción u omisión punible, individualizando la conducta atribuida a cada uno de los imputados y realizando una imputación precisa definida y debidamente calificada, debido a que esa falta de imputación precisa, definida y debidamente calificada conllevó a que se incurra en irregularidades insalvables como haberse omitido considerar en la requisitoria oral algunos delitos -concusión, abuso de autoridad, cohecho activo, falsificación de documentos públicos, falsedad ideológica, incumplimiento de actos funcionales y negociación incompatible con el cargo-”.

465 Véase el R. N. N.º 3486-2013 del 20 de agosto del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

466 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 44.

467 Véase el R. N. N.º 1092-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo) quien alude al caso de la concertación entre un alcalde y la intermediación de un comandante del Ejército por parte de la empresa contratista.

blico que hubo un acuerdo directo entre el funcionario y el contratista (v.gr. mediante reuniones, llamadas de teléfono), mientras que en el segundo caso se deberá probar que la concertación se produjo y realizó a través de terceros que ayudaron a facilitar o sellar el acuerdo.

El acuerdo o la concertación como aspecto nuclear del injusto típico del delito de colusión supone cumplir –en una línea analítica y en su acreditación a nivel del proceso penal– con algunos elementos mínimos, sobre todo cuando se trata de una *colusión directa*, como, por ejemplo:

135

- Se ha de individualizar e identificar a las partes que realizan y son actores del acuerdo colusorio. Si es que no hay individualización de los posibles agentes del delito no puede prosperar una imputación constitucionalmente válida por el delito de colusión⁴⁶⁸. La individualización de los protagonistas de la colusión es un presupuesto indispensable para el ejercicio de la acción penal y el procesamiento penal de una persona.
- Debe haber un mínimo contacto⁴⁶⁹, vinculación⁴⁷⁰, interacción⁴⁷¹,

468 Véase el R. N. N.º 3943-2011 del 06 de marzo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro): “de suerte que no es posible condenar a una persona de cómplice primario de un delito de encuentro, como es el de colusión, si no se ha definido, por lo menos, en línea indiciaria o probabilística -aunque no se les haya procesado previamente- a los agentes públicos que puedan ser calificados de autores y con los cuales tuvo lugar el concierto defraudatorio. No se ha individualizado al agente público u oficial que presuntamente consolidó una concertación defraudatoria con un interesado, y tampoco -por lo anterior– puede colegirse que las irregularidades del proceso de contratación a la empresa del imputado lo conviertan en concusionario”. Luego señala “Ningún funcionario individualizado, más allá de la referencia a quienes firmaron el cheque —el Alcalde y la Tesorera, a quienes ni siquiera se les interrogó sobre el particular—, ha sido aludido o insinuado como partícipe directo en la contratación”.

469 Véase el R. N. N.º 102-2013 del 06 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 200-2009 del 09 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

470 Véase el R. N. N.º 3362-2009 del 12 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado) quien resaltó que el titular de la carga de la prueba: “no demostró la existencia de vinculación directa alguna entre los encausados Hans Humberto Chacón Cavero y Luis Alberto Obeso Bejarano”.

471 Véase el R. N. N.º 672-2013 del 04 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

coordinaciones⁴⁷², reuniones⁴⁷³ o una relación previa⁴⁷⁴ (v. gr., amistad⁴⁷⁵, trato social, compañero de promoción⁴⁷⁶, reunión de trabajo⁴⁷⁷,

472 Véase el R. N. N.º 265-2013 del 25 de junio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

473 Véanse el R. N. N.º 3372-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo) la contratista reconoce “haberse reunido en diversas oportunidades con Carlos Hadrián Hilfreich Carrión; además afirmó que el citado procesado se presentó muchas veces en su oficina con documentos que necesitaba firmar; delación que lo vincula de manera directa con el delito incriminado”. En el R. N. N.º 3362-2009 del 12 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado) resalta que el titular de la carga de la prueba: “no se probó que ambos encausados hayan participado en alguna reunión previa, durante o después a la adquisición del material radiológico”.

474 Véase el R. N. N.º 2949-2014 del 07 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro): “es de resaltar que existía una relación previa del Alcalde con el padre del ganador de la buena pro”, el R. N. N.º 799-2011 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana): “habiéndose acreditado la relación amical entre los encausados Córdova Zavala y Vásquez Avalos conforme sus propias declaraciones, en las que afirmaron conocerse desde mil novecientos ochenta y ocho, debiéndose precisar que la concertación entre ambos queda develada”.

Se valora como contraindicio el hecho de que el funcionario no se conozca con el contratista el R. N. N.º 2683-2014 del 21 de enero del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro): “Ñañez López -miembro de Comité de Adjudicaciones- en su declaración plenaria de fojas cinco mil novecientos dieciocho, afirma la regularidad del proceso y que se convocó a tres postores, así como que no conocía al acusado Acuña Peralta, como aparece de la confrontación plenaria de fojas cinco mil novecientos veintidós”.

475 Véase el R. N. N.º 2217-2012 del 16 de octubre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1969-2012 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1847-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 799-2011 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 636-2008 del 24 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

476 Véase el R. N. N.º 1325-2013 del 21 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

477 Véase el R. N. N.º 1347-2014 del 07 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

vínculo familiar⁴⁷⁸: sobrino⁴⁷⁹, se comparte un domicilio⁴⁸⁰), un conocimiento previo que se entiende anterior a la concertación, entre los actores del delito: funcionario y contratista⁴⁸¹. La Corte Suprema ha señalado que “el *thema probandum* de este ilícito penal exige determinar si, en el contexto de una contratación pública, existen vinculaciones previas de los funcionarios intervinientes con representantes de la beneficiada, a partir de una secuela de acciones que denoten una orientación de los funcionarios a brindar un tratamiento preferencial, de ventaja o de favorecimiento a la empresa elegida, en desmedro de otras”⁴⁸² o que “para alcanzar el referido acuerdo, ambas partes, el funcionario desleal y el particular interesado, debe-

478 Véase el R. N. N.º 2912-2012 del 19 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 2227-2012 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 3108-2010 del 24 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1-2010 del 13 de diciembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf), el R. N. N.º 1987-2010 del 17 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

479 Véase el R. N. N.º 1987-2010 del 17 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

480 Véase el R. N. N.º 1847-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

481 Véase el R. N. N.º 2543-2013 del 12 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo): “estos no se conocían y no se acreditó que se hubieran reunido para tratar temas respecto a las adquisiciones de materiales”, el R. N. N.º 154-2011 del 26 de enero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo) que absuelve a los involucrados en un proceso penal por el delito de colusión debido a que una de las partes (v. gr., contratista) señala no conocer de modo alguno al funcionario, el R. N. N.º 1114-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana): “no se tuvo en cuenta que el encausado y el contratista responsable de la elaboración del software no se conocían, como así lo mencionó Ramírez Vicencio en juicio oral”, el R. N. N.º 1556-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein): “no se encuentra acreditado que haya concertado con funcionario público, resultando ilustrativo al respecto lo vertido por el procesado Luís Diliberto Lissa Campodónico en el acto del juicio oral, al señalar no haber conocido al procesado Vidal Sáenz Flores”.

482 Véase el R. N. N.º 1466-2012 del 25 de octubre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

rán interactuar entre sí, articulando una relación intersubjetiva de intereses personales para poder delimitar el contenido del acuerdo defraudatorio⁴⁸³.

Con ello, se pretende destacar que todo acuerdo implica que haya un contacto entre las partes, o por lo menos comunicación⁴⁸⁴, lo que descarta el acuerdo o la concertación anónima. La Corte Suprema en algunas ocasiones exige que se pruebe la existencia de un vínculo entre los funcionarios y el contratista⁴⁸⁵; de tal manera se desecha la colusión si el supuesto cómplice primario “no conocía antes de la firma del contrato a sus coencausados Torres Vega y Moschella Vásquez, de lo que se descarta, por ende, que haya existido concierto alguno”⁴⁸⁶. De igual manera, la Corte Suprema ha señalado, tomando en cuenta a la doctrina penal peruana, que “un indicio de la comisión de dicho delito es que existen contactos extraoficiales entre el funcionario público y el tercero interesado”⁴⁸⁷.

483 Véase el R. N. N.º 672-2013 del 04 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

484 Véase el R. N. N.º 2543-2013 del 12 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

485 Véase el R. N. N.º 2368-2011 del 09 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

486 Véase el R. N. N.º 3764-2012 del 10 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo): “indicaron que antes de la firma del contrato de licitación, materia de investigación, no se conocían, que solamente se reunieron por diez minutos para la firma del referido contrato; asimismo, el encausado José Eduardo Torres Vega (Técnico del SCOME) señaló no haber conocido a su coencausado Yaacov Nissim; de lo que se desprende que no se ha logrado establecer, de manera objetiva, que los mencionados encausados se conocían antes de la firma del contrato del proceso de licitación en cuestión; con lo expuesto, se advierte que no se ha probado el supuesto acuerdo secreto y engañoso de parte de los citados encausados”, el R. N. N.º 1321-2013 del 29 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo): “como lo señaló Cleto Marcilino Quispe Anco (folios dos mil setecientos setenta y tres a dos mil seiscientos setenta y seis) no conocía a Torres Manrique ni a Rivera Torres, al igual que a otros contratistas”.

487 Véase el R. N. N.º 1819-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 4039-2013 del 05 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

Ahora bien, no toda conversación o tratativa previa entre un funcionario o un particular puede estimarse como un indicio propio y afín a la colusión⁴⁸⁸.

- Debe haber y probarse un trato y acuerdo entre los actores que los lleva a asumir la realización del delito de colusión ilegal. Dicho trato se refleja y acredita, por ejemplo, en posibles llamadas telefónicas⁴⁸⁹, reuniones, envío o recepción de mails, wasap, chats, video conferencia, etc.

La exigencia de trato entre el funcionario y el contratista no requiere que sea frecuente, regular o permanente como tampoco importa que exista un nivel de familiaridad, amistad o algún otro vínculo (v. gr., empresarial, de estudios, de vecindad, etc.).

En el delito de colusión ilegal debe distinguirse el acto de concertación ilegal del acto a través del cual se materializa el delito. En efecto, una cosa es el acto en el cual se revela el acuerdo colusorio (v. gr., firma de contrato, entrega y recepción de bienes, entre otros); y otra muy distinta es el acuerdo colusorio o la concertación a la que llegan los funcionarios y los terceros interesados. Normalmente y de manera regular el acto de concertación y de acuerdo ilegal es previo y anterior al acto en el que se releva, manifiesta o exterioriza dicho acuerdo y que incide en cualquier etapa del proceso de contratación estatal⁴⁹⁰. Por ello, es que se exige que la actividad probatoria y de investigación se dirija no a probar la consecuencia del acuerdo (v. gr., suscripción del contrato, de una adenda, conformidad del servicio, etc.) y en el que se plasma la concertación, sino la causa del mismo: la concertación ilegal.

136

Lo que la ley penal prohíbe y castiga no es el acto en el que se plasma y se refleja la voluntad de contratación o de ejecución contractual, sino el

488 Véase el R. N. N.º 209-2012 del 15 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado): “no puede calificarse dicho encuentro como indebido por ser coterráneos y conocerse desde hace veinte años”.

489 Véase el R. N. N.º 3740-2010 del 01 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

490 En sentido semejante: el R. N. N.º 1461-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo): “tanto la norma sanciona al agente que está en capacidad de disponer un contrato o negocio jurídico similar que perjudique al Estado, con la atingencia que este negocio haya sido coordinado o subrepticamente tratado con clara infracción a las normas de contratación de bienes y servicios esta”.

acto que le precede y que es finalmente el causante que el Estado contrate en condiciones desventajosas o perjudiciales, sea que dicho acto se manifieste al momento de preparar el contrato, en la selección del postor o en la ejecución del contrato.

Por ello, se ha sostenido, por ejemplo, que “la sola suscripción del contrato constituye una conducta neutral (prohibición de regreso), carente de toda valoración negativa”⁴⁹¹. Con una afirmación semejante, se pretende hacer hincapie que un acto necesario que se realiza en cualquier etapa de contratación estatal no puede ser desvalorado en sí mismo ni puede ser reputado como un acto colusorio. Para que ello ocurra es necesario remitirse al acto previo que lo provoca y en el que el funcionario y el tercero interesado se ponen de acuerdo de manera ilegal para defraudar al Estado.

137 La concertación o acuerdo ilegal debe cumplir algunos requisitos materiales a fin de que pueda realizar la tipicidad objetiva del delito de colusión.

Uno de ellos, tal vez el más importante, es que la conducta de concertar deba ser idónea para perjudicar el patrimonio del Estado⁴⁹². El acuerdo debe

491 Véase el R. N. N.º 3764-2012 del 10 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

492 Véanse el R. N. N.º 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 1536-2011 del 24 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo), el R. N. N.º 1318-2012 del 29 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo), el R. N. N.º 215-2011 del 06 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores): “resulta evidente y necesario que se den conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos”. Semejante a esta última Ejecutoria: el R. N. N.º 2712-2014 del 07 de octubre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla), el R. N. N.º 840-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3093-2012 del 12 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2052-2012 del 03 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 2891-2011 del 19 de diciembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1479-2012 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3321-2011 del 19 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1463-2012 del 13 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 570-2012 del 19 de junio del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rozas Escalante), el R. N. N.º 167-2012 del 17 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente

poner en peligro el bien jurídico protegido⁴⁹³. El juez debe comprobar en el caso concreto el elemento de peligrosidad típica o de idoneidad de la conducta para producir un determinado efecto y que ha de analizarse según el contexto social y cada caso concreto⁴⁹⁴. Los concertos colusorios deben tener idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos⁴⁹⁵. En los delitos de peligro la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta⁴⁹⁶. La causalidad no basta para sostener que el hecho previsto en el tipo legal ha sido realizado, ya que, es inviable responsabilizar por un suceso que no se puede controlar ni evitar. La creación de un peligro o la intensificación de uno existente tampoco es suficiente para imputar objetivamente el resultado al autor del acto, ya que, es indispensable que el resultado constituya la realización del riesgo no autorizado⁴⁹⁷.

(Voto Discordante de los Señores Jueces Supremos Barrios Alvarado, Tello Gilardi y Neyra Flores), el R. N. N.º 1804-2012 del 09 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rozas Escalante), el R. N. N.º 2475-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rozas Escalante), el R. N. N.º 2730-2012 del 13 de febrero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2497-2011 del 09 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3914-2009 del 28 de octubre del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3887-2009 del 21 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3804-2011 del 14 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1296-2007 del 12 de diciembre del 2007 dictada por la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Calderón Castillo).

493 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1105; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 50; CARRIÓN DÍAZ, Juan-CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 32; MONTOYA VIVANCO, Yvan Y OTROS, *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*, p. 109.

494 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1105; CARRIÓN DÍAZ, Juan-CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 32.

495 Véase el R. N. N.º 2712-2014 del 07 de octubre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla), el R. N. N.º 3108-2010 del 24 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

496 Véase el R. N. N.º 341-2015 del 04 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

497 Véase el R. N. N.º 1614-2011 del 03 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

No todo acuerdo entre un funcionario público y un particular tiene relevancia para el Derecho penal ni realiza la tipicidad objetiva del delito de colusión. Como ejemplos de una concertación inidónea se pueden plantear:

- i) La que se produce entre un funcionario público absolutamente incompetente (v. gr., portero de una entidad estatal) y un particular⁴⁹⁸;
- ii) Si el acuerdo se produce con anterioridad al inicio de un concreto proceso de contratación v. gr., antes de que se formule el requerimiento técnico por el área usuaria, etc.
- iii) La concertación se realiza luego de culminado o extinto el contrato estatal v. gr., resolución del contrato por alguna de las partes que no es impugnada de forma alguna.
- iv) El acuerdo (ilegal) para que sea relevante penalmente solo se puede producir en el marco de un proceso de contratación o adquisición pública, de otra forma no es idóneo para poner en peligro el patrimonio estatal⁴⁹⁹.

De igual forma, no todo perjuicio económico al Estado puede derivar de un acto de concertación. Es posible que dicho perjuicio derive del incumplimiento contractual, la depreciación de la moneda, de factores externos a la propia ejecución del contrato, entre otras causas. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “si bien es cierto que existe un perjuicio al Estado, no obstante la producción de este resultado no es suficiente para establecer el fraude que castiga la ley, en tanto en cuanto, es necesario que esta circunstancia se de-

498 Véase el R. N. N.º 1614-2011 del 03 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana): “los alcances del tipo legal y, en el delito que nos ocupa, su configuración exige como un primer nivel de análisis identificar y focalizar a los sujetos cualificados pasibles de confluir en un acto colusorio. De esta forma, apoyándonos en los lineamientos aquí deslizados se podrá limitar la punibilidad en los delitos de necesaria convergencia de sujetos activos -funcionarios y particulares- y ello es indispensable dado que la responsabilidad penal está expresamente proscrita de nuestro ordenamiento jurídico penal”.

499 Véase el R. N. N.º 1847-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 341-2015 del 04 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana): “la conducta (supuesto acuerdo) de los encausados Torrey Motta y Haro Seijas, al no darse en el marco de un proceso de contratación o adquisición pública, no es idónea para poner en peligro el patrimonio estatal”.

rive de un pacto entre las partes”⁵⁰⁰ y que “la idoneidad del perjuicio no debe entenderse, sin embargo, en un sentido simplemente causal o natural, porque el proceso de normativización de la tipicidad que caracteriza el concepto moderno de delito con el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva pone de manifiesto que los elementos de tipo deben estar informados decisivamente por el contexto social. Por consiguiente, no puede sustentarse la tipicidad de una conducta únicamente con el argumento de su peligrosidad, sino que es necesario determinar si en el contexto social en el que esta conducta tuvo lugar su peligrosidad resulta socialmente intolerable”⁵⁰¹.

La jurisprudencia peruana y comparada insiste de manera reiterada en que una forma común de cometer el delito de colusión es su ejecución clandestina.

138

Creemos que la clandestinidad es una forma y solo una forma de cómo puede cometerse el delito de colusión. No hay ningún inconveniente de que el delito se pueda cometer de modo abierto, público o de manera no clandestina v. gr., puede haber testigos del mismo. La clandestinidad no constituye un elemento del tipo del injusto penal ni agota su posible alcance interpretativo⁵⁰².

La alegada clandestinidad del delito de colusión no puede ser una excusa para evitar realizar una rigurosa y necesaria actividad probatoria y para no respetar plenamente los derechos del imputado. Justamente, el carácter oculto, subrepticio o clandestino del acuerdo debe llevar al Ministerio Público a efectuar una investigación seria, metódica, cuidadosa y responsable de cómo y cuándo se produjo el acuerdo.

500 Véase el R. N. N.° 1318-2012 del 29 de agosto del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo): “no se advierte la presencia de una maniobra compartida entre los agentes o un acuerdo de voluntades para defraudar al Estado, en tanto no se puede distinguir de las pruebas anotadas, la concurrencia de este presupuesto en el proceso de contratación de la empresa ganadora de la buena pro. No es suficiente la producción del perjuicio, sino que es esencial que se derive de un acuerdo concertador. En ese sentido, no es posible la configuración del delito de colusión ilegal en el caso concreto por la ausencia de uno de los requisitos típicos -elemento objetivo- exigidos por la norma”.

501 Véase el R. N. N.° 1847-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

502 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 47.

139 La iniciativa de la concertación ilegal puede partir del funcionario o del interesado. La ley –a diferencia de lo que ocurre en el delito de cohecho– no impone un tratamiento de mayor drasticidad punitiva si es que la iniciativa de concertar lo ha tenido el funcionario público. Ello puede tener influencia en la fase de determinación judicial de la pena, pero a la hora de valorar la relevancia penal del pacto colusorio no interesa quien tuvo la iniciativa, quien propuso el acuerdo de voluntades. Solo basta que se haya producido.

No interesa que haya un trato comercial previo entre las partes o que haya una relación amical, profesional asentada⁵⁰³, que haya un vínculo familiar de uno de los funcionarios con los accionistas, directivos o representantes del contratista. La concertación es posible que se produzca entre personas que no han desarrollado con anterioridad el menor trato o relación v. gr., colusión por persona interpuesta o un tercero. Incluso, nada impide que haya enemistad y que la concertación se lleve a cabo como cualquier negocio en que las partes están interesadas concluir, pese a sus diferencias personales.

140 La concertación puede ejecutarse ya sea a título oneroso o a título gratuito⁵⁰⁴. En el primer caso, si es que el interesado ofrece o paga una determinada retribución al funcionario o éste solicita una ventaja habrá un concurso de delitos entre colusión ilegal y el delito de corrupción de funcionarios, ya sea en la modalidad de cohecho pasivo propio o cohecho pasivo impropio⁵⁰⁵. En el supuesto de que el delito se produzca a título gratuito como una liberalidad y desprendimiento del funcionario, ya sea como un agradecimiento, como un favor o escondiendo un interés futuro que todavía no se concreta, el único delito que se realiza es el de colusión ilegal.

El móvil y la causa de la colusión no forma parte de la tipicidad objetiva de la conducta incriminada. La ley no reparará como necesidad del castigo del delito en la determinación de la concreta motivación que tuvo el funcionario

503 En alguna ocasión la jurisprudencia de la Corte Suprema ha planteado la prueba de alguna *relación particular* entre los funcionarios públicos y los particulares interesados, véase, el R. N. 1016-2004 de fecha 14 de febrero del 2005.

504 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 267; CARRIÓN DÍAZ, Juan-CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 32.

505 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la Administración pública*, p. 218; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 271.

para cometer el hecho y concertar. La relevancia o no del móvil pertenece a la culpabilidad del agente y despliega sus efectos a nivel de la determinación judicial de la pena.

Uno de los problemas más interesantes que se presenta en este aspecto es si puede haber concertación por actos concluyentes⁵⁰⁶. Pese a que la doctrina y la jurisprudencia peruana –hasta donde alcanzamos a ver– no han abordado aún técnicamente este problema, queda claro que no existe ningún inconveniente dogmático ni político criminal para admitir la posibilidad de concertación por medio de esta clase de actos⁵⁰⁷. En efecto, puede que el funcionario llegue a concertar mediante acciones materiales con los interesados v. gr., se entrega al mal funcionario público un sobre cerrado conteniendo dinero, se indica la clase de documentos que la empresa debe presentar para ganar la licitación con el compromiso de ayudarla, el transmitir las ofertas o las propuestas económicas de los demás participantes en el concurso de precios, etc.

La concertación tal como lo señala la norma debe darse por el funcionario que “interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo” participa “en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado”; esto es, el acuerdo ha de producirse entre los funcionarios previstos por la norma que participan en el concreto y específico proceso de contratación estatal y no por cualquier otro funcionario o empleado que no tiene dicha condición, pero que de cualquier manera interviene o conoce de las negociaciones⁵⁰⁸.

Uno de los casos comunes de colusión por actos concluyentes son los supuestos graves y extremos de fraccionamiento en el proceso de contratación. El artículo 20 de la LCE establece: “se encuentra prohibido fraccionar la contratación de bienes, servicios u obras con la finalidad de evitar el tipo de procedimiento de selección que corresponda según la necesidad anual, de dividir la contratación a través de la realización de dos o más procedimientos de selección, de evadir la aplicación de la presente Ley y su reglamento para

506 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 264.

507 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico, Parte especial*, t. II, p. 1107.

508 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 263.

dar lugar a contrataciones iguales o inferiores a ocho (8) UIT y/o evadir el cumplimiento de los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública”⁵⁰⁹.

El fraccionamiento viola una de las exigencias del contrato administrativo que requiere que el objeto de dicho contrato deba ser completo en el sentido de abarcar todas y cada una de las prestaciones, las cuales no deben dividirse ni fraccionarse con el fin de disminuir su cuantía y eludir los requisitos de publicidad o la forma de adjudicación o el concreto proceso de selección⁵¹⁰. El fraccionamiento constituye un fraude a la ley.

El OSCE ha señalado que el fraccionamiento se configura cuando la Entidad, teniendo la posibilidad de prever sus necesidades y, en consecuencia, programarlas, ya sea en la programación inicial con la aprobación del Plan Anual de Contrataciones o con posterioridad a la aprobación de dicho plan, determina de forma deliberada la realización de varios procesos menores en lugar de uno mayor, a fin de cambiar la modalidad o tipo del proceso de selección, o de evadir la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado⁵¹¹, dando lugar a contrataciones iguales (o menores) a una determinada cantidad⁵¹². La actual LCE recoge la tendencia logística del **agrupamiento de los objetos contractuales**, en virtud de la cual se busca acumular adecuadamente los bienes, servicios u obras esencialmente similares, con la finalidad de incentivar la mejora de precios y calidades por la competencia y economía

509 El artículo 19 del RCE prescribe: “El área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones y/u otras dependencias de la Entidad cuya función esté relacionada con la correcta planificación de los recursos, son responsables por el incumplimiento de la prohibición de fraccionar, debiendo efectuarse en cada caso el deslinde de responsabilidad, cuando corresponda. No se incurre en prohibición de fraccionamiento cuando:

1. Se contraten bienes o servicios idénticos a los contratados anteriormente durante el mismo ejercicio fiscal, debido a que, en su oportunidad, no se contaba con los recursos disponibles suficientes para realizar la contratación completa, o surge una necesidad imprevisible adicional a la programada.
2. La contratación se efectúe a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.”.

510 En el caso del derecho español, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo, parte general*, p. 610.

511 Véase la Opinión N.º 106-2007/DTN del 12 de diciembre del 2007.

512 Véase la Opinión N.º 107-2014/DTN del 15 de diciembre del 2014.

de escala, y simplificar las relaciones contractuales⁵¹³, hecho este último que se ve reflejado cuando la Entidad se entiende con un solo proveedor⁵¹⁴.

En buena cuenta, el fraccionamiento indebido es la división artificial de una contratación unitaria debidamente programada o programable, con la finalidad de cambiar la modalidad o tipo del proceso de selección o no aplicar la normativa de contrataciones del Estado⁵¹⁵. En la doctrina el fraccionamiento es definido como “(...) una acción fraudulenta de un funcionario público consistente en elabierto desconocimiento de la unidad física o jurídica de una contratación, para en vez de esta necesaria unidad, aparentar una escasa cuantía en la adquisición y proceder así mediante procedimientos más expeditivos, menos concurrentes, competitivos y que garanticen unidad de trato a todos los potenciales postores”⁵¹⁶. La normativa de contrataciones del Estado prohíbe que se divida la contratación de un mismo bien, servicio u obra para efectuar contrataciones mediante varios procesos menores en lugar de uno mayor o evadir la aplicación de la ley dando lugar a contrataciones iguales o menores a ocho (8) UIT.

El OSCE señala que es responsabilidad de la Entidad determinar si los objetos de contratación resultan esencialmente similares de acuerdo a sus particularidades y, por tanto, deben ser convocados como un único proceso de selección a efectos de evitar un fraccionamiento, o si, por el contrario, existen elementos distintivos que hagan singular el objeto de cada contratación, a efectos de programarlos y contratarlos en procesos de selección independientes, supuesto en el cual no se configuraría fraccionamiento. De contarse con la referida similitud de objetos de contratación, esta no se extingue a pesar de que la Entidad le asigne distintas nomenclaturas a los procesos de selección. Dicha evaluación debe practicarse por la Entidad tanto en la programación

513 Véase la Opinión N.º 117-2015/DTN del 17 de julio del 2015, la Opinión N.º 107-2014/DTN del 15 de diciembre del 2014, la Opinión N.º 85-2012/DTN del 10 de agosto del 2012.

514 Véase la Opinión N.º 107-2014/DTN del 15 de diciembre del 2014.

515 Véase la Opinión N.º 117-2015/DTN del 17 de julio del 2015, la Opinión N.º 107-2014/DTN del 15 de diciembre del 2014, la Opinión N.º 85-2012/DTN del 10 de agosto del 2012, la Opinión N.º 106-2007/DTN del 12 de diciembre del 2007.

516 Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos, “El fraccionamiento ilícito en la contratación administrativa”, en *Advocatus, Revista de Derecho de la Universidad de Lima*, Número, 2002-II, p. 333.

inicial para la aprobación del Plan Anual de Contrataciones (PAC), como con posterioridad a dicho momento, conforme se produzca la recepción de requerimientos no programados por las áreas usuarias de la Entidad⁵¹⁷.

El fraccionamiento es una figura prohibida expresamente por la normativa sobre contratación pública (salvo determinados supuestos de excepción contemplados también en la normativa), de tal manera que en el caso de incurrirse en tal prohibición, se estaría ante una causal de nulidad, toda vez que nos encontraríamos en el supuesto de actos administrativos que contravienen las normas legales⁵¹⁸.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que el fraccionamiento en la contratación impide la posibilidad de contar con ofertas alternativas mejores al evitarse el proceso de contratación⁵¹⁹ y que lleva muchas veces a tener que pagar mayores precios por determinados bienes, servicios u obras. El fraccionamiento bloquea que se obtengan mayores presupuestos u ofertas técnicas y económicas de mayor participación de proveedores que garanticen los principios de moralidad, libre competencia, imparcialidad, eficiencia, así como garantizar a la entidad la obtención más conveniente en términos de costo, calidad y cumplimiento⁵²⁰.

Por ejemplo, el fraccionamiento contractual puede recaer en la división de la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra⁵²¹, el comprar

517 Véase la Opinión N.º 107-2014/DTN del 15 de diciembre del 2014.

518 Véase la Opinión N.º 106-2007/DTN del 12 de diciembre del 2007.

519 Véase el R. N. N.º 3472-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Bonilla).

520 Véase el R. N. N.º 324-2011 del 16 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).

521 Véase el R. N. N.º 891-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga): “el Informe Pericial contable -véase fojas dos mil siete, ratificado a fojas dos mil veintidós- concluyó que la Municipalidad suscribió con la empresa S.J. & T Representaciones y Servicios Generales un contrato para la elaboración del expediente técnico por cuarenta mil nuevos soles con un plazo de ejecución de quince días calendario, dejando de lado la ejecución de la obra y alterando la modalidad del concurso por el que fue adjudicado el servicio, separando las prestaciones a la que la empresa estaba obligada en virtud de su participación en el proceso de licitación pública, lo que favoreció a la empresa al no hacer efectiva la carta fianza que podría haberse ejecutado por incumplir su oferta integral de elaborar el expediente técnico y ejecutar la obra”.

equipos sanitarios, grifería y cerámicos para una obra⁵²² o el fraccionamiento en el pago⁵²³. La Corte Suprema condenó a un funcionario (jefe de equipo administrativo) por no advertir que los montos cancelados sobrepasaban en su conjunto la unidad impositiva tributaria y por ende correspondía realizar un proceso de adjudicación directa, pues inclusive se efectuaban varios pagos en una sola fecha que superaban el límite mencionado, razón por la que los abonos fueron intencionalmente fraccionados⁵²⁴.

La máxima instancia de la justicia ordinaria anuló dos veces un juicio por estimar que la pericia contable ordenada no precisó y detalló si en la Ley de Contrataciones y Adjudicaciones del Estado y su Reglamento, se permite el fraccionamiento del valor en esta clase de procesos de menor cuantía⁵²⁵.

El objeto y la materia de la concertación es muy variada y multifacético. Puede suponer la presentación y aceptación de precios mendaces que bien reflejan una sobrevaloración del precio del bien que se ofrece⁵²⁶ o una subvaluación del servicio que presta la entidad estatal especializada a un tercero⁵²⁷. A veces implica aceptar la firma de contratos sobre bienes que no reúnen ni cumplen con las especificaciones técnicas y las necesidades propias del servicio o de la finalidad que se busca alcanzar. También supone la ejecución de obras sin respetar las indicaciones técnicas definidas y fijadas previamente⁵²⁸,

142

522 Véase el R. N. N.º 379-2013 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

523 Véase el R. N. N.º 1621-2012 del 03 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

524 Véase el R. N. N.º 3472-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Bonilla).

525 Véase el R. N. N.º 2907-2012 del 05 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

526 Véase el R. N. N.º 566-2015 del 16 de julio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 917-2012 del 28 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez), el R. N. N.º 3445-2011 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

527 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, "Fraudes y exacciones ilegales", en *Delitos contra la Administración pública*, p. 210.

528 Véase, ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 414.

o aceptar prestar un servicio al que no se está obligado⁵²⁹. Un caso muy frecuente lo representa la recepción de un bien distinto al previsto y fijado en el contrato, cambiando su calidad, peso o determinadas condiciones⁵³⁰.

En otras ocasiones nuestro máximo Tribunal de Justicia señala que la adjudicación directa de bienes que no se corresponden a la oferta más económica no necesariamente supone la comisión del delito de colusión, más aún si el objeto de la adjudicación se cumplió a cabalidad⁵³¹.

2.4. *¿Es necesario individualizar la conducta propia del acuerdo colusorio y delimitar espacial y temporalmente dicho acuerdo?*

143 Uno de los problemas más importantes y relevantes en la práctica es determinar si desde el punto de vista constitucional y convencional es necesario que la imputación fije el tiempo y espacio en el que se habría cometido el acuerdo ilegal, núcleo del delito de colusión ilegal, o si basta que haya algunos indicadores objetivos que acrediten una (probable) concertación.

La posición a favor de uno u otro planteamiento tiene repercusión directa no solo con el tema objeto de prueba dentro de una investigación, proceso penal o juicio oral, sino también con el respeto de los derechos fundamentales como la vigencia estricta del principio de legalidad, del derecho de defensa en sus distintas manifestaciones como el derecho a contradecir los cargos, el derecho a probar, a refutar la prueba de cargo y el derecho a obtener una decisión judicial (o fiscal) fundada en derecho.

144 Un primer planteamiento que se registra en nuestra jurisprudencia considera que no es necesario determinar el cómo, cuándo y donde del acuerdo ilegal y se postula el carácter prescindible de fijar las coordenadas espaciales o temporales del acto de concertación. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia señala que “merece mención especial la naturaleza clandestina del delito en comento, pues su probanza no pasa por determinar cómo, cuándo y

529 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la Administración pública*, p. 216.

530 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 264.

531 Véase el R. N. 740-2003 de fecha 04 de junio del 2004 en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p.1319.

dónde se produjo este acuerdo subrepticio sino que basados en indicios claros, razonables, concomitantes y concordantes se advierta que aquello aconteció y que fue contra el interés municipal, independientemente de las formas como operaron los agentes, tanto los funcionarios públicos como el interesado, en la ejecución del designio delictivo⁵³².

De igual forma, la máxima instancia de la justicia ordinaria ha señalado que “el tipo penal juzgado no requiere para su materialización que se demuestre objetivamente cuándo y cómo se produjo el acuerdo clandestino, ni menos aun cómo se beneficiaron económicamente los miembros del comité o el tercero privado, por lo que carece de virtualidad sustentar un argumento de defensa en base a estos puntos glosados⁵³³”. En dicha sentencia se señaló que “el acuerdo colusorio se vio reflejado en el otorgamiento de la buena pro a empresas que no reunían los requisitos mínimos para participar en un proceso de selección, por tanto no puede objetarse el carácter exprofeso del favorecimiento por parte de los que conformaron el Comité hacia los representantes de las citadas empresas, pues de otra forma no se puede explicar, con razonabilidad, cómo es que a pesar de conocer que la empresa ganadora no contaba con la documentación debida se le declare ganadora de la buena pro, y, además, no existe explicación fundada en derecho que responda el porqué se escogió a la empresa que ocupó el tercer lugar cuando en el acta se consignó claramente el orden de prelación⁵³⁴”.

La Corte Suprema frente a la absolución declarada por el fallo de instancia que afirmaba que no se ha probado la concertación por la no constatación de un acuerdo previo o reunión entre los procesados (funcionarios públicos e interesados) ha señalado que “tal razonamiento, revela soslayar que es inherente a un acuerdo colusorio su carácter subrepticio, clandestino, oculto, al ser conscientes los agentes de su ilegalidad, no pudiendo pretenderse por ende su acreditación mediante prueba directa. Consiguientemente, es la prueba indiciaria la que se erige en la determinante para demostrar este tipo de pactos. En ese orden de ideas, en el *thema probandum*, de este ilícito penal,

532 Véase el R. N. N.º 2509-2009 del 08 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo).

533 Véase el R. N. N.º 1903-2009 del 23 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo).

534 Véase el R. N. N.º 1903-2009 del 23 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo).

si bien constituye indicio pertinente las circunstancias que, en el contexto de una contratación pública, permiten deducir vinculaciones previas de los funcionarios intervinientes con el beneficiado, cierto es que aquél, de ningún modo, puede ser el único, dado que, razonablemente, pueden identificarse otros, a partir, por ejemplo, de constatar una secuela de acciones que denoten una orientación de los funcionarios a brindar un tratamiento preferencial, de ventaja o de favorecimiento a la empresa elegida; o, también a partir de un conjunto de actuaciones apresuradas, o que no forman parte, o que se apartan del estándar de pautas normativas exigidas por el procedimiento legalmente contemplado para dicha contratación regularidades administrativas⁵³⁵.

145

Un segundo planteamiento considera que debe probarse de manera rigurosa el acuerdo colusorio y que se debe precisar las condiciones de tiempo, modo y lugar de dicho acuerdo. Se ha de plantear de manera expresa, y no implícita, la forma de cómo y cuándo se realiza el verbo típico *concertar*. No basta sugerirlo o alegarlo, ya que resulta imprescindible que haya una referencia concreta y específica de cuándo ocurrió el suceso y la forma que este se presentó. El contexto espacial y temporal del acto que materializa la colusión no es algo que solo se pueda inferir de elementos o indicadores externos ajenos a la dinámica de la concertación. Es necesario que se delimite las coordenadas espaciales respecto a cuándo y cómo ocurrió.

Este criterio parte que el juez como garante de los derechos fundamentales debe controlar los actos de los funcionarios y autoridades públicas que intervienen en el proceso penal (v. gr., Ministerio Público) y que a través de sus actos y requerimientos pueden amenazar o lesionarlos. Dicho control debe ser mucho más cuidadoso y específico en aquellos casos en los que se formula cargos, ya sea de manera provisional o de manera definitiva. La formulación de los cargos debe ser expuesta de manera explícita, delimitada, expresa e individualizada, no implícita y debe respetar los alcances del principio de legalidad. El fiscal al momento de fijar una imputación –a fin de garantizar su validez constitucional y convencional– debe cumplir con los alcances del principio de legalidad y de tipicidad penal, tanto en los aspectos objetivos y subjetivos. No basta que se atribuya a una persona un hecho (hipótesis) concreto y específico es necesario que dicho suceso posea relevancia jurídico penal y cumpla con describir todos y cada uno de los elementos del tipo penal.

535 Véase el R. N. N.º 2381-2010 del 15 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

La hipótesis fáctica debe tener relevancia penal y para que ello ocurra debe cumplir con los elementos descriptivos y normativos fijados en la ley penal.

El juez debe efectuar un control de legalidad y constitucionalidad de los actos del Ministerio Público cuando formula imputaciones en contra de una persona en el sentido de establecer si el fiscal planteó una adecuada determinación concreta de los cargos tanto al formalizar la investigación preparatoria o al formular la acusación fiscal⁵³⁶. El control que realiza el juez de la imputación no es un control abstracto, amplio o indeterminado, sino un control individualizado del hecho en relación a cada imputado y en función al respeto del principio de legalidad de los delitos y de las penas.

El Ministerio Público debe respetar el principio acusatorio al momento de delimitar el objeto del proceso penal, por ello, la necesidad de que: i) postule un hecho con contenido penal; ii) que efectúe la calificación del mismo (tipo penal); iii) que establezca cuál es el nexo de causalidad entre los elementos fácticos y el tipo penal que incrimina; iv) que determine la acción que el agente realizó y resultó idónea para concretar o coadyuvar la consumación o materialización del delito, describiendo, para ello, siempre a título de hipótesis, que actos fueron efectivos y adecuados para que se cometiera el delito y qué tipo de conducta llevó a cabo: activa, neutra o de ayuda⁵³⁷.

La Corte Suprema ha sostenido que “el escrito de acusación que formula el Fiscal debe contener la descripción precisa de la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad del imputado, así como

536 Véase el R. N. N.º 3502-2012 del 09 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

537 Véase el R. N. N.º 3502-2012 del 09 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado): “en la fase intermedia la exigencia de “delimitación concreta de cargos” resulta más trascendente en tanto el señor Fiscal Superior plantea una “causa probable” de ahí la necesidad que el hecho que postula, se encuentre perfectamente delimitado no sólo en el ámbito fáctico, sino en el aspecto jurídico, precisando con claridad cuando exista una multiplicidad de cargos en qué tipo penal se subsume cada uno de ellos, correspondiendo a la Sala Penal antes de emitir el auto de enjuiciamiento o de procedencia a juicio oral de conformidad con lo previsto por el artículo doscientos veintinueve del Código de Procedimientos Penales efectuar un control formal de la acusación fiscal, requiriendo el cumplimiento exhaustivo de los presupuestos establecidos en el artículo doscientos veinticinco del Código de Procedimientos Penales y en el inciso cuatro del artículo noventa y dos de la Ley Orgánica del Ministerio Público”.

la invocación de los artículos pertinentes del Código Penal, pues el objeto del proceso es fijado o delimitado por el Fiscal o acusador, de ahí la necesidad de que el auto de enjuiciamiento -concebido como el acto procesal fundamental para la fase del juzgamiento u objeto del debate y ulterior sentencia- deba cumplir funciones de control de la acusación fiscal -institucionalizado en el novísimo Código Procesal Penal-, respecto al hecho histórico imputado a los acusados para garantizar la eficiencia en el resultado del proceso⁵³⁸.

La importancia del principio acusatorio y, en particular, del derecho a ser informado de la imputación de manera adecuada y suficiente es de tal magnitud que aún cuando se hayan aceptado los cargos a través del instituto de la conclusión anticipada del juicio oral si la imputación no cumple con los estándares constitucionales y convencionales mínimos se debe proceder a la nulidad de la sentencia conformada, del juicio y de la acusación escrita⁵³⁹.

Al respecto, en la delimitación clara y suficiente del acuerdo colusorio la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “no existe sustento ni fáctico, ni probatorio del delito de colusión, esto es, cuándo, cómo y por qué medios se habría llevado a cabo la concertación entre funcionarios ediles y los representantes de la empresa⁵⁴⁰” como también se advierte: “que la pretensión punitiva referida a los procesados Luis Diliberto Lissa Campodónico y Vidal Sáenz Flores, presenta una genérica descripción de los hechos sin dar respuesta, por ejemplo espacio temporal, de los comportamientos típicos convergentes, en las que habrían incurrido cada uno de los precitados acusados en la verificación del núcleo duro de la imputación, esto es, la concertación, requisito sine qua non para el juicio de subsunción de los “comportamientos” al tipo penal del

538 Véase el R. N. N.º 3587-2009 del 10 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo), el R. N. N.º 2118-2010 del 16 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

539 Véase el R. N. N.º 3281-2009 del 28 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo): “si bien los encausados se sometieron a la conclusión anticipada del juicio oral, de autos se advierte que se incurrieron en nulidades insubsanables, pues la imputación necesaria es una garantía derivada del derecho de defensa y la Parte Civil tiene un derecho legítimo de cuestionar el monto de la reparación civil; que, siendo así, se debe declarar la nulidad de la sentencia recurrida”.

540 Véase el R. N. N.º 2264-2011 del 07 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo): “el titular de la acción penal no ha mencionado ¿en qué consistiría la presunta concertación? o ¿de qué forma se habría llevado a cabo esta?”.

delito de colusión desleal⁵⁴¹”, dicha tentativa inconexa de subsumir los hechos, por el ente persecutor, contraviene el principio de legalidad penal regulado en el artículo segundo, inciso veinticuatro, literal “d” de la Constitución Política del Estado⁵⁴² y que “resulta cuestionable se acuse por el delito sub examine, sin la respectiva fijación de la base fáctica que dé cuenta de la convergencia entre el sujeto particular y los funcionarios públicos”⁵⁴³ y que ha quedado: “desvirtuada la imputación realizada por el Ministerio Público contra el encausado máxime si el propio ente acusador no manifestó cual habría sido el acto colusorio, en que consistió y de que medios se basó”⁵⁴⁴; de tal manera que efectivamente del material incriminatorio no se advierte un relato incriminador suficiente en contra de los referidos procesados referido al acto de concertación⁵⁴⁵. La máxima instancia de la justicia ordinaria ha remarcado que “el acuerdo colusorio no se encuentra suficientemente acreditado en autos, más aún, si el titular de la acción penal, no postuló la base fáctica pertinente de la supuesta colusión, en la que converjan, como sujetos necesarios, los particulares y los funcionarios”⁵⁴⁶ y que “del análisis de la sentencia se desprende que sufre de una motivación aparente, puesto que se realizó un examen genérico de los hechos en tanto no se pronunció acerca de la imputación realizada a cada

541 Véase el R. N. N.º 1556-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein). También, el R. N. N.º 2363-2010 del 29 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf), el R. N. N.º 1914-2010 del 11 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 2118-2010 del 16 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

542 Véase el R. N. N.º 2363-2010 del 29 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf).

543 Véase el R. N. N.º 1556-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

544 Véase el R. N. N.º 1908-2014 del 12 de agosto del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

545 Véase el R. N. N.º 1914-2010 del 11 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein): “estamos ante una imputación que evidencia una falta de correspondencia o congruencia lógica entre el delito imputado y los datos fácticos postulados por el ente persecutor, contravieniéndose el Principio de Legalidad previsto en el artículo II del título preliminar del Código Penal”.

546 Véase el R. N. N.º 978-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

encausado ni se señalaron las pruebas que acreditarían la comisión del ilícito de forma específica, por lo que adolece de nulidad insalvable”⁵⁴⁷.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido: “que, tal y conforme ha sido descrita la imputación fiscal, en este caso se infiere que adolece de una descripción, que se refiere a una concertación entre funcionario interesado, esto es, no señala en qué consistiría, o cómo y cuándo se habría llevado una vinculación dolosa entre los directivos de la CPMP y los representantes de Inmobiliaria Las Américas. Ante esta falencia, no se puede soslayar el contenido esencial del principio acusatorio, por el cual se colige que el objeto del proceso penal solo lo fija el Ministerio Público; esto es, los hechos que determinan la incriminación y la ulterior valoración judicial son definidos por el Fiscal, respecto del cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites fácticos. El órgano jurisdiccional no puede suplir las deficiencias del ente acusador. Hacerlo constituye una clara demostración de parcialización con una de las partes del proceso”⁵⁴⁸. Asimismo, se ha remarcado que “en la acusación fiscal no se advierte que se haya individualizado la conducta imputada por el cual se le atribuye el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión por las irregularidades en la ejecución de las obras materia de investigación, limitándose a señalar que en su calidad de Regidor del Municipio agraviado es responsable del delito de colusión investigado”⁵⁴⁹.

Se incumple también con el principio acusatorio cuando ni en la acusación ni a lo largo del proceso penal se establece en qué términos se habría dado la concertación⁵⁵⁰. De igual forma, se violan las garantías mínimas del debido proceso (principio acusatorio) cuando luego de la nulidad de la acusación de un primer juicio: “el representante del Ministerio Público, aun cuando tuvo la oportunidad de subsanar dicho error, no lo enmendó debidamente, pues respecto de la encausada Villegas Cotrina no se estableció una debida delimi-

547 Véase el R. N. N.º 2271-2013 del 28 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

548 Véase el R. N. N.º 118-2013 del 22 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

549 Véase el R. N. N.º 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

550 Véase el R. N. N.º 2712-2014 del 07 de octubre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla).

tación de su aporte en el delito imputado”⁵⁵¹. En la imputación del delito de colusión se debe precisar cómo se realizó la concertación, con qué personas se coludió el funcionario, en que proceso de contratación concreta se coludió y de que manera se contribuyó a la comisión del delito⁵⁵².

La Corte Suprema de Justicia ha destacado que la pretensión punitiva plasmada en la acusación escrita concerniente al delito de colusión desleal, “presenta una genérica descripción de los hechos sin dar respuesta de los comportamientos típicos convergentes en las que habrían incurrido cada uno de los acusados en la verificación del núcleo duro de la imputación, esto es, la concertación, requisito *sine qua non* para el juicio de subsunción de los “comportamientos” al tipo penal del delito de colusión desleal; acorde a ello, dicha tentativa inconexa de subsumir los hechos, por el ente persecutor, contraviene el principio de legalidad penal regulado en el artículo segundo, inciso veinticuatro, literal “d” de la Constitución Política del Estado”⁵⁵³. En otro fallo se razonó que “se evidencia que en la acusación no se describió la proposición fáctica de forma detallada para cada imputado; asimismo, no se señaló de forma taxativa el subtipo penal o la modalidad típica descrita en la norma penal. Además, el señor fiscal imputó el ilícito a título de autores a quienes, al momento de los hechos, no tenían la calidad de funcionarios o servidores públicos, razón por la que se debe precisar, si fuera el caso, si serán comprendidos como autores o partícipes, debiendo argumentar su postura adecuadamente”⁵⁵⁴.

Se recuerda que la imputación fiscal debe ser circunstanciada, completa, exhaustiva e individualizada; de otro modo se debe proceder a cerrar la po-

551 Véase el R. N. N.º 2318-2012 del 02 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana): “debe precisarse que el proceso lleva un promedio de ocho años sin resolver, a lo que abona que éste Supremo Tribunal declaró nula la sentencia del cinco de octubre de dos mil nueve -fojas mil cuatrocientos setenta y cuatro- y ordenó la emisión de nueva acusación por encontrarla defectuosa”.

552 Véase el R. N. N.º 2318-2012 del 02 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

553 Véase el R. N. N.º 2259-2010 del 01 de diciembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf), el R. N. N.º 2925-2010 del 03 de diciembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf).

554 Véase el R. N. N.º 2271-2013 del 28 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

sibilidad de ir a juicio o a decretar la absolución de la persona⁵⁵⁵. Al respecto, la Corte Suprema ha destacado que:

La imputación planteada por el representante del Ministerio Público en su dictamen acusatorio, no hace una referencia específica sobre cuáles serían las conductas delictivas de cada uno de los encausados absueltos, pues solo se ha limitado a consignar que el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Ferreñafe propuso al “Pleno del Concejo” la autorización para el inicio de las gestiones para la constitución de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Ferreñafe, no verificándose cuál es la imputación individual que atañe a cada uno de los funcionarios municipales procesados en el presente caso⁵⁵⁶.

La vaguedad y la no determinación de otros aspectos y elementos nucleares del delito de colusión también es posible más allá de la no precisión del contexto espacial y temporal de cómo y cuándo ocurre el acuerdo colusorio. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que “en la línea de cargos no se especifica quién fue el que se concertó con los interesados, cómo lo hizo y en qué fase del procedimiento de contratación pública o ejecución se perpetró —el propio Fiscal Supremo destaca la vaguedad de la acusación fiscal-⁵⁵⁷”. En dicha línea la Corte Suprema de Justicia ha señalado sobre el delito de colusión que “el aspecto esencial de lo que, de cara a las exigencias típicas, debe probarse en autos es la existencia del pacto colusorio⁵⁵⁸”.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “la ausencia de individualización vulnera el derecho de defensa —inciso catorce del artículo ciento

555 Véase el R. N. N.° 2218-2010 del 15 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores): “el Colegiado Superior no habría emitido un pronunciamiento específico sobre cada uno de los encausados absueltos, sin embargo, es de entenderse que ello derivó justamente de la generalidad de la imputación efectuada por el Fiscal Superior en contra de ellos, es más este Supremo Colegiado tras realizar el análisis correspondiente, concuerda con la decisión de fondo emitida por el Órgano sentenciador”.

556 Véase el R. N. N.° 2218-2010 del 15 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

557 Véase el R. N. N.° 2683-2014 del 21 de enero del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

558 Véase, R. N. N.° 2106-2009 del 16 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

treinta y nueve de la Carta Magna—, cuya lesión no puede admitirse por constituir base y fundamento del debido proceso, de tal suerte que ante una eventual conculcación de esta garantía genérica, el mismo debe ser resuelto con predominio del derecho de defensa y el principio de legalidad”⁵⁵⁹.

Creemos que la postura que es de recibo es aquella que considera que la delimitación del marco temporal del hecho punible como el aporte que brinda cada uno de los intervinientes en el hecho debe ser la regla de toda imputación racional y constitucionalmente válida. No es posible renunciar, mostrando una actitud complaciente y flexible a una precisión adecuada, suficiente y con detalle de la imputación, sin que corra el riesgo de colapso el sistema constitucional y convencional de garantías del sistema penal. La exigencia es mucho más ineludible si la etapa de la investigación del delito ha concluido o el paso siguiente es la formulación de la acusación escrita. Al respecto, vale recordar que la Corte IDH condenó al Estado peruano debido a que no individualizó correctamente las conductas imputadas ni fijó las coordenadas espaciales y temporales de las mismas, es decir, no determinó las circunstancias de espacio y tiempo de la comisión del delito⁵⁶⁰.

146

El respeto y el cumplimiento de la exigencia a una acusación e imputación detallada, tal como se encuentra consagrada en los tratados internacionales de

559 Véase el R. N. N.º 3502-2012 del 09 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado): “por estas razones la fórmula genérica no delimitada típicamente en la acusación fiscal conculca derechos fundamentales, como el de defensa, y limita la posibilidad de las partes de efectuar un adecuado ejercicio de sus derechos, lo que determina que la sentencia materia de grado debe ser anulada; y disponer que previo a un nuevo juzgamiento la Sala Penal Superior, efectúe el control de acusación verifique a efectos que el señor Fiscal Superior precise de manera concreta como las conductas atribuidas a los encausados configurarían el delito materia de acusación, más aún cuando los delitos incriminados están referidos a actos funcionales realizados con ocasión del terremoto de Pisco a fin de satisfacer las necesidades elementales de los damnificados”.

560 J. C. PERÚ 27 de noviembre del 2013, Párr. FJ 290: “En esta primera etapa del proceso, el documento más detallado en cuanto a la conducta presuntamente atribuible a la señora J. es el atestado policial. Sin perjuicio de ello, esta Corte resalta que ni la acusación ni el atestado policial u otro documento que conste en el expediente ante la Corte atribuyen a la señora J. un acto terrorista específico, de manera individualizada, con circunstancias de tiempo y lugar (distintas a las referidas a su detención) tal como requería la descripción típica del delito por el cual se le estaba juzgando en ese momento”.

Derechos Humanos, y la diversa jurisprudencia internacional sobre la materia debe llevar a exigir a los órganos de persecución del delito la precisión del contexto temporal y de todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que le son inherentes a fin de garantizar de manera irrestricta el derecho de defensa y de contradicción. No exigirlo no solo supone incumplir con los tratados de derechos humanos y mostrar una actitud indolente hacia el respeto de los derechos de los ciudadanos, sino supone una capitulación frente a la necesidad de llevar a cabo investigaciones integrales, eficaces, serias y responsables. Implica en buena cuenta consagrar y legitimar comportamientos temerarios, irresponsables e imprudentes de las agencias estatales encargadas de investigar y perseguir los delitos.

No es correcto partir de que todos los delitos de comisión clandestina (v. gr., abuso sexual, colusión, corrupción, blanqueo de dinero etc.) tienen como característica común y predominante el que no se puede determinar el marco temporal y las circunstancias especiales del crimen; de tal modo que en estos casos es posible prescindir automáticamente de este requisito. También en los delitos clandestinos -y la experiencia como la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, así lo acredita- es posible determinar de manera cabal y suficiente las coordenadas temporales de la comisión del hecho punible y la intervención de cada uno de los intervinientes.

La investigación negligente, poco atenta o que se resiste a saber si efectivamente ha ocurrido una conducta de concertación y que no busca de manera efectiva la determinación e indagación integral de los hechos no puede encontrar un pretexto válido en la característica de ciertas infracciones penales para burlar e incumplir el mandato de búsqueda exhaustiva de la verdad y la precisión de la información detallada de los cargos.

Si bien todos los delitos deben cumplir con las exigencias tanto sustantivas como procesales en la imputación del hecho punible, resulta claro que esta exigencia es mucho mayor en aquellos casos en los que se imputa delitos graves y que reciben penas privativas de la libertad de larga duración, ello deriva del respeto al principio de presunción de inocencia y al derecho de defensa.

En efecto, en todo momento debe efectuarse una delimitación temporal, clara, determinada y precisa de cuándo y cómo ocurrieron los hechos que se consideran delictivos o, de ser el caso, cuándo y en qué contexto se produjo el aporte, la conducta o el acto ejecutor que se estima reprochable penalmente. Dicha exigencia rige de manera general para toda clase de delito, sin importar

si se trata de un delito violento, de sangre, de un delito de comisión clandestina (v. gr., abuso sexual de menores, corrupción, colusión, etc.) como también no interesa la gravedad del hecho punible. Si bien se reconoce que el detalle de la imputación es variable según se trate de la etapa de la investigación en la que se encuentre (v. gr., no es lo mismo una imputación fijada en las diligencias preliminares que una imputación formulada en la formalización de la investigación preparatoria) o según se trate de la etapa del proceso penal en el que se encuentra queda claro que el requisito de la determinación temporal del hecho es indispensable mientras más avanzado se encuentre la etapa del proceso penal (v.gr. la imputación debe ser mucho más detallada en la acusación que en la formalización de la investigación preparatoria).

A favor de esta postura abonan, por lo menos, cinco razones:

En primer lugar, el verbo típico “concertar” forma parte de los alcances del principio de legalidad penal (artículo 384 del CP) que debe imputarse y probarse de manera rigurosa a nivel de la investigación y proceso penal. La concertación es un hecho (conducta bilateral) que tiene un correlato espacial y temporal. Si hay acuerdo ilegal el mismo transcurre y realiza en un segmento de tiempo y se produce dentro de un espacio y contexto que debe ser definido y establecido de manera adecuada. El no determinar las coordenadas de tiempo y lugar de la concertación, como conducta central en el delito de colusión, supone una afectación al principio de legalidad de los delitos.

El concertar es un hecho objetivo-externo que se revela a partir de la ejecución de un delito y que supone la realización de uno de los elementos objetivos del tipo penal de colusión. El primer elemento del delito que debe probarse en el proceso penal es la tipicidad de la conducta, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo. La tipicidad representa la puerta de entrada para analizar la relevancia jurídico-penal de la conducta⁵⁶¹. Por esta razón es que se afirma que la búsqueda de la verdad procesal supone la búsqueda de la verdad típica⁵⁶².

561 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los hechos en la sentencia penal*, México: Fontamara, 2005 p. 113.

562 Por todos, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 125: “la búsqueda de la verdad procesal es también una búsqueda de la verdad típica, pues el resto, ciertamente, no interesa”; HASSEMER, WINFRIED, *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*, p. 28; PASTOR ALCOY, Francisco, *Prueba*

La Corte IDH ha declarado que el principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática al establecer que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”. Dicho principio preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo⁵⁶³. La Corte IDH ha señalado que “corresponde al juez, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por esta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico⁵⁶⁴”. Incluso, la Corte IDH en algunas sentencias parece exigir a los Estados no solo el respeto al principio de legalidad e irretroactividad, sino incluso, un nuevo principio que denomina “la adecuación típica estricta de la conducta al tipo penal⁵⁶⁵”.

El Comité de Derechos Humanos ha estimado que si un acto u omisión debe traducirse en una condena penal no es cuestión que pueda determinarse en abstracto; por el contrario, se trata de una cuestión a la que sólo se puede responder tras un juicio en el que se presenten pruebas que produzcan la convicción necesaria acerca de los elementos del delito. Si no puede probarse debidamente la existencia de un elemento necesario del delito, tipificado en el derecho nacional o internacional, la conclusión es que la condena del acusado de ese acto u omisión quebrantaría el principio de que nadie sea condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no eran delictivos

de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 180.

563 FERMÍN RAMÍREZ C. Guatemala: 20 de junio del 2005, párr. 90; BAENA Ricardo y otros C. Panamá, 2 de febrero del 2001, párr. 107.

564 Ampliamente, las sentencias: Liakat Ali Alibux C. Suriname del 30 de enero del 2014, García Asto y Ramírez Rojas C. Perú, del 25 de noviembre del 2005, párr. 190, De La Cruz Flores C. Perú de 18 de noviembre del 2004, párr. 82, Mohamed C. Argentina de 23 noviembre del 2012, párr. 132.

565 Véase la sentencia del caso García Asto y Ramírez Rojas C. Perú, del 25 de noviembre del 2005, párr. 212: “En este sentido, corresponde al Estado asegurar que en el nuevo proceso seguido contra el señor Urcesino Ramírez Rojas se observen los principios de legalidad e irretroactividad consagrados en el artículo 9 de la Convención Americana, inclusive la adecuación estricta de la conducta al tipo penal”.

en el derecho nacional o internacional, principio consagrado en el párrafo 1 del artículo 15⁵⁶⁶.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “la tipicidad de los hechos imputados es una exigencia material vinculada al principio de legalidad penal que consiste en la adecuación de la conducta que se atribuye al encausado a la descripción legal de un delito formulado en abstracto por la ley penal⁵⁶⁷” y que “el Juez Penal debe ser leal al principio de legalidad desde el inicio del proceso, lo que significa que la determinación de los tipos penales deben hacerse conforme a ley, de acuerdo al aforismo latino *nulla crimen nulla poena sine lege*, y para ello deberá de realizar una correcta adecuación del supuesto de hecho al tipo legal preexistente (juicio de tipicidad y subsunción)”⁵⁶⁸. El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático, conforme a lo establecido en el

566 Comunicación N.º 1870/2009, Sobhraj C. Nepal (Dictamen aprobado el 27 de julio del 2010, 99º período de sesiones); párr. 7.6; comunicación N.º 1080/2002, Nicholas C. Australia, dictamen aprobado el 19 de marzo del 2004; párr. 7.5: “En cuanto a la segunda cuestión, el Comité observa que, según el párrafo 1 del artículo 15, es necesario que el acto u omisión por el que se condena a un acusado constituya “delito”. Si un acto u omisión debe traducirse en una condena penal no es cuestión que pueda determinarse en abstracto; por el contrario, se trata de una cuestión a la que sólo se puede responder tras un juicio en el que se presenten pruebas que produzcan la convicción necesaria acerca de los elementos del delito. Si no puede probarse debidamente la existencia de un elemento necesario del delito, según se tipifica en el derecho nacional (o internacional), la conclusión es que la condena del acusado de ese acto u omisión quebrantaría el principio *nullum crimen sine lege*, así como la seguridad jurídica estipulados en el párrafo 1 del artículo 15”.

567 Véase el R. N. N.º 1648-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 4159-2011 del 27 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 3058-2009 del 22 de abril del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 1463-2012 del 13 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 1481-2011 del 19 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 215-2011 del 06 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

568 Véase el R. N. N.º 1292-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), también el R. N. N.º 2531-2011 del 05 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 2750-2009 del 21 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Voto singular de la Dra. Barrios Alvarado).

artículo segundo, inciso vigésimo cuarto, literal e) de la Constitución Política del Estado⁵⁶⁹.

En segundo lugar, la fijación y acreditación de la concertación en el delito de colusión es una exigencia que deriva también del principio constitucional de la presunción de inocencia. En efecto, la presunción de inocencia exige que sea la parte acusadora (v. gr., Ministerio Público o querellante) la que demuestre y pruebe cada uno de los elementos del delito que se le imputa a una persona. Los elementos objetivos y subjetivos del delito deben ser materia de acreditación seria, estricta y rigurosa por parte del Ministerio Público⁵⁷⁰. El ciudadano no tiene que demostrar su inocencia, sino que dicha obligación corresponde a quien le atribuye y formula los cargos. La presunción de inocencia sirve básicamente tanto para asignar la carga de la prueba a quien sostiene la acusación (imputación en sentido amplio), exigiéndole que despliegue la actividad probatoria y acredite la culpabilidad de una persona como también para fijar un estándar o quantum de prueba que es necesario para condenar.

La titularidad de la carga de la prueba no solo supone que quien afirma o sostiene la imputación le debe corresponder acreditar el “hecho” supuestamente cometido por una persona⁵⁷¹, sino que debe probar cada uno de los elementos del injusto típico y culpable. Por ello, no solo basta que se acredite el hecho atribuido. Es necesario que se pruebe de manera suficiente y adecuada el hecho punible en todos y cada uno de sus elementos.

La prueba de cargo debe versar sobre todos los elementos del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), sea que se trate de elementos objetivos o subjetivos. La acusación debe no solo afirmar una determinada tesis, sino que ha de comprobar la realidad y verosimilitud de la misma, más allá de una duda razonable⁵⁷². La presunción de inocencia reclama que para dictar una

569 Véase el R. N. N.º 1397-2011 del 22 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 2363-2010 del 29 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf).

570 Cfr. el R. N. N.º 3291-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 1092-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

571 Véase el R. N. N.º 2282-2010 del 12 de octubre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

572 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR, *Derecho procesal penal. Lecciones*, Lima: INPECC, 2015, p. 117.

sentencia condenatoria debe ser probada la imputación en todos sus extremos y ha de estar acreditado, más allá de una duda razonable, cada uno de los elementos del delito, tanto es su faz externa como interna.

El TEDH ha señalado que se viola la presunción de inocencia si un órgano jurisdiccional, o cualquier autoridad pública, exige a una persona que pruebe o establezca su inocencia. El desplazamiento de la titularidad de la carga de la prueba al imputado viola la presunción de inocencia⁵⁷³. No es correcto trasladar la carga de la prueba de la acusación a la defensa respecto de los elementos del delito⁵⁷⁴.

En tercer lugar, la investigación del delito, tanto a nivel de las diligencias preliminares como en la formalización de la investigación preparatoria, tiene como una de sus finalidades más importantes la precisión de las circunstancias de modo, tiempo y lugar; de tal manera que una investigación mínimamente racional, rigurosa y adecuada debe cumplir a cabalidad con la precisión del contexto temporal en el que los hechos ocurrieron. Si una investigación no llega a determinar el tiempo y el contexto en el que la conducta delictiva fue ejecutada dicha investigación no solo no habrá cumplido con uno de sus objetivos, sino que, además, habrá fracasado. El principio de búsqueda integral de la verdad e indagación minuciosa de los hechos, como contenido elemental de la idea de justicia, debe llevar a investigar de manera pormenorizada, exhaustiva y minuciosa si hubo concertación o no; y si se considera que la misma existió debe delimitarse de manera adecuada.

En cuarto lugar, la determinación de las diversas circunstancias del delito, de tiempo modo y lugar viene a exigirse de manera ineludible por exigencia del principio acusatorio. El art. 349. 1,b del CPP establece como requisito de la acusación: “La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos”. La ley procesal establece como un elemento esencial de la acusación el que se describa de manera clara y precisa el hecho que se le

573 TEDH casos Kabil C. Grecia, 31 de octubre del 2008, párr. 24; Telfner C. Austria, 20 marzo del 2001, párr. 15; John Murray C. El Reino Unido, 8 de febrero de 1996, párr. 54.

574 TEDH casos John Murray C. El Reino Unido, 8 febrero de 1996, párr. 54; Telfner C. Austria, 20 de marzo del 2001, párr. 15.

atribuye al imputado y que como es lógico supone la determinación previa del contexto temporal como condición de validez de la misma. Si esto no bastará se debe indicar que la ley procesal prescribe que la acusación debe contener y registrar las “circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores” que no alude sino de manera obligatoria también a las circunstancias temporales. No es razonable entender ni interpretar que la referencia a las circunstancias del delito como a las circunstancias previas, posteriores y simultáneas supone obviar la referencia obligada al marco temporal o que haya una autorización a que se omita precisar el tiempo en el que se desarrolla el delito y los aportes personales al mismo.

La violación al principio acusatorio y a la determinación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar supone la nulidad irremediable de la acusación⁵⁷⁵. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “del examen de los actuados se tiene que la imputación formulada a los citados acusados ha sido de manera genérica en relación al conjunto de hechos de naturaleza colusoria que habrían ocasionado perjuicio económico a la entidad agraviada, dicho relato no discrimina las conductas realizadas por cada uno de los implicados”⁵⁷⁶. De igual forma, la Corte Suprema ha sostenido que “no es factible que este Supremo Tribunal realice un pronunciamiento de fondo en el caso sub examine por las deficiencias y omisiones del marco de imputación planteada por el Ministerio Público, en consecuencia, debe disponerse la nulidad de la sentencia absolutoria materia de grado”⁵⁷⁷.

575 Véase el R. N. N.º 919-2011 del 14 de diciembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

576 Véase el R. N. N.º 1105-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

577 Véase el R. N. N.º 572-2010 del 06 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores): “... la acusación fiscal durante el juicio oral no ha individualizado el comportamiento de cada uno de los acusados, es decir, no se ha precisado de manera clara y objetiva cuál ha sido la conducta penalmente desplegada por éstos, ya sea en la presunta comisión del delito de colusión desleal o en la falsedad ideológica; no se ha determinado en ninguno de los casos, el rol de cada sujeto activo y el perjuicio concreto ocasionado....”, en tal sentido, si ello ha sido considerado así, el Tribunal Superior en modo alguno podía haber efectuado un análisis de fondo sobre la responsabilidad o irresponsabilidad penal de los encausados, toda vez que, resulta evidente que con tales inexactitudes, imprecisiones y omisiones en el pronunciamiento Fiscal, no podía ser posible analizar de manera individual la actuación de los involucrados en el presente caso”.

En quinto lugar, la garantía constitucional del derecho de defensa exige que se precise de la manera más detallada y acabada posible las circunstancias y el contexto de cómo ocurrieron los hechos aparentemente delictivos con la precisión del tiempo en el que ocurrieron como con la precisión de cuándo y cómo se produjo efectivamente el aporte o la intervención de cada uno de los intervinientes en el mismo. Una persona no podrá desplegar de manera efectiva y real su derecho de defensa y la posibilidad de contradecir y rebatir los cargos si es que no se indica el tiempo en el que ocurrieron los mismos y se produjo el aporte estimado como delictivo de cada persona interviniente en el hecho. Si es que no se determina el tiempo de los hechos el imputado se verá imposibilitado de utilizar los medios adecuados y necesarios para su defensa como, por ejemplo, la fijación de una coartada y la determinación de otros hechos alternativos que permitan establecer de manera inobjetable su inocencia. Si a una persona le imputan un determinado suceso delictivo, pero no le indican el tiempo en el que ocurrió, simplemente no podrá precisar ni probar, por ejemplo, que el día de los hechos o en el momento que se perpetró se encontraba en otro lugar.

El TEDH en la sentencia del caso *Mattoccia C. Italia* del 25 de julio del 2000 ha señalado que “si bien el alcance de la información ‘detallada’ a que se refiere esta disposición varía en función de las circunstancias particulares de cada caso, el acusado deberá en todo caso contar con la suficiente información como sea necesaria para comprender plenamente el alcance de los cargos en su contra con miras a preparar una defensa adecuada”.

La comunicación e información de los cargos debe contener, por lo menos, los aspectos esenciales y definitorios del hecho y la correspondiente calificación jurídica. Se trata de una información completa y suficiente⁵⁷⁸, la cual debe especificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar⁵⁷⁹. La infor-

578 Cfr. KAI Ambos, *Principios del proceso penal europeo. Análisis de la convención europea de Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 76; ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid: Trivium, 1991, p. 96.

579 Cfr. JAUCHEN, Eduardo, *Derechos del imputado*, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2005, p. 366; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El Derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 119; MAIER, Julio, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2ª ed., 1 Reimp., 1999, t. I, p. 553; REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto, *El interrogatorio del imputado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 26; TORO LUCENA, Óscar Augusto, *De la imputación penal sustancial a*

mación detallada de la imputación es lo único que garantiza el ejercicio del derecho de defensa de manera adecuada y el contradictorio⁵⁸⁰. Solo la acusación detallada permite la posibilidad de que pueda ser eficazmente contestada por la defensa⁵⁸¹.

No basta para el cabal cumplimiento de este derecho fundamental que la persona sepa, intuya o más o menos conozca los hechos por los que se está juzgando, o que los medios de prueba o documentos sobre los que se levanta la imputación **“fueron los que el actor tuvo en su despacho y que se encuentra en la institución por lo que al demandar tenía conocimiento de dichos documentos”**⁵⁸², pues si no son comunicados formalmente y de la manera adecuada no se logra el fin constitucional trazado.

La Corte IDH ha subrayado que la indeterminación y vaguedad en la descripción de las conductas supuestamente atribuibles a un imputado, así como la ausencia de conductas que encuadren dentro de todos los delitos por los cuales es procesado, afectan la capacidad de la persona de ejercer adecuadamente su derecho a la defensa⁵⁸³.

En dicha línea, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que:

Todo justiciable tiene derecho a conocer de forma cierta, expresa e inequívoca, los cargos que pesan sobre él con el objeto de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de la conducta prohibida que se le imputa, surgiendo el derecho a probar, el contradictorio, la igualdad sustancial -entre otros- como atributos constitucionales del justiciable que son conocidos como tutela procesal efectiva⁵⁸⁴.

la imputación penal procesal válida. Un diálogo de doble vía, en Criterio jurídico garantista, Año 3, N.º 6, Enero-junio del 2012, p. 197.

580 Cfr. PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, p. 100.

581 Cfr. ASENSIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, p. 96; CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona: Bosch, 1998, p. 261.

582 Véase la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional peruano recaída en el EXP. N.º 5314-2007-AA/TC; Caso: Willy Noriega Sánchez.

583 J. C. Perú 27 de noviembre del 2013, Párr. 295.

584 Exp. N.º 0402-2006-PHC/TC, (caso Luis Enrique Rojas Álvarez).

De igual manera, el TC peruano ha señalado que:

La acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan⁵⁸⁵.

Una acusación genérica e impersonalizada limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa⁵⁸⁶.

585 Exp. N.º 8125-2005-PHC/TC, (caso Jeffrey Immelt y otros); Exp. N.º 01381-2008-PHC/TC, (caso Milda Olarte Pariona); Exp. N.º 02529-2009-PHC/TC, (caso Huilder Santos Bejar Tenorio); Exp. N.º 01629-2009-PHC/TC, (caso Jacinto Lucio Álvaro Caballero); Exp. N.º 00141-2012-PHC/TC, (caso Urbano Máximo Suárez Gutarra); Exp. N.º 1940 2012-PA/TC, (caso Oscar Raul Meza Huere y otros); Exp. N.º 04426-2007-PHC/TC, (caso Elías Porfirio Miranda Estrada); Exp. N.º 941-2009-PHC/TC, (caso Lucy Marlene Saldaña Verástegui); Exp. N.º 2164-2006-PHC/TC, (caso Haroldo Montoya Portocarrero); Exp. N.º 00644-2010-PHC/TC, (caso Luis Antonio Flores Cornejo); Exp. N.º 04740-2008-PHC/TC, (caso Luis Juan Rivera Muñoz); Exp. N.º 8123-2005-PHC/TC, (caso Nelson Jacob Gurman); Exp. N.º 04842-2009-PHC/TC, (caso Germán Adolfo Paúcar Mejía); Exp. N.º 02895-2010-PHC/TC, (caso Edwin Vela Angulo); Exp. N.º 01153-2010-PHC/TC, (caso Elmer Condor Lucchini); Exp. N.º 01109-2011-PHC/TC, (caso Leoncio Menéndez Riquelme a favor de Rebeca Toledo Cruz y otros); Exp. N.º 02380-2008-PHC/TC, (caso Milda Olarte Pariona); Exp. N.º 02077-2009-PHC/TC, (caso Moisés Hugo Castañeda Salazar); Exp. N.º 01204-2010-PHC/TC, (caso Julio César Surca Flores en favor de Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez); Exp. N.º 6653-2006-PHC/TC, (caso Pietro Cuccio Pellegrini); Exp. N.º 00614-2010-PHC/TC, (caso Marco Antonio Cárdenas Minaya y otro); Exp. N.º 06688-2008-PHC/TC, (caso Joseph Paulgamarra Guerrero); Exp. N.º 06104-2009-PHC/TC, (caso Jorge Dario Tello Rojas a favor de Héctor Calli Chino); Exp. N.º 03163-2010-PHC/TC, (caso Ana del Carmen Mendoza Chirichigno); Exp. N.º 01674-2010-PHC/TC, (caso Luis Martin Castro Ortega a favor de Luis Humberto Mejía Muñoz); Exp. N.º 5325-2006-PHC/TC, (caso David Aníbal Jiménez Sardón); Exp. N.º 00214-2007-HC/TC, (caso Giovanna Huaco Velasquez); Exp. N.º 03183-2008-PHC/TC, (caso Roger Amuruz Gallegos); Exp. N.º 00884-2011-PHC/TC, (caso Julio Armando Ormeño Muñoz a favor de Julio Alberto Ormeño Eccos y otra); Exp. N.º 02049-2009-PHC/TC, (caso José Luis Espinoza Cruz); Exp. N.º 02274-2010-PHC/TC, (caso Elmer Abel Preciado Mejía); Exp. N.º 03785-2008-PHC/TC, (caso Edilberto Pérez Etene y otro); Exp. N.º 04630-2009-PHC/TC, (caso José Francisco Vargas Vega); Exp. N.º 00539-2010-PHC/TC, (caso Germán Adolfo Paúcar Mejía); Exp. N.º 05089-2008-PHC/TC, (caso Alberto Cárdenas Vega).

586 Exp. N.º 8125-2005-PHC/TC, (caso Jeffrey Immelt y otros); Exp. N.º 8453-2005-PHC/TC, (caso Joseph Anthony Pompei y otros); Exp. N.º 8123-2005-PHC/TC, (caso Nelson Jacob Gurman); Exp. N.º 1940 2012-PA/TC, (caso Oscar Raul Meza Huere y

El TC peruano ha señalado que una: “acusación imprecisa, es decir, que no describa de modo claro los cargos atribuidos al imputado, no permitirá ejercer la defensa de modo adecuado⁵⁸⁷”.

El Tribunal Constitucional ha señalado que:

El juez penal cuando instaura instrucción por el delito por falsificación de documentos en general, omitiendo pronunciarse en cuál de las modalidades delictivas presumiblemente habría incurrido la imputada, y al no precisar si la presunta falsificación de documentos que se imputa a la favorecida está referida a instrumentos públicos o privados, lesiona su derecho a la defensa, toda vez que, al no estar informada con certeza de los cargos imputados, se le restringe la posibilidad de declarar y defenderse sobre hechos concretos, o sobre una modalidad delictiva determinada y, con ello, la posibilidad de aportar pruebas concretas que acrediten la inocencia que aduce⁵⁸⁸.

2.5. *¿Qué clase de concertación prohíbe la norma penal?*

147 Tal como reconoce la doctrina se puede perjudicar al Estado (dolosa o culposamente) sin que se haya incurrido en una concertación previa con los interesados o se haya llegado a un acuerdo colusorio. En estos casos no es posible aplicar el tipo penal de colusión ilegal, toda vez que falta y se echa de menos el elemento fundamental de la infracción: la conducta de concertar. Hay una atipicidad objetiva de la conducta.

En el delito de colusión ilegal no se castiga cualquier forma de concertación, sino únicamente la **concertación** dolosa que puede traer consecuencias económicas nocivas para el Estado, ya sea porque se paga más por un producto

otros); Exp. N.º 00214-2007-HC/TC (Caso: Giovanna Huaco Velasquez); Exp. N.º 00801-2010-PHC/TC (Caso Teófilo Mario Ochoa Vargas).

587 Exp. N.º 03057-2008-PHC/TC, (caso Freddy Bill Cordero Palomino).

588 Exp. N.º 3390-2005-PHC/TC, (caso Margarita Toledo Manrique): “Esta omisión ha generado un estado de indefensión que incidirá en la pena a imponerse y en la condición jurídica de la procesada, lo cual demuestra que el proceso se ha tornado en irregular por haberse transgredido los derechos fundamentales que integran el debido proceso, esto es, el derecho de defensa; ello, a su vez, ha determinado la afectación de la tutela jurisdiccional, ambos garantizados por la Norma Constitucional”. También véase, Exp. N.º 8125-2005-PHC/TC (Caso Jeffrey Immelt y otros).

de una determinada calidad o porque se contrata un precio determinado por un bien de menor calidad, habiendo concierto entre las partes.

La norma penal solo prohíbe la concertación fuera de ley⁵⁸⁹; que no es otra que aquella que termina perjudicando los intereses del Estado en una negociación llevada a cabo en *contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios subastas, u otra operación semejante*. Sin embargo, esta colusión defraudatoria requiere de una serie de precisiones para desentrañar su correcto significado.

No toda concertación o acción de ponerse de acuerdo es relevante para el Derecho penal ni crea el riesgo típicamente relevante previsto por la norma⁵⁹⁰; de otro modo también las **concertaciones lícitas**, ventajosas o altamente beneficiosas para los intereses del Estado serían sancionadas y perseguidas por el derecho penal⁵⁹¹. Con ello, se pasaría por alto que todo contrato estatal –o la inmensa mayoría de negociaciones económicas– que desarrolla el Estado suponen actos de concertación, comunión de voluntades o acuerdos entre dos o más partes; y no por ello se está ante actos delictivos.

Si se parte que no toda concertación se encuentra prohibida por la ley penal, queda claro que la primera forma de acuerdo, o de concertación, que queda excluido del ámbito normativo es la **concertación ventajosa** o que genera beneficios para el Estado, tanto por la forma y modo que se llevó a cabo el acuerdo como por la inexistencia del perjuicio. Si el funcionario o la comisión a cargo del proceso de contratación cumplió con respetar escrupulosamente el procedimiento reglado o los requisitos para llegar al acuerdo y dicha acción trajo consecuencias favorables al Estado o la dependencia pública correspondiente, tanto en el precio y/o calidad del servicio o bien pactado, no habrá ni desvalor de la acción ni desvalor del resultado. Forman parte de este grupo de casos los contratos que partiendo de negociaciones previas generan ventajas comparativas o un ahorro sustancial a la entidad estatal.

148

589 Véase el R. N. 1480-2004 de fecha 22 de julio del 2004, en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p.1355.

590 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 413.

591 Véase la Ejecutoria Superior recaída en el Exp. 20-2003 del 18 de octubre del 2005, en BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto-NOLASCO VALENZUELA, José Antonio, *Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción*, t. I, p. 45.

Puede ocurrir que habiendo concertación que se revela, por ejemplo, a través del incumplimiento grosero del procedimiento administrativo dicha concertación no genere consecuencias perjudiciales al erario público ni provoque un perjuicio económico a la entidad estatal. Se trata aquí de una **concertación frustrada** o que no llega a tener éxito. Ello puede ocurrir por un **hecho fortuito**, independiente de la voluntad de las partes (v. gr., adquisición de un producto que luego eleva su precio drásticamente en el mercado internacional; hay un incremento notable de la demanda, etc.) o porque habiendo concertación hay un **cálculo fallido de ganancia** (v. gr., se cree que el comisionista va a salir beneficiado económicamente cuando finalmente pierde). No cabe duda que estamos ante la presencia de un inequívoco desvalor de la acción que determinará según el caso la configuración de una responsabilidad penal en grado tentativa⁵⁹².

En sentido contrario, es posible que no habiendo una concertación defraudatoria entre las partes, sino una participación regular de proveedores sin ningún ingrediente de ilicitud se produzca un perjuicio al patrimonio al Estado y que dicho daño no dependa ni haya sido controlado o conocido por las partes intervinientes al momento de llegar a un acuerdo. Hay aquí una “concertación” lícita, en la que no concurre algún ánimo defraudatorio y que el perjuicio o daño al patrimonio al Estado se produce por otras causas que no parten de la negociación o el acuerdo mismo v. gr., la maquinaria que se vende por parte de un concesionario ha sido adecuada, pero resulta que tiene defectos de fabricación (v. gr., en el diseño o la estructura) y de la que es responsable la casa matriz de la maquinaria. Si bien hay un resultado perjudicial dicho evento no se debe a la creación de un riesgo prohibido o a una conducta que realiza el núcleo del injusto penal.

En tales casos no es posible imputar responsabilidad penal alguna en la medida que falta un riesgo típico y el presunto resultado se debe a conductas distintas a las prohibidas por la norma penal. Aquí no hay injusto penal por ausencia de desvalor de la acción. Normalmente en esta hipótesis podrá

592 Considera que se está solo ante un acto preparatorio, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de derecho penal español (parte especial)*, t II, p. 420. En la doctrina rechaza la posibilidad de tentativa; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico, Parte especial*, t. II, p. 1110; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, p. 343; CATALAN SENDER, Jesús, *Los Delitos Cometidos por Autoridades y Funcionarios Públicos en el Nuevo Código penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, p. 321.

haber un daño indemnizable u otras acciones civiles tendientes a rescindir el contrato y al pago de una reparación. Ni siquiera puede hablarse de una tentativa punible.

De lo dicho queda claro que en el delito de colusión ilegal debe verificarse dos elementos esenciales: el **disvalor de la acción** que consiste en el acto de concertar con el fin de perjudicar al Estado (tipo básico) y el **disvalor del resultado** que viene a presentarse con el perjuicio patrimonial⁵⁹³ (tipo agravado).

La concertación con los interesados necesariamente es un comportamiento **doloso**⁵⁹⁴, lo cual fluye del significado del verbo típico como del sentido social de la conducta. No puede comprenderse dentro de los alcances de la norma un perjuicio causado a los intereses económicos del Estado como consecuencia de una conducta imprudente o que supone simplemente el incumplimiento o inobservancia de los requisitos generales o específicos de la normatividad estatal, propia de los procesos de contratación. No existe la figura de la concertación culposa y en caso lo hubiese dicha conducta no se encuentra alcanzada por la norma penal.

Es posible distinguir entre la concertación necesaria para llegar a un acuerdo o que es indispensable en toda negociación que se cierra o termina; de la concertación que se realiza con el fin de defraudar, engañar o perjudicar al Estado y que supone la ejecución de ciertos actos o la omisión de ciertos procedimientos o acciones administrativas. Al Derecho penal solo le interesa esta última forma de concertación; mientras que la primera carece de cualquier relevancia jurídico penal.

2.6. Concertación y engaño

Según un criterio extendido en la doctrina comparada en ocasiones la concertación se entiende como sinónimo de engaño, de simulación o maqui-

593 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 410.

594 Cfr. MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 339; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Compendio de derecho penal español (parte especial)*, p. 838; GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso – GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el Código Penal del 2000*, p. 343; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 410; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1109. Véase el R. N. 2300-2004 del 17 de enero del 2005.

nación⁵⁹⁵, conductas similares que tienen como finalidad defraudar. En este sentido, concertar sería sinónimo de **engañar** y de **dar apariencia de actitudes legítimas**⁵⁹⁶, de tal modo que debería exigirse en la configuración de la tipicidad objetiva del delito de colusión una maniobra engañosa, tendiente a presentar una *mise in scene*⁵⁹⁷ con el fin de inducir a error a la concreta dependencia estatal generando un desplazamiento patrimonial. Dicho criterio se relaciona con aquél punto de vista que considera a la colusión ilegal como una figura similar al delito de estafa y que tiene como especial particularidad la afectación del patrimonio del Estado y no la de una persona cualquiera⁵⁹⁸.

Este criterio interpretativo ha encontrado algún reconocimiento en nuestra jurisprudencia penal⁵⁹⁹ al sostenerse que “la concertación debe darse de manera fraudulenta, es decir mediante maniobras de engaño, dando la apariencia de actitudes legítimas, ocultando los hechos a la otra parte”⁶⁰⁰; “la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño que se traducen en un perjuicio patrimonial -potencial o real para la Administración Pública⁶⁰¹” y que en el delito de colusión: “se ha de realizar maniobras

595 Cfr. RODRÍGUEZ DEvesa, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español (PE)*, p. 1196; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 401.

596 En este sentido ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 265. Véase también el Dictamen del Fiscal Supremo en lo penal recaído en el R. N. 740-2003 de fecha 04 de junio del 2004 en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p.1323.

597 No condiciona este requisito, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis – OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 403.

598 Véase, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la Administración pública*, p. 207.

599 Véase el R. N. 3042-2004 de fecha 14 de enero del 2005 en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p. 1360; también el R. N. 558-2005 del 05 de julio del 2005.

600 Véase el R. N. N.º 1819-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 1558-2010 del 06 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

601 Véase el R. N. N.º 256-2013 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 978-2011 del 21 de marzo del 2012 de la

de engaño, llevar a cabo diversas modalidades confabulatorias enderezadas a perjudicar económicamente a la Administración, a lesionar los intereses patrimoniales o la regularidad y corrección del servicio público”⁶⁰². También se ha destacado que el delito de colusión: “debe contener el elemento fraude, es decir, engaño, ocultando hecho, violando sus deberes, dando la apariencia de actos legítimos perjudicando los intereses de la administración”⁶⁰³.

Pese a lo interesante de esta construcción y el trazo de similitud con el delito de estafa creemos que dicha construcción no es de recibo en nuestro derecho positivo⁶⁰⁴. Por el contrario, esta postura se resiente de manera abierta con el principio de legalidad al reducir el delito de colusión ilegal y su modalidad típica concreta de *concertación* a una sola forma de conducta como si la ley se refiriera a una *maniobra engañosa*. La concertación no supone la realización y ejecución de un engaño o de una maniobra similar.

En primer lugar, debido a que normalmente quién tiene en sus manos el desarrollo del iter negocial y el desplazamiento patrimonial es el funcionario que actúa en razón a su cargo⁶⁰⁵ o en base a una comisión especial. Dicho funcionario es muy conciente del acuerdo de voluntades (concertación) que realiza con los terceros interesados, en la medida que sabe perfectamente los alcances y límites del acto de concierto. El funcionario participa muchas veces en todo el iter negocial y cuenta con el poder de decisión que le permite justamente concretar el fraude⁶⁰⁶.

Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

602 Véase el R. N. N.º 1621-2009 del 17 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

603 Véase el R. N. N.º 126-2010 del 01 de marzo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo), el R. N. N.º 2170-2010 del 06 de octubre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

604 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1104; MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 29.

605 Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los Delitos contra la Función Pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y Judicial*, p. 404.

606 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la Administración pública*, p. 208.

En segundo lugar, no toda defraudación supone necesariamente la ejecución de un comportamiento engañoso⁶⁰⁷. Para defraudar la confianza de una persona no siempre se tiene que engañar a ésta, induciéndola a error. El engaño es una forma de defraudación que no agota su sentido ni la variedad de conductas que pueden ser recogidas en el tipo penal.

En tercer lugar, no vemos cómo puede equipararse el incumplimiento u omisión de deberes funcionales tendientes a lograr una negociación exitosa que beneficia a la organización estatal, o a una parte de ella, con la realización de una maniobra engañosa.

En cuarto lugar, la afectación del patrimonio estatal no se produce ni tiene su causa directa en una supuesta maniobra engañosa, sino en una concertación previa o un acuerdo explícito entre los funcionarios públicos y los terceros interesados. En realidad, en el delito de colusión hay un comportamiento absolutamente contrario y distinto a un engaño, dado que el particular y el funcionario se ponen de acuerdo de manera consciente y deliberada para perjudicar al Estado. Ni los particulares inducen a error a los funcionarios ni los funcionarios inducen a error a los particulares, entre ellos no hay engaño, sino un acuerdo plenamente consciente y libre en cualquiera de las etapas del contrato estatal.

En quinto lugar, se confunde el hecho de realizar una negociación a espaldas o en contra de los intereses estatales con la ejecución de un acto engañoso, pasando por alto que una cosa es ignorar los intereses de la entidad pública y otra muy distinta es engañar.

Por último, el sentido del engaño es que se induce a error a una determinada persona física. Una entidad inmaterial como una persona jurídica de derecho público no puede ser engañada o inducida a error, pues dicho comportamiento solo es predicable de las personas físicas. Sin embargo, puede ocurrir como hipótesis de trabajo que todos los funcionarios públicos que participan en la tramitación, celebración o ejecución de un contrato estatal actúen en concierto y acuerdo ilegal con los interesados, de tal modo que ninguno actúa bajo error o a raíz de una percepción equivocada de la realidad, sino todo lo contrario con plena capacidad y conciencia de lo que realizan. El

607 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de derecho penal español (PE)*, t. II, p. 422; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1104.

ente público no puede ser engañado sino a través de las personas que actúan en su nombre⁶⁰⁸.

La posición que se sustenta no niega que a veces la colusión ilegal pueda revestir la forma de un engaño al Estado –como cuando se simula una segunda etapa de mantenimiento de trochas carrozables, obra que no fue ejecutada⁶⁰⁹– sino que lo único que se critica es el reducir la interpretación de la concertación al engaño.

2.7. Concertación y el uso de cualquier artificio

El Código Penal peruano solo castiga en el delito de colusión ilegal el empleo de un medio típico determinado y concreto: la concertación. No criminaliza otra conducta distinta a la concertación; de tal modo que ésta constituye el único disvalor de la acción que prohíbe la norma penal.

Dicha opción político criminal de configuración de la norma penal dista de algunas posiciones legislativas asumidas en el derecho comparado como ocurre, por ejemplo, en el derecho español en donde se castiga junto a la “concertación” el *uso de cualquier otro artificio*. Ello permite incluir otras variables de conducta que perjudican el patrimonio estatal pero que son distintas a la concertación de voluntades⁶¹⁰. Por tal razón, se posibilita la sanción del funcionario público que defrauda el patrimonio del Estado al margen de los actos de concertación v. gr., Uso de un mecanismo mendaz con el solo propósito de ayudar a un tercero, sin concertar con él.

Por ejemplo, la jurisprudencia española subsume dentro de los alcances de esta formulación típica los casos en el que el funcionario oculta a la entidad pública su interés personal en una operación, hecho que luego se conoce v.

608 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la Administración pública*, p. 208.

609 Véase el R. N. N.º 168-2004 del 26 de noviembre del 2004.

610 Cfr. MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 339; CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 311; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de derecho penal español (parte especial)*, t. II, p. 418 y 421; ORTS BERENGUER, Enrique, *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. II, p. 1862; MORALES PRATS, FERMÍN Y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, p. 1261.

gr., El alcalde oculta al concejo su calidad de accionista de una empresa a la que se le adjudica un contrato⁶¹¹.

2.8. La problemática de la omisión impropia

La posición de garantía de los funcionarios públicos

153

Si bien los funcionarios públicos poseen una función de protección de los intereses concretos de la administración pública, ya sea protegiendo un determinado bien jurídico o una diversa gama de bienes, o controlando peligros específicos que pueden afectarlos en virtud de un mandato normativo o la delegación que reciben por ley o de otro funcionario⁶¹² desde que asumen el cargo; hay funcionarios que por la concreta función que desempeñan en una situación poseen una *obligación jurídica – normativa directa* de custodiar y proteger los intereses patrimoniales del Estado cuando intervienen en determinados negocios jurídicos como los contratos estatales administrativos v. gr., suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante⁶¹³.

En efecto, los funcionarios públicos que actúan en razón al cargo, y dentro de una función específica, o a partir de una comisión especial (delegación normativa o de otro orden) asumen un deber jurídico intensificado de proteger los intereses y el patrimonio del Estado al negociar con particulares,

611 Cfr. CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 312.

612 Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el Código penal del 2000*, p. 317; GUIMARAY MORY, Erick – RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio, “Colusión por comisión por omisión. El caso de los Alcaldes y los Presidentes Regionales”, en: *Revista Ius et Veritas*, Lima: N.º 51, diciembre 2015, pp. 292 y ss. Véase el R. N. 1016-2004 de fecha 14 de febrero del 2005.

613 Por todos, DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “El funcionario público ante el Derecho Penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, N.º 20, enero del 2010, p. 18; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la Administración pública*, p. 207 para quien: “El funcionario que por su posición en el ente público interviene con facultad decisoria en esos procesos es el garante, y por ello responsable de la corrección de las decisiones que se producen en ese ámbito; una responsabilidad conforme al cometido que le compete, en cualquiera de los actos que forman parte del citado proceso, y que le permite determinar el resultado final del mismo”.

con personas jurídicas –sean de derecho público o privado, nacionales o extranjeras– vigilando que los acuerdos sean más convenientes y útiles, tanto en precio y en calidad, para la entidad a la que representan.

Desde el punto de vista normativo tienen el deber de actuación adecuado en cuanto al control, vigilancia y preservación del patrimonio estatal.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “la singularidad de este ilícito es que sólo el funcionario público es quien puede vulnerar los deberes inherentes al cargo, al constituir un garante de los intereses estatales que se ven involucrados en los contratos administrativos”⁶¹⁴.

La omisión de denuncia y el delito de colusión

Debe distinguirse de manera nítida los casos en los que cualquier funcionario público se concentra con el particular del caso en el que se omite denunciar un acto de concertación ilegal que conoce de un funcionario que por razón del cargo se encuentra capacitado para intervenir en el contrato o convenio. Creemos, que en el segundo caso, a lo sumo habrá un caso de omisión de denuncia, siempre que exista un deber jurídico por parte del funcionario de comunicar este hecho a las autoridades correspondientes (Ministerio Público, Policía Nacional o Contraloría General de la República)⁶¹⁵.

154

En efecto, el caso de concertar en un contrato administrativo debe distinguirse de los casos de omisión de denuncia, pues en el primer caso existe la realización de un injusto penal propio del delito de colusión, mientras que el segundo caso solo se configura cuando ante a la comisión del delito se omite informar a las autoridades, teniendo la obligación de hacerlo⁶¹⁶. En ambos supuestos los deberes infringidos no son los mismos: en la omisión de denuncia se trata de la infracción de un deber de comunicar a los órganos competentes,

614 Véase el R. N. N.° 1969-2012 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 1904-2012 del 25 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 799-2011 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

615 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1108; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, p. 269.

616 Para ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 264 habrá un abuso de autoridad omisivo.

mientras que en la concertación hay una clara conducta de autoría que supone una defraudación al Estado.

La Corte Suprema ha destacado que “al constituir un elemento del tipo del delito de colusión, la concertación solo puede realizarse de manera comisiva y no omisiva, conforme con la pretensión del Ministerio Público; por tanto, la omisión de denunciar actos ilegales de un funcionario colega no es, por sí misma, una concertación; aquí a lo mucho existiría un delito de abuso de autoridad omisivo, debido a la calidad del agente, comprendido en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, que por el marco punitivo con que es sancionado ya se encontraría prescrito, careciendo de relevancia remitir copias al representante del Ministerio Público”⁶¹⁷.

- 155** Debe destacarse que cuando el funcionario público que participa de las tratativas, en la celebración del contrato o en su ejecución del mismo pero solo guarda silencio y con ello permite que haya un comportamiento defraudatorio a los intereses del Estado de otros funcionarios estamos frente a un caso de complicidad omisiva (primaria), más que una responsabilidad por coautoría omisiva⁶¹⁸, siempre, por supuesto, que haya una concertación ilícita activa cometida por otro funcionario y que es conocida plenamente por él. No creemos que el guardar silencio sea equivalente desde el punto de vista normativo y estructural a la conducta prohibida por el tipo penal: de concertar que es una acción eminentemente activa. En efecto, quien guarda silencio no obra en concierto para perjudicar el Estado, pues simplemente realiza un comportamiento omisivo, facilitador del delito.

Para que haya la tipicidad del la complicidad omisiva en el delito de colusión no solo es necesario verificar la competencia del funcionario para intervenir en cualquier fase del proceso de contratación estatal (v. gr., preparación, suscripción y ejecución) y que no realice un comportamiento al que se encontraba obligado, formal o materialmente, sino que, además, debe acreditarse que el acto que omitió realizar se hizo con plena conciencia de

617 Véase el R. N. N.° 1167-2010 del 24 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

618 Admite la posibilidad de complicidad omisiva: PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 111 aunque también considera la posibilidad de que se cometa el delito de omisión de funciones o el delito de omisión de denuncia. Sin embargo, acepta la coautoría ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 409.

que con ello brindaba una ayuda a la consumación de la concertación llevada a cabo por otros funcionarios con los terceros interesados.

Si el funcionario omite la realización de un acto al que estaba obligado y que era eficaz en la protección del bien jurídico (sistema de contratación del Estado) pero se demuestra que ese comportamiento fue descuidado, negligente no puede dirigirse contra él reproche penal alguno. Igual ocurre cuando luego de la actuación de la prueba en el proceso penal no se puede concluir, más allá de una duda razonable que sabía que con su conducta omisiva ayudaba a la consumación de la concertación ilegal en el concreto contrato estatal.

El titular de la imputación como de la carga de la prueba tendiente a acreditar todos los elementos del delito (objetivos y subjetivos) es el Ministerio Público (artículo 159.4 de la Const.). Le corresponde a la fiscalía imputar la conducta dolosa y probarla adecuadamente en el proceso penal. Si el Ministerio Público no prueba los elementos del injusto penal, entre los que el dolo desempeña un papel estelar, se debe dictar una sentencia absolutoria.

¿La no supervisión (o falta de control) de cualquier etapa del proceso de contratación puede equipararse a la comisión del delito de colusión?

Uno de los problemas más importantes en el delito de colusión es determinar si existe responsabilidad penal por el delito de colusión en el caso de que un funcionario público que ocupa un puesto de jerarquía en la administración pública no realiza algún acto de control y supervisión sobre otro funcionario y como consecuencia de ello se produce una concertación dolosa.

156

El superior jerárquico infringe sus deberes de supervisión, control y vigilancia y como consecuencia de ello se produce un acto de concertación dolosa. La pregunta que surge aquí es si la falta de supervisión y vigilancia se equipara a la comisión del delito de colusión.

En la doctrina peruana se considera que la delegación no implica el abandono de la situación de vulnerabilidad del bien jurídico, de forma que el que delega mermando las condiciones de seguridad existentes puede responder por los daños que se derivan del empeoramiento de la situación previa a la delegación. De esta manera, el superior jerárquico mantiene un dominio personal sobre el resultado lesivo al bien jurídico. Dicha posición -a

criterio de este punto vista- es perfectamente aplicable al caso de los alcaldes y presidentes regionales, quienes mantienen el deber de vigilar y controlar el comportamiento de sus subordinados⁶¹⁹.

157 Al respecto, un caso muy interesante fue tratado por la jurisprudencia suprema cuando sancionó a quien en:

Su condición de administrador general de la entidad agraviada se encontraba en la obligación de supervisar las acciones correspondientes al sistema de abastecimiento, evidenciándose con su inacción no sólo su voluntad de infringir sus deberes inherentes al cargo que desempeñaba, sino además el concierto de voluntades, al permitir la suscripción de contratos con anterioridad al proceso de adjudicación directa⁶²⁰.

Como puede verse de la ejecutoria suprema al acusado no se le condena específicamente por haber suscrito algún contrato leonino o perjudicial a los intereses del Estado ni se establece mención o prueba alguna de si mantenía la competencia funcional para suscribirlo, sino que la imputación que fluye de los hechos probados es que permitió la suscripción de los contratos con anterioridad al proceso de adjudicación directa, infringiendo con ello los deberes inherentes al cargo. Por lo demás, resulta extraño que no haya pronunciamiento alguno respecto a los funcionarios que celebraron el contrato. Dichos funcionarios serían de ser el caso, en realidad, los que pudieron concertaron de manera real y efectiva con los terceros interesados.

158 El no supervisar no implica que se comete el delito de colusión y no siempre supone que se incurra en una conducta dolosa. El que no supervisa no concerta, sino solo infringe un deber extrapenal.

619 Cfr. GUIMARAY MORY, Erick y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio, "Colusión por comisión por omisión. El caso de los alcaldes y los presidentes regionales", en *Revista Ius et Veritas*, Lima: N.º 51, diciembre 2015, pp. 293 y 294: "Estos deberes de vigilancia y control han sido reconocidos por las normas extrapenales. Así, el artículo 20 de la Ley Orgánica de Municipalidades reconoce que son atribuciones del alcalde defender y cautelar los derechos e intereses de la municipalidad y los vecinos; así como supervisar la recaudación municipal, el buen funcionamiento y los resultados económicos y financieros de las empresas municipales y de las obras y servicios públicos municipales ofrecidos directamente o bajo delegación al sector privado. Mientras que el artículo 21 la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales señala que es una atribución (y deber) del Presidente Regional dirigir y supervisar la marcha del gobierno regional y de sus órganos ejecutivos, administrativos y técnicos".

620 Véase el R. N. N.º 278- 2005 del 10 de mayo del 2005.

La conducta de falta de supervisión por parte del titular de la entidad o de un alto funcionario no forma parte del contenido típico del delito de colusión (o del delito de peculado)⁶²¹.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “si bien el señor fiscal superior sustentó los cargos en este extremo, al señalar que el encausado Monteverde Pomareda titular del pliego de la Municipalidad Provincial de Tarma, no supervisó ni controló a su co procesado Cortez Porras -Director Municipal-, tales cargos resultan ajenos al núcleo rector del delito en comentario, lo que en todo caso configuraría una irregularidad administrativa que escapa de la esfera judicial penal”⁶²². De igual forma, ha señalado de que “es evidente que los supervisores, en cuanto ministros de Estado, tenían y debían ser informados de las principales actividades de la CPMP, por lo que esa información y el conocimiento resultante no tienen nada de delictivo o de irregular. Lo determinante es establecer si participaron en el conjunto de hechos específicos, o tuvieron conocimiento de ellos, que dieron lugar a una concertación delictiva con quienes vendieron el referido hotel y todos aquellos que estaban tras esa negociación lesiva al interés de la CPMP. Al respecto cabe subrayar, primero, que nadie los involucra; segundo, que solo conocieron de una manera general la transacción en cuestión; y, tercero, que no hay prueba que dirigieron, ordenaron, aceptaron o presionaron, a sabiendas de lo que ocurría con la real valorización del negocio hotelero en discusión, para que tal negocio se lleve a cabo”⁶²³.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado respecto a la imputación realizada contra un funcionario por el delito de colusión desleal sobre la base de haber omitido controlar y denunciar las graves irregularidades advertidas durante el proceso, pese a haber tomado oportunamente conocimiento de los hechos, propiciando con ello la consumación de los actos defraudatorios en agravio del Estado que resulta irrelevante: “para la configuración del tipo penal que el funcionario posea facultades de control posterior o de denunciar las irregularidades que pudieran detectarse, pues la omisión de estas obliga-

621 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 115.

622 Véase el R. N. N.º 440-2011 del 01 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).

623 Véase, R. N. N.º 118-2013 del 22 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

ciones no constituyen actos de contribución a la actuación defraudatoria de los funcionarios que intervinieron en la celebración de los contratos”⁶²⁴.

159 La Corte Suprema de Justicia en un pronunciamiento interesante ha recogido y dado solución a un caso muy sugestivo⁶²⁵ cuando señaló que:

(...)Aparece de lo actuado que en representación de la jefatura de infraestructura del MBI-PROGRAMA MAJ de la GCR-PJ e integrantes de la comisión de recepción, ambos mostraron su conformidad con la obra que se les hacía entrega -ver fojas setenta y siete- y expresaron que la misma había sido ejecutada de acuerdo al expediente técnico y levantadas las observaciones que se le formulara en su oportunidad, por lo que declaraban su conformidad a la obra y procedían a su recepción, pese a que las observaciones formuladas primigeniamente no habían sido subsanadas en su totalidad; que si bien los citados acusados han alegado que suscribieron dicha acta de favor pues se les informó que las observaciones habían sido subsanadas, dada su calidad de profesionales de la ingeniería tenían la obligación de verificar que en realidad la obra se encontrara operativa y ejecutada conforme a lo establecido en el correspondiente expediente técnico, situación que permite inferir la concertación entre los encausados y el contratista a fin de hacer aparecer como cabalmente ejecutada una obra que no se ajustó a los acuerdos previamente adoptados con la entidad contratante, encontrándose acreditada de esta manera la culpabilidad de los recurrentes.

En este fallo la Corte Suprema de Justicia funda la condena en el hecho que los ingenieros miembros de la comisión de recepción de la obra tenían la obligación –se entiende concreta y específica– de verificar que la obra se encontraba operativa y ejecutada conforme al expediente técnico, conducta que no realizaron, sino que, por el contrario, dieron su conformidad a la obra y procedieron a su recepción.

Al respecto de este fallo es necesario realizar algunas precisiones:

En primer lugar, queda claro que de los hechos probados los ingenieros tenían el deber normativo de verificar y controlar que la obra se entregue según las especificaciones técnicas. Por tanto, sea de una base jurídica es-

624 Véase el R. N. N.° 1463-2012 del 13 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

625 Véase el R. N. 648-2005 del 11 de octubre del 2005.

crita o en virtud a las competencias normativas propias de representar a la Jefatura de infraestructura e integrar en calidad de miembro debían cumplir una obligación concreta y determinada: controlar que la obra se encuentre operativa y ejecutada.

En segundo lugar, se comprobó la omisión e incumplimiento de un mandato normativo, pues pese a la delegación recibida, al ámbito de competencias y a su experiencia profesional no se evitó que la obra fuera entregada luego de levantar todas las observaciones.

En tercer lugar, resulta discutible que se utilice un solo elemento, dato o indicador para inferir y dar por probado la concertación. Se parte del incumplimiento de una obligación de control para dar por acreditada la concertación y enervar la presunción de inocencia. La gravedad de la omisión o la magnitud del incumplimiento funcional se utilizan como indicio suficiente para demostrar la concertación. Se pasa por alto que para probar de manera suficiente la concertación se requiere una pluralidad de indicios y que los mismos tengan un sentido unívoco y en donde no basta el solo incumplimiento de obligaciones por más graves e intensas que éstas sean.

Se ha confundido los planos de valoración normativa, pues la comisión del delito de omisión de deberes funcionales (art. 377) se hizo pasar como si se tratara de un acuerdo y concierto criminal, requisito del delito de colusión ilegal. Se olvida que según las leyes de la experiencia no siempre –y aquí hay que ser enfáticos– el incumplimiento de deberes funcionales, por más graves que sean, implican que haya de por medio un concierto criminal. De otro modo los incumplimientos groseros de deberes o la omisión de obligaciones elementales bastarían para probar el delito de colusión ilegal cada vez que se causa un perjuicio económico al Estado.

Por otro lado, la sentencia de la Corte Suprema funda la condena en haber formado parte de la comisión de recepción de obra y en concreto en haber recibido la obra que se encontraba en estado inoperativo, pero no señala si esta comisión estaba encargada también de la liquidación de obra y, por tanto, de realizar algún pago, o debía efectuar otra operación descrita en la ley como realizar “convenios, ajustes o suministros”. El formar parte de una comisión encargada de recibir una obra no supone por sí misma el efectuar de manera automática alguna de las operaciones económicas descritas en la ley penal; de

tal manera que ante la falta de una adecuada subsunción y precisión los más probable es que nos encontremos ante un comportamiento atípico del delito de colusión ilegal y que, como se ha dicho, en el peor de los casos, configura el delito de omisión de deberes funcionales.

- ¿Se puede cometer el delito de colusión por omisión impropia? ¿El funcionario puede concertar mediante un no hacer?

160 Otro de los problemas que se presentan en el delito de colusión es determinar si la concertación puede llevarse a cabo a través de comportamientos omisivos, en concreto, se discute si puede haber **autoría en comisión por omisión** en el delito o si se puede concertar a través de comportamientos omisivos.

161 Una primera posición plantea que es posible cometer el delito de colusión mediante **omisión impropia**, sobre todo cuando, por ejemplo, el funcionario omite intencionalmente el control y cumplimiento de ciertos requisitos del proceso de contratación estatal con el fin de favorecer a los interesados, de tal manera que mantiene de modo directo y personal el deber de evitar el daño al bien jurídico: sistema de contratación estatal⁶²⁶. Puede haber concierto mediante comisión por omisión en la medida que la omisión equivale a un actuar positivo.

La jurisprudencia peruana, de manera ciertamente minoritaria, acepta excepcionalmente la comisión por omisión en el delito de colusión al considerar, por ejemplo, la responsabilidad penal de un presidente regional por

626 Aceptan la autoría de la comisión por omisión en el delito de colusión: ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 409; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos contra la Administración pública en el Código Penal*, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 403; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal*, parte especial, t. V, p. 344; MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en: *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 27; GUIMARAY MORY, Erick – RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio, “Colusión por comisión por omisión. El caso de los alcaldes y los presidentes regionales”, en *Revista Ius et Veritas*, Lima: N.º 51, diciembre 2015, p. 295 aunque reconoce que “no cualquier infracción de deber de vigilancia o supervisión puede constituirse como un comportamiento comisivo por omisión del delito de colusión”.

el despliegue de una serie de actos omisivos durante las diversas etapas del proceso de contratación, tales como⁶²⁷:

- i) En la elaboración del expediente técnico omitió ordenar se verifique el cumplimiento de todos los extremos del contrato suscrito con los consultores externos y si habían o no cumplido con los requisitos legales en su elaboración;
- ii) los expedientes técnicos elaborados por los consultores externos fueron aprobados por la presidencia regional mediante resoluciones ejecutivas regionales a fin de que lo más pronto posible sean licitados por la Organización de Estados Iberoamericanos para la contratación de una empresa que realice el trabajo de mantenimiento de los trece tramos carreteros;
- iii) nunca asumió como presidente regional la posibilidad de realizar directamente las obras, razón por la que obvió controlar y/o fiscalizar el cumplimiento de los requisitos técnicos que garantizaran una correcta ejecución del mantenimiento de los tramos carreteros;
- iv) En la etapa de selección el acusado antes de suscribir el contrato no se informó sobre si el contratista había cumplido con todos los requisitos legales. El presidente regional estaba facultado para disponer la revisión del cumplimiento de los requisitos exigidos por ley, más aún si el proceso de licitación había sido llevado por una entidad ajena al aparato estatal, como es la Organización de Estados Iberoamericanos;
- v) las visaciones que obran en el contrato estatal por parte de la Oficina Regional de Asesoría Jurídica y de la Oficina Regional de Administración, no soslayan la obligación que debían de cautelar los intereses económicos del Gobierno Regional;
- vi) el contrato se firmó con el visto bueno de los responsables de cada área, pero sin los antecedentes respectivos. Se limitó a suscribir la citada instrumental, sin llevar a cabo un mínimo examen o revisión del mismo;
- vii) la Gerencia General Regional recibió Informes firmados por el director de la Oficina de Supervisión, Liquidación y Transferencia

627 Véase el R. N. N.º 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

de Proyectos de Inversión, donde hace referencia a la presencia de subcontratistas en la ejecución de la obra de dos tramos carreteros, circunstancia que permite concluir que el acusado tenía conocimiento de las sub – contrataciones. Igual ocurrió con la Oficina de Asesoría Jurídica;

- viii) La sentencia condenatoria de la Corte Suprema precisó que “resulta inverosímil que habiéndose informado hasta a tres dependencias del Gobierno Regional del Cusco de la existencia de los sub - contratos que realizaba Joel José Salazar Salcedo, dicha situación no fuera comunicada a la Presidencia Regional, evidenciándose que esta última no adoptó las medidas correctivas a las que está obligada por ley, lo que tiene congruencia con la concertación entre los funcionarios públicos y los *extraneus*”;
- ix) Dicha sentencia también destaca que cuando se le comunicó verbalmente al presidente regional que se había detectado la existencia de algunos sub – contratistas (que estaban prohibidos expresamente en el contrato estatal) remitió la documentación a la oficina de supervisión a cargo de la oficina de Liquidación y Transferencia de Proyectos de Inversión quien a su vez lo envió al asesor legal quien le explicó que dichos subcontratos se trataban de copias simples y no estaban legalizados, por lo que no se podía hacer nada mientras no aparecieran los originales, situación que evidencia la omisión de velar por los intereses del Gobierno Regional del Cusco;
- x) luego de los sucesivos incumplimientos del contratista se interviene la obra y finalmente se resuelve el contrato. De ello se desprende, según la sentencia, que el presidente regional: “tuvo conocimiento de los subcontratos, transcurrieron dos meses para la intervención económica y siete meses para la resolución de contrato, situación que conllevó al detrimento patrimonial en perjuicio de la mencionada entidad pública, acreditándose el incumplimiento de sus obligaciones por parte del citado procesado”.

En dicha la fundamentación dogmática del delito de colusión mediante comisión por omisión se plantea en los siguientes términos:

Ciertamente, en un ámbito de organización complejo el obligado principal, por dirigir la estructura global, tiene dentro de sus deberes el de delegar funciones de tal manera que la entidad pueda alcanzar sus fines, siendo

que el deber del delegante respecto de la salvaguarda de bienes jurídicos, no desaparece, sino que se transforma en un deber residual de control, supervisión y vigilancia de aquello que también responsablemente, realizan los delegados⁽⁶²⁸⁾, es decir, dicho deber residual lo obliga al delegante a controlar los posibles riesgos o peligros derivados de la potestad de delegar, consecuentemente de evitar la comisión de hechos delictivos por parte de los subordinados⁽⁶²⁹⁾ siendo esto así emerge una posición de garante sobre los riesgos, generados por la administración pública, sin embargo, el superior no puede ser responsable de evitar todo tipo de actuación riesgosa de sus subordinados, sino que se hace responsable de evitar aquellos eventos lesivos vinculados al giro de la empresa⁽⁶³⁰⁾. En el presente caso correspondía al Presidente Regional del Cusco velar por el patrimonio de la entidad pública de la que era titular, que entregó al contratista para la ejecución del mantenimiento de los trece tramos carreteros, la suma de diez millones ochocientos ochenta y dos mil novecientos diez nuevos soles con veintiocho céntimos -según coinciden los peritos a fojas veinticuatro mil tres veinticinco mil ciento noventa y uno, y veintinueve mil cuatrocientos noventa y seis-; sin embargo, pese a tener conocimiento de las subcontrataciones realizadas por Joel José Salazar Salcedo y que ninguno de los funcionarios o servidores del Gobierno Regional -Gerencia de Infraestructura a cargo de Guido Gallegos Cáceres o el Supervisor de Obra Daniel Morgan Merino Yopez - asumían medidas correctivas al respecto, emitió la Resolución Ejecutiva Regional que aprobó la intervención económica la obra, con el que consentía el actuar ilícito del contratista y sus socios -Nelly Palomino Chacca, Alex Milenko Cárdenas Tresierra-, permitiendo que estos se apropiaran indebidamente de los fondos públicos⁶³¹.

En otro caso la Corte Suprema también ha destacado en el tratamiento de la situación jurídica de unos regidores que:

Por lo que, tanto de forma omisiva -al no efectuar decididamente ninguna acción tendiente a impedir el resultado lesivo o verificar los alcances del

628 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, B. de F. Buenos Aires: 2009, p. 25.

629 MARTÍNEZ BUJAN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte general*, Tirant le Blanch, Valencia: 2007, p. 500.

630 DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Sobre la posición del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados", en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Colex, Madrid: 2008, p. 61.

631 Véase el R. N. N.º 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

acta que antecedió al último proceso de selección- cuanto comisiva -al suscribir el acta que otorgaba la buena pro y con ello dar fe de la legalidad del acto- su responsabilidad está plenamente acreditada⁶³².

En este caso la Corte Suprema considera que la concertación se releva a través de la ejecución de una serie de conductas: tanto activas como omisivas. Pese a que se reconoce que puede haber momentos omisivos en el delito de colusión con ello no se afirma, al menos de manera explícita, que se admite la autoría mediante comisión por omisión.

De igual forma, la jurisprudencia de algunas salas superiores anticorrupción aceptan la posibilidad de la comisión por omisión:

Por otro lado, al ser un delito de infracción de deber no solo se configura como un delito de comisión, sino de omisión impropia (artículo 13 del Código Penal) que, entre otras de sus manifestaciones, tiene el deber de garante y el principio de confianza. En relación al “deber de garante”, los funcionarios públicos (*intraneus*) que actúan en razón de su cargo y en cumplimiento de su funciones constitucionales y legales tienen el deber de control, vigilancia y preservación de los intereses del Estado (bienes, obras, servicios, concesiones etc.) en la contratación Pública con los particulares. Cada uno de los miembros del Órgano Colegiado o Comité Especial de la Entidad u Organismo estatal convocante en la tramitación, suscripción y ejecución de la contratación Pública, tiene el deber de verificar⁶³³ la información que presentan los postores contenidos en el expediente administrativo (precios, calidad, condiciones, características, etc.) la que debe corresponderse con los requerimientos, las especificaciones técnicas, las

632 Véase el R. N. N.º 1903-2009 del 23 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo): “era evidente que conocía el real alcance del acta que suscribía y como tal no era legalmente posible que otorgue la buena pro a un postor que incumplía lo requerido por las bases y no tenía la documentación necesaria para participar en el proceso, más aun si otro postor fue descartado del mismo por estar en similar situación que la empresa ganadora, de modo que, atentos a su grado de instrucción -Contador Público Colegiado- y el cargo que ocupaba -Director Municipal-, no es factible aceptar que desconocía las normas del proceso de contrataciones públicas, por lo que el haberse consignado en la parte final del acta una mención especial sobre a quién le correspondía verificar o controlar las cláusulas de un acuerdo, a todas luces ilegal pues la empresa en modo alguno podía contratar con el Estado”.

633 “(...) dada su calidad de profesionales de la ingeniería tenían la obligación de verificar que en realidad la obra se encontrara operativa y ejecutada conforme a lo establecido en el correspondiente expediente técnico, situación que permite inferir la concertación entre los encausados (...)” (el R. N. N.º 468-2005 del 11 de octubre del 2005).

bases administrativas y los requisitos legales. También tienen el deber de **supervisar**⁶³⁴ las acciones correspondientes en al proceso de contratación, en pro de los acuerdos más convenientes y óptimos a favor a la entidad que representan. Si el funcionario no está de acuerdo con la decisión de sus miembros u observa alguna irregularidad en el curso del proceso de contratación, tiene que emitir su voto en contra, y no solo ello, además se tiene que constatar un riesgo permitido hasta la ejecución de la ejecución de la contratación⁶³⁵.

Un segundo punto de vista, estima que el verbo típico “concertar” excluye la autoría por omisión impropia ya que el mismo supone un ponerse de acuerdo que solo puede cometerse a través de una exteriorización de voluntades y un claro comportamiento activo⁶³⁶. Si concertar implica ponerse de acuerdo dos o más personas dicha conducta es básicamente positiva, dado que no hay acuerdo mediante omisiones o dejar de hacer algo.

162

La doctrina penal peruana se ha pronunciado de manera absolutamente mayoritaria en contra de que el delito de colusión se pueda cometer a título de autoría mediante omisión impropia⁶³⁷ o que pueda haber concertación mediante un no hacer sea que se trate de un funcionario que intervenga en

634 “(...) su condición de administrador general de la entidad agraviada se encontraba en la obligación de supervisar las acciones correspondientes al sistema de abastecimiento, evidenciándose con su inacción no sólo su voluntad de infringir sus deberes inherentes al cargo que desempeñaba, sino además el concierto de voluntades, al permitir la suscripción de contratos con anterioridad al proceso de adjudicación directa (...)” (el R. N. N.º 278-2005 del 10 de mayo del 2005).

635 Véase el EXP. 00185-2011-10-1826-JR-PE-02 del 29 de agosto del 2013 de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima (ponente: Castañeda Otsu).

636 En este sentido, CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 319; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 264. Véase el R. N. N.º 510- 2004 del 21 de enero del 2005.

637 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1107; PARIONA ARANA, Raúl; *El delito de colusión*, p. 111; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 264; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, p. 320; CARRIÓN DÍAZ, Juan Y CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 48; BENDEZÚ BARNUEVO, Rocci, “Análisis típico del delito de colusión y su tratamiento jurisprudencial”, en *Revista de Investigación Jurídica*, 2011, p. 14.

cualquiera etapa del proceso de contratación o sea que pertenezca como miembro a un órgano colegiado que interviene en dicho proceso.

El sentido social y normativo de verbo concertar denota una conducta eminentemente activa por la que un funcionario público y un particular se ponen de acuerdo para defraudar al Estado en un contrato estatal. Dicho acuerdo supone una manifestación de voluntad sobre los aspectos esenciales de un contrato estatal, sea en la etapa de selección, suscripción o ejecución⁶³⁸.

La vigencia del principio de legalidad y la naturaleza del delito de colusión como un delito de medios típicos referenciados obliga a considerar a la infracción como limitada y circumscribida a ciertas formas comisivas que excluyen de su radio de acción a ciertas acciones y, sobre todo, omisiones. La finalidad de la norma penal no es prohibir cualquier conducta que puede cometerse dentro de un proceso de contratación estatal que se sigue en una entidad pública, sino más bien -y he aquí la importancia- se busca prohibir una forma de acción considerada como la más grave: *concertar* y que implica una absoluta distorsión de la contratación pública a fin de direccionar el proceso en beneficio de un postor o favorecerlo luego de haberse adjudicado el contrato estatal.

Sin embargo, una cosa es que no haya concertación mediante omisión y otra muy distinta que la concertación (necesariamente activa) no pueda suponer que en ejecución de dicho acuerdo haya puntuales actos omisivos, en las que, por ejemplo, el funcionario público se compromete a obviar algunos requisitos necesarios para aprobar y/o suscribir el concreto contrato estatal, a omitir el procedimiento administrativo o una de sus etapas o no verificar que se haga una adecuada liquidación de obra.

En efecto, el verbo típico concertar se refiere de manera puntual y básica a una conducta activa lo que no implica que dentro del plan de la concertación a un funcionario le corresponda desarrollar comportamientos omisivos o “simplemente hacerse de la vista gorda” frente a determinadas irregularidades. Sin embargo, lo relevante aquí es probar la concertación, que se diseñó un plan, que se distribuyeron roles y que a un funcionario le correspondió dentro de dicho plan común desplegar conductas omisivas. Lo que en todo caso está vedado es pretender inferir la concertación y el plan previo sobre la

638 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 112.

base de ciertas omisiones o la conducta (posiblemente) negligente practicada por algún funcionario de la entidad. La no subsación de una irregularidad no puede ser considerado como un indicio racional y como un dato que acredite la colusión⁶³⁹.

El hecho de que el acuerdo, propia de la colusión, sea una determinada conducta positiva que se realiza a través de actos concluyentes, verbalmente no quiere decir que no pueda tener momentos omisivos o que importan que el funcionario público incumpla algunas obligaciones. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “los miembros del comité no observaron dichas irregularidades, tales omisiones se configuran dentro de un contexto doloso en que estos procesados acordaron ilegalmente la entrega de la buena pro, a pesar que no cumplía con las exigencias del proceso de contratación”⁶⁴⁰. De igual forma ha sostenido que los miembros del Consejo Directivo de la Caja Militar Policial que:

Su vinculación con el delito de colusión que se les reprocha, se materializó mediante un actuar comisivo, en el cual concertaron con Víctor Alberto Venero Garrido y/o a través de Luis Enrique Duthurburu Cubas y David Moisés Mendoza Nieto, para inobservar dolosamente su deber funcional en sus calidades de Directores de la Caja de Pensiones Militar Policial a fin de que sean aprobadas las adquisiciones de los inmuebles La Encalada, San Martín, Pando y Echenique, que perjudicaron económicamente a la citada entidad agraviada⁶⁴¹.

Dicho actuar colusorio puede enmarcarse en el contexto de una serie de actos en los que no se realiza alguna acción de control v. gr., no se verifica la documentación presentada por el vendedor, se realizan cuatro sesiones consecutivas de un Comité de Inversiones Inmobiliarias, sin examen de la

639 Sin embargo, el R. N. N.° 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla) destaca que “sin que dichos funcionarios adoptaran decisiones a fin de subsanar dicha irregularidad, lo que evidencia una concertación para omitir el cumplimiento de sus obligaciones y de esa manera evitar la intervención del procesado antes mencionado”.

640 Véase el R. N. N.° 397-2011 del 03 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

641 Véase el R. N. N.° 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

documentación presentada o no se verificó que el inmueble haya tenido el dominio registral a nombre del ofertante⁶⁴².

La Corte Suprema de Justicia expresamente ha descartado la posibilidad que el silencio o la inactividad de un funcionario pueda generar el delito de colusión al sostener que “el órgano de control consiente en que éste no participó en el proceso de contratación, al haber aprobado dichas actividades de contratación en sesión de directorio de fecha dieciocho de octubre de dos mil uno, donde intervino como Director, y que por tratarse de la única persona que integró el Comité Especial de Adquisiciones, con su silencio indujo a error al Directorio; esta imputación no puede configurar en lo absoluto el delito instruido y que es materia de juzgamiento, que como ya se expuso requiere que el funcionario o servidor público participe en razón de su cargo en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante”⁶⁴³.

De manera expresa, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la concertación: “debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros”⁶⁴⁴. De modo que, es necesario que el funcionario o

642 Véase el R. N. N.° 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

643 Véase el R. N. N.° 1105-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

644 Véase el R. N. N.° 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 2182-2014 del 16 de abril del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.° 1199-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 2677-2012 del 15 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 1969-2012 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 1904-2012 del 25 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 2587-2011 del 23 de enero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 799-2011 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 3611-2011 del 21 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 1698-2010 del 21 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

servidor público, concierte con los interesados para defraudar al Estado en las distintas contrataciones que celebre por razón de su cargo⁶⁴⁵. Si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia constitutiva de una desobediencia administrativa⁶⁴⁶ y no ante el delito de colusión.

También se ha señalado que “si bien la imputación fiscal estriba en que estos habrían omitido e incumplido acciones tendentes a asegurar el cumplimiento estricto de las condiciones pactadas, que generó el desembolso indebido de sumas dineradas (pagos), ascendentes a la suma de nueve mil nuevos soles, dicha conducta resulta ser ajena al delito de colusión, por lo que debe disponerse la absolución de los cargos planteados por el representante del Ministerio Público en este extremo”⁶⁴⁷. De igual forma, la Corte Suprema de Justicia ha descartado por atipicidad que pueda hablarse de colusión por el solo hecho de: “no constatar el servicio o trabajos prestados, o no constatar la veracidad de determinados documentos”⁶⁴⁸.

En un caso concreto, la Corte Suprema de Justicia se razonó en el sentido de que “la posible irregularidad habría ocurrido en la etapa de ejecución del contrato, debido a que se aprecia que los procesados no cumplieron con cautelar el patrimonio de la municipalidad agraviada, al disponer el pago sin antes contar con la maquinaria completa; asimismo, por no ejecutar el cobro de la penalidad por el retraso en la entrega de los vehículos. Tales actos no

645 Véanse el R. N. N.° 2677-2012 del 15 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 1698-2010 del 21 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

646 Véanse el R. N. N.° 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 1199-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 2640-2010 del 17 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.° 1698-2010 del 21 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

647 Véase el R. N. N.° 2456-2012 del 11 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores): “la actuación de los precitados, fue posterior a la celebración del contrato derivado del proceso de selección de menor cuantía”.

648 Véase el R. N. N.° 1533-2011 del 13 de junio del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).

pueden constituir por sí mismos, un acto de concertación, que por su naturaleza requiere la comisión de alguna acción, y no un dejar de hacer”⁶⁴⁹.

La Corte Suprema de Justicia descartó también la existencia del delito de colusión de un alcalde en un caso en el que un Concejo Municipal de un pueblo pequeño decide contratar el suministro de combustible a un grifo de propiedad del hermano del alcalde⁶⁵⁰, pese a que había un impedimento legal para contratar. El alcalde no participó en la votación al haberse abstenido de intervenir. De igual forma, la Corte Suprema en otro caso ante la acusación fiscal de que un alcalde y otros funcionarios “no realizaron la supervisión de los avances de obra, ni de la correcta ejecución de la misma; pues no se colocaron las alegorías laterales, no se cumplió con realizar los acabados de la alegoría central, ni se colocó la iluminación” ha señalado que “la conducta de los procesados, se adecuaba al tipo penal previsto en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal (delito de incumplimiento de deberes funcionales) y no al delito de colusión”⁶⁵¹.

En la legislación comparada, concretamente la española, la doctrina reconoce que la concertación es una modalidad comisiva activa y de carácter positivo. Sin embargo, la posibilidad de comisión omisiva se restringe a los casos de “*uso de cualquier artificio*” v. gr., No sacar a concurso un contrato con el fin de seguir favoreciendo a un pariente para que continúe con la explotación de la actividad económica⁶⁵².

649 Véase el R. N. N.º 2182-2014 del 16 de abril del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

650 Véase el R. N. N.º 3575-2011 del 25 de octubre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado) quien funda la absolución debido a que en la ciudad: “sólo existen dos surtidores de combustible y uno de ellos se negó a vender a crédito a la Municipalidad -la de propiedad del señor Samaniego-, es por ello que se acordó en sesión de Concejo adquirir combustible para los vehículos de la Municipalidad al establecimiento del hermano del encausado” y se avaló: “la tesis exculpatoria del encausado en el sentido que si no era adquirido el combustible en la ciudad de Huayllay para la operatividad de las maquinarias de la entidad edilicia, éste tenía que ser comprado en otras ciudades, lo que acarrearía un sobre costo innecesario en perjuicio de la comuna”.

651 Véase el R. N. N.º 3093-2012 del 12 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

652 Véase, CATALAN SENDER, Jesús, *Los Delitos Cometidos por Autoridades y Funcionarios Públicos en el Nuevo Código penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, p. 319.

2.9. Los alcances de la expresión: “interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo”

La ley peruana solo alude a la razón del cargo como base para intervenir en los contratos o convenios. Sin embargo, no aclara en absoluto los alcances de la participación de dicho funcionario. En efecto, la frase legal referida a “interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo” no deja en claro ni resuelve la problemática de si la ley comprende como autores únicamente a los que suscriben o perfeccionan jurídicamente los contratos administrativos que la administración celebra o si el ámbito de cobertura de la norma se extiende también a quienes participan en la etapa previa a la firma o no del contrato.

163

Es posible jurídicamente que en los contratos del Estado sobre la base del principio de división de funciones y de especialidad algunos funcionarios participen en la fase de preparación, requerimientos de bienes y productos, recepción de propuestas, elaboración de bases y sean otros los funcionarios los encargados de firmar los convenios o suscribir los contratos. La solución del problema parte, como es lógico de reconocer, dos posibles interpretaciones.

La primera de ellas destaca que lo decisivo es reparar en quién recae la potestad para vincular jurídica y obligatoriamente al Estado, hecho que supone aceptar que dicha obligación solo la puede generar el funcionario que por razón de su cargo se encuentra habilitado para suscribir el contrato administrativo. Desde el punto de vista político criminal la aplicación de este planteamiento reduce de manera drástica el marco de autores a los que se podría aplicar la norma, dado que solo se puede comprender a quienes están investidos de la capacidad para suscribir o perfeccionar los convenios y contratos. Si se sigue esta perspectiva no podrían ser considerados como autores los funcionarios que elaboran propuestas o fijan los términos que finalmente se plasman en los contratos, de tal modo que se genera una clara laguna de punibilidad.

La segunda posición plantea una extensión del círculo de autores; de tal modo que pueden ser considerados como autores todos aquellos funcionarios que por razón al cargo o con autorización expresa intervienen en cualquiera de las etapas del *iter negocial* que llevan a la postre a la suscripción de un contrato en interés de la administración pública⁶⁵³. Intervenir quiere decir actuar o par-

653 Cfr. VALEIJE ÁLVAREZ, Inma. “Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la Administración pública en materia de corrupción urbanística”, en *Cuadernos penales*

participar en el proceso de elaboración, preparación, tramitación, convocatoria (que es la etapa principal y de más larga duración⁶⁵⁴), suscripción y ejecución del negocio jurídico económico: contrato administrativo.

No importa si los funcionarios participan en la preparación de la oferta, la apertura del expediente administrativo⁶⁵⁵, en la elaboración del cronograma de ejecución, el cumplimiento de las prestaciones o en la suscripción final del contrato⁶⁵⁶. El requisito de la relación funcional específica se cumple cuando el ordenamiento jurídico a través de un mecanismo válido habilita a un agente público a participar y/o intervenir en la preparación o culminación de un acto jurídico que compromete los intereses de la administración pública.

De esta manera pueden ser considerados como intervinientes en el hecho los Directores, los encargados de la administración o las finanzas del órgano público, los jefes de las Oficinas jurídicas, los asesores que emiten una opinión⁶⁵⁷, o informes⁶⁵⁸ etc.

Los procesos de contratación estatales son variados y tienen un procedimiento complejo, de tal modo que la intervención del funcionario público es posible que incida en cualquier etapa del mismo y puede pasar por la elabo-

José María Lidón. p. 48; CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código penal (Doctrina y Jurisprudencia)*. p. 314; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, "Fraudes y exacciones ilegales", en *Delitos contra la Administración pública*, p. 208.

654 Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso-GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el Código Penal del 2000*, p. 316.

655 Cfr. MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 338; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, "Fraudes y exacciones ilegales", en *Delitos contra la Administración pública*, p. 214.

656 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 414; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, pp. 44 y 53.

657 Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el Código penal del 2000*, p. 313. Véase el R. N. 1022-2004 del 07 de diciembre del 2004 en, ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, p. 292.

658 Cfr. VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, "Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la Administración pública en materia de corrupción urbanística", en *Cuadernos penales José María Lidón*, p. 47.

ración de informes técnicos, documentación, normas, la rúbrica del contrato o la ejecución del mismo⁶⁵⁹.

No es necesario que el funcionario suscriba una resolución⁶⁶⁰ o firme el correspondiente contrato estatal.

La jurisprudencia peruana ha señalado que hay situaciones que no son compatibles con la tramitación, celebración o ejecución de los contratos estatales, tal como ocurre, por ejemplo, con la **elaboración o formulación de las bases para una licitación**⁶⁶¹ u otra operación semejante. En dicha etapa del procedimiento de contratación se limita a fijar las reglas generales dirigida a todos los postores y que como es lógico es anterior al iter negocial⁶⁶² y a la convocatoria de los postores. Quien elabora las bases de contratación solo prepara y ordena los parámetros de la contratación estatal y no necesariamente incide en la dinámica del concreto proceso de contratación.

Sin embargo, se debe recordar que la elaboración de las bases tiene una influencia decisiva en el proceso de contratación ya que determina las etapas posteriores del dicho proceso⁶⁶³. En la formulación y elaboración de las bases se delinea y configura las condiciones y requisitos básicos del contrato administrativo y que se deberán cumplir, una vez que sean aprobadas, en las posteriores y sucesivas etapas. Muchas veces la sobrevaloración de los bienes, servicios u obras viene delineada desde la elaboración de las bases.

659 Cfr. MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 336; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, "Fraudes y exacciones ilegales", en *Delitos contra la Administración pública*, p. 210; VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, "Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la Administración pública en materia de corrupción urbanística", en *Cuadernos penales José María Lidón*, p. 48.

660 Cfr. CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 309.

661 Véase el R. N. 1100-2003 de fecha 16 de junio del 2004 en, PÉREZ ARROYO, Miguel, *La Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p.1327.

662 Véase de manera correcta el R. N. 850 -2001 de fecha 23 de mayo del 2002 en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-005)*, Lima: San Marcos, 2006, t. II, p. 1300.

663 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1102; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 44.

Las ventajas de esta tesis es que brinda una mejor cobertura y protección al bien jurídico protegido: **adecuada protección del sistema contractual del Estado y de sus operaciones**, en la medida que comprende no solo a quienes aparecen en la parte terminal del iter negocial firmando el convenio o contrato administrativo; sino que también abarca a los que participan en la negociación y, en general, en la fase previa a la suscripción del contrato como en la etapa de ejecución. Optar por este punto de vista desde la perspectiva teleológica se revela como el planteamiento más adecuado e integral, toda vez que permite castigar no solo a quien firma el contrato, sino a quién realiza el **núcleo del injusto penal** al definir y precisar, por ejemplo, las condiciones de contrataciones poniendo en peligro los intereses patrimoniales del Estado, valiéndose justamente del cargo o de la comisión especial que recibió. La realización del disvalor del acto reside en concertar y pactar de manera indebida en cualquier etapa del proceso de contratación⁶⁶⁴.

Asimismo, es posible que el funcionario público concierte ilegalmente y sea otro quien suscribe el convenio.

164 La ley castiga también la “intervención indirecta” que es aquella que se produce cuando el funcionario actúa a través de otras personas en el proceso de contratación en razón de su cargo. La intervención indirecta se refiere a que el funcionario puede participar de alguna manera en cualquier etapa del proceso de contratación: etapa de preparación, de selección o de ejecución.

Dicha intervención supone que el funcionario actúa a través de otros funcionarios o, incluso, de un órgano competente dentro de cualquier etapa del proceso de contratación.

La ley penal al castigar la intervención indirecta lo que busca es comprender dentro de los alcances de la norma la actuación de un “funcionario de atrás” que sin aparecer de manera evidente en el proceso de contratación lo dirige, orienta y determina hacia un determinado fin. Se trata de castigar al funcionario encubierto, al flautista, a quien dirige real y materialmente la contratación estatal. Lo que se busca es alcanzar penalmente a quien detenta el poder material en el proceso de contratación, más allá de las simples competencias formales.

664 Véase el R. N. N.° 2812-2012 del 17 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

La referencia a la intervención indirecta comprende normalmente un tendencioso ejercicio del poder por parte de un funcionario que forma parte de la alta dirección de una entidad pública que influye, determina y actúa sobre los diversos órganos especializados a fin de favorecer a un contratista como consecuencia de la concertación. No basta el simple interesarse o el estar informado sobre la marcha de un proceso de contratación. Es necesario que se realice actos materiales propios que supongan una intervención en el proceso de contratación.

De igual forma, no basta que la persona pueda intervenir indirectamente, sino que se hace indispensable que haya una intervención real y material, debidamente acreditada. Por ello, se ha de ser muy cuidadoso y precavido a fin de evitar que bajo el rótulo de imputar a un funcionario de la alta dirección de la entidad la modalidad típica de “intervenir indirectamente” en el proceso de contratación se pueda ocultar fórmulas simples, tan cómodas y arbitrarias, que busquen justificar la persecución a determinados funcionarios (alcaldes, gobernadores, gerentes, etc.) sin que realmente hayan realizado un acto de concertación o hayan intervenido en el proceso de contratación.

2.10. La pluralidad de funcionarios intervinientes. La organización del trabajo y el principio de confianza en la Administración pública

La actuación conjunta en los procesos de contratación y en la Administración pública

En el delito de colusión ilegal es posible que concurran una pluralidad de personas que, infringiendo los específicos deberes del cargo, pueden participar en la concertación que se produce en la fase de selección, en la suscripción del contrato administrativo concertado, o en la etapa de ejecución contractual⁶⁶⁵.

165

Es común que en un proceso de contratación pública los proyectos, los documentos, las visaciones, las autorizaciones e informes no tengan un valor aislado o autónomo, sino que muchos de los actos e intervenciones de los funcionarios supongan el reflejo de un acuerdo concertado y una decisión común de actuación, ya que de otra forma no se explica el hecho de que no

665 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la Administración pública*, p. 208.

se adviertan ni se neutralicen en su oportunidad una serie de irregularidades⁶⁶⁶. Los funcionarios se distribuyen funciones y actúan coordinadamente. Sus actos no tienen valor ni relevancia individual, sino que responden a una decisión conjunta y a un plan común sobre la base de competencias y atribución de funciones.

No interesa para ello que los funcionarios que conciertan perjudicando al Estado tengan el mismo nivel, rango, especialidad o pertenezcan al mismo ramo o institución estatal. La competencia funcional deriva en estos casos del cargo que el agente público ocupa en la realización de una determinada actuación contractual y no tanto del *status*, calidad o nivel jerárquico que ocupa en la burocracia estatal.

En la práctica jurisprudencial se verifica que (normalmente) en el delito de colusión ilegal hay por el lado de la Administración pública una pluralidad de funcionarios intervinientes en el acto de concertación que ocupan distintos puestos y niveles dentro de la entidad estatal. Es común que al interior de una entidad estatal la comisión del delito de colusión sea obra conjunta de una serie de funcionarios quienes dentro del marco de sus competencias normativas contribuyen con su conducta a la realización del injusto penal⁶⁶⁷.

Así ocurrió, por ejemplo, en el caso de una concertación fraudulenta plural en la que participaron un Jefe de la Oficina de Abastecimientos y un Jefe de la Oficina de Adquisiciones de una subregión⁶⁶⁸. En otra oportunidad se condenó al Jefe de la Oficina de Abastecimientos y al Director de Planificación de la Municipalidad⁶⁶⁹.

666 Véase el R. N. N.º 3043-2010 del 09 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

667 Véase el R. N. N.º 236-2012 del 09 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

668 Véase el R. N. 2161-2002 de fecha 12 de abril del 2004 en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p. 752. También el R. N. 027-2004 del 01 de octubre del 2004 en ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos; ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth, *Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 291.

669 Véase el R. N. 144-2004 de fecha 07 de Julio del 2004 en NORMAS LEGALES, *Jurisprudencia Penal*, Trujillo: 2005, t. II, p. 221.

Las entidades estatales (organismos públicos) son organizaciones de derecho público que poseen una estructura interna (vertical y horizontal) y división de funciones. Por organización se entiende el grupo de personas y medios dispuestos con un fin determinado. Una organización solo puede existir cuando hay personas que se comunican y están dispuestas a actuar en forma coordinada para lograr un objetivo. Las organizaciones funcionan mediante normas que han sido establecidas para el cumplimiento de ciertos propósitos.

Una organización, sea pública o privada, se entiende como la regulación ordenada de acciones que supone la elección de los medios para la consecución de un objetivo⁶⁷⁰ y que representa una organización pluripersonal jerárquicamente ordenada⁶⁷¹ que se sustenta en la coordinación e información recíproca⁶⁷². En las organizaciones de derecho público se busca brindar un servicio y cumplir un fin vinculado al bienestar general y al bien común, propio de la función pública que se desarrolla, mientras que en las organizaciones de carácter privado se busca la maximización de los beneficios económicos en la producción de bienes y servicios.

En una organización se configura la división del trabajo y el reparto de tareas en donde no todos hacen lo mismo ni todos cumplen la misma función. Con ello, se busca que el trabajo no se duplique o se ponga entre sí, distribuyendo las labores sobre la base de pautas generales y a partir de vías de comunicación previamente establecidas⁶⁷³.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

Una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Esto implica la división de funciones entre los miembros del

670 Cfr. IÑIGO CORROZA, María Elena, *La Responsabilidad penal del fabricante por defecto de sus productos*, Barcelona: Bosch, 2001, p. 244.

671 Cfr. TRUCCO, Cristina, "Responsabiliza Penale nell'impresa: problema di personalizzazione e delega", en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè Editore, Nuova Serie, Anno XXVIII, 1985, p. 764.

672 Cfr. MANSDÖRFER, Marco, "Responsabilidad Penal e Imputación Individuales en la ejecución de tareas de grupo", en *Indret*, Abril del 2007, p. 12.

673 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 81.

equipo de trabajo, y por lo tanto, un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros, y es en esas condiciones que se consiguió la consolidación del acuerdo defraudatorio, y no a través de una dirigida voluntad por parte del procesado⁶⁷⁴.

En efecto, un proceso de contratación se perfecciona a través de la necesaria intervención de una serie de funcionarios (v. gr., gerente, el director de Obras Públicas, el director de Desarrollo Urbano y el jefe de la Oficina de Abastecimiento) que permiten consolidar el expediente administrativo y efectuar la disposición patrimonial a la entidad agraviada⁶⁷⁵.

En la sociedad actual muchas veces los riesgos jurídicamente relevantes provienen de la actividad de una organización⁶⁷⁶ y no tanto de personas individuales. También las entidades públicas (y las empresas), con su deficiente organización, su escasa experiencia, o por la no adopción de medidas de seguridad necesarias, pueden lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos. La lesión a los bienes jurídicos ya no es algo que solo pueda ser causado por las personas de carne y hueso. Los delitos que se cometen en las estructuras organizadas son diversos y de amplia variedad, v. gr., delitos económicos, delitos contra el medio ambiente, homicidios, lesiones, delitos contra la función pública, etc.

En el ámbito de las organizaciones uno de los aspectos donde mayores cambios y modificaciones se han producido por la riqueza de la casuística y la complejidad de la propia dinámica delictiva es en el contexto de la autoría y participación en la que se puede detectar la existencia de: i) Un *plazo horizontal* en la que se verifica la intervención conjunta de varias personas (o funcionarios) en la que cada una conserva un margen adecuado de autonomía

674 Véase el R. N. N.º 200-2009 del 09 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

675 Véase el R. N. N.º 1217-2014 del 01 de junio del 2016 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

676 Cfr. IÑIGO CORROZA, María Elena, *La Responsabilidad penal del fabricante por defecto de sus productos*, p. 243; MANSDÖRFER, Marco, "Responsabilidad penal e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo", en *Indret* p. 3.

y en donde se discute si a cada uno de los intervinientes se les debe imponer una pena semejante en el plano concreto y; ii) *El plano vertical*, por el cual el marco de actuación conjunta se realiza dentro de una estructura piramidal presidido por la idea de jerarquía y dependencia tal como ocurre al interno de la Administración pública, empresas⁶⁷⁷, etc.; y que enfrenta de modo directo a la punición (o impunidad) del superior jerárquico con la eventual responsabilidad del ejecutor material del delito.

• Los principios que rigen a las organizaciones

Los principios que inspiran a una organización pública o privada son:

167

La *existencia de programas y planes* que definen la línea de actuación general y específica de la organización, de los órganos de dirección y de las distintas áreas y departamentos. Hay programas que establecen los fines de la organización, permiten determinar su objeto y programas de medios que permiten identificar la manera cómo se pretende alcanzar el objetivo trazado⁶⁷⁸. Ninguna organización puede funcionar de manera adecuada y eficiente sin un programa definido de actuación, al que deben cumplir los distintos estamentos de la empresa y el sistema de conductas establecido.

Los programas permiten la delimitación de una serie de competencias y atribuciones al interior de la organización y de esta forma plantean la posibilidad de determinar la responsabilidad penal⁶⁷⁹. Los objetivos y los procesos serán distintos, según el tipo y clase de la actividad a la que se dedique la administración⁶⁸⁰.

En el ámbito de las contrataciones estatales, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) ha señalado que la programación de las contrataciones supone prever la satisfacción oportuna de los bienes,

677 Ampliamente, NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 19.

678 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, p. 97.

679 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, p. 89.

680 Cfr. DE ZUANI, Elio Rafael, *Introducción a la administración de organizaciones*, Florida: Valletta ediciones, 2005, p. 232.

servicios y obras requeridos por la Entidad, en función de los objetivos y metas institucionales, así como sobre la base de la respectiva disponibilidad presupuestal asignada en cada ejercicio fiscal. Lo expuesto también permite determinar el tipo de proceso de selección, en función de los objeto -bienes, servicios u obras- o monto de las contrataciones⁶⁸¹.

En las organizaciones se distinguen los objetivos de las funciones. Las funciones son el conjunto de acciones que se realizan dentro de la sociedad. No siempre el objetivo y la función coinciden. A veces las organizaciones tienden a realizar funciones que no representan objetivos; v. gr., los objetivos de la universidad son la enseñanza y la investigación, pero también hay funciones complementarias como conceder prestigio a sus integrantes y facilitar ascensos sociales⁶⁸².

El principio de división del trabajo y de especialización establece que cada uno de los integrantes realiza una actividad determinada dentro de su competencia funcional⁶⁸³. Se trata de una nota distintiva de las organizaciones públicas y privadas⁶⁸⁴. Cuando un grupo de personas buscan alcanzar un objetivo común lo más atinado es repartirse el trabajo y el conjunto de acciones que se deben realizar para alcanzar la meta⁶⁸⁵. La división del trabajo no solo rige al momento de proyectar la actividad empresarial, sino también cuando ella entra en actividades⁶⁸⁶. Dicho principio se basa en la necesidad

681 Véase la Opinión N.º 117-2015/DTN del 17 de julio del 2015, la Opinión N.º 107-2014/DTN del 15 de diciembre del 2014, la Opinión N.º 85-2012/DTN del 10 de agosto del 2012, la Opinión N.º 106-2007/DTN del 12 de diciembre del 2007.

682 Cfr. MAYNTZ, Renate, *Sociología de la Organización*, Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 77.

683 Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El caso Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, p. 142; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Responsabilidad penal en la empresa*, pp. 33 y 167.

684 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, p. 89.

685 Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión Empresarial y Atribución de Responsabilidad Penal*, Barcelona: Atelier, 2008, p. 82: "La división del trabajo se entiende como la subdivisión o desglose de un proceso económico de producción o de un proceso administrativo en actividades todas ellas engranadas; de manera que su unión produce el efecto deseado por la dirección de la empresa".

686 Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión Empresarial y Atribución de Responsabilidad Penal*, p. 82: "También durante el desarrollo de aquélla puede ser necesario dividir el

de promover la eficiencia y eficacia en el logro de los objetivos y en la necesidad de afrontar con éxitos los diversos problemas que se presentan en una determinada actividad humana, reduciendo costos y riesgos.

La división del trabajo no solo se plantea en términos de que cada persona individual haga una determinada actividad, sino también en términos funcionales en donde la organización puede contar con diversas áreas y departamentos que ejecutan actuaciones concretas y específicas⁶⁸⁷, situación que limita el área de intervención y control de riesgos que asume cada miembro del colectivo empresarial. En toda organización la creación de una estructura organizativa sobre el cual se apoya la división del trabajo constituye un elemento esencial⁶⁸⁸. La división del trabajo en este ámbito implica reconocer que la actividad global de la organización se divide en determinadas tareas que se asignan a ciertas secciones o áreas específicas de la organización. La especialización en el trabajo supone que las actividades se dividen en tareas separadas. Cada actividad tiene etapas y a cada etapa le corresponde un determinado trabajo. Los trabajadores y funcionarios se especializan en llevar a cabo una determinada tarea y no se dedican a efectuar todo el trabajo. Hay sujetos que pueden intervenir en cualquier etapa del proceso productivo o de decisiones administrativas y poseen una especialidad determinada⁶⁸⁹.

La delimitación del ámbito de competencias y del círculo de atribuciones es una cuestión esencial en la fijación de la responsabilidad en una organización⁶⁹⁰; más aún si la división de tareas es un requisito esencial para que la

trabajo o, cuando menos, actualizar la decisión”.

687 Cfr. MANSDÖRFER, Marco, “Responsabilidad Penal e Imputación Individuales en la ejecución de tareas de grupo”, en *Indret*, 2007, p. 6; SCHÜNEMANN, Bernd, “Responsabilidad Penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, en *ADPCP*, p. 31; IÑIGO CORROZA, María Elena, *La responsabilidad penal del fabricante por defecto de sus productos*, p. 249.

688 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, p. 81.

689 Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El caso Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1995, p. 139.

690 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva*, Madrid: Reus, 2007, p. 186; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La Autoría Delictiva en Estructuras Organizadas*, en *La Dogmática Penal frente a la Criminalidad en la Administración pública y otros problemas actuales del Derecho Penal*, p. 23 quien según el criterio de la

organización cumpla sus objetivos y sea eficiente. Se afirma que el conjunto de derechos y deberes de cada sujeto constituye su ámbito de competencias⁶⁹¹. La precisión más acabada, sin embargo, depende de una serie de criterios como, por ejemplo, el cargo que ostenta la persona dentro de la estructura, el nivel que ocupa, la clase de vinculación que se tiene con la organización, y el modo real de cómo se encuentran distribuidas las demás funciones dentro de la estructura de poder. En este sentido, se recuerda que el principio de la división de trabajo trae consecuencias notables en el ámbito normativo y jurídico, especialmente en el derecho penal, debido a que una división de tareas acarrea al mismo tiempo una distribución de competencias y responsabilidades, según la concreta y específica conducta realizada en el marco de la distribución funcional del trabajo. De allí que se señale que la división de trabajo constituye un criterio orientativo esencial y necesario en la fijación de la responsabilidad en el ámbito de la empresa, aunque no sea un elemento suficiente y definitivo⁶⁹².

En toda organización hay áreas y departamentos completamente diferenciados que, si bien coordinan entre sí y sus actividades, responden a un programa o plan común, gozan de autonomía o independencia. La organización horizontal se produce en todos los niveles; no solo en los escalones bajos o en los puestos medios, y se caracteriza por la igualdad que existe entre los

competencia: "Podría afirmarse que cuando un sujeto contribuye naturalísticamente a la producción de un resultado siendo así que éste, sin embargo, discurre al margen de su esfera de competencia en términos normativos, entonces dicho sujeto no responde, (...) Modernamente asistimos a propuestas, todavía en fase de discusión, según las cuales incluso quien causa un resultado conociendo o pudiendo conocer lo que hace, no responderá penalmente cuando el proceso de producción del resultado queda fuera de su propia esfera normativa (no física) de control"; GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, p. 97 y p. 85: "la esfera de organización de un miembro de la empresa se construye según las competencias asumidas dentro de la misma"; IÑIGO CORROZA, María Elena, *La Responsabilidad penal del fabricante por defecto de sus productos*, p. 243; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El caso Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, p. 141 para quien en todo proceso productivo se distribuyen funcionales, facultades y deberes.

691 Véase MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión Empresarial y Atribución de Responsabilidad Penal*, p. 74.

692 Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión Empresarial y Atribución de Responsabilidad Penal*, p. 83.

sujetos o funcionarios que realizan el trabajo, v. gr., los trabajadores poseen la misma formación y semejante competencia; no existe jerarquía en el trabajo. Dicha organización horizontal del trabajo se distingue de la división vertical del trabajo que se caracteriza por la existencia de una estructura jerárquica. En este ámbito el trabajador subordinado sigue las instrucciones y las pautas fijadas por su superior o jefe.

La división del trabajo incide directamente en la fijación de competencias y la ausencia de responsabilidad penal de ciertos funcionarios. Por ejemplo, la Corte Suprema absolvió de los cargos de colusión y falsedad documental a funcionarios adscritos al área de abastecimientos en atención que sobre la base de la división de funciones y competencias se descartó que “dichos encausados hayan participado en la elaboración o presentación de cotizaciones falsas con la finalidad de complementar la terna postora y favorecer a la citada empresa, por cuanto se ha establecido que las cotizaciones eran función del área de Adquisiciones”⁶⁹³.

El principio de complementariedad el aporte de un sujeto se enlaza y explica en el contexto de un plan común en el que intervienen las diversas unidades y personas integrantes de la empresa⁶⁹⁴.

El principio de jerarquía determina que las acciones y el programa de una empresa responden a una dirección y a una cadena de mando. Se admite que en toda empresa y organización hay una estructura jerárquicamente organizada⁶⁹⁵. Las acciones de los sujetos en una estructura de poder no son del todo libres, pues se encuentran sometidas a una dirección, la cual puede aceptar determinados tipos de conductas, rechazarlas o modificarlas⁶⁹⁶. Hay aquí un poder directivo que se traduce en un derecho de orientación y man-

693 Véase el R. N. N.º 1533-2011 del 13 de junio del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).

694 Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El caso Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, p. 142; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Responsabilidad penal en la empresa*, p. 167.

695 Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión Empresarial y Atribución de Responsabilidad Penal*, p. 76; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Responsabilidad penal en la empresa*, p. 167; IÑIGO CORROZA, María Elena, *La Responsabilidad penal del fabricante por defecto de sus productos*, p. 245.

696 Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El caso Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, p. 142; IÑIGO CORROZA, María Elena, *La Responsabilidad penal del fabricante por defecto de sus productos*, p. 248.

do sobre los trabajadores⁶⁹⁷, empleados o funcionarios en los que hay una dirección unificada que es capaz de incidir en todos los demás ámbitos de la organización⁶⁹⁸, y también una subordinación de los intervinientes en el proceso (productivo, de comercialización o en el proceso administrativo) a un plan general común. En sentido clásico, la jerarquía se asocia a un principio de autoridad, a una línea de mando que a través de órdenes e instrucciones obligatorias condiciona el comportamiento de las personas.

La dirección, sobre la base del principio jerárquico, configura el proceso de decisiones, selecciona y forma al personal subordinado coordina y controla el conjunto de acciones⁶⁹⁹.

• La imputación objetiva y su recepción por la Corte Suprema

169 La imputación objetiva y los criterios que la integran permiten la configuración de un sistema de imputación racional sujeta a principios y reglas preestablecidos que marcan una evolución desde las formas primitivas de Derecho penal a formas más avanzadas de imputación de resultados y hechos. Dicha evolución no ha concluido y se encuentra sujeta a los cambios de las diversas relaciones sociales como al fundamento del sistema de imputación jurídico-penal.

La imputación objetiva se levanta sobre dos principios: el principio de protección de bienes jurídicos y el principio de culpabilidad en su vertiente del subprincipio del hecho propio.

El principio de protección de bienes jurídicos reposa en que en un Estado Constitucional la pena y las medidas de seguridad solo sirven para tutelar intereses sociales valiosos. Se descarta que los instrumentos sancionatorios sirvan para tutelar meras pautas morales, puras ideologías y sentimientos. La legitimación de los diversos delitos de la parte especial pasa por la lesión

697 Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, *Los Fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas*, en *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal*, p. 131 y ss; IÑIGO CORROZA, María Elena, *La Responsabilidad penal del fabricante por defecto de sus productos*, p. 245.

698 Véase, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El caso Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, p. 177.

699 Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El caso Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, p. 142.

o puesta en peligro de bienes jurídicos. Los criterios de creación del riesgo típico y de la realización del riesgo tienen sentido si se dirigen y relacionan con la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente relevantes.

El principio de culpabilidad plantea que solo se pueda fundar la responsabilidad penal en sucesos que puedan imputarse como dirigidos o dominables por una persona que desarrolla su actuación en un marco de libertad. El derecho penal y, en particular, no busca evitar comportamientos no culpables debido a que estos no pueden ser impedidos ni evitados a través de una amenaza de una sanción jurídico penal. La imposición de una pena por comportamientos no culpables, esto es, por conductas no libres o por acciones que no dependan del ser humano carece de sentido, dado que dichas acciones no pueden ser evitadas por un programa racional que busca influir en las decisiones de una persona.

Por el principio de la imputación objetiva se atribuye a cada persona sólo aquello que deba ser considerado como su obra, esto es, solo las consecuencias que pertenecen a su conducta y que suponen la modificación del mundo exterior que le pueden serle imputadas, por consiguiente, las consecuencias que se deriven no de esa conducta, sino que posean otras causas implica que dicha modificación del mundo exterior no le deben ser atribuidas⁷⁰⁰.

La Corte Suprema de Justicia ha destacado que “en la dogmática penal contemporánea, la imputación objetiva se determina al verificar que la persona ha creado un riesgo jurídicamente relevante penalmente prohibido. Siendo que para determinar el carácter relevante y prohibido desde el Derecho Penal de la conducta será necesario partir del ordenamiento positivo a fin de verificar si el comportamiento está sancionado en la norma penal y si esa actuación concreta de la persona se muestra como una forma de organización defectuosa de su esfera de libertad. Así las cosas, el llamado ámbito de protección de la norma nos permite verificar si esa organización defectuosa configura la conducta descrita en el tipo penal teniendo como referencia a un ciudadano fiel al Derecho que no ejecutaría ese actuar por ser contrario al ordenamiento”⁷⁰¹.

700 Véase el R. N. N.º 2745-2011 del 23 de enero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 1316-2011 del 18 de abril del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

701 Véase el R. N. N.º 434-2014 del 26 de noviembre del 2014 de la Sala Penal Permanente

En la misma línea, la máxima instancia de la justicia ordinaria sostiene que “se debe tener en cuenta que para la configuración de un ilícito penal es necesario comprobar la relación existente entre la conducta y el resultado típico, es decir, que exista una relación suficiente entre ambos, además constatada la relación de causalidad entre la acción y el resultado típico, el segundo paso, consistirá en la imputación del resultado a dicha acción. Como vemos, el primer paso consiste en una comprobación, donde se verificará, desde un punto de vista natural, la relación de causalidad; el segundo paso será la comprobación de un vínculo jurídico entre la acción y el resultado, este segundo aspecto no es más que el juicio normativo de la imputación objetiva, por lo que en el presente se hace necesario establecer si el inculpado con su comportamiento generó un riesgo jurídicamente desaprobado y si ese resultado es producto de ello⁷⁰²”.

De igual modo, se puntualiza que “la imputación objetiva desarrolla la teoría del tipo desde una perspectiva normativa; desde dicha perspectiva en la conducta se contempla conceptos como el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima que funcionan como filtros para determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típica⁷⁰³. Asimismo, se sostiene que los criterios de la imputación objetiva que en los delitos de infracción de deber son los mismos que en los delitos de dominio, salvo por el contenido; la imputación de comportamiento se determina por la infracción de un deber positivo específico y la realización del resultado no se aprecia como realización del riesgo prohibido, sino como una forma de configuración de la sociedad que el vinculado institucional debió haber evitado⁷⁰⁴”.

Por esta razón, se ha señalado que se debe verificar en el proceso penal si la conducta desplegada por los agentes, y previamente probada, se presenta como una organización defectuosa de su esfera de libertad, configurando el

(ponente: Cevallos Vega).

702 Véase el R. N. N.º 3958-2010 del 14 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

703 Véase el R. N. N.º 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

704 Véase el R. N. N.º 2816-2009 del 16 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo) con cita de García Cavero.

delito de colusión por haber concertado con los interesados, por razón de su cargo o comisión especial, los suministros para defraudar al Estado en una licitación u operación semejante y que “el núcleo esencial del delito de colusión es justamente el acuerdo colusorio que media entre el o los funcionarios o servidores públicos y el o los interesados. Será pues dicha concertación la que configura el riesgo penalmente prohibido que permitirá realizar la imputación objetiva”⁷⁰⁵.

El primer filtro en el análisis del injusto penal es el filtro de la imputación objetiva a nivel del tipo penal. Solo cuando se comprueba que concurre la realización del tipo penal y se descarta la concurrencia de los filtros de la imputación objetiva (v. gr., prohibición de regreso, principio de confianza, etc.) tiene sentido preguntarse por los restantes elementos del injusto penal (v. gr., tipo subjetivo, causas de justificación o causas de justificación)⁷⁰⁶.

El juicio de tipicidad comienza con el análisis acerca de si una determinada conducta ha superado los límites de lo jurídico-socialmente aceptado como riesgo permitido para luego abordar la imputación subjetiva⁷⁰⁷.

• El principio de confianza e imputación objetiva

El principio de confianza establece que en la sociedad y en el ordenamiento jurídico está permitido confiar en que los demás sujetos que actúan en

170

705 Véase el R. N. N.º 434-2014 del 26 de noviembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Cevallos Vega): “Habiéndose descartado que la conducta de los agentes configure la tipicidad objetiva del delito de colusión, resulta innecesario ahondar más en este tema, pues la imputación objetiva importa el primer nivel de análisis del actuar delictivo sobre el cual se construyen todos los demás elementos configuradores del delito”.

706 Véase el R. N. N.º 434-2014 del 26 de noviembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Cevallos Vega).

707 Véase el R. N. N.º 1687-2014 del 109 de diciembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo): “Al Derecho Penal solo le atañe imputar una determinada subjetividad; por ende, el orden normativo jurídico-penal construye y atribuye un sentido de relevancia al conocimiento, después de constatar la existencia de una conducta que exceda los límites de lo tolerado por las reglas de convivencia social institucionalizadas normativamente -campo de lo objetivo-; de suerte que ya no tendrá el más mínimo sentido efectuar algún juicio de imputación subjetiva, sea a título de dolo o culpa, si el comportamiento enjuiciado no perturba el orden jurídico-social”.

los contactos sociales actuarán de manera diligente y correcta⁷⁰⁸, sin lesionar intereses de terceros.

Al participante en el tráfico jurídico y en las diversas actividades sociales en el que concurren varias personas, le es admisible confiar en que el otro partícipe se comportará también de manera correcta, hasta que las circunstancias especiales del caso hagan reconocible lo contrario⁷⁰⁹. Su ámbito de aplicación se despliega cuando hay la actuación de varias personas en el ámbito de un sector de la actividad social⁷¹⁰; o en términos semejantes cuando hay una “participación social conjunta”⁷¹¹. No se plantea cuando hay una actuación aislada, aun cuando se comprometa el bien jurídico de un tercero⁷¹².

La lesividad de una conducta en ciertos ámbitos sociales depende no solo de la persona que lo realiza, sino también de los otros participantes en dicho subsistema o actividad. El que se comporta conforme a la norma no tiene por qué contar que su conducta puede producir un determinado resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro, pese a que desde

708 Cfr. MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en derecho penal*, Madrid: Civitas; Thomson Reuters, 2009, passim; JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal. Parte general*, (Trad de Joaquín Cuello Contreras y José Luis González Serrano de Murrillo), Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 253 enfatizando que “El principio de confianza significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar (...) en su comportamiento correcto”; IÑIGO CARROZA, María Elena, *Responsabilidad del fabricante por defectos de sus productos*, Barcelona: Bosch, 2001, p. 256, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El caso Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 157. Para MANSDÖRFER, Marco, “Responsabilidad penal e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo”, en *Indret*, Abril del 2007, p. 11: “El principio de confianza también es una concreción del riesgo permitido para la coordinación del comportamiento recíproco”.

709 Véase MAURACH, Reinhart; GOSSEL, Heinz, *Derecho penal*, t II, 43/ 70, p. 158 y ss; WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, p. 188; KINDHAUSER, Urs – POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en derecho penal*, Lima: Ed. Grijley, 2009, pp. 57-58.

710 Cfr. STRATENWERTH, Gunter, *Derecho penal*, N.º 1156, p. 339: “Este principio no se limita al ámbito del tráfico, sino que rige siempre que en la vida social concurren comportamientos de varias personas”.

711 Cfr. MAURACH, Reinhart – GOSSEL, Heinz, *Derecho penal*, t. II, 43/ 71, p. 158.

712 Véase FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid: Reus, 2007, p. 193: “el principio de confianza no es contráfáctico, sino que depende del contexto y de los otros”

el punto de vista psicológico fuera previsible dada la habitualidad de dicho comportamiento⁷¹³.

Todas las personas que participen en un sector de la vida social les está permitido confiar en que otras personas se comportaran prudentemente y cumplirán con sus deberes, tal como mandan ya sea las normas jurídicas, las normas técnicas o los principios de la experiencia de la actividad a la que pertenecen. Sería imposible lograr la convivencia social si a cada individuo se le asigna el cuidado íntegro de sus bienes o se le impone la obligación de asegurarlos individualmente⁷¹⁴.

Si es que en la sociedad no tuviera vigencia el principio de confianza, se tendría que descuidar la actuación personal por vigilar el comportamiento ajeno con las consiguientes consecuencias que ello implica, y que va desde la paralización de la actividad hasta la escasa fluidez de la misma⁷¹⁵, pasando, claro está, por su entorpecimiento y disfuncionalidad.

Así, por ejemplo, si el médico encargado de la operación tuviera que supervisar la actuación de todos sus colaboradores, o en general cada superior tuviera que controlar a su inferior, sería improductivo y carecería de sentido el trabajo en equipo. Merced al principio de confianza, cada miembro del grupo social o del colegiado puede confiar que el otro realizará su parte del trabajo correctamente. El médico no responde por homicidio imprudente si

713 Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas*, p. 292; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El caso Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, p. 161.

714 Cfr. FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, p. 203.

715 Conf. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Bogotá: Temis; 2.^a ed., 1995, p. 142 quien anota: “Si no existiera ese principio de confianza, actividades como el tráfico automotor serían difícilmente realizables, pues en cada esquina deberíamos contar con la posibilidad de que los demás conductores no respetaran el derecho de prioridad o los semáforos, así como siempre tendríamos que contar con la posibilidad de que los peatones cruzaran imprudentemente las calles; una tal exigencia desembocaría en la necesidad de conducir los vehículos lentamente apenas con la velocidad suficiente para enfrentar todas las vicisitudes, con lo cual las ventajas que ofrece el tráfico automotor habrían desaparecido por completo”; KINDHAUSER, Urs – POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho Penal*, Lima: Ed. Grijley, 2009, p. 57.

la enfermera, a su pedido, le pasa la inyección equivocada. No es la acción suya, sino la de la enfermera la que infringe el deber objetivo de cuidado⁷¹⁶.

Si bien el comportamiento ilícito o contrario a las normas de cuidado es previsible y muy frecuente según el principio de confianza no es necesario reparar en ese detalle, pues las demás personas son también seres responsables. Si se comportan descuidadamente, ello afectará ante todo su propia responsabilidad⁷¹⁷.

El principio de confianza no es aplicable como criterio sociológico o psicológico, respecto a lo que una persona, debe y puede esperar, sino que es un principio rector de orden *normativo* en el que están involucrados tanto los ciudadanos, por un lado, como el ordenamiento jurídico, por el otro.

Para determinar el alcance del principio de confianza en la administración pública se requiere utilizar parámetros de valoración normativo-materiales. Por ejemplo, se debe tomar en cuenta la reglamentación interna acerca de las facultades y competencias fijadas en diversas disposiciones jurídicas de los funcionarios (v. gr., ley, reglamentos, manual de organización y funciones⁷¹⁸, etc.) como también las efectivas competencias materiales que llevan a cabo dichos funcionarios v. gr., dirigen o administran de hecho la entidad, manejan materialmente el órgano de contrataciones, etc.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico y de la eficiencia de la Administración Pública este principio es muy útil para determinar el ámbito de actuación, responsabilidad y de competencia que tiene asignado cada funcionario público (alcalde, gobernador, concejal, ministro, etc.), postulando, por ejemplo, en las actividades colegiadas – en las que existe una distribución horizontal o vertical del trabajo – aquello que cabe esperar y confiar de cada uno de ellos, ya que se trata no solo de ciudadanos libres y responsables, sino de personas que por su nivel profesional, capacidad y especial preparación ocupan posiciones jurídicas y sociales en las que son exigibles una particular

716 El ejemplo, aunque sencillo, puede encontrarse en, WELZELW, Han, *Derecho penal alemán*, p. 189.

717 Cfr. STRATENWERTH, Gunter, *Derecho penal*, (Trad. de Gladys Romero), Madrid: Edersa, 1982, N.º 1154, p. 338.

718 Véase el R. N. N.º 1571-2009 del 17 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

calificación y condiciones para el correcto desempeño de sus funciones. Ello aumenta si se trata de funcionarios de carrera, de larga experiencia, trayectoria y marcada capacidad profesional.

El principio de confianza no siempre tiene el mismo grado de vigencia, ni es constante e invariable. Se trata más bien de un principio regulativo flexible, adaptable según las circunstancias⁷¹⁹ y que toma en cuenta la complejidad de la actividad, el grado de peligro y la preparación, capacidad o profesión de los involucrados. Se afirma, con razón, que la confianza no es la misma en todas las actividades sociales, económicas⁷²⁰ o jurídicas, pues ella depende de diversos factores: la naturaleza de la actividad, el grado de riesgo, el bien jurídico comprometido (personal o colectivo), la complejidad o dificultad de la conducta realizada, la experiencia, conocimientos o competencia de las personas que la desarrollan, entre otros condicionamientos. 171

El principio de confianza tiene su aplicación en las diversas actividades sociales en las que concurren dos o más personas v. gr., tráfico viario⁷²¹ o en las que existe, por ejemplo, una división, horizontal o vertical del trabajo y de funciones v. gr., empresas, trabajos de construcción, elaboración y distribución de productos, equipos médicos, **órganos en la administración pública** etc. El principio de confianza no solo rige en los contactos sociales anónimos o aquellos que se establecen en las relaciones privadas de las personas, sino también en sectores de la actividad social en los que intervienen diversos órganos públicos; no haciendo distinción en si los sujetos son ciudadanos comunes o si los involucrados son funcionarios públicos. Dicho principio posee una enorme utilidad para determinar los límites de una norma de cuidado o el deber de diligencia con el que debe contar una persona en una

719 FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas*, p. 308: “es evidente que el nivel de confianza permitido depende del ámbito social en el que se mueve la persona y la posición que ocupe dentro de ese ámbito social o la situación o la situación en el orden jerárquico”.

720 Sobre el ámbito del principio de confianza en el Derecho Penal de la empresa, véase FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, p. 193.

721 En la circulación rodada se delimitan los intereses y libertades de cada uno de los intervinientes con el fin de optimizar la conservación de los bienes, véase FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 202.

situación concreta con respecto a **comportamientos de terceros que pueden ser anteriores, simultáneos o posteriores.**

Dicho principio facilita no solo conocer lo que el sujeto debe hacer, fijando su ámbito de atribución y organización en la situación concreta, sino –sobre todo– determina el ámbito de actuación de terceros, precisando lo que compete realizar a unos y a otros en una determinada actividad social. El principio de confianza se instala como criterio para reducir la arbitrariedad en la administración de justicia, imprimiendo en ella altas cuotas de racionalidad y de orientación, pasando a constituir un criterio útil para determinar lo que compete esperar de una persona respecto a otra en una determinada actividad o en una situación concreta.

• La división del trabajo y principio de confianza

172 La Corte Suprema en diversos pronunciamientos ha reconocido la división horizontal y vertical del trabajo de los diversos órganos de la administración pública y, con ello, la relevancia y trascendencia de algunos filtros de la imputación objetiva, entre los que se cuenta el principio de confianza.

Se ha destacado que se debe valorar la idoneidad de cada autor, no solo en razón a su aporte, sino también en mérito de los aportes de los demás, debido a que normalmente el hecho es una decisión común; es decir, se realiza por distintas personas⁷²².

La Corte Suprema de Justicia remarca que el principio de confianza es aquel por cual las demás personas son también responsables y es posible confiar, por tanto, en un comportamiento adecuado a derecho por parte de ellas y que la Administración pública es una organización en donde existe la más alta confianza entre sus miembros, dado que de no ser así no se podría ejercer su función⁷²³. El principio de confianza excluye cualquier responsabilidad o atribución típica de algún delito, pues implica la limitación a la previsibilidad,

722 Véase el R. N. N.º 1687-2014 del 109 de diciembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

723 Véase el R. N. N.º 1571-2009 del 17 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 2331-2009 del 15 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 2816-2009 del 16 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

exigiendo, como presupuesto, una conducta adecuada a derecho, que produce un resultado típico, pero debido al comportamiento jurídico de otro. En ese sentido, el sujeto que “confía ha de responder por el curso causal en sí, aunque otro lo conduzca a dañar mediante un comportamiento defectuoso”⁷²⁴.

La jurisprudencia peruana ha entendido que el principio de confianza: “se sustenta en la división vertical u horizontal del trabajo, donde no cabe imputación a la conducta cuando el sujeto obra confiado en que los demás actuarán dentro de los límites del riesgo permitido (hay un vínculo o una obra en común entre las personas), realiza un comportamiento riesgoso, en general lícito, actúa confiado en que, quienes intervienen con él, van actuar conforme a las reglas preexistentes del ordenamiento jurídico. Sin embargo, para poder invocarlo, tiene que cumplirse con dos requisitos: a) la idoneidad de las fuentes de información, llámese personal, documentos, entre otros; y b) verificar que la fuente de información realice o contenga el trabajo adecuado”⁷²⁵.

La máxima instancia de la justicia ordinaria ha sostenido:

Que, tratándose de una entidad pública, como una municipalidad –en la que existen cargos definidos y manuales de organización y funciones (documentos de gestación institucional)-: (i) el hecho de que el alcalde sea el titular de la institución no lo hace per se responsable penal de todo lo que ocurra en la misma; (ii) la división del trabajo también incluye división de responsabilidades y ámbitos de competencia definidos reglamentariamente, instrumentos normativos y de gestión en los que están regulados la relación entre el funcionario y los caudales o efectos públicos; y, (iii) se presume *iuris tantum* que cada funcionario actúa en el marco de sus competencias y de acuerdo al principio de buena fe y legalidad de los actos administrativos, lo que determina a su vez el principio de confianza de que los demás funcionarios actúan dentro de los límites del riesgo permitido⁷²⁶.

724 Véase el R. N. N.º 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana) con cita de Jakobs.

725 Véase el Exp. 00185-2011-10-1826-JR-PE-02 del 29 de agosto del 2013 de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima (ponente: Castañeda Otsu).

726 Véase el R. N. N.º 768-2013 del 30 de abril del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

En una entidad estatal de carácter vertical un determinado funcionario (v. gr., encargado del departamento de transportes) no puede alegar, como justificación de su conducta, que sólo actuaba bajo órdenes de su superior inmediato, debido que actuar bajo ciertas órdenes “no juridiza positivamente su conducta, ya que no puede haber confianza de estar actuando conforme a ley cuando se tiene conocimiento de la existencia de irregularidades en el procedimiento de adjudicación, máxime si, como ha quedado acreditado en autos, el procesado tenía claro conocimiento de dichas irregularidades”⁷²⁷.

- **Casos de la aplicación del filtro del principio de confianza en el ámbito de la Administración pública**
- **El caso de un ministro de Estado**

La máxima instancia de la justicia en el Perú absolvió de los cargos de la comisión del delito de colusión a un ministro de Defensa al haber suscrito una resolución ministerial, que aprobó el otorgamiento de la buena pro, en la licitación privada a favor de una empresa para la compra de un avión Antonov por cuatro millones novecientos cincuenta mil dólares, resolución sin la cual no habría sido posible concluir con la fraudulenta operación, al considerar que dicho funcionario actuó bajo el principio de confianza, pues no existían motivos para dudar del buen comportamiento de los oficiales superiores, quienes compartían con él la labor que realizaba; de lo que se colige que obró conforme a derecho, y no se le puede imputar objetivamente el injusto penal atribuido⁷²⁸. Se estima también para consolidar la absolución que no se acreditó que haya impartido órdenes, a efectos de elaborar documentos, con el objetivo de regularizar la compra y darle visos de legalidad y que el principal involucrado en los hechos refirió que no coordinó con el ministro en la adquisición del avión, negó toda participación en los procesos que se llevaron a cabo en el servicio de material de guerra y Comando Logístico del Ejército y en el plenario; al declarar como testigo impropio, dijo que no se

727 Véase el R. N. N.° 1571-2009 del 17 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

728 Véase el R. N. N.° 3231-2012 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

habían reunido y que no tuvo intervención en el procedimiento, sino en la parte final, al firmar la resolución ministerial⁷²⁹.

En otro caso se imputaba a un Ministro de defensa el delito de colusión, junto con otros altos mandos del Ejército, por la adquisición de ciertos bienes sujetos a secreto militar y para lo cual aprobó una resolución ministerial que contenía el otorgamiento de la buena pro de la licitación privada y se autorizaba dicha compra por el monto de quinientos veintinueve mil quinientos dólares. Al respecto, la Corte Suprema razonó lo siguiente:

Resulta evidente que la conducta del referido encausado fue guiada por el principio de confianza, pues Castillo Meza no tenía razón para dudar del buen comportamiento de quienes compartían con él la actividad que realizaba, mantuvo la confianza de que el tercero se comportaba conforme al deber de cuidado; Castillo Meza se comportó conforme a Derecho, y no se le puede imputar un injusto, solo porque otro lo hizo de forma defectuosa; de suerte que invocar a un nuevo plenario solo acarrearía dilaciones innecesarias e infructuosas, pues al anotado principio de confianza opera plenamente como causal eximente de responsabilidad penal⁷³⁰.

Dicha sentencia tiene la particularidad de que confirma la condena a los demás altos oficiales del Ejército Peruano en su condición de miembros del Comité de Apertura y Evaluación de Propuestas (CRAEP), para lo cual suscribieron y visaron diversos documentos por los que se regulariza la supuesta licitación privada. Dichos oficiales: “no cumplieron normas administrativas, ni la obligación de control que exige su función, muy por el contrario, deliberadamente desde sus respectivos cargos públicos incumplieron tal obligación y, así, a sabiendas de que no habían ejecutado tales servicios, simularon o irregularmente dieron trámite de la adquisición de bienes, y permitieron, de manera concertada, el beneficio de la contratista en perjuicio del patrimonio del Estado⁷³¹”.

729 Véase el R. N. N.° 3231-2012 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

730 Véase el R. N. N.° 1130-2012 del 03 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

731 Véase el R. N. N.° 1130-2012 del 03 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo): “en su condición de altos oficiales del Ejército peruano, y como tal miembros del Comité de Recepción, Apertura y Evaluación de Propuestas (CRAEP), en coordinación con los miembros del Comité Económico, los sentenciados

• El caso de un alcalde

De igual forma, si un funcionario firma el contrato (v. gr., alcalde) y otro funcionario en el ejercicio de sus competencias (v. gr., el gerente municipal) se limita a suscribir un documento derivado de dicha relación contractual previa (v. gr., “orden de compra - guía de internamiento” del bien), sin que se observe algún acto irregular, no puede ser responsable de la comisión del delito de colusión⁷³²; o cuando los funcionarios de una entidad pública se limitan a visar y firmar el comprobante de pago, sin tener la injerencia para que el contrato se suscriba⁷³³.

En el caso de un alcalde, la Corte Suprema ha sostenido que se puede confiar en las visaciones que emiten sus subordinados y que un funcionario se basa “en la información que otros servidores le alcanzan, pues en toda institución que se basa en el reparto de roles, por el principio de confianza, se presupone que todos cumplirán su función de forma correcta, de ahí que estos hayan confiado en que las visaciones efectuadas al trámite se hicieron acorde a ley”⁷³⁴.

La Corte Suprema confirmó la absolución de un alcalde que contrató los servicios de un especialista en asesoría de acciones de control –mas no, de servicios de auditoría externa– y que recibió la conformidad y la visación del jefe de Administración de la entidad, debido a que dicha contratación cumplía con los requisitos que exigía la Ley de Presupuesto Público y el Reglamento Único de Adquisiciones de la época⁷³⁵.

Hermoza Ríos y Mayaute Ghezzi, concertaron ilegalmente con la Gerente de la empresa Shemesh Representaciones Sociedad de Responsabilidad Limitada, la acusada Adrián Navarro, en la adquisición de veintiún visores nocturnos, adaptación de siete cabinas de helicóptero para visión nocturna, tres mil quinientos ochenta y cuatro cartuchos pirotécnicos del sistema de protección, cuatro probadores del sistema de protección y entrenamiento para veintiún pilotos”.

732 Véase el R. N. N.º 625-2011 del 29 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

733 Véase el R. N. N.º 3441-2013 del 15 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

734 Véase el R. N. N.º 1571-2014 del 08 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

735 Véase el R. N. N.º 4563-2009 del 23 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores) la absolución también se basó en “la inexistencia de una

El que un funcionario suscriba un determinado contrato no lo hace responsable automáticamente responsable del delito de colusión ilegal, si es que no se prueba de manera suficiente el concierto previo en el que habría incurrido junto a los particulares. El hecho de que haya controles y filtros previos en un proceso de contratación pública (v. gr., los actos del Comité de selección, informes previos, etc.) puede llevar a confiar racionalmente al funcionario que no hay ninguna irregularidad o acto ilícito, más aún si no aparece algún indicador objetivo, suceso o advertencia que haga ver lo contrario. Al respecto, la Corte Suprema respecto a la suscripción de un contrato de concesión suscrito por el alcalde de una Municipalidad procedió a absolver al considerar:

Si bien suscribió el contrato de concesión para la prestación de servicios de limpieza pública a favor de la empresa Tour Car S.A., no se logró acreditar que para dicho efecto se haya coludido con sus coencausados, pues no le correspondió participar directamente en ninguno de los comités que sirvieron como filtro para que se determine que el proceso de licitación se lleve a cabo con arreglo a ley, sino por el contrario, participó en la etapa final del proceso de selección, esto es, al momento de la suscripción del contrato, por lo que sobre dicha base se logra colegir válidamente que la absolución decretada en su contra se encuentra arreglada a derecho⁷³⁶.

De igual forma, el hecho de que se suscriba dos contratos de obra por delegación del titular de la entidad (v. gr., alcalde) no basta para que se considere como posible autor del delito de colusión, máxime si no tuvo participación alguna en la realización de los actos previos propios del proceso de contratación pública. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

Ha quedado acreditado que no participó en la conformación de los Comités Especiales que llevaron adelante los procesos de selección y adjudicación sub materia, ni como integrante de los mismos, por ello tampoco lo hizo en la elaboración de las bases, en la aprobación de las mismas, en la calificación de las propuestas, ni en el otorgamiento de la buena pro para tales obras; siendo así su participación se vio limitada a suscribir

pericia valorativa que determine que el servicio particular prestado a la Municipalidad Provincial de Maynas pudo haber sido obtenido a un menor precio en el mercado profesional”.

736 Véase el R. N. N.º 2261-2010 del 21 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

los contratos de “Rehabilitación de la Avenida Juan Santos Atahualpa” y “Adquisición de Asfalto en Frío, colocado para el Asfaltado de Diferentes vías Internas de Tarma”, derivados de la Adjudicación Directa Selectiva número cero cero dos - dos mil tres -MPT-OBAS y el proceso de Licitación Pública número cero cero dos-dos mil tres - MPT-OBAS, lo que realizó como representante de la Municipalidad Provincial de Tarma, en cumplimiento del poder que le otorgó el entonces Alcalde Mario Néstor Jaime Monteverde Pomareda; no habiéndose demostrado en autos que con motivo de la suscripción de tales contratos o como consecuencia de los mismos, exista medio probatorio idóneo que sustente con meridiana verosimilitud y solvencia, la materialización de acto de concertación alguno entre su persona con el representante de la Empresa Desarrollo de Ingeniería Sociedad Anónima, que puedan configurar el delito de Colusión Desleal⁷³⁷.

• El caso de un gerente de una entidad pública

El hecho de que un funcionario (v. gr., el gerente) suscriba un contrato estatal y su adenda, dicho acto se debe reputar como realizado en el ejercicio de sus funciones, circunstancia que no resulta suficiente para imputarle responsabilidad penal en los hechos denunciados. Se destaca que el funcionario que firma el contrato, por lo general, no tiene la competencia ni la función de velar por el cumplimiento y la ejecución del contrato, dado que dicha función como la elaboración de la conformidad de servicios para el pago al contratista es evaluado por el área usuaria⁷³⁸.

Un gerente de una entidad pública posee dentro de sus obligaciones y deberes funcionales el elaborar y suscribir los contratos de ejecución de obra como consecuencia de la adjudicación ya otorgada por los miembros del Comité en un proceso de contratación. No es correcto afirmar que “su accionar avalaba las irregularidades durante el proceso de selección”, menos aún su participación en el acuerdo colusorio llevado a cabo por otros funcionarios públicos, más aún si tal conducta ilícita ya se había materializado al haber adjudicado las obras. La absolución se debe imponer si es que no hay elemento probatorio alguno que pueda establecer que tenía conocimiento del acuerdo

737. Véase el R. N. N.º 2275-2011 del 21 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Tello Gilardi).

738. Véase el R. N. N.º 1114-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

colusorio entre los miembros del Comité y los representantes de las empresas ganadoras⁷³⁹. Incluso el hecho de que se emita memorandos de pago de manera rápida, incluso el mismo día en que se presentaban los comprobantes de pago, no determinan responsabilidad penal alguna, al ser parte también de las obligaciones propias a su cargo⁷⁴⁰.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado como criterio de imputación objetiva que quien se mantiene en su rol y no se desvía del mismo no puede merecer reproche penal alguno. Así, por ejemplo, ha remarcado:

Tenemos que la imputación objetiva, que desarrolla la teoría del tipo desde un punto de vista normativista, contemplando conceptos que funcionan como filtros, para determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típica, destaca la figura del rol, como uno de esos filtros, en cuya virtud aquella persona que actúa dentro de su rol no responderá por la creación de un riesgo no permitido, y por lo tanto, tampoco por un delito, por lo que aplicando dicha teoría al caso de autos, se puede colegir que el encausado Ramírez Vicencio solo se limitó a realizar su rol de Gerente municipal, ejecutando las obras en mérito a lo acordado por Concejo Municipal; sin transgredir límite alguno; por lo que, dicha conducta no puede ser reprochable penalmente; asimismo, de acuerdo a la prohibición de regreso, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro aproveche dicho vínculo en una organización no permitida, este filtro excluye la imputación objetiva del comportamiento, pues la conducta de la persona inicial, que es aprovechada por una segunda a un hecho delictivo, es llevada de acuerdo a su rol⁷⁴¹.

La Corte Suprema conoció el caso de un gerente de Finanzas a quien se le imputaba la condición de cómplice del delito de colusión al haber autorizado un cheque por concepto de pago a un tercero por un monto de cuarenta y tres mil quinientos nuevos soles, sin haber efectuado observación alguna al pago pese a la falta de documentación que lo sustentaba. El funcionario alegaba en su defensa que la documentación le llegó revisada y aprobada por la Gerencia

739 Véase el R. N. N.º 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

740 Véase el R. N. N.º 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

741 Véase el R. N. N.º 1114-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

General y la Presidencia del Directorio, así como la conformidad del servicio; además, la observación del pago, en todo caso, debía provenir del área usuaria. La Corte Suprema lo absolvió de los cargos al señalar:

Más allá de que el imputado pudo advertir algún desajuste en la documentación -hecho que tampoco se ha probado-, es claro que no sólo no intervino en el propio acuerdo concusionario -esto es obvio al no ser imputado como autor-, sino que el rol que le correspondía era, a la vista de la documentación presentada -no se ha probado siquiera que no era la debida o que no estaba completa desde la perspectiva meramente documental- otorgar el visto bueno para el pago de un servicio realizado a la institución. No sólo no ha sido considerado penalmente en el informe especial legal número cero cero siete - dos mil - CG / AAI de fojas dos mil ciento doce, sino que no se cumplen los presupuestos para ser inculpinado como cómplice del delito de colusión fraudulenta⁷⁴².

De igual forma, la Corte Suprema analizó el caso de un gerente de Administración de una empresa pública a quien se le imputó haber intervenido, como cómplice, en la contratación de cuatro abogados, vulnerando los procedimientos legales v. gr., los postores siempre eran los mismos y eran escogidos para prestar el servicio. Dicho gerente visó los contratos y había autorizado los cheques, mientras que quien firmó los contratos fue el gerente general, bajo cuya firma y dirección se condujo todo el procedimiento administrativo correspondiente. La Corte Suprema de Justicia absolvió al gerente de Administración de los cargos planteados al razonar lo siguiente:

Es cierto que la visación del contrato y, luego, la autorización de la solicitud de cheques correspondió al encausado Carbonell Manrique. También es verdad que el citado encausado no intervino, propiamente, en el acuerdo concusionario; la visación y la ulterior autorización de solicitud de cheque son pasos administrativos internos para concretar el contrato -éste se consolida con la suscripción por su titular- y, luego, para cancelar el servicio prestado. Desde esta perspectiva, como ya se anotó en casos anteriores, no hay prueba que acredite que dicho imputado intervino a sabiendas, esto es, dolosamente -en coordinación con los autores- para concretar la afectación a Serpost garantizando los contratos concusionarios y efectivizando el pago indebido a los interesados. Si la complicidad secundaria requiere de la concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos antes enunciados, el primer elemento no concurre, puesto que

742 Véase el R. N. N.º 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

la visación y la autorización no entrañó un acuerdo con los autores que denotase el conocimiento del alcance de un contrato concusionario. Ceder ante una presión indebida de un superior jerárquico y visar una documentación sin analizar la documentación que debía sustentarla, en todo caso, es prueba manifiesta de una falta de disposición para defender su ámbito de decisión y autonomía y, por lo demás, una falta de cuidado en su quehacer funcional. En todo caso, existe duda que en la conducta del imputado medió un concierto de voluntades o previo acuerdo, coetáneo, inicial o sobrevenido a la acción típicamente antijurídica procede, entonces, su absolución⁷⁴³.

La máxima instancia de la justicia peruana absolvió al gerente de administración y al Gerente General de una municipalidad que participaron en la operación de un pago irregular, en el caso del primero con la suscripción de un comprobante de pago, mientras que el segundo con la firma de un cheque; debido a que como órganos de dirección confiaron en que otros funcionarios públicos habrían dado su visto bueno y conformidad a la entrega y recepción de los bienes adquiridos y desconocían que el material de construcción de una obra no se había entregado en su integridad⁷⁴⁴.

La Corte Suprema absolvió a un gerente de una entidad estatal (Municipalidad) en un caso de colusión por la recepción de unas cartas fianzas por un adelanto directo que tenían como fin la compra de materiales o insumos y que eran expedidas por una Cooperativa de Ahorro y Crédito que no estaba autorizada a emitir ese tipo de documentos, habiéndose efectuado desembolsos de dinero al amparo de dichas cartas fianzas sin que se hubiera cumplido con terminar las obras. En el proceso penal se logró determinar la falsedad de las firmas consignadas en las cartas fianzas.

Una vez recibidas las cartas fianzas el encausado, en su condición de gerente municipal, solicitó una opinión legal de un asesor externo, quien emitió opinión favorable a través de un informe escrito, señalando que era posible proceder aceptar como carta fianza para garantizar adelantos por materiales. Como el gerente municipal, desconocía ciertos trámites requería efectuar las consultas correspondientes por profesionales especializados, como en este

743 Véase el R. N. N.º 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

744 Véase el R. N. N.º 236-2012 del 09 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

caso, a un asesor legal; de tal manera que sobre lo recomendado en dicho informe, vio conveniente aceptar dichas cartas fianzas⁷⁴⁵. Se estimó que el gerente municipal cumplió con el procedimiento para amparar las cartas fianzas a efectos de efectivizar la firma del contrato con las empresas ganadoras de la buena pro y que basándose en el principio de confianza tomó en cuenta y se basó en el asesor legal externo que como abogado era conocedor del derecho y de las normas relativas a dichos procedimientos opinó por escrito que las cartas fianzas estaban supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros⁷⁴⁶. Para la Corte Suprema la solicitud de dicho informe lega no evidencia intencionalidad alguna por parte del gerente de beneficiar a las empresas ganadoras de la buena pro, tanto más si se siguió con el procedimiento que la norma establece, a razón de su desconocimiento en ciertos temas legales⁷⁴⁷.

La máxima instancia de la justicia ordinaria en el Perú estimó que cada una de las acciones desplegadas por el gerente municipal “se desarrollaron dentro de sus deberes funcionales, máxime si ya se había desplegado el resultado típico del delito de colusión al haberse otorgado la buena pro a las referidas empresas, por lo que éste no estaba tampoco en la obligación de indagar sobre la legalidad en el desempeño de las funciones de los miembros del Comité, pues no era parte de sus facultades, actuando confiado en que las empresas contratadas habían cumplido con las formalidades y bases que la ley de contratación y adquisiciones del Estado exigía”⁷⁴⁸.

La Corte Suprema desechó la declaración de un testigo quien sostuvo que vio almorzar al Gerente con una persona vinculada a las empresas que se presentaron al proceso de selección considerando que dicho suceso no tiene relevancia alguna, dado que el Gerente solo tuvo intervención una vez materializado el acuerdo colusorio⁷⁴⁹.

745 Véase el R. N. N.° 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

746 Véase el R. N. N.° 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

747 Véase el R. N. N.° 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

748 Véase el R. N. N.° 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

749 Véase el R. N. N.° 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

• El caso de los miembros de un órgano colegiado de una empresa estatal

La Corte Suprema de Justicia absolvió a algunos miembros de un órgano colegiado (miembros del Consejo Directivo y del Comité de Inversiones Inmobiliarias de una empresa estatal), en atención de que su conducta se limitó a aprobar la ejecución de los proyectos de inversión y colocación de fondos, teniendo a la vista los estudios de factibilidad y de asesoría legal realizados por otros órganos especializados de la entidad⁷⁵⁰. Se entendió que las maniobras fraudulentas ejecutadas por el gerente general, el gerente de Inversiones Inmobiliarias, el Gerente de Asesoría Jurídica y el jefe del Departamento de Estudio y Evaluación de Proyectos, quienes formaron parte de la red que direccionada las adquisiciones con el propósito de recibir ventajas económicas, junto con algunos otros miembros del Consejo Directivo, no alcanzaba a los demás miembros del órgano colegiado⁷⁵¹ que actuaron sobre la base de la información presentada por los órganos técnicos. Por ello, se sostiene que “de acuerdo a la división de trabajo es de responsabilidad de los inmediatos inferiores que la elaboración de los citados informes se ajusten a la veracidad de su contenido”⁷⁵²; de tal modo que los superiores no tenían cómo controlar (y saber) la actuación (ilegal) de los funcionarios inferiores⁷⁵³. En resumen:

750 Véase el R. N. N.° 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (Voto de los jueces supremos: Villa Stein y Pariona Pastrana).

751 Véase el R. N. N.° 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (Voto de los jueces supremos: Villa Stein y Pariona Pastrana) respecto a la declaración de los coimputados se señaló que en ellas: “no se hacen mención del rol desplegado por los mencionados procesados para la materialidad del delito, así como tampoco el aporte al plan delictivo tendiente a la concertación subrepticia, por lo que al no acreditarse con otros elementos periféricos el componente material del acuerdo colusorio, no es posible fundar ninguna autoría por comisión por omisión respecto al delito en comento, mucho menos establecer que actuaban por consigna y en concertación con los intereses de los ofertantes y en perjuicio de la entidad agraviada”.

752 Véase el R. N. N.° 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (voto de los jueces supremos: Villa Stein y Pariona Pastrana).

753 Véase el R. N. N.° 2686-2012 del 09 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (voto singular del juez supremo: Cevallos Vegas): “Los procesados sobre los que pesa esta discordia eran militares, miembros de las fuerzas armadas y policías y como tales, no se les puede exigir que estén en condiciones de desmentir los informes que los miembros de la gerencia les alcanzaban en donde ellos afirmaban que las compras a realizar eran viables y benéficas para la institución. Si afirmamos lo contrario, es

“Los Directivos del Comité actuaron, en principio, dentro de los parámetros exigidos por la Ley, pues aprobaron la compra de un inmueble previo informe especializado explicado y entregado por los encargados, que hacía presumir razonablemente que la inversión era rentable y traería beneficios a la entidad Militar Policial”⁷⁵⁴.

• El caso de otros funcionarios

El hecho de que un funcionario haya suscrito el acta que adjudica la buena pro a una empresa, no constituye elemento de juicio suficiente para demostrar un acuerdo colusorio anterior a la transacción⁷⁵⁵. Igual ocurre cuando las atribuciones del funcionario se limitan a elaborar la resolución que autoriza el trámite sin tener la función expresa de fiscalizar y analizar el trámite previo⁷⁵⁶.

Asimismo, cuando un funcionario (v. gr., el director de la Oficina de Asesoría Jurídica) visa un contrato y se limita a cumplir con sus funciones conforme lo estipula el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad, o la normatividad administrativa del sector, sin advertir algún hecho irregular no puede responder penalmente por el delito de colusión⁷⁵⁷, si es que no se ha desviado de su rol y competencia normativa.

decir que los miembros del Consejo Directivo tenían que saber si esos informes eran correctos o no, cabría preguntarnos ¿qué sentido tendría la gerencia si todo lo tiene que rehacer y reevaluar íntegramente los miembros del directorio?”. Dicho voto singular traslada el centro de la discusión del ámbito del tipo objetivo al tipo subjetivo: dolo.

754 Véase el R. N. N.° 2686-2012 del 25 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (voto singular de juez supremo: Loli Bonilla): “La responsabilidad de miembros del Consejo Directivo y del Consejo de Inversiones Inmobiliarias, solo podría sustentarse si se hubiese comprobado que su actuación no fue neutral, es decir, que decidieron aprobar el proyecto de inversión pese a tener conocimiento que los informes presentados estaban fraguados (imputación fiscal)”.

755 Véase el R. N. N.° 3008-2010 del 22 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo): “tampoco puede soslayarse que su participación en los hechos se debió únicamente a su condición de Secretario de la Junta Liquidadora, circunstancia que no resulta idónea ni suficiente para involucrarlo en el delito *submateria*”.

756 Véase el R. N. N.° 1571-2014 del 08 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

757 Véase el R. N. N.° 1109-2014 del 09 de junio del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

Excepciones al principio de confianza

La Corte Suprema ha fijado las excepciones al principio de confianza al señalar que “i) la confianza queda excluida cuando la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad; ii) no hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa, iii) la confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes” o cuando el funcionario reconoce que no actuó diligentemente en la supervisión del procedimiento de adjudicación⁷⁵⁸. Por ejemplo, se excluye dicho principio si un funcionario que interviene en un proceso admite que realizó las llamadas a las empresas supuestamente postoras y que todo el procedimiento se realizó en un día sin que se haya seguido regularmente⁷⁵⁹, o cuando un funcionario admitió que sabía que era incorrecto que fuera a las casas comerciales a recabar proformas en lugar de enviar cartas y que, además, tenía experiencia en la Administración pública (v. gr., Regidor de Limpieza, Regidor de Pesas y Medidas y el regidor de Mercado) y sí conocía el procedimiento que se debía seguir. El procesado no puede alegar que actuó bajo el principio de confianza, puesto que, sin perjuicio de valorar sus versiones exculpatorias, el encausado sabía que estaba actuando irregularmente⁷⁶⁰.

No se aplica el principio de confianza cuando, por ejemplo, un gerente municipal avala un contrato irregular, en vez de cuestionar la legalidad del mismo, dado que fueron realizados sin previo proceso de selección, conducta que quebranta su deber funcional y permite que se establezcan pagos al funcionario contratado (v. gr., el residente de obra) que no se ajustaban a los montos previstos en el expediente técnico de la obra o a base legal alguna⁷⁶¹.

758 Véase el R. N. N.º 2816-2009 del 16 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 2331-2009 del 15 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1571-2009 del 17 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

759 Véase el R. N. N.º 1571-2009 del 17 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

760 Véase el R. N. N.º 2331-2009 del 15 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

761 Véase el R. N. N.º 300-2014 del 21 de mayo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

174 La visación de un contrato estatal, antes de la firma, requiere que se verifique el expediente correspondiente, el requerimiento de obra, la asignación presupuestal, la autorización de la Comisión Permanente de Adjudicación y Contratación y las proformas de los costos⁷⁶².

De igual forma, se condenó como autor del delito de colusión al gerente de Administración de una Municipalidad por la circunstancia de haber visado el contrato en el cual se plasmaron los precios totalmente distintos a los propuestos inicialmente, así como haber firmado el cheque respectivo, lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentamiento de su parte, pese a que participó en su momento en el proceso de otorgamiento de la buena pro y lógicamente tuvo conocimiento de los precios ofertados en aquella oportunidad que al final de cuentas determinaron un egreso municipal que se encontraba fuera de las permisiones presupuestarias que se manifiesta en un perjuicio al Estado y que es producto precisamente del acuerdo ilícito⁷⁶³.

En casos de los altos cargos de una entidad estatal (v. gr., el alcalde), la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido que “este principio no resulta aplicable a la conducta del procesado, puesto que, en su versión horizontal, el procesado era la máxima autoridad en la municipalidad mencionada y, en su vertiente vertical, sus inferiores jerárquicos lo han sindicado como la persona que impulsó el mencionado proceso de adjudicación”⁷⁶⁴.

2.11. ¿La no necesidad de contratación de servicios o bienes puede implicar la comisión del delito de colusión ilegal?

175 Uno de los problemas de mayor actualidad en el delito de colusión ilegal es determinar si también se configura la infracción cuando el funcionario contrata servicios no necesarios ni indispensables para la entidad estatal, al encontrarse cubiertos por determinadas áreas de la propia institución estatal⁷⁶⁵.

762 Véase el R. N. N.º 544-2011 del 25 de agosto del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

763 Véase el R. N. N.º 1083-2010 del 13 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez).

764 Véase el R. N. N.º 1571-2009 del 17 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

765 Véase el R. N. 2664-2003 de fecha 19 de mayo del 2004, en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p. 1344 que directamente alude a esta problemática.

Por ejemplo, una entidad estatal contrata a un estudio jurídico especializado para que brinde servicios profesionales, pese a que cuenta con una plana numerosa de abogados que componen la oficina de asesoría legal; o contrata a un profesional sin ninguna calificación como si fuera un especialista para que realice tareas complejas.

La misma pregunta cabe formular cuando se compra bienes no necesarios, ya sea porque hay una gran provisión de bienes, porque no hay peligro de desabastecimiento o debido a que la entidad pública, por la actividad que desarrolla, no requiere dichos productos. Igual ocurre cuando se adquiere bienes superfluos, suntuarios o que en absoluto son compatibles con el sentido de la entidad, etc.

La respuesta que se debe brindar no puede ser general y exenta de matices por la misma complejidad de la problemática.

En primer lugar, debe quedar claro que ni la contratación de servicios profesionales no necesarios ni la compra de bienes suntuarios por sí mismo constituyen el delito de colusión ilegal, pues el acuerdo contractual al que se llega no necesariamente se lo hace para defraudar o perjudicar el patrimonio estatal o como consecuencia de un acuerdo ilegal. Se trata, en todo caso, de una mala política en el proceso de compras y adquisiciones de una entidad estatal, de un desempeño profesional inadecuado, o de un comportamiento censurable.

Sin embargo, puede ocurrir que justamente el funcionario **con el fin de favorecer a terceros y sin que haya una necesidad del servicio ni una justificación racional adecuada para la contratación** logre favorecer una posición contractual en beneficio de una persona (natural o jurídica), incluso, sin que ello importe el pago de una suma excesiva, o fuera del mercado de prestaciones de servicios⁷⁶⁶. En estos casos no existe el más mínimo soporte funcional o la justificación para la contratación del servicio –y que incluso puede ser prestado por personal calificado de la misma entidad–, de tal manera que es posible hablar de colusión ilegal.

El perjuicio al patrimonio estatal no solo puede provenir de una sobrevaluación del bien o del servicio o una cotización atípica, sino también posee como causa productora el derroche de los recursos públicos contratando

766 Véase el R. N. N.º 605-2012 del 26 de junio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

servicios innecesarios que pueden ser cubiertos por otras áreas de la entidad, por sus profesionales o porque sencillamente estos servicios por su facilidad en su ejecución no requieren de un profesional externo⁷⁶⁷. A ello se agrega, además, los casos de servicios inútiles que no tienen ningún valor objetivo o que no aportan nada a la entidad estatal.

La objeción que puede surgir es que el funcionario no tiene la intención o el propósito deliberado de perjudicar el patrimonio estatal, sino únicamente de contratar servicios o bienes innecesarios. Sin embargo, queda claro que la imputación se puede construir inequívocamente a título de **dolo eventual**, toda vez que el funcionario se representa el **peligro concreto de lesión del patrimonio estatal** con base en la conducta de contratar servicios o adquirir bienes inútiles.

El planteamiento que se propone –y que generará seguramente posiciones encontradas en la doctrina y en la jurisprudencia nacional– se enlaza con la necesaria política criminal de un Estado como el peruano, al que son inherentes características de subdesarrollo, recursos limitados y medios escasos. En efecto, la perspectiva de la contratación estatal y su relación con servicios y bienes innecesarios se relaciona con los niveles de riesgo que en cada sociedad se pueden tolerar o permitir, según su especial configuración, desarrollo⁷⁶⁸ y existencia de recursos. No se puede sostener que la contratación de bienes y servicios es la misma en la gestión del Estado peruano que en la de un país desarrollado con recursos ingentes y con presupuestos más o menos amplios.

Los niveles de actuación y las esferas de libertad en los diversos procesos de contratación estatal son distintos, por ejemplo, en Alemania, Francia, España, Estados Unidos, Canadá que en el Perú, Ecuador, Bolivia o Paraguay; por tal razón, los funcionarios deben tener mayor control y racionalidad en el manejo de los fondos públicos y sobretodo en la tramitación, celebración y ejecución de los distintos contratos estatales, y deben evitar suscribir contratos no justificados que resultan lesivos a los intereses patrimoniales del Estado.

Pese a las posibles observaciones que puede recibir nuestro planteamiento, creemos que la conducta que al menos resulta indiscutible en la realización

767 De modo distinto BENDEZÚ BARNUEVO, Rocci, “Análisis típico del delito de colusión y su tratamiento jurisprudencial”, en *Revista de Investigación Jurídica*, 2011, p. 16.

768 Véase SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Derecho penal y realidad social, en la dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*, Lima: Grijley, 2001, p. 127 y ss.

de la tipicidad objetiva de la colusión ilegal, son aquellos casos de **absoluta o completa no necesidad del servicio en la medida que dicho contrato se dirija a favorecer a un tercero con recursos estatales**. El caso paradigmático lo representan aquéllos supuestos en los que la actividad contratada puede ser cubierta holgadamente por los recursos humanos y el personal técnico existentes en la entidad pública.

Nuestra tesis, si bien puede entenderse compatible con las políticas gubernamentales de austeridad –que en cada cierta época irradian la actividad pública en nuestra patria, muchas veces más por intereses políticos que por una sinceridad en su práctica–, es posible que algunos consideren que afecta el principio de intervención mínima o que absolutice los criterios de eficiencia. Empero, se debe contestar que lo que aquí se plantea no es tanto una administración pública austera, o la criminalización de prácticas comunes, sino actividades gubernamentales racionales en cuanto al uso adecuado de los recursos públicos, más aún si son limitados, y se guían por los principios de necesidad, gestión idónea y proscripción de concertaciones ilegales.

El castigo de dichos comportamientos solo será viable en la medida que, además, **de las contrataciones absolutamente prescindibles y no justificadas objetivamente se demuestre que concurre un acto de concertación o de acuerdo ilegal**; en el que tanto el funcionario y el particular intervienen para defraudar o lucrar a costa del patrimonio del Estado.

La posición hermenéutica que se sostiene ha sido asumida por la Corte Suprema de Justicia en una sentencia en la que se analizó la contratación de algunos profesionales (abogados e ingeniero) como una forma y modalidad típica de colusión al sostener “que en muchos casos se trató de estudios innecesarios o no requeridos ni utilizados por el área correspondiente, que sus importes resultaron elevados y fuera del presupuesto operativo y de inversión⁷⁶⁹”.

177

En otro caso, la Corte Suprema anotaba que junto con la ilegalidad del contrato –cuyo objeto no era permitido por la *Ley de Contrataciones del Estado*– no se cumplía con las exigencias de necesidad para ser considerado como una contratación de servicio personalísimo⁷⁷⁰. De igual forma, se estimó que la contratación de una persona por parte de la entidad no obedeció a una razón

769 Véase el R. N. N.º 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

770 Véase el R. N. N.º 978-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

técnica, sino a una preferencia personal –un acto abusivo– del titular de la entidad y sin sustento técnico razonable, v. gr., carecía de estudios de inversión y perfil de predictibilidad. El perjuicio penal no solo está en un pago por servicios, sino en el hecho de que se contrató a una persona no calificada⁷⁷¹.

De manera general, la Corte Suprema ha sostenido de que en la evaluación del servicio, por ejemplo, de asesoría legal, debe tomarse en cuenta si se estaba ante un panorama de conflictividad judicial favorable que permita sostener enfáticamente que el patrocinio externo no era necesario y, por tanto, que se simuló una asesoría que no se requería⁷⁷².

II. TIPICIDAD SUBJETIVA

178

El delito de colusión es un delito eminentemente doloso⁷⁷³.

El titular del ejercicio de la acción penal pública debe probar que quien intervino en un proceso de contratación en el que hubo concertación ilegal lo hizo dolosamente.

El artículo VII del Título Preliminar del Código Penal proscribire toda forma de responsabilidad objetiva, lo que significa que para imponer una sanción es imprescindible que en el proceso penal quede debidamente acreditado que el autor haya querido causar la lesión que se le imputa (dolo) y en el caso de los delitos culposos, que este haya podido prever o evitar el resultado (culpa)⁷⁷⁴.

771 Véase el R. N. N.º 1217-2014 del 01 de junio del 2016 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

772 Véase el R. N. N.º 1621-2009 del 17 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

773 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1109; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 103; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, p. 337; CARRIÓN DÍAZ, Juan; CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 48; MONTOYA VIVANCO, Yvan y OTROS, *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*, p. 109.

774 Véase el R. N. N.º 2992-2012 del 04 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

Hay quienes consideran compatible su comisión solo con una forma particular e intensificada de dolo como es el **dolo directo**⁷⁷⁵, lo que se desprendería de los verbos *concertar* que describirían la particular intencionalidad del autor⁷⁷⁶.

Sin que pueda negarse que efectivamente el sentido social de la concertación representa un comportamiento básicamente intencional como lo puede ser el engaño en la estafa o la violencia en el robo; queda claro que bien puede aceptarse la realización del tipo penal a título de dolo eventual en la medida que haya un *conocimiento de la capacidad lesiva de la conducta* respecto a la posibilidad del perjuicio patrimonial⁷⁷⁷. Por ejemplo, es posible considerar como ejemplo de dolo eventual obtenido de nuestra propia jurisprudencia el caso en que el funcionario, según su propia declaración, “no sabía si la empresa

775 Véase, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Compendio de derecho penal español (PE)*, p. 838; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 406.

En la doctrina nacional: GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1109; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 104; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*, p. 268; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 422; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, p. 337; CARRIÓN DÍAZ, Juan; CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 48; MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 33; BENDEZÚ BARNUEVO, Rocci, “Análisis típico del delito de colusión y su tratamiento jurisprudencial”, en *Revista de Investigación Jurídica*, 2011, p. 28.

En este sentido la jurisprudencia: el R. N. N.º 1288-2012 del 12 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 2537-2010 del 28 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo), el R. N. N.º 2495-2009 del 22 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 510- 2004 del 21 de enero del 2005.

776 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 268.

777 En contra expresamente ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 422; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 406; el R. N. N.º 2537-2010 del 28 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo): “Dadas las características del tipo penal se necesita el dolo directo en el comportamiento activo del agente, pues el concierto para defraudar resulta impensable con dolo eventual”.

Arco Iris estaba inscrita como persona jurídica en el registro de proveedores de la entidad agraviada, no conocía si los medicamentos que adquiriría tenían autorización para ser comercializados en el Perú, y no sabía el corto período de vigencia de la medicina adquirida, esto es, que ya estaban por vencerse⁷⁷⁸.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado: “La colusión requiere de una conducta dolosa, el autor ha de conocer los alcances de los elementos objetivos de la norma penal, de la lesión puesta en peligro o del riesgo prohibido que acarrea su conducta⁷⁷⁹”. En un caso se absolvió a ciertos funcionarios públicos que habían intervenido en el proceso de contratación en atención de que “cada uno de los encausados realizó una acción propia de sus funciones sin que se haya demostrado el elemento subjetivo de dolo en sus conductas para coadyuvar con el propósito delictual de sus coencausados⁷⁸⁰”.

Si es que no existe prueba que determinados funcionarios tuvieron conocimiento de que la contratación de un determinado local era de propiedad de un funcionario de alto nivel (alcalde) se debe entender que no se ha probado el elemento subjetivo: dolo⁷⁸¹.

180 En la acreditación del dolo la jurisprudencia penal peruana ha sostenido, por ejemplo, que el autor tenía conocimiento del presupuesto aprobado por la entidad agraviada y que no podía actuar directamente en dicho proceso de adquisición⁷⁸².

778 Véase el R. N. N.º 639-2010 del 11 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

779 Véase el R. N. N.º 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro); el R. N. N.º 3502-2012 del 09 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (voto singular de los jueces supremo Villa Stein y Pariona Pastrana).

780 Véase el R. N. N.º 1092-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

781 Véase el R. N. N.º 220-2011 del 24 de agosto del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

782 Véase el R. N. 124 -2005 del 06 de Julio del 2005.

Es necesario que el autor (o partícipe) conozca los alcances de su intervención en los actos concretos de contratación estatal, debiéndose acreditar, por ejemplo, si el autor conocía de la sobrevaluación, así como de la mala calidad de los productos⁷⁸³. No basta que el autor participe objetivamente en el contrato estatal. Es indispensable que se pruebe su actuación en las maniobras colusorias y en caso de que se trate de demostrar, por ejemplo, su condición de cómplice que, por lo menos, sepa de la sobrevaloración⁷⁸⁴, la baja calidad de los bienes, su deterioro, o que estos nunca ingresaron a la entidad.

La festinación de ciertos trámites administrativos, inherente a todo proceso de contratación (v. gr., no cumplió como proveedor al no ofrecer garantía sobre el bien vendido, no firmó el acta de entrega ni tampoco suscribió un pacto de integridad con la entidad agraviada, etc.), pueden ser tomados como indicio del dolo unido al hecho de el contratista fue proveedor de otras entidades públicas y los trámites omitidos no le son desconocidos⁷⁸⁵.

El dolo –como cualquier otro elemento subjetivo– no se debe presumir ni puede inferirse de meras posiciones de autoridad (v. gr., la condición de máxima de autoridad⁷⁸⁶), la calidad de funcionario público⁷⁸⁷, o de la condición

783 Véase el R. N. N.º 1070-2004 del 20 de mayo del 2005 (ponente: Valdez Roca).

784 Véase el R. N. N.º 3445-2011 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

785 Véase el R. N. N.º 278-2013 del 23 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

786 Véase el R. N. N.º 2517-2014 del 10 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla): “Al cargo de máxima autoridad que poseía el impugnante, ante lo cual es racional inferir que tenía la capacidad suficiente para concluir que un contrato bajo los términos realizados exigía el cumplimiento de determinados requisitos, que no se presentó en el caso de actuados judiciales y aún así lo celebró, derivando ello en el consiguiente perjuicio para la entidad agraviada”.

787 Véase el R. N. N.º 3279-2012 del 16 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1739-2013 del 17 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas): “La encausada sostuvo que desconocía los procedimientos a seguir para la citada compra (folios doscientos cincuenta y cinco, doscientos sesenta y trescientos setenta y dos), y que dio su conformidad, porque presumió que el procedimiento era correcto; lo que en su caso constituye un

de profesional (v. gr., economista⁷⁸⁸, Jefe de abastecimiento⁷⁸⁹). El dolo no supone que la persona “debía” conocer ciertas y determinadas circunstancias (v. gr., domicilio del proveedor y su giro comercial)⁷⁹⁰, o que se apoyen en una máxima de la experiencia que lleva a la conclusión de que “el acusado conocía que su coimputado no reunía los medios idóneos para la realización del servicio requerido”⁷⁹¹, sin aludir siquiera de manera mínima a qué máxima de experiencia se refiere, cuál es su contenido, origen o ámbito de aplicación.

Algunos planteamientos, en la mayoría de ocasiones, tienen como fundamento común el asumir criterios puramente normativistas que se caracterizan por estimar que “en el presente delito se exige la conducta sea dolosa y una de las características de la imputación subjetiva, que es la atribución del sentido normativo del conocimiento; por lo que el único conocimiento válido que interesa al Derecho Penal no es otra cosa que lo que el actor debía saber o debía conocer en el contexto social de su acción, no lo que sabía o lo que conocía”⁷⁹².

argumento insostenible dada su condición de funcionaria pública”.

788 Véase el R. N. N.º 2495-2009 del 22 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado): “Se debe tener en cuenta que el acusado César Raúl Vidal Cruz era un profesional en ciencias económicas, el cual tenía la responsabilidad de cautelar los intereses de la institución, verificando que la documentación se ajustara a las normas vigentes, por lo que, más allá de la argumentación que señala que se le indicó que el contrato era válido, no resulta razonable que una persona que domina el manejo de instrumentos financieros y garantías comerciales, en su condición de economista, arriesgue los intereses del Estado al no exigir una garantía de ejecución inmediata sobre el total del monto entregado”.

789 Véase el R. N. N.º 3537-2009 del 03 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores): “No puede esgrimir de forma válida el desconocimiento de las normas sobre los procedimientos de adquisiciones, estando al cargo que ostentaba, esto es, Jefe de Abastecimiento encargado de la adquisición de bienes y servicios, tanto más si como miembro del Comité de Adjudicación procedió en contra de las propias bases del concurso que dieron como ganador a la empresa “Miami Engines y Truck Sales””.

790 Véase el R. N. N.º 1637-2013 del 07 de marzo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

791 Véase el R. N. N.º 2517-2014 del 10 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla).

792 Véase el R. N. N.º 1687-2014 del 109 de diciembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

El dolo no es posible inferirlo del hecho de que un jefe de Abastecimiento “tuvo conocimiento que se había contratado de manera directa a un solo proveedor, por cuanto firmó los comprobantes de pago entre los años dos mil uno a dos mil tres, infringiendo en su actuación el deber de probidad funcional en el desempeño de su cargo, por cuanto por el cargo que ostentaba tenía la obligación de hacer cumplir las normativas y funciones, siendo una de ellas las decisiones optadas por el área de abastecimiento”⁷⁹³. El hecho de que se conozca la contratación de un solo proveedor no quiere decir que se intervenga en un contexto concusionario o que el funcionario sepa automáticamente que otro funcionario ha concertado ilegalmente en la contratación de un servicio. La infracción de la probidad funcional no puede ser en un Estado Constitucional un criterio a tomar en cuenta para establecer si efectivamente la persona conoció el contexto delictivo en el que (supuestamente) intervenía. Los parámetros morales no están en condiciones de fundamentar de manera legítima la conducta dolosa y de sustentar un juicio positivo de responsabilidad subjetiva. En la misma línea, el remarcar que el funcionario “tenía la obligación de hacer cumplir las normativas y funciones” no prueba de manera razonable el dolo; por el contrario, alude a la posibilidad de que haya incurrido en una conducta imprudente. La infracción de las normativas y funciones, aún cuando provengan de la Administración pública, no solo pueden dar lugar a conductas dolosas, sino también a comportamientos negligentes.

De igual forma, el dolo no es posible inferir automáticamente de ciertas normas administrativas, de normas de contabilidad, etc. Se contraviene la presunción de inocencia cuando el dolo se deriva del hecho de la infracción de las Normas Generales del sistema de Tesorería que señalan que quien “realiza el giro de cheques revisará cuidadosamente y visará los documentos sustentatorios de pago con cheques, así como estos son responsables de los actos en que intervengan”⁷⁹⁴ o cuando se concluye que “el área de contabilidad no observó lo establecido por el inciso a), del artículo noveno, de la directiva de Tesorería para gobiernos locales, correspondiente al año fiscal dos mil seis, que exigía la recepción satisfactoria de bien”⁷⁹⁵. El dolo no se puede inferir del

793 Véase el R. N. N.º 3230-2010 del 12 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

794 Véase el R. N. N.º 1391-2012 del 13 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

795 Véase el R. N. N.º 1391-2012 del 13 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

hecho de que un funcionario municipal entrega el cheque destinado al pago de un bien a otro funcionario público que luego se demuestra tiene el vínculo con la empresa contratista⁷⁹⁶.

De igual forma, se viola el principio de responsabilidad subjetiva y el principio de presunción de inocencia cuando se afirma que el jefe de Tesorería de una municipalidad “sabía que el acto por el cual giraba el cheque era irregular, pues contravenía la *Ley de Contrataciones del Estado*, al no seguir un proceso de licitación de adjudicación de menor cuantía, lo cual evidencia su actuar doloso de seguir con el trámite irregular, a fin de defraudar al Estado⁷⁹⁷”. La sola contravención de la Ley de contrataciones del Estado no puede suponer de manera automática la comisión dolosa del delito de colusión como tampoco es correcto inferir el dolo del hecho de que se haya seguido un proceso de contratación distinto al que debía seguirse.

En sentido semejante, se afecta el principio de presunción de inocencia al sostenerse en una sentencia condenatoria que “el conocimiento de lo realizado se le atribuye precisamente por su rol especial de integrante de la Comisión Especial Permanente, cuyo deber era ciertamente cuidar de la corrección y limpieza del proceso de Adjudicación Directa Selectiva⁷⁹⁸”. El hecho de que sea el funcionario sea miembro de una determinada Comisión en el que cumple con una determinada competencia no quiere decir que actúe siempre de manera dolosa y en el caso del delito de colusión de manera concertada con el tercero interesado. De igual forma, el hecho de que el funcionario posea como deber el “cuidar de la corrección y limpieza del proceso de Adjudicación Directa Selectiva” no quiere decir que de dichos deberes o mandatos normativos se derive que el funcionario haya realmente conocido de manera real y

796 Véase el R. N. N.° 1637-2013 del 07 de marzo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores): “Víctor Manuel Helguero Guevara indicó en su instructiva que Luis Soriano le hizo entrega de un cheque girado a favor de Heca S. A. C, lo cual implica que también este se encontraba de acuerdo con el ilícito, pues de otra forma no se entiende cómo es que recibió el dinero de manos de este y no lo remitió directamente a la empresa”.

797 Véase el R. N. N.° 1391-2012 del 13 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores): “era su deber revisar la expedición de cheques, tal como lo señalan las normas generales del sistema de tesorería de fojas mil cuarenta y nueve”.

798 Véase el R. N. N.° 3647-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

efectiva en el caso concreto el curso causal lesivo a los intereses patrimoniales de la administración. Ni el rol social ni la existencia de una serie de deberes normativos son suficientes para fundar el conocimiento que se requiere en el delito de colusión.

Asimismo, se viola el principio constitucional de la presunción de inocencia cuando se señala la conducta dolosa sobre la base de: “la palmaria ausencia de requisitos (falta de RUC, no inscripción en Registros Públicos, no inscripción en el Registro Nacional de Proveedores de la empresa contratista) no podía serle ajena o extraña a todos los imputados. Nadie puede reclamar ignorancia o haber sido utilizado por uno a alguno de ellos”⁷⁹⁹. El hecho de que se incumpla con la normatividad administrativa para contratar no quiere decir que los funcionarios involucrados necesariamente se hayan concertado ilegalmente con el tercero interesado y que todos hayan actuado dentro de un plan y patrón criminal.

Se afecta, el principio de responsabilidad subjetiva y su conexión con el principio de presunción de inocencia cuando se sostiene que “aún cuando ambos procesados alegan no haber poseído las cualidades técnicas, necesarias, la función asumida permite suponer que se informaron previamente de las esenciales exigencias del bien a contratar, por lo que, atendiendo a las antecedentes irregularidades, no es razonable admitir, que los procesados se limitaron a contar cabezas de ganado, como sostienen en sus recursos impugnatorios, con todo lo cual, no es posible considerar que sus intervenciones fueron únicamente circunstanciales, pues estuvieron claramente alineados con la voluntad colegiada de favorecer al postor beneficiado”⁸⁰⁰. En este caso una alegación de falta de conocimientos y cualidades técnicas se responde con el argumento de que “la función asumida permite suponer que se informaron previamente de las esenciales exigencias del bien a contratar”, como si la incorporación de una persona a un cargo le dotara automáticamente de un conocimiento efectivo y real de las circunstancias típicas. La función, la condición o el rol que la persona desempeña dentro de un sector social (v. gr., la Administración pública) es utilizado por el fallo que se critica para “suponer”, “sospechar” o “atribuir conocimientos” que realmente no se tienen, ni se

799 Véase el R. N. N.º 2949-2014 del 07 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

800 Véase el R. N. N.º 1815-2009 del 23 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

cuentan. El conocimiento real (no potencial) debe acreditarse por los medios de prueba admitidos por la ley o a través de la prueba de indicios.

Con una postura semejante, se despoja de contenido a la llamada culpa por asunción por el cual una persona realiza (asume) una acción sin tener los conocimientos requeridos o la habilidad suficiente y que solo el experimentado podía realizar. Se trata de la acción de un subcalificado⁸⁰¹. La culpa por asunción se refiere a la responsabilidad que surge por el *emprendimiento* de una conducta, a pesar de una incapacidad, una falta de experiencia o de conocimientos del autor. Por ello, bien puede homologarse con la impericia. Tanto el comportamiento (el emprender) como el comportamiento subsiguiente pueden consistir en una acción o en una omisión⁸⁰². El que es incapaz de controlar un riesgo dentro de una actividad en los límites de lo permitido deberá abstenerse de ejecutarla⁸⁰³. Dicha actividad está reservada solo para los que reúnen determinados requisitos como una preparación conveniente, conocimientos específicos y la experiencia suficiente v. gr., el sujeto que se pone al volante no debe conducir si conoce que padece epilepsia, se encuentra muy fatigado⁸⁰⁴ o sencillamente sufre problemas graves de visión⁸⁰⁵.

Por otro lado, al afirmarse que “no es posible considerar que sus intervenciones fueron únicamente circunstanciales, pues estuvieron claramente alineados con la voluntad colegiada de favorecer al postor beneficiado” no se establece de manera suficiente, pormenorizada y clara a qué intervenciones se refiere y cuál es la base fáctica que permite sostener de manera adecuada de acuerdo a las garantías penales y procesales mínimas que los funcionarios “estuvieron claramente alineados con la voluntad colegiada de favorecer al postor beneficiado”. Con ello no solo se quebranta el principio de responsabi-

801 Cfr. ZIELINSKI, Diethart, *Dolo e imprudencia. comentario a los art. 15 y 16 del Código Penal Alemán* (traducción de Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires: Hammurabi, 2003, N.º 91, p. 105; RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El Tipo Imprudente*, Lima: Grijley, 2007, p. 93.

802 JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, 9/14, p. 390.

803 Cfr. STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal (Parte general)* I, 4.ª ed., 15/22, p. 507.

804 Cfr. JESCHECK, HANS – WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 625; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Dirêito Penal (parte deneral)*, Coimbra: Editora Coimbra, 2004, t. I, p. 645.

805 Cfr. FREUND, Georg, “Fundamentos de la Imprudencia Punible. Una contribución desde la regulación alemana”, en *Revista de derecho penal. Delitos Culposos*, Santa Fe: Rubinza – Culzoni, 2003, t. II, p. 92.

lidad subjetiva, la presunción de inocencia, sino también el deber de motivar las resoluciones judiciales.

Para constatar el dolo el juzgador debe acreditar que el autor conocía todos los elementos del tipo objetivo y que no se encontraba inmerso en algún error de la realidad típica. La discrepancia entre la representación mental y el tipo lleva a excluir el dolo.

181

El único camino y remedio para determinar el conocimiento del autor es acudir a las *máximas de la experiencia*⁸⁰⁶ y a la *prueba de indicios o indicadores objetivos*⁸⁰⁷ y a una inferencia sobre la base del suceso

806 Cfr. ROMANO, Mario, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, t. I; art. 43/42, p. 448, Pulitanò, DOMENICO; *Commentario Breve al Codice Penale* (Alberto Crespi – Federico Stella-Giuseppe Zuccala), p. 190; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale (parte general)*, p. 335; MARINUCCI, Giorgio-DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale (parte general)*, p. 197; FIANDACA, Giovanni-MUSCO, ENZO, *Diritto Penale*, p. 334 CADOPPI, Alberto-VENEZIANI, Paolo, *Elemento di Diritto Penale (parte general)*, p. 278; MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Entre el Homicidio y las lesiones”; en la *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Enero-Junio, N.º 5, 1995, p. 205; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Dolo y Error: Reflexiones sobre la Prueba en el Proceso penal*, en *Estudios sobre la Independencia Judicial y el Proceso penal*, Lima: Grijley, 2005, p. 149: “Las máximas de la experiencia no son una presunción-incondicionada o no-de que en determinado tipo de comportamiento concurre siempre dolo, sino que requieren un desarrollo razonado en la resolución judicial en relación al caso concreto, de modo que al dato genérico o probable añade el específico o cierto”; SÁNCHEZ - VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 197.

807 Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 302: “Los sucesos de la vida anímica, como una intención determinada, los motivos, la buena o mala fe, en realidad solo pueden ser investigados en base a indicios, puesto que non inmediatamente accesibles a la percepción ajena”. La Corte Suprema de Justicia el R. N. 724–2005 del 19 de mayo del 2005 ha señalado que “los hechos internos como el dolo y demás elementos subjetivos se infieren a partir de indicadores externos, en este caso de las palabras proferidas por el agente”. Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico de dolo*, en *Temas Actuales y Permanentes del Derecho penal después del Milenio*, p. 109; VOLK, Klaus, “Concepto y Prueba de los elementos subjetivos”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N.º 3, p. 414; ROXIN, Claus; *Derecho Penal*, 12/61, p. 447; ESER, ALBIN-BURKHARDT, Björn, *Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, 6/51, p. 154; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho penal (parte especial)*, p. 40; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, p. 305; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Algunos Aspectos de la Reciente doctrina Jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (Dolo eventual, relación parricidio – asesinato)*, en *Ensayos Penales*, p. 410; HAVA GARCÍA, Esther, *Dolo eventual y Culpa consciente. Criterios diferenciadores*, en *Aspectos Fundamentales de la parte general del Código penal peruano*, Anuario de Derecho

objetivo⁸⁰⁸. Los aportes de la ciencia psicológica en este ámbito se consideran limitados⁸⁰⁹.

Las dificultades de la prueba indiciaria conducen a la necesidad de distinguir esta prueba de las meras sospechas o conjeturas que en ocasiones llevan a sostener que la persona actuó dolosamente, pero que en realidad no posee una base suficientemente firme que impide sustentar una inferencia; de tal modo que no pueden ser tomadas como pruebas de cargo⁸¹⁰. La prueba indiciaria requiere partir de hechos plenamente probados que permitan construir una inferencia sumamente razonable desde el punto de vista lógico y jurídico. Así,

penal (Director: José Hurtado Pozo), p. 145; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Dolo y Error: Reflexiones sobre la Prueba en el Proceso penal*, en *Estudios sobre la Independencia Judicial y el Proceso penal*, p. 143; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, p. 66; LAURENZO COPELLO, Patricia, *Algunas Reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo*; en *el Nuevo Código penal: presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje a Ángel Torío López*, p. 425 nota 11; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La Distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de Resultado lesivo. Sobre la Normativización del dolo*, en *CPC*; N.º 65, p. 305; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO – GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte general*, p. 310; RAMOS TAPIA, María Inmaculada, en *Derecho Penal. Parte general* (Director: José M. Zugaldía Espinar), p. 510; SÁNCHEZ - VERA GÓMEZ – TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 197; SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, *Derecho Penal (parte especial)*, vol. I, p. 15; GRACIA MARTÍN, Luis, *Comentarios al Código Penal (parte especial)*, t. I, p. 66; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Compendio de Derecho Penal (parte especial)*, vol. I, p. 142; FELIP I SABORIT, David, *Lecciones de Derecho Penal (parte especial)* (Director: Jesús María Silva Sánchez), p. 30; SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal (parte especial)*, p. 12. Críticamente: HRUSCHKA, Joachim, *Sobre la difícil prueba del dolo*, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N.º 4, p. 159. Expresamente en contra: GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal Económico. Parte general*, 2.ª ed., p. 485 para quien los ijndicadores no dependen de criterios externos al Derecho penal, sino que se configuran desde una perspectiva jurídico penal. En esta misma línea: CANCIO MELIÁ, Manuel; *¿Crisis del Lado subjetivo del hecho?*; en *Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, p. 75.

808 Cfr. ESER, Albin-BURKHARDT, Björn, *Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, 6/51, p. 154; HASSEMER, Winfried, *Los Elementos Característicos del dolo*, en *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, pp. 147 y 152; FIANDACA, Giovanni – MUSCO, Enzo, *Diritto Penale*, p. 331; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale (parte general)*, p. 334.

809 Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. PG*; 8/12, p. 318: “Hasta ahora no se pueden determinar reglas psicológicas que a partir de datos, todos subjetivamente evidentes e importantes permitan deducir una consciencia”.

810 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La demarcación entre el dolo y la culpa. El Problema del dolo eventual*, en *Anuario de Derecho penal*, p. 406.

es posible que un hecho pueda llevar a la construcción de dos o más hipótesis y con ello dos o más conclusiones.

En la prueba del dolo normalmente se descarta la concurrencia –o al menos se la reduce a la mínima expresión– de la llamada prueba directa⁸¹¹ debido a que nadie puede penetrar en la cabeza del autor ni es fiable el testimonio respecto a que una persona actúa dolosamente e, incluso, la confesión – en la medida que no va acompañada de otros medios probatorios – no despliega plena eficacia.

En la prueba del dolo el juzgador debe tomar en cuenta en la medida de lo posible todos los indicios (indicadores) concurrentes⁸¹², que nunca son cerrados⁸¹³, debe evaluar todo el curso de los acontecimientos⁸¹⁴, valorar un

182

811 Véase, SÁNCHEZ - VERA GÓMEZ - TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, p. 197.

812 En este sentido, SÁNCHEZ - VERA GÓMEZ - TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*, p. 197; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual”, en *Anuario de Derecho penal*, p. 418; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Dolo y Error: Reflexiones sobre la prueba en el proceso penal*, en *Estudios sobre la Independencia Judicial y el Proceso penal*, p. 155; MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Entre el homicidio y las lesiones”, en la *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 5, p. 208; ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, 12/48, p. 439; HASSEMER, Winfried, *Los Elementos Característicos del dolo*, en *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, p. 146. En la doctrina italiana: PULITANÒ, Domenico, *Commentario Breve al Codice Penale* (Alberto Crespi – Federico Stella – Giuseppe Zuccala), p. 190; MARINUCCI, Giorgio – DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale* (PG), p. 197; CANESTRARI, Stefano, “La estructura del dolo eventualis. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N.º 4, p. 89; FIANDACA, Giovanni – MUSCO, ENZO, *Diritto Penale*, p. 331 quien señala que el órgano judicial debe tener en cuenta todas las circunstancias que puedan asumir un valor sintomático a fin de acreditar el dolo. Véase también la resolución de fecha 24 de Noviembre del 2004 expedida por la Primera Sala de Reos en cárcel recaída en el Exp. 306-2004.

813 Cfr. HASSEMER, Winfried, *Los Elementos Característicos del dolo*, en *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, p. 150; CANESTRARI, Stefano, “La Estructura del Dolus Eventualis. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N.º 4, p. 89; MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Entre el homicidio y las lesiones”, en la *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 5, p. 208.

814 Cfr. ROXIN, Claus, *Acerca de la Normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo*, en *La Teoría del Delito en la discusión actual*, p. 173.

cúmulo ordenado de indicadores⁸¹⁵, o, por lo menos, los más relevantes que le permitan alcanzar la convicción positiva o negativa respecto a si la persona actuaba o no con dolo. La valoración de los indicadores objetivos, supone como es lógico también la ponderación de los contraindicadores⁸¹⁶ que deben obtenerse de la situación de peligro dada⁸¹⁷ o de las características externas y sociales del comportamiento del sujeto⁸¹⁸.

183 En el caso de la participación en el delito de colusión es necesario que haya una prueba rigurosa del dolo del cómplice o del instigador.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia absolvió a un funcionario por considerar que “no hay prueba que acredite que dicho imputado, a sabiendas, esto es, dolosamente, intervino -en coordinación con los autores- para concretar la afectación a Serpost garantizando y efectivizando el pago indebido

815 Cfr. HASSEMER, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, en *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, pp. 144 y 148; BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte general*, p. 305. Críticamente: HRUSCHKA, JOACHIM, *Sobre la difícil prueba del dolo*, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N.º 4, p. 159.

816 Cfr. ROXIN, Claus, *Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo*, en *La Teoría del Delito en la discusión actual*, p. 174 y 179, él mismo, *Derecho Penal*, 12/62, p. 447 quien alude a la *ponderación general y controlada de los indicios*; HASSEMER, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, en *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, pp. 145 y 154.

La jurisprudencia peruana ha valorado una serie de contraindicadores, por ejemplo, para descartar la tentativa de homicidio señalando que “Al comprobarse que el inculpado solamente buscó lesionar a la víctima, teniendo en cuenta el número de disparos, la distancia en que se realizaron, el tipo de arma utilizada y no originar su muerte, debe absolverse de la acusación de tentativa de homicidio” (*La sentencia recaída en el Exp. 597-97 del 05 de junio de 1998 emitida por la Segunda Sala penal de la Corte Superior de Justicia de Huaraz*); véase, ROJAS VARGAS, Fidel-INFANTES VARGAS, Alberto, *Código Penal. Catorce Años de Jurisprudencia sistematizada*, p. 88.

817 Cfr. FIANDACA, Giovanni – MUSCO, Enzo, *Diritto Penale*, p. 335; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale (parte general)*, p. 335 para quien las circunstancias que ayudan a acreditar el dolo no pueden ser apriorísticamente determinadas por el derecho positivo.

818 Cfr. CANESTRARI, Stefano, “La Estructura del Dolus Eventualis. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N.º 4, p. 82. De modo distinto ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “La demarcación entre el dolo y la culpa. El Problema del dolo eventual”, en *Anuario de Derecho Penal*, p. 404.

a los interesados⁸¹⁹". De igual forma, la Corte Suprema conoció el caso de un funcionario (Gerente de Recursos Humanos) que se le imputaba complicidad en colusión por haber visado el contrato de locación de servicios con una sociedad de auditoría, pese a que la convocatoria se realizó sin la intervención del área de abastecimientos y del departamento de contabilidad, y el procedimiento llevado para la contratación, la ejecución del mismo y el pago efectuado fue apresurado e irregular para favorecer a dicha sociedad de auditoría, sin que el funcionario lo haya observado; y, también por, haber intervenido en la contratación de la empresa inversiones, a quien se le contrató para un servicio de capacitación -sin que su objeto social se corresponda con esa actividad-, vulnerando el procedimiento debido y pagando una suma desproporcionada.

La Corte Suprema absolvió de las imputaciones al funcionario al considerar que "la prueba de cargo actuada no establece que la intervención del citado imputado fue con conocimiento de lo que estaba sucediendo con quienes tenían el control o dominio de los hechos, esto es, dolosamente -en coordinación con los autores- para concretar la afectación a Serpost consolidando los contratos concusionarios y efectivizando el pago indebido a los interesados. Si -como es de reiterar- la complicidad secundaria requiere de la concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos ya precisados, el primer elemento no se presenta porque la intervención formal en la contratación no entrañó un acuerdo con los autores que denotase el conocimiento del alcance de un contrato concusionario a cargo de la alta dirección de la empresa. Firmar un contrato, a partir de unos actos anteriores que no realizó y en función a lo detallado por un superior jerárquico, incluso sin revisar la documentación que debía sustentarla, en todo caso, es prueba manifiesta de una falta de disposición para defender su ámbito de competencia y, por lo demás, una falta de cuidado en su quehacer funcional. En todo caso, existe duda que en su conducta haya mediado un concierto de voluntades o previo acuerdo, coetáneo, inicial o sobrevenido a la acción típicamente antijurídica"⁸²⁰.

En la evaluación de la conducta dolosa o no del autor (o del cómplice) debe necesariamente tomarse en cuenta los indicadores objetivos que permiten su determinación o su desestimación. Debe valorarse tanto los indicios de

819 Véase el R. N. N.º 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

820 Véase el R. N. N.º 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

cargo que acreditan la conducta dolosa como los indicios de descargo (contraindicios). Por ejemplo, el hecho de un funcionario suscriba un acta dentro del proceso de contratación, no significa que sea responsable del delito de colusión, máxime si en su condición de regidor: “en las sesiones del Concejo solicitó información al Alcalde respecto al motivo del por qué no se toman las medidas necesarias para que se rescindan los contratos de obras suscritos con las empresas ganadoras de la buena pro y respecto al fondo de garantía que respaldan dichas empresas, conforme se advierte del Acta de sesión de Concejo de fojas dos mil setecientos veintiuno”⁸²¹

184

La jurisprudencia suprema ha remarcado la necesidad de que se pruebe el **dolo de la concertación**, por ejemplo, la intención un asesor externo que absolvió una consulta respecto a las especificaciones técnicas de las obras originales ya que fue de una opinión favorable a la misma y pese a que el gasto fue mayor no se probó que respondía a un acuerdo colusorio y que había actuado dolosamente⁸²².

También se ha sostenido que el comportamiento doloso está sujeto al conocimiento de las diversas variables y condicionamientos del mercado en un determinado proceso de contratación. En tal sentido, se ha negado el conocimiento de la sobrevaloración de precios debido a que a la fecha de la suscripción de los contratos estatales el país pasaba por una inestabilidad económica como consecuencia del cambio de moneda, por lo que “mal puede requerírsele al procesado un conocimiento cabal de los estándares de precio del mercado”⁸²³, situación que se añade a la inexistencia de un registro de proveedores en la institución agraviada, quienes debían presentar en forma permanente sus listas de precios debidamente actualizadas.

821 Véase el R. N. N.º 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores) el regidor afirmó, además, que desconocía: “Sobre si el expediente técnico se realizó después de la adjudicación, los adelantos de pago sin tener avance de la obra, si la buena pro tenía que ser otorgada por adjudicación directa pública, si el contrato se realizó conforme a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la forma cómo se expedían los recibos y la forma de pago”.

822 Véase el R. N. 1022-2004 del 07 de diciembre del 2004 en ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos -ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, p. 292.

823 Véase el R. N. N.º 1070-2004 del 20 de mayo del 2005 (ponente: Valdez Roca).

Por otro lado, se desestima un alegado error de tipo en el caso de tercero que entregó bienes adulterados a la entidad estatal debido a que “no es acorde con las reglas de la lógica y la experiencia que a pesar de tener varias décadas como proveedor de diversas instituciones estatales, tal como el mismo lo ha afirmado en el decurso del proceso, no se haya percatado que los discos de arado no eran originales, pues por su experiencia en transacciones comerciales le hubiese sido fácilmente verificable que no se trataba de productos de dicha calidad”⁸²⁴.

La Corte Suprema analizó el caso del Gerente Financiero de una empresa pública (SERPOST) que dio el visto bueno a las solicitudes de cheques y facturas visadas por la Gerencia general. Se le imputaba que sabía de lo excesivo de los montos que importaban las facturas y boletas cuyo pago exigían el Presidente del directorio y el Gerente general y, pese a ello, les dio el visto bueno para su pago. Se dio por probado que las facturas y boletas tenían la visación de la máxima autoridad administrativa de la empresa y que el pago se efectuó a partir de esa sola consideración. La intervención del Gerente financiero se produjo para autorizar los pagos por esos conceptos, por tanto, tenía injerencia en la disposición patrimonial. Dicho Gerente no había intervenido en la producción de los gastos incurridos -el área usuaria correspondía al directorio y a la Gerencia general- y que en la línea de su ejecución el pago venía dirigido por la Gerencia general.

La Corte Suprema señaló que “el hecho de que haya advertido lo excesivo de los montos y, pese a ello, autorizó los pagos, no lo hace necesariamente participante en el injusto penal. Cuestionar excesos de gastos por rubros preestablecidos, como son los de refrigerio o de representación, y no obstante ello dar el pase para su pago, es en todo caso una falta del deber de cuidado y control. No existe -ni siquiera se ha insinuado- una conexión o concierto entre los tres -entre el Presidente del directorio y el Gerente general con el Gerente financiero- para distraer fondos públicos a partir de una maniobra maliciosa de obtenerlos mediante boletas y facturas falsas o, en todo caso, por consumos alejados del fin institucional de serpost. No se da el supuesto de decisión común al peculado y tampoco la realización en común, con división

824 Véase el R. N. N.° 2111-2009 del 15 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

del trabajo, de esta decisión -requisitos base de la coautoría, que es el supuesto de la condena-⁸²⁵.

186

En la redacción anterior (antes de la Ley N.º 29703, publicada el 10 junio del 2011) el delito no requería de un especial elemento subjetivo del injusto distinto al dolo⁸²⁶ como el ánimo de lucro⁸²⁷ o el ánimo de enriquecerse, aunque tal elemento normalmente se encuentre presente en la ejecución del hecho⁸²⁸.

Sin embargo, luego de la Ley N.º 29703 y en su actual regulación el delito de colusión requiere expresamente que la concertación ilegal (tipo básico) se dirija y encamine “para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado”. Ello supone la configuración de un especial y muy destacado elemento de tendencia interna trascendente que ha de acreditarse en el tipo básico de la colusión. En este sentido, se debe recordar que un sector de la doctrina comparada exige el ánimo de defraudar, llamado también ánimo defraudatorio⁸²⁹.

Con todo, el hecho de que se reclame un elemento subjetivo especial no quiere decir que la ley exija, sea del funcionario o del particular, un acto de “enriquecerse” o algún “ánimo de lucro”. La afirmación sostenida en alguna sentencia por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que “el sujeto activo al concertarse puede actuar con evidente codicia o con intencionali-

825 Véase el R. N. N.º 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

826 De modo distinto MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal (parte especial)*, p. 973.

827 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la administración pública*, p. 216; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis-OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 406; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 422; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, p. 317, CARRIÓN DÍAZ, Juan-CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 48; MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 33. Véase el R. N. N.º 510- 2004 del 21 de enero del 2005.

828 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*, p. 268.

829 Cfr. MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 340; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de Derecho Penal español (PE)*, Madrid: Marcial Pons, 1997, t. II, p. 420.

dad extraeconómica que busca perjudicar al Estado⁸³⁰ debe tomarse como una descripción fenomenológica más que una exigencia típica derivada de la vigencia del principio de legalidad.

El delito de colusión solo acepta la modalidad comisiva dolosa. El delito es absolutamente incompatible con la forma imprudente de comportamiento⁸³¹. Las omisiones que suponen el incumplimiento de la ley de contrataciones del Estado y que se generan en un proceso de contratación muchas veces implican descuidos y un proceder poco diligente⁸³² que descartan la concertación dolosa.

187

Las irregularidades que pueden encontrarse en un proceso de contratación (v. gr., cumplimiento de plazos establecido en el cronograma del proceso, para la venta de bases, evaluación de propuestas y otorgamiento de buena pro; así como la falta de comunicación a los postores sobre el resultado del proceso) pueden constituir actos negligentes por parte de los funcionarios involucrados en razón a su falta de experiencia o a que desconocían acerca de la normatividad vigente y relativa a procesos de selección⁸³³.

830 Véase el R. N. N.º 2270-2011 del 07 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1105-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2767-2008 del 19 de agosto del 2009 de la Sala Penal Permanente (ponente: Arellano Serquén).

831 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, pp. 103 y 105; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, p. 337.

832 Véase el R. N. N.º 1698-2010 del 21 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana): “ello determina que omitieron lo normado en la ley de adquisiciones y contrataciones del Estado, siendo dicha omisión una negligencia en el desempeño de las funciones propias de los cargos que ostentaban; empero, por esas mismas razones no pueden comprendérseles en el ilícito que se les imputa; toda vez que, de ser así, se estaría infringiendo el artículo tercero del Título Preliminar del Código Penal, que proscribiera todo tipo de responsabilidad objetiva, al pretender lindar responsabilidades por sus cargos funcionales”; el R. N. N.º 2441-2011 del 19 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana): “habiéndose en todo caso incumplido el procedimiento administrativo para el sector público para la adquisición de bienes y servicios, como así concluye la pericia de fojas tres mil setecientos nueve, lo cual constituye una falta administrativa”.

833 Véase el R. N. N.º 1199-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana): “no existe suficiencia probatoria respecto a la responsabilidad penal de los encausados en el delito que se les imputan, en tanto si bien no se ejecutó de manera correcta y apropiada los actos necesarios para licitar ello responde a una negligencia por parte de la alcaldesa y los miembros del comité”.

El hecho de que los funcionarios encargados del proceso de contratación no adopten algunas medidas necesarias en el desarrollo del proceso contractual (v. gr., la no aplicación de las penalidades establecidas por Ley) es posible que se deba al actuar negligente de los funcionarios públicos y no propiamente por un acuerdo defraudatorio previo⁸³⁴. No se puede sancionar a los funcionarios y/o servidores públicos por cualquier error que cometen⁸³⁵. Por ejemplo, el que un funcionario no implemente medidas o recomendaciones dispuestas por otras áreas de la empresa en el contrato administrativo, no constituye prueba suficiente para concluir que tomó parte del acuerdo colusorio⁸³⁶.

La Corte Suprema absolvió a un funcionario público debido a que no existió: “información probatoria de que esta tenía conocimiento del acuerdo clandestino y si bien el comportamiento desplegado resulta irregular administrativamente, ello no genera certeza más allá de toda duda razonable que nos lleve a afirmar que fue parte de un acuerdo colusorio, de ahí que al generarse duda respecto a su participación criminal, no podemos arribar a un juicio de culpabilidad en su contra; es así que los extremos absolutorios deben ser ratificados”⁸³⁷.

No constituye un acto de doloso de concertación cuando un funcionario dentro de la división del trabajo en un proceso de contratación no controla ni comprueba la veracidad de los precios puestos a su conocimiento, pese a que ello era posible pues la dependencia solicitante entregó las cotizaciones para la realización de la contratación por la entidad estatal. Su función se limitó a la evaluación de los cuadros comparativos confeccionados por el Jefe de Adquisiciones que tenía encomendada dicha labor. El hecho de que haya podido actuar con una mayor diligencia al respecto y que haya incurrido en una clara falta de cuidado no genera en el imputado el dolo típico propio del autor de la concertación defraudatoria⁸³⁸.

834 Véase el R. N. N.º 907-2014 del 27 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

835 Véase el R. N. N.º 434-2014 del 26 de noviembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Cevallos Vega).

836 Véase el R. N. N.º 1550-2015 del 23 de marzo del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Hinostroza Pariachi).

837 Véase el R. N. N.º 265-2013 del 25 de junio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

838 Véase el R. N. N.º 200-2009 del 09 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “el Derecho Penal se rige por el principio de *última ratio*, de mínima intervención, por el cual sólo resulta legítima la actuación punitiva de la maquinaria penal cuando la conducta resulta altamente reprochable, abriéndose la brecha que diferencia al Derecho Penal del Administrativo Sancionador. En consecuencia, puede ser que la negligencia en el actuar de los procesados encuentre reproche en sede administrativa, pero en ningún caso en sede penal respecto al delito de colusión de acuerdo a todas las consideraciones antes expuestas”⁸³⁹.

Si la persona invoca la ausencia de error de tipo, o la falta de conocimiento de la antijuridicidad, se debe responder de manera adecuada y suficiente los hechos y las alegaciones que sustentan su defensa, sea que se trate de una eximente completa o de una atenuante de responsabilidad penal. No basta con señalar que determinadas cuestiones planteadas constituyen meras alegaciones de la defensa⁸⁴⁰. Se incurre en una causal de nulidad si es que los argumentos esenciales de la defensa tendientes a lograr la exoneración de responsabilidad no logran una respuesta adecuada por parte del órgano jurisdiccional, debido a que se incurre en la falacia de la elusión de la cuestión y se afecta el principio de congruencia en materia defensiva, contenido esencial del derecho de defensa.

839 Véase el R. N. N.º 434-2014 del 26 de noviembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Cevallos Vega).

840 Sin embargo, no responde los argumentos acerca de falta de un elemento subjetivo del injusto, el R. N. N.º 920-2009 del 10 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

CAPÍTULO V

LA PROBLEMÁTICA DE LOS TERCEROS INTERESADOS

El delito de colusión como delito de convergencia o encuentro requiere la participación necesaria y obligatoria de un tercero interesado. No basta con la intervención de un funcionario público. El particular desempeña un rol protagónico dentro de la lógica comisiva y la dinámica del delito.

La colusión ilegal no comprende como *autor* del delito al posible contratista¹, colocador o representante de una empresa privada que con el fin de lograr la buena pro o ganar un concurso de precios, una licitación o adjudicación directa llega a un acuerdo o concierto previo con un funcionario o un grupo de agentes públicos.

La participación del tercero interesado es a título de cómplice primario o cooperador necesario²; no de coautor³ ni de cómplice secundario⁴.

- 1 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, p. 408; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 118; MARCA ROMERO, Elmer, "Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada" por la Ley N.º 29758, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 35; BENDEZÚ BARNUEVO, Rocci, "Análisis típico del delito de colusión y su tratamiento jurisprudencial", en *Revista de Investigación Jurídica*, 2011, p. 15.
- 2 Véase el R. N. N.º 285-2014 del 18 de junio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 3445-2011 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo), el R. N. N.º 191-2011 del 22 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 3472-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 978-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 3473-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 544-2011 del 25 de agosto del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo), el R. N. N.º 3328-2011 del 04 de julio del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga). También: el R. N. 2664-2003 de fecha 19 de mayo del 2004 en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p. 1343. También: la Ejecutoria Superior recaída en el Exp. 043 -2001 del 05 de diciembre del 2005, en BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto – NOLASCO VALENZUELA, José Antonio, *Jurisprudencia Penal generada en el Subsistema Anticorrupción*, t. I, p. 42, el R. N. 1477-2004 del 01 de marzo del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Valdez Roca).
- 3 Expresamente rechaza la coautoría el R. N. N.º 3473-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).
- 4 Sin embargo, en el R. N. N.º 3331-2011 del 11 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga) se considera la participación del tercero

Sin la intervención dolosa de los interesados no es posible entender el delito de colusión⁵. Si ellos no participan en el concierto ilegal, ya sea porque se mantienen al margen, son utilizados por los funcionarios públicos como meros instrumentos (v. gr., el funcionario solo quiere perjudicar al Estado) el delito sencillamente no existirá; de tal modo que puede plantearse la impunidad en el delito de colusión por atipicidad objetiva de la conducta al faltar la *concertación*⁶. Por ello se afirma que los interesados son siempre partícipes necesarios⁷.

El tercero interesado puede ser una persona natural o una persona jurídica, sea peruana o extranjera. Puede tratarse también de una empresa mixta⁸.

- 189** La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “en la materialización del delito también se requiere necesariamente la participación del tercero que responde por un fin privado, en este caso el extraneus, el cuál bajo el título de cómplice, necesariamente actúa con el fin de vulnerar un bien jurídico tutelado⁹”. El acuerdo colusorio no depende únicamente de una autoridad, quien está vinculado a una institución positiva, sino también de quien se beneficia con el acuerdo colusorio -extraneus-¹⁰. El ilícito penal necesita de la intervención activa del interesado, quien justamente concierta con el funcionario público, lo que implica la exteriorización de un acta de conformidad o asentimiento de su parte y con ello, un acuerdo de voluntades entre el funcionario y el interesado¹¹.

interesado a título de cómplice secundario

5 Véase el R. N. N.º 510- 2004 del 21 de enero del 2005.

6 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 427.

7 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales” en *Delitos contra la administración pública*, p. 211; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *los delitos contra la administración Pública en el Código Penal Peruano*, p. 269. Los consideran solo partícipes, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comentarios al Código Penal*, p. 1161.

8 Cfr. BENDEZÚ BARNUEVO, Rocci, “Análisis típico del delito de colusión y su tratamiento jurisprudencial”, en *Revista de Investigación Jurídica*, 2011, p. 15.

9 Véase el R. N. N.º 1903-2009 del 23 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo).

10 Véase el R. N. N.º 2453-2011 del 27 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

11 Véase el R. N. N.º 1787-2009 del 09 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria

También ha sostenido que el delito de colusión: “requiere necesariamente de la intervención activa del interesado presuntamente coludido -extraneus-, quien justamente tendría que concertar con el funcionario público, lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte, y con ello, un acuerdo de voluntades entre el funcionario y el interesado no funcionario”¹².

Los proveedores, concursantes o licitantes, si bien no pueden ser pasibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto su conducta no lesionan los deberes funcionales; sin embargo, su intervención puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplice primario, en tanto sin su participación resulta imposible defraudar al Estado¹³.

Los interesados son todas aquellas personas (naturales o jurídicas) que contratan o celebran determinados actos jurídicos de carácter patrimonial con las dependencias estatales¹⁴. Las personas naturales que contratan con el Estado pueden, por ejemplo, brindar un servicio permanente a una determinada dependencia pública o participar en un acto concreto v. gr., actuar como corredor inmobiliario en la compra venta de un inmueble¹⁵. Por su lado, si la parte contratante con el Estado es una persona jurídica, habrá que precisar qué miembro de la empresa resulta competente para realizar el acuerdo colusorio con el funcionario público, dado que la participación punible se determina en términos de dominio¹⁶.

190

(ponente: Biaggi Gómez).

- 12 Véase el R. N. N.º 1397-2011 del 22 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).
- 13 Véase el R. N. N.º 1969-2012 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- 14 Véase la Ejecutoria Superior recaída en el Exp. 043-2001 del 05 de diciembre del 2005 en: BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto – NOLASCO VALENZUELA, José Antonio, *Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción*, t. I, p. 42 terceros interesados: “es la denominación que la ley da a los particulares que precisamente negocian con el Estado”.
- 15 Véase el R. N. N.º 611-2014 del 25 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla).
- 16 Véase el R. N. N.º 1111-2014 del 12 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

El interesado puede ser un completo extraño a la administración pública al tratarse, por ejemplo, de una empresa privada, como puede ser otra dependencia pública del Estado o una persona jurídica de derecho público del extranjero.

Los terceros pueden intervenir, por ejemplo, en la compra de bienes muebles o inmuebles como también en la venta (v. remate público¹⁷).

191 El tercero interesado no es necesario que contribuya al hecho con un comportamiento distinto a la concertación dolosa¹⁸, en la medida que basta su concurrencia para la consumación del hecho. Su comportamiento se subsume en la calidad de cooperador necesario¹⁹ del delito de colusión.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que en el caso de los partícipes necesarios no basta la condición de meros propietarios de un bien que se enajena a una entidad estatal para reputarse la condición de cómplices en el delito de colusión, sino que es necesario comprobar su efectiva intervención en el acuerdo colusorio, es decir, que hayan realizado un despliegue activo de sus conductas mediante tratos, componendas, o arreglos con los funcionarios públicos competentes para llevar adelante la negociación, de tal manera que actuando de ese modo pudieran haber superado el riesgo permitido para concretarse luego en el resultado²⁰. Si bien el propietario de un bien o de una empresa puede tener interés en concretar un contrato dicha sola condición no basta para formular una imputación por el delito de colusión. En este delito no se castiga el simple interés, la expectativa económica o un determinado lucro que puede obtener una persona de un negocio, sino el acto de concertarse en un contrato estatal.

Pese a que el interés económico que tiene un propietario en determinado contrato puede servir como indicio de móvil para cometer un delito, dicho

17 Véase el R. N. N.º 468-2010 del 06 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

18 En contra ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, p. 269.

19 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, "Fraudes y exacciones ilegales", en *Delitos contra la administración pública*, p. 211; MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 336.

20 Véase el R. N. N.º 1481-2011 del 19 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

interés por si mismo es insuficiente para fundar una sentencia condenatoria. La Corte Suprema ha considerado como contraindicio que la no condición de propietario de un tercero hace que no tenga un interés económico en la realización de la celebración de un contrato con el Estado²¹.

Constituye un error considerar que los interesados que defraudan al patrimonio del Estado cometen delito de estafa, y no colusión, cuando, por ejemplo: “en el proceso de selección, adjudicación y ejecución de pagos efectuados por la reparación y mantenimiento de vehículos y maquinaria del consejo transitorio de administración regional, y en la adquisición de equipos y útiles de oficina se favoreció indebidamente a las empresas de su representada”²².

La concertación en el delito de colusión trae como correlato la punibilidad de la conducta del tercero interesado. Por la naturaleza propia del delito de colusión como un delito de encuentro o como un delito pluripersonal, se castiga no solo al funcionario público sino también a quien acuerda defraudar patrimonialmente al Estado. Es errada la posición que considera no punible la conducta del tercero interesado y que requiere de una regulación legal específica para contemplar su castigo²³.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado expresamente sobre la punibilidad del tercero (cómplice) en el delito de colusión al sostener:

-
- 21 Véase el R. N. N.° 3225-2014 del 09 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo): “la falta de acreditación de la primera proposición fáctica desliga al acusado Dutari Martinelli del delito de colusión, por cuanto, al no ser el efectivo propietario del inmueble, no existe interés alguno para beneficiarse económicamente del acuerdo colusorio que constituye el objeto de tutela del delito, y sólo puede ser interesado quien reúne tal interés”.
- 22 Véanse, los R. N. 3011-2004 del 11 de mayo del 2005; R. N. 350-2005 de fecha 20 de julio del 2005.
- 23 Así: PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, pp. 121 y 122: “lo que corresponde es que el legislador proceda a la tipificación individual del comportamiento del interesado en un artículo independiente en la parte especial del Código penal, que acompañe a la colusión en una suerte de colusión activa, de modo similar como acontece con el cohecho, con una modalidad pasiva y otra activa en tipos penales distintos”. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. PE*; t. II, p. 1111: “en nuestra opinión, la consideración del delito de colusión como delito de infracción de un deber complica la posibilidad dogmática de castigar como partícipe extranei a los interesados coludidos en las operaciones con el Estado, en la medida que el deber positivo especial que sustenta el delito de colusión solamente podría ser afectado por el intraneus, es decir, por el funcionario público”.

“Que se ha cuestionado la condena por complicidad del delito de colusión a quienes no son funcionarios públicos, a los acusados ajenos a Serpost. Así lo han destacado los acusados, abogados de Saavedra Miñán y Cabrera Torres. Es de reiterar, en respuesta a esa objeción, la doctrina legal sentada por este supremo tribunal: el delito de colusión es un delito de encuentro, supone la intervención del funcionario público y la del que se concierta con él -partícipe necesario-; y, si bien la conducta del interviniente favorecido con el contrato colusorio no tiene una descripción típica expresa, como su intervención ha sido indispensable para la concreción del fraude por concertación, es indudable que debe ser castigada a título de cómplice primario -no puede serlo a título de coautor porque no reúne la cualidad personal que el tipo exige: funcionario o servidor público-, aunque el desvalor de la acción puede ser menor que el del autor, en el presente caso, a los imputados no sólo se les puede concebir, formalmente, como una contraparte; ellos han desarrollado una serie de conductas, continuadas, según los cargos y el tenor de los informes de contraloría, que permitieron su enlace con la administración pública y, luego, la afectación patrimonial -no ha sido, pues, un aporte mínimo, no significativo, el que han realizado en aras a la concreción de la colusión, requisito que en todo caso determinaría su impunidad pero que no se presenta en el sub lite-. existiendo un hecho típicamente antijurídico es obvio que si alguien toma parte con un comportamiento de inducción o de complicidad habrá de responder conforme a las normas de extensión previstas en los artículos veinticuatro y veinticinco del Código penal²⁴”.

De igual forma, ha señalado respecto al delito de colusión que “si bien se exige la presencia de un funcionario o servidor público, también se materializa su configuración con la participación del “extraneus”, pues los delitos cometidos por funcionarios públicos pueden ser perpetrados con el auxilio de particulares²⁵” y que el hecho de no contar con la calidad de funcionario público: “no constituye impedimento para atribuirle la comisión de dicho delito en el grado de cómplice primario, teniendo en cuenta que la imputación que recae en su contra se sustenta en la teoría de la unidad del título de imputación, cuya característica necesaria se justifica en razón de la propia estructura típica del ilícito penal, que por tratarse de un delito de conver-

24 Véase el R. N. N.º 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

25 Véase el R. N. N.º 2150-2011 del 10 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

gencia deviene indispensable la actuación del interesado en la perpetración de la concertación típica²⁶.

Si bien los autores realizan el tipo penal descrito, la conducta efectuada por los partícipes no se subsume en la acción tipificada en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal por la razón de que el partícipe, en sentido estricto, no realiza el hecho prohibido, pero su accionar contribuye a la comisión del hecho ajeno -delito o conducta prohibida-, pues los cómplices prestan auxilio para la realización del evento criminal²⁷.

La Corte Suprema de Justicia ha rechazado expresamente la impunidad del partícipe en un delito especial propio (colusión) al razonar que “frente a su cuestionamiento de que se les atribuye dichos ilícitos penales pese a no tener la condición de funcionario público; al respecto, cabe precisar que dicha observación no resulta en modo alguno atendible estando a que ambos ilícitos se les imputa en grado de **complicidad**; ello, de conformidad al artículo veintiséis del Código Penal, según el cual la incomunicabilidad del autor frente a los partícipes está circunscrita sólo a lo relativo a las circunstancias personales, mas no en lo concerniente al hecho punible, respecto del cual opera el principio de la unidad del título de imputación; detentando la calidad de **extraneus**²⁸”.

La máxima instancia de la justicia penal rechazó una excepción de naturaleza de acción, declarada fundada en primera instancia, al considerar que al tercero interesado en el delito de colusión sí se lo puede perseguir y castigar. Al respecto, señaló que “si bien se exige la presencia de un funcionario o servidor público, también se materializa su configuración con la participación del “extraneus”, pues los delitos cometidos por funcionarios públicos pueden ser perpetrados con el auxilio de particulares²⁹”.

26 Véase el R. N. N.º 3473-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

27 Véase el R. N. N.º 4031-2011 del 16 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

28 Véase el R. N. N.º 1094-2012 del 14 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

29 Véase el R. N. N.º 2150-2011 del 10 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo): “en el caso concreto se contó con la participación del imputado Edgar Catacora Acevedo en su condición de representante de la empresa STI Ingenieros S.R.L.; Que expuesto así los hechos se evidencia claramente que el Superior

193

En este ámbito debe distinguirse de manera nítida al beneficiado de la colusión de la concreta persona que participa en las negociaciones colusorias y que bien puede actuar en interés ajeno o como mero representante³⁰ (v. gr., empresa privada o empresa trasnacional), no teniendo un interés propio o personal en ultimar y llevar a buen puerto los acuerdos que se adopten, toda vez que puede actuar cumpliendo órdenes o instrucciones superiores dentro del grupo empresarial al que pertenece³¹. El tercero no siempre es el que recibirá el concreto beneficio o el estímulo económico consecuencia de las maniobras fraudulentas.

Sin embargo, ello no quita ni merma su eventual responsabilidad penal a título de cómplice primario o cooperador necesario ya que dicho empleado, representante legal o funcionario privado ha sido la cabeza visible que trasladada la voluntad defraudatoria de la organización a la que pertenece y que ha obrado siempre de manera consciente respecto a los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas en las que interviene en concierto ilegal para defraudar al Estado. No le exime la causal de obediencia debida, ni, por ejemplo, el miedo insuperable (temor a perder su trabajo). En el mejor de los casos solo será posible plantear una atenuación de la pena dentro del marco penal abstracto.

Se debe identificar y precisar qué miembro de la estructura organizativa de la empresa participa en los acuerdos ilegales con los funcionarios encargados del proceso de contratación³².

La jurisprudencia considera con frecuencia como tercero interesado al representante legal de una empresa que se beneficia con los contratos estatales³³.

Colegiado para amparar la aludida articulación se basó en argumentos ajenos a las exigencias requeridas por el artículo cinco de la norma adjetiva, desnaturalizando de dicha manera el mecanismo de defensa que nos ocupa, por lo que será dentro del propio proceso penal que se determinará la responsabilidad penal o no del imputado”.

30 Véase el R. N. N.º 1082-2006 del 28 de junio del 2006.

31 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, "Fraudes y exacciones ilegales" en *delitos contra la administración pública*, p. 211.

32 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1112.

33 Véanse el R. N. N.º 566-2015 del 16 de julio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 1111-2014 del 12 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 991-2014 del 16 de

La colusión es posible que se produzca entre los funcionarios públicos y los accionistas de la empresa, el propietario³⁴, el Presidente del Directorio³⁵, el Gerente³⁶ (v. gr., Gerente general³⁷,

noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 814-2014 del 13 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 3237-2013 del 30 de mayo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Morales Parraguez), el R. N. N.º 1739-2013 del 17 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 2374-2013 del 22 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 2206-2012 del 14 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 3488-2012 del 04 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 2217-2012 del 16 de octubre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 605-2012 del 26 de junio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 29-2012 del 22 de marzo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 263-2010 del 08 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 3473-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 324-2011 del 16 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo), el R. N. N.º 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez), el R. N. N.º 1316-2011 del 18 de abril del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 1014-2010 del 25 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo), el R. N. N.º 840-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 4197-2009 del 17 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

- 34 Véanse el R. N. N.º 1647-2013 del 22 de enero del 2015 de la Sala Penal permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 78-2013 del 09 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2227-2012 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 191-2011 del 22 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2514-2011 del 05 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 3231-2011 del 25 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 1290-2011 del 17 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).
- 35 Véase el R. N. N.º 1479-2012 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- 36 Véanse el R. N. N.º 397-2011 del 03 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 673-2011 del 12 de abril del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).
- 37 Véanse el R. N. N.º 1479-2012 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), R. N. N.º 1408-2007 del 18 de octubre del 2007

Gerente de operaciones³⁸, etc.) comisionistas de la empresa o cualquier otro empleado de la misma. Asimismo, el acto de concertación no siempre se consuma entre el funcionario público y quien firma el contrato estatal³⁹, ya que puede ocurrir que este sea solo un instrumento de otra persona u obre en representación (formal o material) de sus intereses. Por ejemplo, puede que el contrato sea firmado por un ayudante de un taller y no por el dueño del mismo quien es finalmente el beneficiado con el contrato administrativo⁴⁰.

El acuerdo colusorio puede llevarse a cabo con el contratista, el representante, con un tercero o con una persona interpuesta que vela los intereses del funcionario, ya sea a título gratuito u oneroso⁴¹. En efecto, debe quedar claro que no siempre el concierto ilegal se produce entre el funcionario público y el representante legal de la empresa⁴².

La sola condición de accionista, dueño, funcionario (Gerente, administrador, etc) de una empresa no basta ni es razón suficiente para abrir proceso penal y menos para condenar a una persona. Para su incorporación al proceso debe haber evidencia razonable de haber realizado alguna conducta típica, sea como tercero interesado o brindando algún otro aporte en la configuración del suceso. Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido: “que la sola cualidad de ser Administrador de una empresa no tiene entidad para sustentar una

de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 840-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1991-2009 del 17 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo), el R. N. N.º 636-2008 del 24 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 2816-2009 del 16 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

38 Véanse el R. N. N.º 1479-2012 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 636-2008 del 24 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

39 Véase el R. N. N.º 3445-2011 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

40 Véase el R. N. N.º 3445-2011 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

41 Véase el R. N. N.º 1111-2014 del 12 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

42 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1113.

condena por el delito de colusión o cohecho activo genérico, pues debe acreditarse cuál fue la conducta específica que realizó”⁴³.

La concertación puede llevarse a cabo también entre un funcionario público y otro funcionario, ya sea de la entidad contratante o de otra entidad estatal, siempre que sea propietario⁴⁴, accionista o tenga algún vínculo con la empresa contratista o ganadora de la buena pro.

195

La ley no descarta ni desecha la posibilidad de que el contratista sea otro funcionario o que utilice en la ejecución de su designio criminal a terceros que pueden estar enterados o no de la colusión que se lleva a cabo⁴⁵.

En efecto, una situación particular se presenta en el caso en el que la empresa interesada es creada, manejada y dominada por un funcionario público, pero en el que intervienen testaferros o personas interpuestas que participan en las negociaciones con el Estado y poseen un nivel de dependencia y subordinación.

En esta hipótesis estamos frente actos de concertación fraudulenta que deben ser castigados y reprimidos por el Derecho penal, pues el mal funcionario público se vale de terceras personas (hombres de paja y testaferros) para negociar con el Estado y obtener ganancias, pese a ocupar un cargo o actuar por comisión especial. Las personas interpuestas deberán ser tenidas también como cómplices, aunque el nivel del injusto y de culpabilidad del funcionario adquirirá indiscutiblemente un pico alto que deberá reflejarse a nivel de la determinación judicial de la pena.

La jurisprudencia suprema ha señalado en alguna ocasión que el tercero interesado debe contar con una vinculación o competencia funcional para obligar a la empresa contratista. Ha considerado que debe tratarse de una persona que cuenta con algún grado de representación v. gr., se descarta que

196

43 Véase el R. N. N.º 1991-2009 del 17 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).

44 Véase el R. N. N.º 1637-2013 del 07 de marzo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

45 Véase el R. N. N.º 1637-2013 del 07 de marzo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

pueda haber colusión con un mecánico especialista designado por la empresa contratista⁴⁶.

Creemos que la postura de la Corte Suprema no es de recibo debido a que la exigencia típica de actuar con vínculo o competencia funcional solo se predica en la ley penal del funcionario público y no de los terceros que actúan a nombre y en representación de la empresa. A ello se agrega el hecho de que de aceptarse dicho planteamiento se podría llegar a generar clamorosas y graves situaciones de impunidad, pues bastaría que se acredite que el tercero interesado carecía de competencia o capacidad de decisión para vincular contractualmente a la empresa para que se obtenga de manera irremediable la falta de castigo.

197 Las personas que pueden ser incorporados a proceso e investigadas judicialmente por parte de las empresas contratistas son los miembros del Directorio, accionistas o demás empleados que intervienen en la directa o indirectamente en la concertación. La Corte Suprema ha señalado, por ejemplo, que una empresa únicamente es el nombre por medio de cual la persona natural realiza sus negocios⁴⁷.

Una correcta pesquisa y labor de investigación tanto fiscal y judicial no debe limitarse a involucrar penalmente al representante de la empresa que

46 Véase el R. N. N.º 5080-2007 del 01 de julio del 2008 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Calderón Castillo): “en lo que concierne al acusado Hall French, es necesario anotar que éste no era representante legal de la empresa BBC Aircraft LLC, cumpliendo en cambio funciones de mecánico especialista, por lo que no tenía facultades de representación, por lo que no podía negociar o firmar contratos, conforme expresamente lo señaló Leonard Simkovitz, quien sí era el representante de la mencionada empresa –véase su testimonial brindada en el juicio oral a fojas catorce mil ochocientos cincuenta y nueve-, de allí que resulte insostenible que el citado encausado pudiese haber concertado un acuerdo colusorio con el acusado Suito Hermosilla; en este mismo sentido la sentencia recurrida incurre en un contrasentido porque ninguno de los verdaderos representantes legales de la indicada empresa –o al menos quienes firmaron el respectivo contrato- fueron denunciados por el Fiscal y menos se les aperturó instrucción, a pesar que según la tesis inculpativa se supone que fue con ellos con los que supuestamente concertó el acusado Suito Hermosilla, si es que pretendía defraudar al Estado, y no con una persona ajena a tales funciones. Por consiguiente, es de estimar que el encausado Hall French al no tener ningún tipo de capacidad decisoria en la mencionada empresa por el cargo que tenía -mecánico-, puede resultar imputable de responsabilidad en el ilícito en referencia”.

47 Véase el R. N. N.º 1082-2006 del 28 de junio del 2006.

negoció y llegó al acuerdo colusorio. Es necesario indagar, además, qué persona, o qué órgano colegiado (Directorio, accionistas, Gerencias) dentro de la estructura de la empresa conoció, estuvo al tanto o alentó dichas prácticas colusorias, en la medida que el representante legal de la empresa muchas veces se limita a trasladar y respetar la voluntad negocial ajena y que debe a toda costa descubrirse.

La responsabilidad penal dentro de dicha estructura empresarial criminógena puede llevar a plantear la calificación jurídica de instigadores (los que crearon y configuraron la comisión del hecho⁴⁸: acuerdo colusorio) o la de cómplices tanto primarios (aprobaron el acuerdo, participaron en un nivel o tramo de las negociaciones) o secundarios (dieron el apoyo logístico o legal para que el acuerdo llegue a feliz término).

La jurisprudencia suprema, por ejemplo, califica la contribución del representante legal de la empresa proveedora que suscribe el contrato estatal como un aporte que cae dentro de los alcances de la complicidad secundaria; mientras que el aporte del propietario que se concerta con los funcionarios públicos supone un acto típico de complicidad primaria⁴⁹. La intervención en calidad de cómplice secundario de un Gerente de la empresa se asume a partir de que también era empleado del dueño de la misma⁵⁰.

No es necesario que los interesados hayan cumplido con ciertos trámites administrativos previos para la contratación estatal como, por ejemplo, se hayan inscrito en el registro de proveedores del Estado⁵¹ o que su inscripción todavía se encuentra vigente.

48 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*, p. 269.

49 Véase el R. N. N.º 2514-2011 del 05 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

50 Véase el R. N. N.º 2514-2011 del 05 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

51 Véase el R. N. 310-2003 de fecha 05 de abril del 2004 en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p. 1310. También el R. N. 144-2004 de fecha 07 de julio del 2004 en Normas Legales, *Jurisprudencia Penal*, t. II, p. 221.

198 Asimismo, integra la noción de interesados aquellos que participan con sus propuestas en los remates públicos de bienes como los que acuden a los concursos públicos para brindar algún tipo de asesoría⁵².

Se comete el delito y actúan como interesados aquéllas personas que son contratadas por el Estado para cubrir determinadas plazas, pese a que no califican para el cargo o no reúnen las condiciones y capacidades mínimas exigidas, por ejemplo, en las bases⁵³. También puede haber delito de colusión no solo cuando se adquieren o alquilan bienes, sino también cuando se contratan servicios personales para realizar trabajos específicos o labores dentro de la organización estatal⁵⁴ v. gr., contrato de servicios de consultoría⁵⁵, contrato para desarrollar la labor de análisis y evaluación de normas internacionales de contabilidad (nics)⁵⁶. En este sentido puede haber delito cuando se contrata a una persona para ocupar un determinado cargo sin que ésta cuente con la capacidad, idoneidad o los requisitos objetivos que la norma establece. Por tanto, se incorporan a la tipicidad de la infracción los contratos criminalizados de locación de servicios⁵⁷.

199 La participación en la contratación estatal ilegal no solo supone la intervención en el proceso de celebración y suscripción del contrato, porque de ser así solo podrían cometer la infracción los representantes legales o los funcionarios encargados de desempeñar esas funciones, sino que comprende la intervención a nivel de la **propuesta, tramitación o ejecución del contrato**. No es necesario que la persona con la que el funcionario se concerta labore de manera directa para el contratista que suscribe el contrato estatal.

La condición de intervinientes o interesados en los procesos de contratación estatal no genera automáticamente, como se ha dicho, responsabilidad penal, dado que está sujeto a una adecuada actividad probatoria tendiente a

52 Por todos, ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 415.

53 De modo distinto, ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 416.

54 Véanse las interesantes precisiones el R. N. 3042-2004 de fecha 14 de enero del 2005 en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p. 1361.

55 Véase el R. N. N.º 548-2004 del 11 de enero del 2005.

56 Véase el R. N. N.º 827-2004 del 24 de febrero del 2005.

57 Véase el R. N. N.º 956-2005 del 26 de octubre del 2005.

demostrar la concertación fraudulenta entre los funcionarios y los interesados⁵⁸. Del mismo modo, la calidad de interesados y la carencia del status de funcionario público no debe llevar a la simpleza de plantear la impunidad de su comportamiento, pues justamente la ley es conciente y repara en que la condición de interesados es completamente distinta a la del funcionario público⁵⁹.

La sola intervención de un tercero (contratista) en el contrato estatal no lo convierte necesariamente en “interesado” delictual -constituido como un elemento estructural del tipo delictivo- pues estrictamente viene a tomar parte en un acto jurídico consensual por el que se establecen relaciones sinalagmáticas y recíprocas⁶⁰. No todo contrato estatal sometido a sospecha y a investigación va suponer que se haya cometido el delito de colusión de funcionarios.

La sanción a los interesados, o terceros intervinientes, en los contratos estatales, no derivan de la intención de proscribir la búsqueda de ventajas comerciales o de dividendos en los contratos que llevan a cabo con el Estado y sus diversas dependencias. La ley no quiere evitar o prohibir que los particulares o terceros lucren con el Estado, pues dicha finalidad no es compatible con las bases económicas de un Estado social, Democrático y de Derecho y con el modelo económico impuesto por la Constitución. Esta pretensión es más compatible con los modelos económicos de corte autoritario y de economía dirigida que de respeto al libre mercado. Es absurdo pensar que el legislador penal busque que los particulares no ganen o reduzcan al mínimo su rentabilidad en los negocios que realizan con el Estado. El deseo de lograr la mayor utilidad y ventaja por parte de las empresas que participan en los contratos, licitaciones o concursos públicos se desarrolla dentro del contexto del riesgo socialmente adecuado o de riesgo permitido⁶¹.

En realidad, la norma penal lo único que prohíbe es que los funcionarios públicos –y con ello también los particulares– perjudiquen al Estado mediante acuerdos debajo de la mesa, con evidente concertación fraudulenta que lejos

58 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 428.

59 En sentido distinto ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*, p. 269.

60 Véase el R. N. N.º 2300-2012 del 12 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

61 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 429.

de alentar el modelo económico vigente y las relaciones adecuadas entre el Estado y sus diversos proveedores de bienes y servicios terminan por distorsionar la libre competencia con evidente perjuicio al patrimonio del Estado.

Los funcionarios y los interesados en ofrecen bienes y servicios a las diversas agencias estatales deben actuar dentro de los parámetros lícitos establecidos por el libre mercado y con fiel cumplimiento a las normas administrativas, evitando concertar e incurrir en maniobras fraudulentas con el único y deliberado propósito de dañar o valerse del patrimonio estatal.

Los negocios y los contratos con el Estado deben gestarse, desarrollar y expandirse al margen de los contubernios y los conciertos fraudulentos. Los acuerdos a los que se arribe deben armonizar los intereses tanto del Estado, representado por el funcionario público o un órgano colegiado, y de las empresas o los proveedores intervinientes y en donde cada parte involucrada hace respetar el interés que defiende y patrocina para llegar a un justo equilibrio. Ni se quiere que los proveedores piensen en ayudar o favorecer magnánimamente al Estado, como si fueran filántropos, ni que los funcionarios favorezcan a ciertas empresas mediante concertaciones ilícitas.

201 Uno de los problemas más interesantes se plantea en el hecho de si puede haber delito o no de colusión ilegal cuando el funcionario público finge un acuerdo contractual con una empresa fantasma o con una persona nominal. La supuesta negociación no es más que una mera apariencia o simulación. En este caso el interesado no existe, dado que su identidad ha sido inventada o creada ex profesamente por el mal funcionario.

En una primera lectura pareciera que ley solo exige la presencia de un interesado en la concertación fraudulenta y no tanto que exista realmente, o que tenga algún tipo de participación real en el proceso de contratación con el Estado; de tal modo que se puede seguir hablando de colusión ilegal en los casos en los que el interesado solo tiene existencia nominal pero toda la operación es manejada por el funcionario o un grupo de funcionarios que planifican, urden y tramam el fraude⁶². La Corte Suprema confirmó una sentencia

62 Véase el R. N. N.º 611-2014 del 25 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla): “el encausado Balabarca Torres se desempeñaba como Gerente de Operaciones de la Caja de Pensiones Militar Policial y como tal emitió el informe 058-CIF-CPMP-98 -fojas cuatrocientos cincuenta y cinco-, poniendo en conocimiento que la venta del inmueble sería efectuada por la Caja de Pensiones, la

condenatoria en el que se simuló un proceso de contratación, en concreto, un contrato de alquiler de maquinarias que contenía términos y cláusulas simuladas y artificiales y que nunca llegó a prestarse pero que determinó el pago de una suma de dinero por parte de la entidad estatal⁶³.

En todo caso, se necesita que el tercero sea identificado de manera adecuada (v. gr., nombre y apellidos) a fin de determinar su (eventual) participación y el grado de la misma en el proceso de contratación estatal que se criminaliza.

En una segunda lectura, a la que nos afiliamos, se requiere que en el delito de colusión ilegal que la participación de un tercero sea *real* y no simulada; o en pocas palabras, es necesario que exista de manera efectiva un acto de contratación estatal y no una mera puesta en escena para defraudar los intereses del Estado⁶⁴. Por ejemplo, si se inventan facturas falsas de una empresa para

misma que abonaría el pago por los servicios de corretaje a favor de su co-procesada Lazarte Salinas y no a través del Banco de Comercio a quien se había cedido los derechos, *dando lugar a que se abone a la citada procesada, en forma indebida, el cinco por ciento del precio de venta del inmueble aludido, equivalente a doscientos mil dólares americanos, por supuestos servicios de corretaje que no se realizó*” (las cursivas son nuestras); el R. N. N.º 1050-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein): “ha quedado demostrado que dichos acusados concertaron ilícitamente para consignar en las hojas de tarea y en las planillas de pago, como si hubiesen trabajado una quincena y sujetos a la legislación de Construcción Civil, apropiándose de las sumas de dinero que fueron consignadas y cobradas”.

63 Véase el R. N. N.º 2750-2009 del 21 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez) en este caso no existían documentos, como son los partes diarios de las maquinarias y equipos, que sustenten que la maquinaria Tractor Oruga modelo D – seis, haya laborado en dicha obra. El representante de la empresa tanto a nivel policial y en su declaración instructiva refirió que “es cierto que ha cobrado el cheque del Banco de la Nación por la suma de doce mil quince nuevos soles de la Municipalidad Distrital de Amarilis, que pertenece a la factura de la empresa “Trans Regional Service Sociedad de Responsabilidad Limitada”, por el supuesto alquiler de un tractor oruga, a pedido de Reyna Baldeón Salgado –esposa del encausado Jauni Cárdenas–, a fin de hacer cobro y de esta manera afrontar los gastos de la campaña política del encausado Jauni Cárdenas, y con la promesa que le iban a pagar las deudas que le tenían pendientes de pago a su empresa y otorgarle posteriores obras”.

64 Véase el R. N. N.º 756-2014 del 04 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado): “los indicios descritos permiten inferir dos conclusiones preliminares de contenido ilícito cuyo examen resulta relevante de cara a definir el tipo penal aplicable. Por un lado, que nunca existió voluntad de contratar dichos servicios y, por ende, el proceso de contratación fue solo un medio ficticio ideado

justificar un pago que luego los representantes de la empresa no reconocen haberlas girados o cuando se pretende justificar gastos con pagos con boletas y/o facturas de empresas inexistentes no se configura el delito de colusión ilegal⁶⁵, sino más bien el delito de peculado o de estafa.

La simulación de un proceso de contratación descarta la comisión del delito de colusión ilegal, dado que aquí no hay concertación posible en la medida que los terceros interesados no existen y solo se simula su participación. Podrá cometerse el delito de peculado⁶⁶, u otro delito contra la administración pública, pero no el delito de colusión. Al respecto, se ha señalado en el análisis de un caso concreto que “no se advierte que se impute al encausado Entiquio Jauni Cárdenas, haberse coludido clandestinamente con el particular a efecto que en su calidad de Alcalde suscriba un contrato con él en condiciones desfavorables a la entidad que representa y de esta forma defraude al Estado, sino que celebró un contrato con el indicado particular cuyo objeto fue simulado, esto es, se aparentó celebrar un negocio jurídico cuando en realidad no se hizo ninguno –alquiler de maquinaria pesada para la ejecución de una determinada obra–, no existiendo en el referido negocio jurídico objeto ni causa de contrato y no obstante ello, el contratista recibió la suma de doce mil quince nuevos soles; que, más bien, dicha conducta tipificaría la descrita

para justificar la apropiación de los cincuenta y seis mil nuevos soles efectivamente pagados, en cuyo caso configuraría el delito de peculado a favor de tercero. De otro lado, que existió voluntad de contratar los servicios en cuestión, sin embargo, sin consideraciones técnicas mínimas, con un beneficiario predeterminado sin las calidades suficientes y, principalmente, a quien se le pretendía pagar anticipadamente por servicios que prestaría en un plazo posterior, lo que supondría, en el marco de una contratación estatal, acuerdos con terceros beneficiarios de contenido defraudatorio a los intereses del Estado, con lo cual se configuraría el delito de colusión desleal”.

- 65 De manera distinta, el R. N. N.º 3175-2011 del 09 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- 66 Véase la Casación N.º 430-2015 del 28 de junio del 2016 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado): “la tesis del mismo (Ministerio Público) hace referencia a una contratación ficticia no propia del delito de colusión en que se sanciona al funcionario público dentro de un proceso de contratación real, necesario y dentro de este se efectúan acuerdos perjudiciales al Estado; en este caso (colusión), la contratación pública es real y es el espacio en el que el funcionario infringe su rol”. Luego se señala: “cuando el proceso de contratación pública es inexistente porque la simulación de tal acto tiene como propósito la apropiación mediante este ardid de fondos públicos, hallándose los funcionarios en mención en vínculo directo con la administración de los mismos, los hechos no pueden corresponder al delito de colusión”.

en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, es decir, delito de peculado”⁶⁷.

La existencia y realidad del proceso de contratación en el delito de colusión ha sido exigida por la jurisprudencia de la Corte Suprema al destacar que “la figura penal en referencia exige como presupuesto fáctico **una real y efectiva contratación entre el Estado y un particular** (persona natural o jurídica) que actúa como contraparte; en cuyo contexto se produce la concertación entre ésta última y los funcionarios que defraudando los deberes de lealtad para con el Estado se parcializan con aquella, perjudicando a otros potenciales contratistas”⁶⁸ (las negritas son nuestras).

Sin embargo, debe distinguirse el falso proceso de contratación del caso en el que solo se simula la participación de algunas empresas proveedoras que nunca, en realidad, intervienen en el concreto proceso de contratación, con el objetivo de favorecer a la empresa que logra y obtiene la buena pro⁶⁹ v. gr., se presentan propuestas técnicas y económicas de cuatro empresas, que en su mayoría no estaban autorizadas por la Sunat u otras presentaban un mismo representante legal⁷⁰. Aquí sí existe proceso de contratación, pero lo que se finge es la intervención de otras empresas o contratistas para dar una supuesta legitimidad y apariencia de concurrencia de otros postores⁷¹.

67 Véase el R. N. N.º 2750-2009 del 21 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (Voto singular de la Dra. Barrios Alvarado).

68 Véase el R. N. N.º 1466-2012 del 25 de octubre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

69 Véase el R. N. N.º 1092-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo): “no se realizó ninguna solicitud de cotización si no que se aparentó la participación de otros postores tales como: las Empresas “Comercio y Servicios Generales” y “Ferreyros Sociedad Anónima Abierta”, no obstante, luego se verificó que éstas no presentaron sus cotizaciones a ese proceso de adjudicación, siendo que las registradas eran falsas; que, además, se presentó documentación falsa, tal como: cotizaciones, órdenes de compra y facturas, las que se verificó que contenían deficiencias en cuanto al rubro de la Empresa, domicilio, entre otros factores”.

70 Véase el R. N. N.º 2206-2012 del 14 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

71 Véase el R. N. N.º 3647-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

202

Uno de los temas más interesantes de la participación de los terceros interesados en el delito de colusión es determinar si es posible que se determine el acuerdo colusorio sin que se haya comprendido a nivel de la investigación, proceso penal o juicio oral al contratista. En pocas palabras se discute y problematiza si es posible desde la perspectiva constitucional y legal que pueda declararse a través de una sentencia condenatoria que existió acuerdo ilegal sin que el tercero interesado haya intervenido en el proceso y siquiera se haya defendido por no ser comprendido en el proceso penal.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia considera que es posible que pueda haber una sentencia condenatoria por colusión, y se dé por probado el acto de concertación, sin que el tercero contratista haya sido incorporado al proceso penal de alguna forma. Cualquier problema se soluciona ordenando que se remita copias al Ministerio Público para la investigación correspondiente⁷² o en otras ocasiones se guarda absoluto silencio al respecto y se deja en el limbo la intervención del tercero interesado⁷³ (o se castiga al tercero interesado sin pronunciarse sobre la autoría de un funcionario público⁷⁴); de tal manera que se admite en la práctica que puede haber colusión sin que el contratista siquiera pueda ser incorporado formalmente al proceso penal.

Incluso, la Corte Suprema de Justicia ha señalado expresamente que la no incorporación al proceso penal del tercero interesado no es causal de nulidad pese a reconocer que se trata de una negligencia del Ministerio público. Así, ha

72 Véase el R. N. N.º 933-2014 del 04 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 917-2012 del 28 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez), el R. N. N.º 1903-2009 del 23 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo), el R. N. N.º 2453-2011 del 27 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez), el R. N. N.º 2282-2009 del 22 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez).

73 Véase el R. N. N.º 3291-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 3175-2011 del 09 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 416-2011 del 24 de agosto del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 191-2011 del 22 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

74 Véase el R. N. N.º 673-2011 del 12 de abril del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

sostenido que “la negligencia del Fiscal carece de relevancia típica en el caso concreto y no ocasiona vicio a la sentencia, pues esta consideración no fue decisiva y relevante para resolver el caso judicial a favor de los inculcados y enervar las pruebas de cargo que se actuaron en su contra -esto no significa que el extraneus no exista (esto sería una cuestión distinta), sino que preexistiendo no fue considerado formalmente en el proceso como sujeto procesal-”⁷⁵. De igual forma se sostiene que “el hecho que no se haya comprendido al extraneus no implica necesariamente calificar el hecho como atípico”⁷⁶.

Se acepta que si luego de la investigación fiscal⁷⁷ o del proceso penal⁷⁸ se comprueba que el particular o tercero interesado (contratista) no intervino en el acuerdo colusorio –o no hay prueba suficiente al respecto- y hay una condena a un funcionario por la comisión del delito de colusión es posible interponer un recurso de revisión de sentencia⁷⁹, siempre que la decisión

203

-
- 75 Véase el R. N. N.° 1318-2012 del 29 de agosto del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo): “Si bien la Ley ordena la consideración del tercero interesado, no obstante la nulidad sólo será procedente cuando la omisión sea esencial para decidir el fallo, de suerte que justifique una decisión contraria a la adoptada. Que aun admitiendo hipotéticamente la consideración formal del extraneus como sujeto procesal, el resultado de los elementos de prueba acopiados - documentales y objetivos- no anularía el sentido de la decisión final adoptada en la sentencia de condena de acuerdo a la sana crítica racional -se mantendría incólume por la suficiente cimentación legal-. Admitir lo contrario, en el caso concreto, sería recoger un rígido formalismo para anular procesos sobre la base de irregularidades que no la afectan en sus condiciones esenciales”.
- 76 Véase el R. N. N.° 3746-2010 del 23 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).
- 77 Véase el recurso de Rev. Sent. N.° 101-2011 del 07 de marzo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).
- 78 Véase el Rev. Sent. N.° 164-2011 del 25 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).
- 79 Véase el Rev. Sent. 36-2013 del 20 de marzo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro): “la revisión penal es un proceso de impugnación extraordinario, de marcado carácter excepcional. Se sustenta en el valor justicia material y tiene por objeto rescindir sentencias firmes de condena, siempre que se incorporen nuevas pruebas o hechos, no conocidos al momento de la expedición del fallo cuestionado, o se acredite la comisión de conductas antijurídicas que hayan podido influir causalmente en la sentencia –en la medida que hayan sido declaradas judicialmente–, con entidad suficiente para enervar el juicio histórico anterior y arribar a una conclusión de inocencia”; el REV. SENT. 66-2014 NCPP del 02 de setiembre del

fiscal de archivo de la investigación contra el tercero haya quedado firme⁸⁰ o la sentencia absolutoria del particular quede consentida⁸¹.

La Corte Suprema solo ha reconocido de manera excepcional, desestimando los cargos de colusión que se formulan en contra un funcionario, el hecho de que el tercero interesado no haya sido comprendido en el proceso

2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana): “La sentencia firme tiene un efecto preclusivo que excluye toda posible continuación del proceso sobre el mismo objeto procesal. Sin embargo, la función de reconstruir la seguridad jurídica -confirmación de valores éticos sociales y de la confianza en las normas- que cumple la decisión definitiva, en algunos casos debe ceder en aras de valores superiores; por ello, se permite la revisión del procedimiento cerrado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada mediante el recurso de revisión a favor del condenado, en supuestos excepcionales en los cuales, en verdad, el mantenimiento de la decisión no contribuiría a esos objetivos. Cabe precisar que la labor del Tribunal de Revisión no es determinar si existe o no alguna causa o motivo que invalide la sentencia sino sólo y exclusivamente sí, a la vista, fundamentalmente de circunstancias que no han sido tenidas en cuenta por el juzgador, la sentencia debe rescindirse por ser esencialmente injusta”.

- 80 Véase el recurso de Rev. Sent. N.º 101-2011 del 07 de marzo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro) que toma como referencia la disposición fiscal número quince guión dos mil once emitida por Primera fiscalía Provincial Corporativa, del seis de septiembre de dos mil once, que estimó que “no hubo acuerdo clandestino, la selección de la propuesta de Boeing fue racional -no hubo sobrevaluación: así, cinco reportes denominados Blue Books o Libros Azules- y el avión se encontraba disponible. El acuerdo colusorio, por consiguiente, no existió: los representantes de Boeing James Margrave y Philip Aubin no cometieron delito de colusión. Por lo demás, el informe de diversas entidades públicas, en especial el Banco de la Nación, el informe de la Auditora Internacional Ernst & Young revela que el listado sólo abonó veinticinco millones de dólares”.

Dicha disposición fiscal fue conocida por la fiscalía Superior, en mérito al recurso de queja de la Procuraduría Pública, quien emitió la Disposición número treinta y tres guión dos mil once, del veintitrés de septiembre de dos mil once, que desestimó el indicado recurso. Dicha disposición superior, primero, niega toda posibilidad de una ampliación de las diligencias preliminares, amparada en el derecho fundamental a la interdicción de las dilaciones indebidas; segundo, no cuestiona el fondo de la disposición de la Fiscalía Provincial: y, tercero, entiende que como no existe perjuicio económico es aplicable la última ley, más favorable (Ley N.º 29758, que modificó el artículo 384º, primer párrafo del Código Penal), por lo que la acción penal ya prescribió.

- 81 Véase el Rev. Sent. N.º 164-2011 del 25 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

penal como partícipe⁸² y en otros casos ha anulado el proceso a fin de que se decida comprender o no al tercero interesado en el proceso penal⁸³.

Con todo, creemos que no es correcto plantear y dar por probada la existencia de un acuerdo colusorio en una sentencia condenatoria contra un funcionario público si es que no se discute y analiza la conducta y el nivel de aporte del tercero en el concierto ilegal y la comisión del delito de colusión. Al respecto, hay dos razones de orden constitucional.

En primer lugar, se quebranta de manera esencial el derecho de defensa cuando se declara o da por probado que un funcionario público se concertó (acto esencialmente bilateral) con un particular y no se le permite a dicho particular defenderse de manera adecuada en el proceso penal en el que se le involucra como parte del acuerdo colusorio. El tercero no tiene la oportunidad de ser informado de los cargos, de actuar prueba de descargo, de alegar y contradecir o, en pocas palabras, no tiene la oportunidad de defenderse de manera eficaz en el proceso en donde se discute un acto bilateral que forma parte de un delito de encuentro: su papel en la (supuesta) concertación.

En segundo lugar, el declarar probado en una sentencia condenatoria un acto de concertación entre un funcionario público y un tercero, no incorporado formalmente al proceso penal, supone una clara violación al principio de la presunción de inocencia, debido a que al tercero se le considera culpable al haber intervenido en un acto de concertación con un funcionario público en un proceso de contratación estatal, sin que haya sido emplazado y concurren a una investigación, a un proceso penal o a un juicio oral respetando las garantías mínimas del debido proceso. En este caso se declara su culpabilidad

82 Véase el R. N. N.º 907-2014 del 27 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo): “los agravios sostenidos por la recurrente no resultan atendibles, en tanto, que respecto a la procesada María Elena Rejas Rejas no se advierte la existencia de prueba o elemento de juicio objetivo que acrediten, aunque sea indiciariamente, la existencia de concertación defraudatoria entre los procesados María Elena Rejas Rejas, Marcos Rodríguez Avila y Jorge Guillermo Sánchez Moreno Izaguirre, con el representante legal de la empresa Jhamisso; más aún cuando este último ni siquiera ha sido denunciado o acusado por el Ministerio Público en calidad de cómplice primario del delito de colusión, cuando en este tipo de delitos debe concurrir la intervención de un interesado al tratarse de un delito de encuentro”.

83 Véase el R. N. N.º 4208-2009 del 17 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).

en el concierto ilegal sin que haya tenido la oportunidad de defenderse y sin las garantías mínimas de un juicio justo derivado del respeto de la presunción de inocencia.

El TEDH ha precisado que la presunción de inocencia se aplica en los casos en que una resolución judicial dictada en un procedimiento que no se ha dirigido contra una persona en calidad de “imputado” implica una evaluación prematura de su responsabilidad, en la medida que tiene un vínculo con los procesos penales pendientes o futuros que se puedan instaurar en su contra⁸⁴.

El TEDH considera que el principio de la presunción de inocencia puede, en teoría, infringirse a causa de las expresiones prematuras de culpabilidad contra un sospechoso que se realizan en el marco de un juicio contra otros procesados que se sustancia de manera separada. En efecto, se viola la presunción de inocencia en el supuesto que las investigaciones se hayan iniciado, o los procesos penales se adelanten, contra otra persona, pese a que no se ha formulado aún acusación en su contra, sobre todo en el caso que una sentencia judicial declare, por ejemplo, su culpabilidad. El TEDH considera que tales declaraciones, a pesar de que no son vinculantes respecto a dicha persona, pueden tener un efecto perjudicial sobre el litigio pendiente seguido contra él en la misma forma que una expresión prematura de la culpabilidad de un sospechoso es hecha por cualquier otra autoridad pública⁸⁵. El alto tribunal de justicia considera que se afecta la presunción de inocencia de una persona, a la que se le sigue un proceso por separado, si se le priva de cualquier posibilidad de impugnar las acusaciones y conclusiones realizadas durante un procedimiento en el que no participó y no tiene la condición de imputado⁸⁶.

En este caso no es necesario esperar el resultado de los procedimientos penales pendientes contra el imputado para alegar una posible violación de su derecho a la presunción de inocencia⁸⁷.

84 Diamantides C. Grecia (N.º 2), 19 de mayo del 2005, Párr. 35; Böhmer C. Alemania, 3 de octubre del 2002, Párr. 67; Karaman C. Alemania, 27 de febrero del 2014, Párr. 41; Müller C. Alemania, 27 de marzo del 2014, Párr. 34.

85 Diamantides C. Grecia (N.º 2), 19 de mayo del 2005, Párr. 44; Karaman C. Alemania, 27 de febrero del 2014, Párr. 42.

86 Karaman C. Alemania, 27 de febrero del 2014, Párr. 42.

87 Vanjak C. Croacia, 14 de enero del 2010, Párr. 38; Karaman C. Alemania, 27 de febrero del 2014, Párr. 51; Diacenco C. Rumania, 07 de febrero del 2012, Párr. 55.

Si hay un proceso penal contra un funcionario público por el delito de colusión y media una resolución judicial⁸⁸ o una disposición fiscal firme de archivo del tercero interesado o del funcionario no es posible que prospere una imputación por este delito. El proceso penal requiere que haya una imputación válida, lo que supone descartar en el delito de colusión como delito de encuentro que haya respecto a una de las partes (funcionario o contratista) cosa juzgada o cosa decidida.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de señalar que:

“se debe precisar que devuelto los actuados a la Décimo Sexta Fiscalía Provincial Penal de Lima a fin de que comprenda al representante de la Empresa V&M Profesionales S.A. en su condición de cómplice del delito de colusión desleal, resolvió a fojas seiscientos ochenta, por no haber lugar a formalizar denuncia penal, disponiendo el archivo definitivo, esgrimiendo en sus argumentos que luego de analizadas las diligencias realizadas así como las instrumentales presentadas durante el transcurso de la investigación judicial se concluye porque no han aparecido indicios suficientes de la Empresa V&M Profesionales S.A. en los hechos materia de instrucción; coligiéndose entonces la imposibilidad de establecer la existencia de la conducta colusoria atribuida, incumplándose con el elemento normativo del tipo que exige el concierto doloso; que, si se les sancionaría por el solo hecho de ser funcionarios de la Empresa SER-POST y haber realizado funciones administrativas, se estaría dentro de la responsabilidad objetiva, que nuestro Código Penal proscribió en su artículo VII del Título Preliminar”⁸⁹.

De igual forma, se ha sostenido que:

88 Véase el R. N. N.º 300-2014 del 21 de mayo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores): “no resulta coherente atribuir responsabilidad penal a los acusados Roberto Augusto Farfán Ríos y José Rosendo Calderón Pacohuanca (*intraneus*) por dicho hecho delictivo, debido a que la colusión desleal es un delito de encuentro, que requiere para su concreción el acuerdo colusorio entre el funcionario o servidor público (autor) con el interesado particular (cómplice primario) a efectos de defraudar al Estado, lo cual no puede acreditarse en autos, debido a que como se ha referido el acusado Montañez Tupayachi (quien sería el interesado particular, *extraneus* o cómplice primario en el presente caso) fue absuelto de la acusación fiscal por dicho delito”.

89 Véase el R. N. N.º 1558-2010 del 06 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

“conforme se verifica de la resolución de fojas novecientos noventa, el Tribunal Superior revocó el auto apelado y reformándola declaró fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por Pedro Antonio Delgado Orlic en su condición de cómplice primario -por su participación en la elaboración de la transacción extrajudicial anteladamente aludida- y, sobre dicha base declaró haber mérito para juicio oral sólo contra los encausados Guido Hipólito Niño de Guzmán Almanza y Manuel Guillermo García Maldonado, sin embargo, debe dejarse establecido que para la materialización del delito de colusión desleal se requiere que se verifique que existió una concertación ilegal, esto es, que el agente infractor sea un funcionario o servidor público que en el marco de un contrato o cualquier otra operación semejante en que intervenga por razón funcional, defrauda al Estado, entendiéndose por defraudar que el sujeto activo quebrante la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado”⁹⁰.

205

En el caso que se absuelva a los funcionarios públicos del delito de colusión y el proceso se encuentre en reserva para los terceros interesados resulta lógico que se extienda la absolución en dicho extremo en sede recursal debido a que si se descarta que haya concertación del funcionario también es lógico que no haya concertación del particular. La Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“si bien el Tribunal Superior decidió reservar el proceso al encausado ausente Theunis Johannes Van Arde o Theunis Johannes Van Aarde; sin embargo, ello no es óbice para que este Supremo Tribunal se pronuncie sobre su inculpabilidad en los hechos que se le imputan, en tanto, lo único que prohíbe el numeral doce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, es la condena en ausencia; infiriéndose entonces contrario sensu que está permitida la absolución en ausencia; por lo que se debe, entonces, a proceder con la absolución del referido encausado”⁹¹.

90 Véase el R. N. N.º 221-2013 del 04 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 1261-2010 del 11 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 209-2012 del 15 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 4208-2009 del 17 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).

91 Véase el R. N. N.º 4270-2009 del 21 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

CAPÍTULO VI

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL DELITO DE COLUSIÓN

I. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO OBJETO DEL DELITO DE COLUSIÓN

1. El contrato administrativo

En el delito de colusión la ley establece de manera clara y específica que el delito se puede cometer “en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado”.

206

El objeto del delito de colusión viene dado por el acto de concertarse en un claro e inequívoco contexto fáctico-normativo: un proceso de contratación estatal vigente o una operación de carácter patrimonial a cargo del Estado¹.

No se castiga la concertación para lograr cualquier acto estatal de carácter administrativo o el acuerdo fraudulento en cualquier procedimiento. Solo se castiga el acuerdo en un proceso de contratación.

El contrato estatal es una categoría jurídica que supone un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones entre las partes que lo suscriben.

207

El artículo 1351 del Código Civil prescribe: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. Pese a la regulación tradicional del contrato en la legislación civil se trata de un instituto que se extiende tanto al campo del derecho privado como al derecho público.

1 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 61; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, p. 324; REVILLA LLAZA, Percy Enrique, “El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 90, diciembre del 2016, p. 177. También: MONTOYA VIVANCO, Yvan y otros, *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*, p. 108, quien extiende la protección a un contrato administrativo o civil.

Por su parte, el contrato administrativo constituye una especie del género contrato que posee ciertas características particulares como que una de las partes contratantes es una entidad estatal, persigue un fin público y posee determinadas cláusulas que son favorables al Estado.

La actividad de la administración, como una de las funciones del Estado, se manifiesta a través de un hecho administrativo, de un acto administrativo o de un contrato administrativo. El contrato administrativo es una declaración (a diferencia de los hechos) bilateral (a diferencia de los actos) que produce efectos jurídicos individuales (a diferencia de los reglamentos)². Se trata de una declaración bilateral en la medida que en la relación contractual intervienen dos sujetos que se obligan recíprocamente: por un lado, la administración a través de cualquier entidad estatal y, por otro lado, el contratista.

Las notas características más importantes del contrato administrativo son:

- i) Se trata de una declaración de voluntad bilateral en la que intervienen una entidad estatal, a través de los órganos de contratación, los funcionarios en el ejercicio de una función administrativa, y el contratista. Dicha declaración está sometida a ciertas formalidades, procedimientos y reglas³. El acuerdo de voluntades o consentimiento implica una manifestación de voluntad coincidente de las partes y presupone, por un lado, la capacidad jurídica del cocontratante de la administración y por el otro la competencia del órgano estatal⁴.

Cualquiera de los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo o judicial) pueden celebrar contratos, así como también cualquier organismo constitucional autónomo (v. gr., Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Contraloría General de la República, etc.) como los Gobiernos regionales y los municipales. También celebran contratos administrativos las empresas del Estado.

- ii) El contratista puede ser un particular (una persona natural o jurídica) o un ente estatal (contrato interadministrativo). El contratista

2 Cfr. DROMI, Roberto, *Licitación pública*, Buenos Aires: Ediciones ciudad argentina, 2.^a ed., 1995, pp. 23 y ss.

3 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2.^a ed., 2005, p. 15; DROMI, Roberto, *Licitación Pública*, pp. 26 y 28.

4 Véase la Opinión N.º 078-2012/DTN del 19 de julio del 2012.

privado (persona natural o jurídica) debe cumplir con ciertos requisitos como tener capacidad jurídica de contratar (v. gr., estar inscrito en el Registro de proveedores) y contar con una capacidad técnica o financiera.

No solo los particulares puede ser una parte de un contrato estatal, también las diversas dependencias del Estado pueden suscribir contratos administrativos de diversa índole⁵. Por ello, es posible admitir que el delito de colusión pueda cometerse dentro de un contrato interadministrativo o en el que las partes son entidades estatales. Las características principales de un contrato interadministrativo son: i) la no exigencia de licitación pública en el proceso de selección; ii) la no aplicación de multas o sanciones pecuniarias a las entidades estatales; iii) un sistema particular de soluciones de conflictos⁶.

De igual forma, así como hay contratos interadministrativos entre entidades estatales es posible también que haya contratos entre un organismo público nacional con una entidad estatal extranjera⁷. Se recuerda que por expreso mandato de la LEC, los efectos de dicha ley no se aplican a: “las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, siempre que se deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones” (Artículo 4,f)⁸.

5 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, pp. 15 y 32; DROMI, Roberto, *Licitación pública*, pp. 26 y 28.

6 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, p. 37.

7 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, p. 37.

8 Véase la Opinión N.º 078-2012/DTN del 19 de julio del 2012: “En cuanto a las “contrataciones de gobierno a gobierno” debe indicarse que, si bien en los contratos a las que estas contrataciones dan origen una de las partes es un órgano u organismo de la administración pública del Estado Peruano, la otra parte no es un particular, sino otro Estado; lo que determina que su naturaleza y características sean distintas a las del contrato administrativo –que es el tipo de contrato que se celebra entre una Entidad y un particular, bajo el régimen general de contratación estatal establecido por la Ley de Contrataciones del Estado-, pese a que su finalidad también pueda ser la consecución de un fin vinculado con la satisfacción del interés público nacional”.

El hecho de que particulares celebren un contrato sobre una obra o un bien público no convierte al contrato en un contrato administrativo.

- iii) El objeto del contrato administrativo son las obras, los servicios y bienes cuya prestación constituyen los fines de la administración. El objeto del contrato es la obligación que mediante una declaración se constituye y que genera una prestación de dar, hacer o no hacer. En el contrato administrativo el elemento finalístico o teleológico cumple un papel descollante: el realizar el interés público⁹. Dicho interés público se encuentra por encima de la voluntad de las partes y de los planteamientos y objetivos económicos que se puedan promover en el contrato¹⁰. El Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado reconoce el carácter particular de las contrataciones que llevan a cabo las Entidades estatales para satisfacer sus necesidades, las que, además de determinar la erogación de fondos públicos, se encuentran vinculadas con el ejercicio de la función administrativa y la satisfacción del interés general o interés público que esta persigue¹¹. La administración busca un fin: la satisfacción del interés general; de manera que el contrato debe ser realizado por la administración teniendo en cuenta este fin. La finalidad constituye un elemento esencial en la contratación administrativa.

Los contratos administrativos si bien son celebrados para satisfacer la necesidad inmediata de la entidad de contar con determinado bien, servicio u obra, su finalidad última es la satisfacción del interés público que subyace a dicha necesidad¹².

El contrato administrativo tiene por objeto una obra, bien o servicio o cualquier otra prestación que posea como finalidad la realización de los intereses públicos y la satisfacción de necesidad generales. La finalidad pública es lo que distingue al contrato administrativo de

9 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, Madrid: Tecnos, 11.ª ed., 2015, p. 589.

10 Cfr. CASSAGNE, Juan carlos, *El contrato administrativo*, p. 32.

11 Véase la Opinión N.º 078-2012/DTN del 19 de julio del 2012.

12 La satisfacción de la necesidad permite a la entidad cumplir con las funciones que le han sido asignadas por ley, las cuales se encuentran relacionadas con la prestación de determinado servicio a la colectividad.

otras formas contractuales, v. gr., el contrato de derecho privado¹³. Un contrato es administrativo cuando su objeto y contenido pertenece a la función administrativa, materialmente considerada. Las restricciones y prohibiciones del contrato administrativo vienen impuestas por la Constitución y la ley.

Los bienes que no están en el comercio y que no pueden ser objeto de un contrato privado, sí pueden ser objeto de un contrato administrativo, v. gr., una concesión de uso de un bien público¹⁴.

Los contratos civiles que suscriban las entidades estatales no se encuentran dentro de los alcances del delito de colusión. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha negado que se pueda cometer el delito de colusión en aquellos casos en los que se suscribe un contrato de comodato con un particular, a fin de que se pueda invertir en la recuperación de un bien inmueble que se encuentra en estado ruinoso¹⁵.

- iv) El contrato administrativo debe cumplir con una determinada formalidad como es el registrar la forma escrita (artículo 32 de la LCE). El contrato se ajusta a la proforma incluida en los documentos del procedimiento de selección con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el mismo (artículo 32 de la LCE).

13 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, pp. 21 y 29.

14 Cfr. DROMI, Roberto, *Licitación pública*, p. 27.

15 Véase el R. N. N.º 1288-2012 del 12 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo): “Ha quedado demostrado el estado ruinoso y abandonado en el que se encontraba el local sub materia, como observa tanto de las fotografías de folios mil ochocientos sesenta y cinco a mil ochocientos ochenta y cuatro, como del Informe pericial de oficio de fojas dos mil sesenta, en el que se determina que el costo de alquiler debido a la no existencia de ofertantes era de cero, precisando que se realizaron mejoras durante la duración del contrato; por ello el estado de conservación del inmueble en buena cuenta condicionó la realización del contrato de comodato obrante en autos, pues la intención de los funcionarios intervinientes en los hechos, fue la de revalorizar el mencionado local sin costo para la Comuna; a lo que se suma el mérito probatorio de la pro forma certificada notarialmente para la refacción del local “Garza Blanca”, que obra a folios mil ochocientos trece, emitida por Luis López Ramos; así como la declaración jurada de Gil Francisco Guerra Silva, en la que se señala que se realizó un gasto de once mil setecientos sesenta nuevos soles en la restauración del local, detallando los rubros de labor”.

Los contratos administrativos, en especial los regulados por la *Ley de Contrataciones del Estado*, incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas: a) Garantías, b) Solución de controversias y c) Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento (artículo 32 de la LCE).

Por ejemplo, en el caso de las Municipalidades “los bienes municipales pueden ser transferidos, concesionados en uso o explotación, arrendados o modificado su estado de posesión o propiedad mediante cualquier otra modalidad, por acuerdo del concejo municipal”¹⁶ (artículo 59 de la Ley Orgánica de Municipalidades). Dicha ley establece tres requisitos de legalidad para la venta de un terreno: 1. Acuerdo Municipalidad de transferencia. 2. Transferencia mediante subasta pública. 3. Puesta en conocimiento de la Contraloría General de la República. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “los acuerdos son, pues, generales, sin determinación del adquirente, sujetos a una subasta y bajo el control posterior de la Contraloría. Las formalidades son esenciales y éstas deben estar acabadamente demostradas”¹⁷.

- v) La declaración contractual produce efectos jurídicos que consisten en crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial entre las partes: la entidad estatal y el tercero interesado.

Los contratos administrativos pueden tener por objeto una obra o servicio público y cualquier otra prestación que tenga por objeto el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales¹⁸.

16 “Cualquier transferencia de propiedad o concesión sobre bienes municipales se hace a través de subasta pública, conforme a ley. Estos acuerdos deben ser puestos en conocimiento de la Contraloría General de la República en un plazo no mayor de 7 (siete) días, bajo responsabilidad.”

17 Véase el R. N. N.º 1087-2013 del 17 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro): “No sólo se trata de un Acuerdo Municipal, sino que, a los efectos de su valoración global, se tiene que debió comunicarse a la Contraloría y la venta debió ser efectivizada en subasta pública. Ninguna de estas exigencias ocurrió, lo que revela la realidad de su no tratamiento en el Concejo Municipal”.

18 Véase la Opinión N.º 078-2012/DTN del 19 de julio del 2012.

Los contratos civiles que no suponen erogación alguna de dinero no dan lugar al delito de colusión¹⁹.

- vi) En un contrato administrativo, a diferencia de lo que ocurre en un contrato privado, las partes contratantes se encuentran en un plano de desigualdad dado que la administración tiene en la relación contractual una posición de superioridad respecto al contratista y se reserva algunas facultades y prerrogativas especiales²⁰. Las especiales prerrogativas de las que goza la entidad derivan del ejercicio de la función administrativa y la persecución del interés público subyacente al contrato²¹.

Dicha desigualdad estructural se refleja en el hecho de que la entidad estatal puede adaptar el contrato a las necesidades públicas variando las obligaciones del contratista dentro de ciertos límites (v. gr., la modificación unilateral); la entidad puede resolver el contrato de manera unilateral en caso de incumplimiento y es posible que el contrato se ejecute directamente por la entidad estatal o por un tercero en caso de incumplimiento del contratista²².

La desigualdad de las partes en el contrato administrativo responde al hecho de que los intereses públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas deben anteponerse a los intereses económicos del contratista, por supuesto, dentro de ciertos límites razonables.

Con todo, el contratista conserva el derecho de mantener el equilibrio económico-financiero del contrato y de ser resarcido por el ejercicio abusivo del poder de la administración²³.

19 Véase el R. N. N.º 1460-2009 del 10 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

20 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, p. 590; CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, p. 43.

21 Como la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de éstas, la aplicación unilateral de la penalidad por mora o la potestad de resolver el contrato cuando se alcanza el monto máximo para la aplicación de esta penalidad, entre otros. Véase la Opinión N.º 078-2012/DTN del 19 de julio del 2012.

22 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, p. 587; DROMI, Roberto, *Licitación pública*, p. 29.

23 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, p. 590.

El Estado no se basta ni es autosuficiente para lograr sus metas y objetivos. Necesita de la participación y colaboración de terceros. Por ejemplo, en la prestación de servicios necesita de personas y funcionarios calificados, para el desarrollo de su actuación necesita de medios materiales que se consigue a través de suministros y la dotación de medios materiales. Para lograr condiciones mínimas en la vida social requiere de la obra pública.

La Administración pública dirige su actividad a la satisfacción de los intereses generales de todos y cada uno de los ciudadanos. El Estado social exige la prestación eficiente de bienes y servicios en beneficio de la comunidad lo que supone la dotación de una serie de recursos y gasto público a fin de cumplir dicha meta. Sin embargo, el Estado y las entidades (organismos públicos) que lo componen por la complejidad y diversidad de dichos bienes y servicios no pueden por sí mismo realizar lo necesario para la satisfacción de las necesidades por lo que se ven obligados a acudir al mercado actuando como un agente económico a través de los diversos mecanismos de contratación pública.

El Estado para cubrir las necesidades de cada dependencia y de la sociedad a través de la cobertura de bienes, servicios y obras públicas dispone realizar procesos de selección a fin de optar por la mejor propuesta tanto técnica como económica iniciando con ello el proceso de contratación.

El contrato Administrativo es una técnica de colaboración que tiene el Estado y en concreto la administración pública para el logro de sus objetivos del bien común y de realización del interés general²⁴. El alcanzar los objetivos del Estado no solo es una tarea de los organismos públicos y del cuerpo de funcionarios que lo componen sino también de diversas técnicas y procedimientos jurídicos. El contrato administrativo es en buena cuenta una herramienta de solidaridad y de promoción de la sociedad que permite alcanzar las metas de la entidad estatal y del Estado.

El contrato administrativo como técnica de colaboración es un instrumento del programa general de gobierno a través del cual se implementa el plan de inversiones públicas y que compromete a una parte importante del presupuesto del Estado. La contratación administrativa en cualquiera de sus modalidades mueve una ingente cantidad de dinero y recursos públicos que

24 Cfr. CASSAGNE, Juan carlos, *El contrato administrativo*, p. 32.

incide de manera directa en la economía y en la generación de puestos de trabajo v. gr., el contrato de obra pública.

La actividad del Estado en el plano administrativo no se limita a la emisión variada y distinta de ciertos actos administrativos, por esencia actos unilaterales, sino a procedimientos y actos de contratación reglados que tienen por fin realizar los fines del Estado y promover el bienestar común. La actuación administrativa no solo se produce a partir de actos de autoridad, de mandatos y órdenes, sino se concreta sobre la base de acuerdos y actos bilaterales alrededor de bienes, servicios y obras²⁵. No se trata de actos de colaboración forzosa, obligatoria y compulsiva, sino de actos bilaterales en donde la noción de libertad y consentimiento ocupan un lugar central.

El contrato administrativo no tiene una finalidad exclusivamente económica como los contratos propios del derecho privado, por el contrario, representa una técnica de cooperación y colaboración que sirve para alcanzar los fines estatales y, en concreto, los objetivos de una entidad pública. El contrato estatal es un instrumento que ayuda a lograr el bien común y que permite concretar los fines del Estado. Asimismo, representa una forma de legitimidad de la acción administrativa en la medida que cuenta con la participación de terceros en el logro de ciertos objetivos y supone el punto de encuentro entre administración y empresa en la organización de la vida social.

Se abandona la idea de considerar al contratista como un enemigo y una remora del Estado que solo medra y se beneficia para pasar a entenderlo como un valioso colaborador y que ayuda a conseguir las metas de una entidad del Estado. Por ello, se requiere que el contratista sea diligente, serio, despliegue la capacidad técnica, el máximo esfuerzo en el desarrollo de sus actividades que tiene con el Estado.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) ha señalado: “Los contratos regulados por la normativa de contrataciones del Estado tienen por finalidad satisfacer las necesidades de abastecimiento de las Entidades y, en última instancia, el interés público que subyace a estas necesidades. Así, en virtud de estos, el contratista se compromete a cumplir las prestaciones pactadas a favor de la Entidad y esta se compromete a pagarle

209

25 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, p. 585.

la contraprestación pactada”²⁶. En el marco de la normativa de contrataciones del Estado, un contrato es un acuerdo de voluntades a través del cual tanto la entidad como el proveedor buscan satisfacer su respectivo interés; en este aspecto, no existe mayor diferencia entre los contratos administrativos y los contratos privados, salvo por el hecho que la entidad representa el interés público y, por tanto, goza de potestades especiales que le permiten, por ejemplo, ordenar la ejecución de prestaciones adicionales al contratista²⁷.

El OSCE ha señalado que los contratos administrativos son en muchos casos contratos de colaboración y el particular actúa colaborando con la administración. No obstante, dicha colaboración implica el pago del precio la prestación o contraprestación al particular²⁸. El carácter de colaborador de la Administración pública que adquiere el particular le permite gozar de determinados derechos²⁹, en tanto cumpla las obligaciones a su cargo.

En la celebración del contrato estatal, el contratista se obliga a ejecutar la prestación a su cargo, que puede consistir en la entrega o suministro de bienes, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, de conformidad con las especificaciones técnicas, planos y demás disposiciones contractuales³⁰ y la entidad se obliga a ejecutar su contraprestación que, esencialmente, consiste en retribuir económicamente al contratista por su prestación. En este contexto, el contrato se entenderá cumplido cuando ambas partes satisfagan

26 Véase la Opinión N.º 093-2014/DTN del 10 de noviembre del 2014, la Opinión N.º 013-2014/DTN del 20 de enero del 2014, la Opinión N.º 039-2010/DTN del 25 de mayo del 2010.

27 Véase la Opinión N.º 107-2012/DTN del 09 de noviembre del 2012.

28 Véase la Opinión N.º 078-2012/DTN del 19 de julio del 2012.

29 Como el derecho al pago del precio de las prestaciones ejecutadas, o el derecho a someter a conciliación y/o arbitraje las controversias, entre otros.

30 Véase la Opinión N.º 069-2016/DTN del 04 de mayo del 2016; la Opinión N.º 053-2014/DTN del 25 de julio del 2014: “En el caso específico de los contratos de obra, las especificaciones técnicas definen las características de la obra a ejecutar, las mismas que forman parte del expediente técnico de obra y éste, a su vez, del contrato, de conformidad con el primer párrafo del artículo 142 del Reglamento”; la OPINIÓN N.º 116-2012/DTN del 03 de diciembre del 2012, la OPINIÓN N.º 101-2013/DTN del 05 de diciembre del 2013, la OPINIÓN N.º 044-2014/DTN del 30 de junio del 2014, la OPINIÓN N.º 122-2014/DTN del 31 de diciembre del 2014.

oportunamente sus prestaciones³¹, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato. En buena cuenta la entidad debe realizar una erogación de fondos públicos en beneficio del contratista, como retribución por sus prestaciones³².

Los procesos de selección que convocan las entidades tienen por finalidad contratar los bienes, servicios u obras necesarios para satisfacer las necesidades que demanda el cumplimiento de las funciones que les son propias, y el logro de las metas y objetivos institucionales trazados³³.

El objeto del delito de colusión es el contrato administrativo como tam-

210

bién alcanza las modificaciones del mismo a través de los procedimientos y mecanismos previstos por la ley.

Por ejemplo, se puede cometer el delito de colusión cuando se opta por una modalidad de financiamiento del propio contratista para la realización de las obras y, luego, se modifica el contrato y se colocan cláusulas contractuales que no responden con las bases del contrato que, a su vez, permiten una desnaturalización del concurso³⁴. La modificación del contrato puede revestir diversas formas y recibir distintas denominaciones (v. gr., un acta de entendimiento). Ello ocurre cuando se alteran los requerimientos técnicos del proceso de contratación y se precisa que los bienes contratados solo deben “aproximarse” a las características establecidas en el expediente técnico³⁵.

31 Véase la Opinión N.º 62-2016/DTN del 28 de abril del 2016, la Opinión N.º 32-2016/DTN del 22 de febrero del 2016, la Opinión N.º 185-2015/DTN del 09 de diciembre del 2015, la Opinión N.º 22-2014/DTN del 06 de febrero del 2014 y la OPINIÓN N.º 116-2012/DTN del 03 de diciembre del 2012.

32 Véase la Opinión N.º 093-2014/DTN del 10 de noviembre del 2014, Opinión N.º 073-2015/DTN del 13 de mayo del 2015.

33 Véase la Opinión N.º 045-2012/DTN del 12 de marzo del 2012.

34 Véase el R. N. N.º 3332-2013 del 08 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

35 Véase el R. N. N.º 3372-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo): “Al existir observaciones respecto a la calidad de la maquinaria que entregaba Equipamiento Municipal S. A. C lo lógico era exigir que se cumpla con los requerimientos establecidos en el expediente técnico; no obstante, contrariamente, ratificó la adquisición de la maquinaria y suscribió el acta de entendimiento de fojas dos mil trescientos quince con dicha empresa, modificando unilateralmente las exigencias técnicas que debería cumplir la maquinaria, al señalar textualmente que las características de la maquinaria que se entregan deben

El pacto concusionario no solo se comete cuando se suscribe el contrato estatal original, sino cuando se modifica el mismo, por ejemplo, a través de una adenda que suponga la asunción de una situación desventajosa para la entidad estatal³⁶. La concertación dolosa no solo se produce cuando se constituyen obligaciones. También cuando se modifica la relación obligacional.

En la dinámica comisiva del delito de colusión la experiencia peruana enseña que en las grandes obras estatales la mayor defraudación al Estado se produce a través de las modificaciones al contrato estatal en la que se establecen condiciones ventajosas al contratista en perjuicio del Estado.

El delito se puede también cometer cuando luego de la culminación de la obra, sin que medie resolución del contrato, en la liquidación se paga por un concepto (v. gr., “mejoramiento de la base afirmada”), pese a no estar consignada en el expediente técnico, deviniendo en innecesaria dicha mejora³⁷.

- 211** La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “el Estado a través de la Administración Pública realiza sus actividades para desarrollar sus fines esenciales, siendo una de ellas la contratación pública, contrato del Estado o contrato administrativo, que en modo alguno puede ser equiparable al contrato privado, en tanto que la administración pública y el particular no se encuentran en un plano de igualdad, estando la primera en una posición de superioridad, derivada del hecho que persigue fines e intereses superiores a los particulares del sujeto privado. Así, el contrato administrativo “es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”; por, lo que para la formación de su voluntad, similar a

“aproximarse” a las características establecidas en el expediente técnico”.

36 Véase el R. N. N.º 2816-2009 del 16 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo). Sin embargo, en el R. N. N.º 1109- 2014 del 09 de junio del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana) se descarta esta posibilidad al señalar: “si bien al citado encausado se le imputa el hecho de haber suscrito las adendas del 15 de febrero del 2002 y el 21 de mayo del 2004; sin embargo, ello resulta irrelevante, pues para que se configure el delito colusión desleal se exige una concertación previa para la suscripción del contrato de concesión, no evidenciándose indicios suficientes que acredite ello”.

37 Véase el R. N. N.º 1832-2012 del 05 de junio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

la de un sujeto privado, pero distinto en su materialización, requiere de un mecanismo o procedimiento regulado por ley, para evitar abusos y actos de corrupción por parte de la administración en la elección de las partes contratantes, en donde su objeto es dar el máximo de certeza, de que la elección de la administración sea la mejor posible en las circunstancias en las que ocurre, y de que el procedimiento mediante el cual se llega a la elección de la parte, sea controlable en todo momento, por quien pueda tener interés en ella³⁸.

También se ha destacado que el delito de colusión se configura cuando “el funcionario o servidor público por razón de su cargo o de comisión especial interviene en los actos de contratación, subastas o en cualquier otra operación semejante³⁹”, o que el delito se comete en el contexto de un proceso de contratación pública reglada en el que se interviene por razón de su cargo⁴⁰ y que la “estructura típica que permite sostener que la incriminación de esta modalidad del injusto funcional, fue pensada estrictamente para los procesos de contratación administrativa (licitaciones), en los cuales participan varios licitantes; es decir, son varios los proveedores que pretenden salir ganadores con el otorgamiento de la buena pro; de ahí que el agente tuerce su objetividad e imparcialidad para favorecer ilegalmente a uno de los postores⁴¹”.

El delito presupone la existencia de contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas u operaciones similares, situación en la que la actuación del funcionario público debe enmarcarse dentro de estos supuestos, de tal forma que, por más ilícita y perjudicial que hubiera sido la conducta del agente, sino se acredita la existencia de alguna de estas operaciones o actos jurídicos, no se responderá por el delito de colusión⁴². Debe tenerse en cuenta

38 Véase el R. N. N.º 978-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 1412-2011 del 02 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 4031-2011 del 16 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

39 Véase el R. N. N.º 3291-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 3449-2012 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Tello Gilardi).

40 Véase el R. N. N.º 3647-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

41 Véase el R. N. N.º 1267-2014 del 10 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

42 Véase el R. N. N.º 896-2009 del 06 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria

que el acuerdo colusorio entre las partes (el Estado y los particulares) está referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado; es decir, que el acervo probatorio debe estar orientado justamente a verificar que los encausados actuaron en contubernio para favorecer a los terceros (*extraneus*) en la adjudicación respectiva⁴³.

Si se ingresa a analizar el contenido semántico de cada uno de estos conceptos, podrá comprobarse que todos ellos están vinculados a la contratación pública, aunque resulta claro que no se mueven en un mismo nivel conceptual. Las licitaciones, los concursos de precios y las subastas constituyen procesos de competencia reglados para la adquisición de bienes y servicios del Estado, mientras que los contratos y suministros con operaciones que concretan la adquisición estatal procurada con los procesos de selección antes mencionados. Por todo lo anterior, hay que concluir que el ámbito de aplicación del delito de colusión desleal se circunscribe a las modalidades de contratación pública para las adquisiciones del Estado, abarcando el tipo penal los procesos de selección y ejecución de los contratos con dichas adquisiciones⁴⁴.

Asimismo, se ha sostenido que “se requiere que la actuación o gestión de dicho funcionario se produzca en un ámbito muy específico de la actuación de la Administración, al interior de los procesos aludidos (contratación, suministro, licitación, concurso de precios, subasta o cualquier otra operación semejante), en la medida en que no cualquier actuación perjudicial del funcionario o representante del Estado, configura el delito de colusión ilegal, sino únicamente las defraudaciones al Estado que se realizan en el marco de los referidos procesos, en tanto que lo protegido es la adecuada gestión de los intereses de la Administración Pública, en mérito a competencias institucionales que se enmarcan en las diversas tipologías de la contratación pública-

(ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 4634-2009 del 15 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez).

43 Véase el R. N. N.º 3335-2013 del 08 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

44 Véase el R. N. N.º 1847-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

administrativa, cuando se suscriben contratos con los particulares, en cuanto a la prestación de servicios o la adquisición de bienes”⁴⁵.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el delito de colusión implica realizar: “mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial”⁴⁶; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concierne con los interesados defraudando al Estado; que, al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes -el Estado y los particulares- esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado”⁴⁷ y que el delito de

45 Véase el R. N. N.º 1267-2014 del 10 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

46 Véase el R. N. N.º 3335-2013 del 08 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1076-2013 del 02 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 265-2013 del 25 de junio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 3644-2012 del 15 de mayo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 2787-2010 del 18 de mayo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 3273-2010 del 19 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 209-2012 del 15 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 2669-2010 del 01 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 702-2009 del 12 de mayo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo).

47 Véanse el R. N. N.º 2683-2014 del 21 de enero del 2015 de la Sala Penal Permanente (Voto singular: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1076-2013 del 02 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 265-2013 del 25 de junio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 2912-2012 del 19 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 920-2012 del 03 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 3231 -2011 del 25 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 1292-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 339-2011 del 27 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 3575-2011 del 25 de octubre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 237-2010 del 05 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 3709-2010 del 08 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo), el R. N. N.º 3299-2010 del 08 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria

colusión demanda “que el agente público - el intraneus - se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicada en un contrato o acto -los interesados- que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración Pública por lo que ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica⁴⁸”. Las pruebas deben estar orientadas justamente a verificar que los encausados actuaron en contubernio para favorecer a los terceros (extraneus) en la adjudicación respectiva⁴⁹.

La administración pública es un conjunto de organismos, órganos y personas-órgano, estatales o no estatales que ejercen la función administrativa del poder, tiene la necesidad de diversos instrumentos o medios para el cumplimiento de sus objetivos. Es así que, la administración actúa en el mercado de bienes y servicios intercambiando prestaciones con los administrados y con empresas especializadas. Cabe indicar que, la eficiencia o eficacia administrativa se traduce en el deber jurídico de dar satisfacción concreta a una situación subjetiva de requerimiento de la forma, cantidad y calidad y con los medios y recursos que resulten más idóneos para la gestión. Para ello, es importante que la contratación estatal sea sometida a determinadas reglas que incluyen un conjunto de actos preparatorios –la realización de un proceso de selección, sea licitación pública, concurso público, entre otros–⁵⁰.

(ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 2669-2010 del 01 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el Rev. Sent. N.º 164-2011 del 25 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

48 Véase el R. N. N.º 1556-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

49 Véanse el R. N. N.º 265-2013 del 25 de junio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 2363-2010 del 29 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf).

50 Véanse el R. N. N.º 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1199-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2587-2011 del 23 de enero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 3611-2011 del 21 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2640-2010 del 17 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1698-2010 del 21 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

Si es que no hay contrato estatal no puede cometerse el delito de colusión. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se construye una obra de manera directa por parte de la entidad estatal sin intervención de algún contratista⁵¹.

La máxima instancia de justicia ha sostenido que el bien jurídico protegido se relaciona con: “el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública, específicamente en la regularidad de la actuación del funcionario público en la disposición del patrimonio público en beneficio del Estado y **en el ámbito de la contratación pública -en un negocio jurídico de contenido económico o, más ampliamente, en los procesos de gestión de recursos públicos-**”⁵² (las negritas son nuestras).

En la comisión del delito de colusión no es necesario que se afecte el presupuesto de la entidad asignado anualmente o que los pagos se hagan a cuenta de la asignación ordinaria o extraordinaria por parte del Poder ejecutivo. El delito también puede cometerse cuando se obtiene un crédito suplementario por parte del Banco de la Nación para ejecutar una obra⁵³.

212

51 Véase el R. N. N.º 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores): “Las irregularidades cometidas en la ejecución de dichas obras no se presentan los presupuestos materiales del referido tipo penal, esto es, la existencia de un contrato, suministro, licitación, concurso de precios, subasta o cualquier otra operación semejante en la que un funcionario público de la Municipalidad Distrital de Hualgayoc haya intervenido por razón de su cargo o comisión especial y como consecuencia de ello halla defraudado al Estado o entidad u organismo de éste, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros; debiendo indicarse, que si bien en la administración directa de dichas obras en cuestión se causó erogación presupuestal a la Municipalidad agraviada, también lo es, que dicha conducta ilícita se enmarca en un tipo penal distinto al que es materia de acusación fiscal, no resultando pertinente una nueva investigación por dichos hechos encuadrados en tan tipo penal correcto”.

52 Véase el R. N. N.º 2453-2011 del 27 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez), el R. N. N.º 2368-2011 del 09 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (Pariona Pastrana), el R. N. N.º 2845-2012 del 15 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 1050-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (voto discordante de los señores jueces supremos Javier Villa Stein y Josue Pariona Pastrana), el R. N. N.º 03-2008-“A”-10 del 06 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

53 Véase el R. N. N.º 3291-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

2. Contrato estatal y otros acuerdos administrativos

213

El contrato administrativo debe distinguirse de otros actos jurídicos y de otras formas administrativas en el que concurren terceros prestando su consentimiento. La administración realiza y celebra acuerdos con particulares no solo para la adquisición de bienes y servicios, sino también en su actividad propiamente administrativa o de ejercicio de sus potestades⁵⁴.

Por ello, debe distinguirse el contrato administrativo de las meras negociaciones informales que se llevan a cabo antes de la adopción de una decisión o acto administrativo y en la que se cuenta con la participación de particulares⁵⁵. Si bien algunas veces las negociaciones informales permiten una administración pública ágil, flexible y atenta; en otras ocasiones encierra el peligro para el Estado de derecho de llegar a acuerdos ocultos, secretos al margen del respeto a la legalidad y a los principios básicos del derecho administrativo.

De igual forma, se distingue los contratos administrativos de los acuerdos programáticos por el cual el Gobierno (v. gr., central, regional o local) se compromete políticamente en virtud de un pacto con determinadas organizaciones (v. gr., políticas, sociales, sindicales, empresariales, etc.) a adoptar un conjunto de actos, a mantener una línea de actuación o a implementar decisiones normativas.

Asimismo, se debe diferenciar el contrato administrativo que suscribe la administración de los convenios con ciertas organizaciones o con otros organismos públicos, sean nacionales o extranjeros y que posee una amplia pluralidad de objetivos⁵⁶, v. gr., convenios de capacitación, de intercambio, etc.

En el campo del ordenamiento jurídico los acuerdos al que se pueden llegar son diversos comprendiendo sectores tan variados como el derecho constitucional, el derecho penal y otros ámbitos. Por ejemplo, en el ámbito constitucional se conocen los acuerdos parlamentarios que se llevan a cabo con pactos de legislatura o para garantizar la gobernabilidad, salir de situaciones de emergencia, etc. En la órbita del proceso procesal penal es común

54 Cfr. HUERGO LORA, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid; Civitas – Universidad de Oviedo, 1998, p. 27.

55 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, p. 587; HUERGO LORA, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, p. 42.

56 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, p. 587.

los acuerdos de conformidad del acusado, sea como terminación anticipada del proceso o conclusión del juicio oral⁵⁷.

Los contratos estatales se distinguen de los convenios que pueden celebrar las distintas dependencias públicas. El contrato administrativo posee un fin económico, el convenio no. Al respecto, el OSCE ha destacado:

214

“las Entidades pueden celebrar distintos tipos de acuerdos, los mismos que pueden distinguirse por la finalidad perseguida por las partes con su celebración. Así, los contratos que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado son acuerdos en los que la contraparte de la Entidad persigue una finalidad lucrativa, esto es, obtener una retribución por sus prestaciones con cargo a fondos públicos; en cambio, en los convenios que suscriben las Entidades, su contraparte no persigue dicha finalidad lucrativa; por lo que la Entidad no compromete los fondos públicos para pagarle una retribución.

Por consiguiente, los contratos celebrados bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado difieren de los convenios en el fin lucrativo, pues, en los primeros, el contratista cumple su prestación obteniendo de la Entidad una retribución a cambio, la misma que se paga con cargo a fondos públicos; mientras que en los convenios las partes buscan alcanzar un objetivo común mediante la colaboración mutua, por lo que la contraparte de la Entidad no recibe dicha retribución con cargo a fondos públicos⁵⁸” (el subrayado y las negritas son del original).

A partir de la celebración de un convenio, puede existir el compromiso de alguna de las partes de asumir a cuenta propia determinados costos y/o gastos administrativos para alcanzar la finalidad del mismo, lo que podría implicar

57 Ampliamente, Huergo Lora, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, pp. 33 y ss.

58 Véase la Opinión N.º 073-2015/DTN del 13 de mayo del 2015: “En ese orden de ideas, los convenios celebrados por las Entidades, en tanto carecen del fin lucrativo en los términos expuestos anteriormente, no tienen la naturaleza de un contrato con el Estado bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, pues mediante estos convenios la Entidad no se obliga a pagar una “retribución” con cargo a fondos públicos; en esta medida, estos convenios, en tanto cumplan con los criterios establecidos en la presente opinión, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, independientemente de la naturaleza pública o privada de la contraparte de la Entidad, o de si dicha contraparte es un organismo internacional o una persona jurídica de derecho privado constituida en el Perú”.

la disposición de recursos del Estado, situación que no afecta la naturaleza no lucrativa del convenio, pues no se trataría de erogaciones de fondos públicos en beneficio del contratista como retribución por sus prestaciones⁵⁹.

215 El convenio que firma una entidad estatal con una empresa privada para intervenir en un proceso de contratación no puede dar lugar a la comisión del delito de colusión, máxime si se trata de un convenio, distinto a un contrato administrativo y que no supone de manera directa la intervención en un proceso de contratación.

El hecho de que una empresa estatal garantice económicamente a empresas (privadas) en las obras que estas se habrían adjudicado no constituye delito de colusión, pese a que los convenios no contaban con la autorización legal correspondiente y se haya otorgado cartas fianzas sin recibir la contragarantía⁶⁰. No todo perjuicio patrimonial al Estado supone la comisión del delito de colusión o al no derivar de un proceso de contratación reglado.

Tampoco constituye delito de colusión el hecho de que no se hayan reportado las actividades de un “convenio de afianzamiento y ejecución conjunta de obra” entre una empresa estatal y una empresa privada en el ámbito de su administración, contable y financiera de una obra con otra entidad pública, así se le haya generado obligaciones que beneficiaron a la empresa privada y la entidad estatal no haya percibido ganancia o utilidad⁶¹.

3. El delito de colusión solo puede cometerse en el contexto de un contrato estatal

216 El delito de colusión solo puede cometerse dentro del marco de un contrato público vigente⁶². Mientras un contrato se encuentre vigente, ambas

59 Véase la Opinión N.º 073-2015/DTN del 13 de mayo del 2015.

60 De manera distinta, el R. N. N.º 1252-2014 del 01 de octubre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

61 De manera distinta, el R. N. N.º 1252-2014 del 01 de octubre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

62 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 310; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 417; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 61.

partes deben cumplirlo⁶³; de tal manera que puede haber en dicho contexto determinados acuerdos colusorios. Si es que hay concertación o intención de defraudar fuera del marco de vigencia de un contrato estatal, no puede darse el delito de colusión. La Corte Suprema de Justicia ha señalado, con razón, que “se debe precisar que en ambos supuestos (delito de colusión simple y agravada) el núcleo del comportamiento típico es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios para el Estado. En ese sentido, el marco para el acuerdo defraudatorio -colusión- es el ámbito de la contratación pública”⁶⁴. De igual manera, la Corte Suprema ha señalado que “el delito de colusión, previsto y sancionado por el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, requiere que el agente infractor sea un funcionario o servidor público que *en el marco de un contrato o cualquier otra operación semejante en que intervenga por razón funcional*, defrauda al Estado”⁶⁵ (las cursivas son nuestras). Por ello, se alude que el delito en cuestión solo puede cometerse en el ámbito de un **contexto contractual vigente**.

El Tribunal Constitucional peruano también ha remarcado la necesidad de interpretar el delito de colusión dentro de los alcances de un proceso de contratación vigente. Así ha recordado que el delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública y que la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal (artículo 384º del Código Penal) tiene por objeto proteger estas condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores⁶⁶.

El concepto central en el delito de colusión es la noción de *contrato estatal*⁶⁷. Por contrato estatal debe entenderse el acuerdo para crear, regular,

217

63 Véase la OPINIÓN de OSCE N.º 01623-2015/DTN del 16 de octubre del 2015.

64 Véase el R. N. N.º 341-2015 del 04 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

65 Véase el R. N. N.º 2653-2009 del 19 de mayo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

66 Exp. N.º 00017-2011-PI/TC, (caso Fiscal de la Nación, f.j. 18 y 20).

67 Cfr. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, “El régimen de los contratos estatales en el Perú”; en *Revista de estudiantes: Ita Ius Esto*, 2012, pp. 164 y 165: “Estos contratos que suscriben las entidades estatales para la ejecución de obras o adquisiciones de bienes o servicios se perfeccionan de manera diferente a lo previsto por el Código Civil peruano, puesto

modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y del Reglamento de Contratación Estatal⁶⁸.

El Reglamento de contrataciones del Estado distingue entre *contrato original* y *contrato actualizado o vigente*. El contrato original es el contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la buena pro en las condiciones establecidas en las Bases y la oferta ganadora. El contrato actualizado o vigente es el contrato original afectado por las variaciones realizadas por los reajustes, prestaciones adicionales, reducción de prestaciones, o por ampliación o reducción del plazo, u otras modificaciones del contrato⁶⁹.

218 Si es que no se produce ningún contrato o no media una relación contractual en el campo administrativo no hay delito de colusión. En efecto, tal como ha reconocido la propia Corte Suprema, constituye “un acto atípico el haber permitido que se ejecuten trabajos sin que previamente se lleve a cabo una licitación pública con las formalidades legales”⁷⁰. No se comete el delito de colusión en el caso que un funcionario autorice la salida del equipo de topografía de la entidad estatal en calidad de préstamo a otra entidad pública debido a que “no se advierte la celebración de un contrato o negociación que implique que ambos procesados se pusieron de acuerdo para defraudar al Estado”⁷¹. De igual forma, no constituye delito de colusión cuando, por ejemplo, un funcionario (v. gr., el director de auditoría interna) con el fin de perjudicar a la entidad estatal adultera información de la entidad para respaldar

que conforme a este último cuerpo legal se genera el contrato cuando la aceptación llega a ser conocida por el oferente, mientras que los contratos de adquisiciones que suscriben las entidades estatales en el Perú no se perfeccionan con la mencionada notificación de la aceptación, que podría ser similar a la notificación del acto administrativo de adjudicación de la buena pro al postor ganador, puesto que esta decisión administrativa podría ser impugnada por otros postores lo que tendría como consecuencia la suspensión del respectivo procedimiento de selección hasta que se resuelva la controversia en sede administrativa. En el régimen diseñado por la LCAE el contrato de adquisición o de obra se perfecciona recién con la suscripción del mismo, una vez concluido el procedimiento de selección respectivo”.

68 Dec. Sup. 350-2015 EF del 10 de diciembre del 2015: Anexo de definiciones.

69 Dec. Sup. 350-2015 EF del 10 de diciembre del 2015: Anexo de definiciones.

70 Véase el R. N. 3017-2004 del 17 de marzo del 2005.

71 Véase el R. N. N.º 4721-2009 del 09 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

deudas inexistentes y recomienda el pago de una relación de supuestas cuentas de acuerdo a la disponibilidad, correspondientes a una Municipalidad⁷², sin que haya existido una relación contractual, ya sea de bienes y servicios, con los supuestos proveedores.

Si hay actos jurídicos (actos administrativos) que se producen como consecuencia de un contrato estatal, pero que no forman parte intrínseca del mismo no puede cometerse sobre ellos el delito de colusión ilegal. Por ejemplo, en un procedimiento de ajuste tarifario trimestral, que implica un procedimiento regulatorio de supervisión, control y verificación de solicitudes y que se lleva a cabo por un organismo regulador (v. gr., OSIPTEL) no constituye una modalidad típica o atípica de contrato estatal⁷³; de tal manera que aun

72 Véase el R. N. N.º 904-2009 del 03 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo). Lo interesante de esta sentencia es que revoca y absuelve de los cargos formulados por colusión a un funcionario que en primera instancia se había acogido al procedimiento de conclusión anticipada del proceso.

73 Véase el R. N. N.º 341-2015 del 04 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana): “Analizados los autos, se observa que el caso sub examine se trata de un procedimiento de ajuste tarifario trimestral, que implica un procedimiento regulatorio de supervisión, control y verificación de solicitudes trimestrales de ajuste de tarifas que solicita Telefónica del Perú a OSIPTEL, en mérito a la novena cláusula del contrato de Concesión entre el Estado y Telefónica del Perú (ver fojas mil seiscientos noventa y nueve), empero, tal procedimiento en modo alguno puede ser considerado como un proceso de contratación y adquisición pública, toda vez que en las contrataciones y adquisiciones públicas concurren dos partes: el Estado, que demanda el bien o servicio, y el proveedor, que proporciona uno u otro. El Estado es el titular del presupuesto con el que se pagará al proveedor, por eso si existiese defraudación será el patrimonio público el afectado. En los procesos de regulación de tarifas, sin embargo, no concurren posibles proveedores interesados en brindar al Estado un bien o servicio, sino que se está ante un procedimiento regulatorio de ajustes de tarifas, por eso tampoco es posible en tales procesos afectar el patrimonio estatal. Asimismo, debe precisarse que si bien el procedimiento de ajuste tarifario, deviene del mencionado Contrato de Concesión celebrado entre Estado representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Telefónica, empero, dicho procedimiento no se da en el contexto contractual requerido por el tipo penal de colusión, pues éste debe desarrollarse en un marco de negociación en el que se produzca el acuerdo de voluntades entre el funcionario público y el particular dirigido a afectar el patrimonio del Estado. Situación que no se da en el presente caso, pues el único que puede negociar algún aspecto del contrato de concesión cuando surjan algunas discrepancias en el cumplimiento del mencionado contrato, es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que en el Contrato de Concesión, actúa en representación del Estado, más no así OSIPTEL, que es un ente regulador sin facultad para negociar, reajustar o modificar los términos pactados en el contrato de concesión”.

cuando obre concertación entre alguna de las partes no puede hablarse del delito de colusión ilegal. El contexto contractual es distinto al contexto de un proceso de regulación tarifaria.

219 Los actos administrativos de disposición de bienes (v. gr., transferencia de propiedad) y, en general, los actos que realizan los funcionarios públicos y que poseen trascendencia económica, pero que no constituyen contratos estatales carecen de relevancia penal en la realización de la tipicidad objetiva del delito de colusión ilegal.

La Corte Suprema consideró dentro de los alcances del delito de colusión el hecho de que funcionarios de Cofopri (Organismo de Formalización de la Propiedad Informal) gestionaron la titulación en Registros públicos de “treinta hectáreas de terrenos eriazos de propiedad del Estado sin contar con las competencias para ello, calificándolo irregularmente como “tierras eriazas habilitadas e incorporadas a la actividad agropecuaria” para facilitar su formalización a favor de los supuestos poseedores”, y luego de ello: “los funcionarios y servidores públicos de Cofopri se concertaron con los administrados para indebidamente entregarles títulos de propiedad de tierras que formalmente ni materialmente cumplían con los fines y objeto esenciales para los que el Estado había autorizado se transfiera la propiedad a particulares”⁷⁴.

Pese a que se trata de entrega de títulos de propiedad de tierras, creemos que dicho acto no cae dentro de los alcances de lo que constituye el núcleo de un contrato estatal o administrativo, ya que no existe –por lo menos de lo que fluye de la sentencia– un objeto contractual, un precio y la referencia a algunas cláusulas contractuales obligatorias como: a) Garantías, b) Solución de controversias y c) Resolución de contrato por incumplimiento.

220 El delito de colusión se puede cometer en los distintos y diversos mecanismos de contratación pública. Por ejemplo, el delito se puede cometer en los procesos de selección “Adjudicaciones directas selectivas”⁷⁵ y de “menor cuantía”⁷⁶, entre otros.

74 Véase el R. N. N.º 4031-2011 del 16 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

75 Véase el R. N. N.º 1034-2011 del 28 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

76 Véase el R. N. N.º 3647-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

Sin embargo, el delito de colusión también se puede cometer sin que exista previamente un proceso de convocatoria y selección como lo exige la *Ley de Contrataciones del Estado*⁷⁷.

4. ¿El delito de colusión solo se puede cometer dentro de un proceso de selección?. La contratación directa

En el delito de colusión no es necesario que haya un proceso de selección. El delito se puede cometer cuando hay una exoneración del proceso de selección o se produce una contratación directa⁷⁸ (artículo 27 de la LCE y artículo 85 del Reglamento de la LCE).

221

El artículo 27 de la LCE prevé el procedimiento que deben observar las entidades para contratar directamente y omitir realizar un proceso de selección, disponiendo que las exoneraciones deben ser aprobadas mediante: (i) Resolución del Titular de la Entidad⁷⁹; (ii) Acuerdo de Directorio; o (iii) Acuerdo del Consejo Regional o Concejo Municipal, según corresponda; en función del informe o informes previos que obligatoriamente deben emitirse⁸⁰. Por ejemplo, en el caso de exoneraciones llevadas a cabo en un Gobierno regional las mismas deben ser aprobadas por Acuerdo del Consejo Regional⁸¹.

La contratación directa constituye el procedimiento por el cual el Estado elige directamente al contratista sin concurrencia, puja u oposición de

77 Véase el R. N. N.º 605-2012 del 26 de junio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

78 Véase el R. N. N.º 1930-2014 del 24 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

79 Véase la Opinión N.º 013-2010/DTN del 29 de enero del 2010: “Debe resaltarse que la normativa de contrataciones del Estado atribuye la competencia para aprobar exoneraciones a la más alta autoridad ejecutiva de la Entidad, dado que dicha contratación implicaría la erogación de fondos públicos sin observar los procedimientos de selección regulados en la Ley, autoridad que en última instancia tiene la responsabilidad de la ejecución del presupuesto institucional”.

80 Véase la Opinión N.º 33-2013/DTN del 23 de abril del 2013, la Opinión N.º 005-2013/DTN del 11 de enero del 2013.

81 Véase la Opinión N.º 33-2013/DTN del 23 de abril del 2013: “Por tanto, en caso se trate de Gobiernos Regionales, corresponderá al Consejo Regional, mediante acuerdo, aprobar las exoneraciones de los procesos de selección, cumpliendo con los requisitos y formalidades previstos para tal efecto en la normativa de contrataciones del Estado”.

otros oferentes, siendo una excepción al procedimiento licitatorio fundado en cuestiones de imposibilidad legal, de naturaleza o de hecho, por motivos de conveniencia administrativa, o en otro supuestos, por atendible razón de Estado y seguridad pública y que responde a una necesidad concreta, manifiesta e impostergable la misma que debe ser satisfecha de manera oportuna, evitando la demora normal que se genera de la realización de procedimientos selectivos regulares que de llevarse a cabo podrían producir mayores daños al interés público que los que se generan a raíz de la omisión del procedimiento de contratación con la convocatoria de postores⁸². La contratación directa requiere cumplir un estricto procedimiento reglado⁸³.

Una de las causales de la contratación directa es la causal de emergencia, la cual tiene como objetivo la atención inmediata de los requerimientos surgidos como consecuencia de: i) acontecimientos catastróficos; ii) acontecimientos que afecten la defensa o seguridad nacional; iii) situaciones que suponen el grave peligro de que ocurran acontecimientos catastróficos o acontecimientos que afecten la defensa o seguridad nacional; y iv) emergencias sanitarias⁸⁴. Cuando existe una situación de emergencia la forma en que se realiza la adjudicación de la obra no tiene una relevancia superlativa debido a que, por lo general, existe permisibilidad legal para contratar directamente⁸⁵.

82 Por todos, RETAMOZO LINARES, ALBERTO, *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control. Análisis y comentarios*, t. I, pp. 723.

83 Artículo 85 del Reglamento de la LCE prescribe: "La resolución del Titular de la Entidad o acuerdo de Consejo Regional, Concejo Municipal o Acuerdo de Directorio en caso de empresas del Estado, que apruebe la contratación directa requiere obligatoriamente del respectivo sustento técnico y legal, en el informe o informes previos, que contengan la justificación de la necesidad y procedencia de la contratación directa. Las resoluciones o acuerdos mencionados en el párrafo precedente y los informes que los sustentan, salvo la causal prevista en el inciso d) del artículo 27 de la Ley, se publican a través del SEACE dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su emisión o adopción, según corresponda".

84 Véase la Opinión N.º 84-2014/DTN del 29 de octubre del 2014: "En el marco de las contrataciones del Estado, la existencia de una situación que suponga el grave peligro de que suceda un acontecimiento catastrófico requiere la posibilidad comprobada de que ocurra, de manera inminente, aquel suceso extraordinario ocasionado por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano, que trae como consecuencia daños a una determinada comunidad, correspondiendo a cada Entidad evaluar y determinar en cada caso la configuración de la causal".

85 Véase el R. N. N.º 3467-2013 del 11 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

La situación de emergencia supone elegir entre las empresas que brinden la provisión del bien de manera inmediata y rápida a fin de satisfacer la necesidad imperiosa. La Corte Suprema absolvió de los cargos de colusión a unos funcionarios y a un proveedor que ganó la buena pro para suministrar frazadas polares debido a que era el único que garantizaba la entrega de los bienes antes de la cancelación y las demás empresas exigían que el pago se realice al contado⁸⁶.

De igual manera, en el marco de las contrataciones del Estado, los acontecimientos catastróficos son aquellos de carácter extraordinario ocasionados por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano, que generan daños y afectan a una determinada comunidad. Asimismo, las situaciones que afectan la defensa y seguridad nacional están dirigidas a enfrentar agresiones de orden interno o externo que menoscaban la consecución de los fines del Estado. Finalmente, las situaciones que supongan grave peligro son aquellas en las que exista la posibilidad comprobada de que ocurra cualquiera de los acontecimientos o situaciones antes mencionadas, de forma inminente⁸⁷.

Se destaca también que la causal de situación de emergencia es el único supuesto en el que la normativa de contrataciones del Estado permite que su aprobación se realice en vía de regularización, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra, según corresponda⁸⁸.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que el respeto riguroso a las formalidades para la licitación pública y concurso público de adquisiciones y contrataciones del Estado, no es exigible en las adjudicaciones de menor cuantía que se convocan por situaciones de emergencia⁸⁹. Sin embargo, es necesario que la situación de emergencia se encuentre debidamente probada y que se sigan los procedimientos legalmente previstos para su declaratoria v. gr., se solicite un informe previo que contenga una justificación técnica y legal

86 Véase el R. N. N.º 2425-2010 del 06 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

87 Véase la Opinión N.º 33-2013/DTN del 23 de abril del 2013.

88 Véase la Opinión N.º 33-2013/DTN del 23 de abril del 2013.

89 Véase el R. N. N.º 1536-2011 del 24 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo).

de la procedencia, la necesidad de la exoneración⁹⁰ y la resolución correspondiente que la declara⁹¹. En la medida de lo posible debe respetarse el marco normativo que declara la situación de emergencia y en el que se prescinde de los procedimientos de la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado⁹². Hay responsabilidad penal cuando se exonera del proceso de selección, sin que ello sea necesario y el funcionario elige dicho camino con el propósito de evitar la realización de un proceso de selección para la adquisición de bienes⁹³ o cuando un funcionario (v. gr., el secretario de defensa civil) emite un informe donde se consignan hechos falsos, con la finalidad de solicitar se declaren en situación de emergencia las vías rurales y vecinales, que se requería maquinaria pesada y que era, además, urgente pedir la declaratoria de emergencia⁹⁴.

En un caso concreto se destacó que la adjudicación directa de menor cuantía referida a los trabajos de prevención por el fenómeno de El Niño, se realizó de forma inmediata por la presencia de un desastre natural. Por tanto, ese hecho no puede constituir una irregularidad en el ámbito de la contratación pública y tampoco una maniobra de carácter oculto o subrepticio que evidencia una concertación ilegal⁹⁵. La Corte Suprema también ha señalado que una vez que se prueba la necesidad real y urgente de adquirir los materiales objeto de contratación, dando así cumplimiento a las medidas aprobadas en documentos oficiales y de público conocimiento a fin de mejorar la calidad del servicio, niega la posibilidad de haber cometido el delito de colusión. Incluso, el hecho de que el procedimiento respectivo fuera posteriormente regularizado, ello

90 Véase el R. N. N.º 590-2013 del 15 de mayo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 1014-2010 del 25 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

91 Véase el R. N. N.º 1014-2010 del 25 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

92 Véase el R. N. N.º 994-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

93 Véase el R. N. N.º 814-2014 del 13 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

94 Véase el R. N. N.º 3372-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

95 Véase el R. N. N.º 1536-2011 del 24 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo).

no resulta suficiente para dar por probada la existencia de una concertación entre los funcionarios y los terceros interesados⁹⁶.

La máxima instancia de justicia penal en el Perú confirmó la condena al gerente del Banco de Materiales que suscribió un contrato mediante exoneración para la adquisición de “calaminas de aluminio con aleación” con el representante de una empresa “a sabiendas, que la compra venta no recaía sobre insumos terminados, sino que abarcaba la adquisición de un servicio de fabricación de calaminas, hecho irregular que no solo permitió la contratación irregular de tal servicio, sino que generó un perjuicio económico a dicha entidad”⁹⁷. A ello se agrega que el Banco de Materiales asumió el gasto de nacionalización de la materia prima, pese a que ello no estuvo pactado en el contrato, variando el precio total de la adquisición y, además suscribió la adenda “A” prorrogando a solicitud de la empresa el plazo de entrega del material sin indicar causa alguna⁹⁸.

En la actual y vigente normativa de contrataciones del Estado no se ha regulado la figura de la “exoneración del proceso de selección”; no obstante, ha previsto el **procedimiento** de contratación directa, el mismo que puede ser empleado por las Entidades cuando se configure alguno de los supuestos previstos en el artículo 27 de la Ley. Al igual que la “exoneración del proceso de selección” regulada por el Decreto Legislativo N.º 1017, la contratación directa libera a la Entidad de la obligación de realizar un procedimiento competitivo para la elección del proveedor con el que va a contratar; sin embargo, en la medida que estas contrataciones se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, la entidad deberá observar las disposiciones que regulan las demás fases del proceso de contratación⁹⁹.

El OSCE ha sostenido que “la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de que, en determinados supuestos expresamente establecidos, las Entidades puedan exonerarse de la obligación de realizar un

222

96 Véase el R. N. N.º 4077-2010 del 11 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

97 Véase el R. N. N.º 700-2012 del 01 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

98 Véase el R. N. N.º 700-2012 del 01 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

99 Véase la Opinión N.º 100-2016/DTN del 08 de julio del 2016.

proceso de selección para determinar al proveedor con el cual contratarán los bienes, servicios u obras necesarios para cumplir con sus funciones, contratándolo directamente” y que “la aprobación de una exoneración faculta a la Entidad que la aprueba a omitir la realización del proceso de selección, pero no a inaplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan las fases de actos preparatorios y ejecución contractual”¹⁰⁰. Las exoneraciones constituyen supuestos especiales en los que la normativa de contratación pública permite que una entidad lleve a cabo una contratación directa con el contratista que aquella determine, sin que previamente haya realizado un proceso de selección. Por tanto, la exoneración está referida únicamente a la obligación de realizar el proceso de selección, no así a los actos preparatorios, ni a los requisitos y formalidades para la celebración del contrato, y su posterior ejecución. En esa medida, las causales de exoneración no eximen de la obligación de realizar los actos preparatorios, entre estos, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado. Dicho estudio adquiere especial relevancia en la causal de exoneración por proveedor único de bienes o servicios que no admiten sustitutos, pues solo después de realizado dicho estudio se podrá comprobar objetivamente que en el mercado existe un único proveedor que puede satisfacer el requerimiento de la Entidad¹⁰¹.

Asimismo, “en forma previa a la celebración de un contrato derivado de una exoneración, las Entidades se encuentran en la obligación de realizar una serie de actos de planificación y programación, como son la inclusión de la contratación en el PAC de la Entidad, la aprobación de las Bases, así como aquellos actos de perfeccionamiento de la voluntad de la Entidad para acudir a la vía excepcional de la exoneración. Asimismo, dichos contratos deberán cumplir con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías que se aplicarían de haberse llevado a cabo el proceso de selección correspondiente”¹⁰².

100 Véase la Opinión N.º 05-2013/DTN del 11 de enero del 2013, la Opinión N.º 33-2013/DTN del 29 de abril del 2013.

101 Véase la OPINIÓN N.º 102-2011/DTN del 30 de noviembre del 2011.

102 Véase la Opinión N.º 013-2010/DTN del 29 de enero del 2010.

5. El delito de colusión solo se puede cometer cuando hay una relación contractual vigente. La extinción del contrato estatal

Para que se cometa el delito de colusión es necesario que haya un contrato vigente¹⁰³, esto es, debe haber un vínculo contractual entre el Estado y el particular que no se ha quebrado, vencido o, simplemente, se ha extinguido. El delito de colusión no puede cometerse cuando el contrato estatal no existe o se ha extinguido¹⁰⁴.

223

En la doctrina administrativa nacional¹⁰⁵ como comparada se afirma, de manera general, que los contratos estatales se extinguen por su cumplimiento, por resolución del contrato¹⁰⁶ o vencimiento de plazo, v. gr., concesión de un servicio público¹⁰⁷. El régimen de los diversos modos de extinción del contrato varía muchas veces de un país a otro, según la regulación, modelo, sistema y matices que adopte cada legislación particular¹⁰⁸. Por ejemplo, en algunos países a las tradicionales formas de extinción del contrato de cumplimiento y resolución se agrega la revocatoria por ilegalidad (invalidez) o las razones de conveniencia¹⁰⁹.

El contrato administrativo puede concluirse, como regla, a través del cumplimiento íntegro de las prestaciones a las que de cada una de las partes

103 Cfr. REVILLA LLAZA, Percy Enrique, "El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento", en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 90, diciembre 2016, p. 164.

104 Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la Administración pública*, p. 506.

105 Por todos, RETAMOZO LINARES, Alberto, *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control. Análisis y comentarios*, t. I, pp. 801 y ss; GUZMÁN NAPURÍ, Christian, "Manual de la Ley de contrataciones del Estado. Análisis de la ley y su reglamento", Lima: *Gaceta Jurídica*, 2015, pp. 576 y ss.

106 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte general*, Madrid: p. 641; CASSAGNE, Juan carlos, *El Contrato administrativo*, Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2.ª ed., 2005, pp. 149; REVILLA LLAZA, Percy Enrique, "El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento", en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 90, diciembre 2016, p. 170.

107 Cfr. CASSAGNE, Juan carlos, *El Contrato administrativo*, p. 150.

108 Cfr. SAYAGUÉS, Laso, Enrique, *La licitación pública*, Montevideo: B de F, 2005, p. 205.

109 Cfr.; CASSAGNE, Juan carlos, *El Contrato administrativo*, p. 154; SAYAGUÉS, LASO, Enrique, *La licitación pública*, p. 205.

se obligan; no obstante, la relación contractual también puede extinguirse cuando concurren circunstancias excepcionales. Por tanto, hay una forma regular, ordinaria y normal de extinguir el contrato estatal (v. gr., cumplimiento de las respectivas obligaciones por las partes¹¹⁰), pero al mismo tiempo hay una forma extraordinaria y anormal de extinguirlo¹¹¹. La forma esperada de extinción de los contratos es el cumplimiento de las obligaciones, de otra manera peligraría el oportuno abastecimiento de las entidades y, con ello, el interés público que subyace a las funciones o actividades que realizan. No obstante, durante la ejecución del contrato pueden presentarse situaciones que impiden su ejecución a tal punto que resulte necesario resolverlo, por ello la normativa de contrataciones del Estado ha previsto dos supuestos en los que puede resolverse el contrato: (i) por incumplimiento de alguna de las partes y (ii) por caso fortuito o fuerza mayor¹¹².

110 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, pp. 641: “el contrato se entiende cumplido por el contratista cuando se haya realizado la prestación convenida en su totalidad y a satisfacción de la administración. Para comprobar estos extremos, se exige por parte de la administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad”; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *La licitación pública*, p. 206: “Lo normal es que las partes cumplan sus obligaciones en la forma estipulada en el contrato. Una vez cumplidas, el contrato queda agotado en sus efectos. Se cierra, así, el ciclo normal de vida del vínculo contractual. Ejecutada la prestación o el vencimiento del plazo de los contratos a tracto sucesivo, ambas partes quedan recíprocamente en libertad”; CASSAGNE, Juan carlos, *El Contrato administrativo*, p. 152.

111 Véase la Opinión N.º 185-2015/DTN del 09 de diciembre del 2015 en la que expresamente se alude: Sobre el particular, Roberto Dromi indica que la finalización o conclusión de un contrato administrativo “puede obedecer a causas normales o anormales. En las primeras estamos en presencia de una relación jurídica que finaliza regularmente, conforme a lo previsto con antelación, cumplimiento del objeto y expiración del término. En las segundas, la relación jurídica contractual no se extingue por causas previstas anteriormente, sino por motivos que sobrevienen en contratos en curso de ejecución y que súbitamente le ponen fin: caducidad, rescate, rescisión, muerte, quiebra, renuncia” (Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Editorial de Ciencia y Cultura, 9.ª, ed., 2001, Buenos Aires: Pág. 455). En este orden, una de las causas anormales de terminación del vínculo contractual que Dromi, en base a la doctrina y legislación argentina, denomina rescisión es la resolución del contrato. Mediante la resolución del contrato se busca “dejar sin efecto la relación jurídica patrimonial, convirtiéndola en ineficaz de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones (Manuel de la Puente y Lavalle. *El Contrato en General*, Tomo I. Palestra Editores, Lima: 2001. Pág. 455)”.

112 Véase la Opinión N.º 039-2010/DTN del 25 de mayo del 2010.

En efecto, debe distinguirse la culminación ordinaria de los contratos estatales que terminan con la conformidad de los servicios o recepción de la obra de la forma extraordinaria de extinción del contrato estatal y cuya modalidad emblemática es la resolución del contrato.

Se ha destacado por el OSCE que “una vez perfeccionado el contrato, el contratista se compromete a ejecutar las prestaciones pactadas en favor de la Entidad, mientras que esta última se compromete a pagar al contratista la contraprestación pactada. En estos términos, el contrato se entenderá cumplido cuando ambas partes ejecuten sus prestaciones a satisfacción de sus respectivas contrapartes¹¹³” y que, además, “el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución del contrato, pues alguna de las partes podría incumplir parcial o totalmente sus obligaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas¹¹⁴”

113 Véase la Opinión N.º 117-2016/DTN del 25 de julio del 2016, la Opinión N.º 069-2016/DTN del 04 de mayo del 2016, la Opinión N.º 62-2016/DTN del 28 de abril del 2016, la Opinión N.º 32-2016/DTN del 22 de febrero del 2016, la Opinión N.º 131-2015/DTN del 14 de agosto del 2015, la Opinión N.º 065-2015/DTN del 07 de mayo del 2015, la OPINIÓN N.º 122-2014/DTN del 31 de diciembre del 2014, la OPINIÓN N.º 61-2013/DTN del 01 de agosto del 2013, la OPINIÓN N.º 28-2013/DTN del 09 de abril del 2013, la OPINIÓN N.º 062-2013/DTN del 01 de agosto del 2013, la OPINIÓN N.º 116-2012/DTN del 03 de diciembre del 2012, OPINIÓN N.º 46-2012/DTN del 12 de marzo del 2012, la OPINIÓN N.º 110-2012/DTN del 13 de noviembre del 2012 y la Opinión N.º 077-2010/DTN del 07 de diciembre del 2010.

114 Véase la Opinión N.º 62-2016/DTN del 28 de abril del 2016, la Opinión N.º 117-2016/DTN del 25 de julio del 2016, la Opinión N.º 027-2014/DTN del 13 de febrero del 2014, la Opinión N.º 32-2016/DTN del 22 de febrero del 2016, la Opinión N.º 131-2015/DTN del 14 de agosto del 2015; la Opinión N.º 065-2015/DTN del 07 de mayo del 2015, la Opinión N.º 093-2014/DTN del 10 de noviembre del 2014, la Opinión N.º 047-2014/DTN del 08 de julio del 2014, la Opinión N.º 013-2014/DTN del 20 de enero del 2014, la OPINIÓN N.º 116-2012/DTN del 03 de diciembre del 2012, la OPINIÓN N.º 044-2014/DTN del 30 de junio del 2014, la OPINIÓN N.º 122-2014/DTN del 31 de diciembre del 2014, la Opinión N.º 053-2014/DTN del 25 de julio del 2014, la OPINIÓN N.º 062-2013/DTN del 01 de agosto del 2013, la OPINIÓN N.º 61-2013/DTN del 01 de agosto del 2013, la OPINIÓN N.º 28-2013/DTN del 09 de abril del 2013, la Opinión N.º 22-2014/DTN del 06 de febrero del 2014, OPINIÓN N.º 46-2012/DTN del 12 de marzo del 2012, la OPINIÓN N.º 110-2012/DTN del 13 de noviembre del 2012, la Opinión N.º 077-2010/DTN del 07 de diciembre del 2010 y la Opinión N.º 185-2015/DTN del 09 de diciembre del 2015: “el término de la relación contractual mediante el cumplimiento íntegro de las prestaciones es la

y que ante: “tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato¹¹⁵, cuando resulte imposible ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas¹¹⁶”.

224 Si se ha extinguido el contrato administrativo (v. gr., por resolución del contrato) no es posible que se pueda cometer el delito de colusión ilegal, dado que ya no hay de por medio un contrato estatal. Habrá desaparecido el contexto fáctico normativo (contrato estatal), que es un requisito típico del delito de colusión ilegal. Ya no existe aquí contrato administrativo, negocio jurídico público o el presupuesto legal que la norma exige para entender que el delito pueda cometerse. Al haberse extinguido el contrato estatal no hay bien jurídico que se puede proteger, máxime si se entiende que lo que se tutela en el delito de colusión es el sistema de contratación estatal, lo que implica de manera lógica que el contrato exista o, por lo menos, se encuentra vigente.

225 La resolución del contrato, entendida como una decisión de poner fin a la relación contractual, es una forma y causa de extinción del contrato administrativo expresamente prevista en la ley¹¹⁷. En la contratación administrativa la resolución del contrato puede producirse por muy diversas causas, las cuales,

situación esperada en el ámbito de las contrataciones públicas, no es la única forma en que puede darse por culminado el vínculo contractual”.

115 A mayor abundamiento, García de Enterría precisa que la resolución “(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte”. (El resaltado es agregado). En *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

116 Véase la Opinión N.º 069-2016/DTN del 04 de mayo del 2016, la Opinión N.º 62-2016/DTN del 28 de abril del 2016, la Opinión N.º 069-2016/DTN del 04 de mayo del 2016, la Opinión N.º 065-2015/DTN del 07 de mayo del 2015, la Opinión N.º 027-2014/DTN del 13 de febrero del 2014, la OPINIÓN N.º 122-2014/DTN del 31 de diciembre del 2014, la Opinión N.º 22-2014/DTN del 06 de febrero del 2014, la OPINIÓN N.º 116-2012/DTN del 03 de diciembre del 2012, la OPINIÓN N.º 044-2014/DTN del 30 de junio del 2014, la OPINIÓN N.º 062-2013/DTN del 01 de agosto del 2013, la OPINIÓN N.º 28-2013/DTN del 09 de abril del 2013, la Opinión N.º 053-2014/DTN del 25 de julio del 2014, la OPINIÓN N.º 110-2012/DTN del 13 de noviembre del 2012 y OPINIÓN N.º 46-2012/DTN del 12 de marzo del 2012.

117 Cfr. DROMI, Roberto, *Licitación pública*, p. 622; COMADIRA, Julio Rodolfo, *Licitación pública*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2.ª ed., 2006, pp. 189 y ss; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, p. 643.

por lo general, se encuentran reguladas en la ley¹¹⁸. Se la define como una forma o modo de extinción por la que se pone fin a un contrato en ejecución como una de las formas de finalización anormal de la relación contractual¹¹⁹.

La LCE y el RLCE regulan la resolución del contrato tanto para el caso del contrato de bienes y servicios (art. 36 de la LCE¹²⁰, artículo 135 del RLCT¹²¹) como para el contrato de obra (art. 177 del RLCT¹²²). Los efectos son distintos

118 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo, Parte general*, p. 643.

119 Cfr. DROMI, Roberto, *Licitación pública*, p. 622.

120 “Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, o por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato siempre que se encuentre prevista la resolución en la normativa relacionada al objeto de la contratación. Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados”.

121 Artículo 135.- Causales de resolución

“La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista: 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello. 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 136. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato”.

122 Artículo 177.- Resolución del Contrato de Obras

“La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible. La parte que resuelve debe indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes y el supervisor o inspector, según corresponda, se reúnen en presencia de notario o juez de paz, y se debe levantar un acta donde se detallan los avances de obra realmente ejecutados, así como realizar el inventario de materiales, insumos, equipamientos o mobiliarios respectivos en el almacén de obra. Si alguna de las partes no se presenta, la otra lleva adelante la constatación e inventario y levanta el acta, documento que tiene pleno efecto legal. Culminado este acto, la obra queda

si la resolución del contrato se realiza por la entidad o el contratista (art. 137 del RLCT¹²³).

El artículo 1371 del Código Civil prescribe que “*la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración*”. Si bien hay una regulación específica de la resolución del contrato en materia administrativa la doctrina reconoce la posibilidad de aplicar de manera analógica la regulación de las disposiciones del Código Civil a los casos de resolución contractual¹²⁴.

Las normas de cualquier clase de contrato deben ser interpretadas a la luz del artículo 62 de la Constitución que prescribe: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley” y el artículo 2.14 de la Constitución, que establece como derecho

bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a su liquidación. En caso de que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignan y se hacen efectivas las penalidades que correspondan. En caso de que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, esta reconoce al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50 %) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectúa la resolución del contrato. Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución. En caso surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes puede recurrir a los medios de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato queda consentida”.

123 Artículo 137.- Efectos de la resolución

“Si la parte perjudicada es la Entidad, esta ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados. Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad debe reconocerle la respectiva indemnización por los daños irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida”.

124 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, p. 152.

de la persona: “A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

Al respecto, el TC peruano ha señalado que la libertad contractual debe ser entendida “como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o **extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial**. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público”¹²⁵. El TC ha reconocido la facultad de resolver el contrato administrativo tomando en cuenta la cláusula del propio contrato y las prescripciones del Código Civil al sostener: “La facultad de rescindir o resolver un contrato, no solo ha sido pactada por las partes, sino que también se encuentra prevista por el Código Civil, habiendo regulado los contratantes el procedimiento a seguir, en caso de que la demandante no se encuentre conforme con lo resuelto por el demandado”¹²⁶.

En el Perú cualquiera de las partes puede resolver el contrato administrativo, siempre que concurren determinadas causales. No solo la administración tiene la competencia y facultad de resolver el contrato. También el contratista puede hacerlo. A diferencia del derecho comparado (v. gr., España) no se requiere un dictamen previo de un órgano administrativo (v. gr., el Consejo de Estado)¹²⁷.

226

Al respecto, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) ha señalado que “la resolución del contrato es una forma anticipada de extinción del contrato prevista para situaciones que imposibiliten ejecutar las prestaciones pactadas o como paliativo ante el incumplimiento de estas por alguna de las partes”¹²⁸, además, de considerar: “la resolución de

125 Exp. N.º STC 7339-2006-PA/TC, f.j. 47, f.j. 47, Exp. N.º 04486-2013-PA/TC, (caso Asociación Civil “Asociación Parque de la Pequeña Industria Artesanía y Servicios De Ilo – Acippias Ilo”).

126 Exp. N.º 0289-2001-AA/TC (Caso Jesús Guevara Manosalva).

127 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, p. 643.

128 Véase la OPINIÓN N.º 117-2016/DTN del 25 de julio del 2016, la Opinión N.º 104-2016/DTN del 14 de julio del 2016, la Opinión N.º 13-2015/DTN del 23 de enero del 2015, la Opinión N.º 131-2015/DTN del 14 de agosto del 2015, la Opinión N.º 027-2014/DTN del 13 de febrero del 2014, la Opinión N.º 062-2013/DTN del 01 de

un contrato tiene como finalidad dejar sin efecto la relación contractual, de forma tal que no subsista la obligación de ejecutar las prestaciones pactadas. En dicho sentido, resuelto el contrato las obligaciones ya no son exigibles a las partes¹²⁹. De igual forma, la resolución de un contrato de obra implica la inmediata paralización de los trabajos en la obra en virtud a la extinción de la relación contractual¹³⁰.

Se distingue entre la resolución o rescisión unilateral de la resolución bilateral del contrato administrativo¹³¹. Por la resolución bilateral las partes deciden por consentimiento mutuo poner fin a las obligaciones emergentes del contrato. Por la resolución unilateral se reconoce a las partes (entidad o contratista) el poner fin al contrato estatal, bien como derecho del contratista o como prerrogativa de la administración¹³². En el derecho peruano se ha suprimido la resolución bilateral del contrato estatal por mutuo acuerdo¹³³.

La resolución del contrato puede ser total o parcial¹³⁴. La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento

agosto del 2013.

129 Véase la Opinión N.º 185-2015/DTN del 09 de diciembre del 2015: “la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de que la Entidad resuelva el contrato de arrendamiento de forma unilateral, esto hasta antes de su vencimiento; no obstante, no se ha detallado el procedimiento a seguir en dichos casos”.

130 Véase la Opinión N.º 069-2016/DTN del 04 de mayo del 2016, la Opinión N.º 053-2014/DTN del 25 de julio del 2014. También la OPINIÓN N.º 110-2012/DTN del 13 de noviembre del 2012, la OPINIÓN N.º 116-2012/DTN del 03 de diciembre del 2012, la OPINIÓN N.º 122-2014/DTN del 31 de diciembre del 2014, la OPINIÓN N.º 28-2013/DTN del 09 de abril del 2013.

131 Cfr. CASSAGNE, Juan carlos, *El Contrato administrativo*, p. 167; DROMI, Roberto, *Licitación Pública*, p. 622.

132 Cfr. DROMI, Roberto, *Licitación Pública*, p. 622.

133 Por todos, RETAMOZO LINARES, Alberto, *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control. Análisis y comentarios*, t. I, p. 804.

134 Véase la Sesión de Sala Plena del Tribunal de Contrataciones y el ACUERDO N.º 006/2012 del 20 de setiembre del 2012: “La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento, siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión,

y siempre que dicha parte fuera separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales¹³⁵. Se entiende que solo surte efectos de extinguir la relación contractual la resolución total del contrato. Dicha resolución tiene efectos jurídicos y económicos¹³⁶.

Sea cual fuere la causal de generadora de la resolución del contrato, es obligación de la entidad adoptar las acciones pertinentes a fin de culminar el saldo de obra, con la finalidad de salvaguardar el interés público subyacente a su ejecución¹³⁷. La normativa de contrataciones del Estado establece que cuando se resuelva un contrato de obra y exista un saldo pendiente de ejecución, la entidad podrá decidir culminar la obra a través de la administración directa, convenio con otra entidad, o a través de la invitación a los postores que participaron en el proceso de selección. No obstante, ante la improcedencia de

se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento". También el OSCE, véase la Opinión N.º 069-2016/DTN del 04 de mayo del 2016: "la resolución de un contrato podía originarse por diversas causales, imputables o no a las partes, pudiendo extenderse a todo o a parte del contrato", OPINIÓN N.º 46-2012/DTN del 12 de marzo del 2012.

135 Véase la Opinión N.º 069-2016/DTN del 04 de mayo del 2016.

136 Véase la Opinión N.º 053-2014/DTN del 25 de julio del 2014: "La resolución de un contrato puede originarse por diversas causales, imputables o no a las partes, pudiendo extenderse a todo o a parte del contrato y, en función a ello, generar diversas consecuencias económicas. De esta manera, para determinar los efectos económicos de la resolución de un contrato no puede obviarse las causales específicas que la determinaron, pues es en función a las circunstancias particulares que dieron origen a dicha resolución que se determinarán sus consecuencias económicas".

137 Véase la Opinión N.º 146-2015/DTN del 15 de setiembre del 2015, la OPINIÓN N.º 044-2014/DTN del 30 de junio del 2014, la Opinión N.º 047-2014/DTN del 08 de julio del 2014, la OPINIÓN N.º 116-2012/DTN del 03 de diciembre del 2012: "En relación con lo anterior, resulta pertinente precisar que en el caso de la resolución de un contrato de obra, es necesario adoptar ciertas acciones preventivas para favorecer su culminación. Así, el segundo párrafo del artículo 209 del Reglamento establece que la parte que resuelve el contrato debe indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días", la OPINIÓN N.º 110-2012/DTN del 13 de noviembre del 2012: "Ello no enerva que la Entidad aún requiera obtener la prestación objeto de dicho contrato para atender su necesidad y poder cumplir con las funciones de su competencia" y que "si producto de la resolución de un contrato una Entidad decide convocar un proceso de selección para atender la necesidad subsistente a dicha resolución, las denuncias u otros cuestionamientos referidos al proceso de selección original, ya culminado, no afectan ni paralizan esta última convocatoria".

los mecanismos mencionados, la entidad deberá convocar el proceso de selección que corresponda a efectos de contratar la ejecución del saldo de obra¹³⁸.

La resolución del contrato genera que se levante el acta de constatación física y el inventario de la obra, documento que contiene la descripción de la cantidad de metrados ejecutados por partidas, las partidas pendientes de ejecución o ejecutadas erróneamente, así como el detalle de materiales que se tienen en los almacenes de la obra¹³⁹. El acta de constatación física e inventario en el lugar de la obra constituye un documento que acompaña a todo contrato de obra que ha sido materia de resolución. Dicho documento, entre otras finalidades, coadyuva a determinar los trabajos realizados por el contratista previo a la resolución del contrato, así como los requeridos para culminar la obra.¹⁴⁰ El acta de constatación física e inventario en el lugar de la obra adquiere especial importancia para la ejecución del saldo de obra, pues su contenido permitirá que la entidad determine los trabajos o actividades

138 Véase la Opinión N.º 146-2015/DTN del 15 de setiembre del 2015, la Opinión N.º 35-2015/DTN del 06 de marzo del 2015, la Opinión N.º 047-2014/DTN del 08 de julio del 2014, la OPINIÓN N.º 122-2014/DTN del 31 de diciembre del 2014: “en caso de resolución de un contrato de obra y de existir saldo por ejecutar, la Entidad puede optar por culminar la obra mediante: i) administración directa; ii) convenio con otra Entidad; o, iii) por invitación a los postores que participaron en el proceso de selección, teniendo en cuenta el orden de prelación en el que se ubicaron. De no proceder alguno de dichos mecanismos, la Entidad debe convocar el proceso de selección que corresponda. En esa medida, cuando se resuelva un contrato de obra y exista un saldo por ejecutar, la Entidad debe evaluar la procedencia de los tres mecanismos establecidos en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley; esto es, la administración directa, el convenio con otra Entidad o la invitación a los postores que participaron en el proceso de selección; sin embargo, si determina que ninguno resulta procedente, debe convocar un nuevo proceso de selección”.

139 Véase la Opinión N.º 053-2014/DTN del 25 de julio del 2014, la OPINIÓN N.º 122-2014/DTN del 31 de diciembre del 2014: “la constatación física e inventario en el lugar de la obra, la Entidad debe disponer el reinicio de las obras, según las alternativas previstas en el artículo 44 de la Ley, entre estas, la invitación a los postores que participaron en el proceso de selección. En virtud de lo expuesto, la invitación a los postores que participaron en el proceso de selección para que manifiesten su intención de realizar el saldo de obra, debe considerar la obra en el estado en que se encuentre, conforme al acta de constatación física e inventario en el lugar de la obra, la cual contiene la descripción de las prestaciones ejecutadas”.

140 Véase la Opinión N.º 146-2015/DTN del 15 de setiembre del 2015, la Opinión N.º 065-2015/DTN del 07 de mayo del 2015, la Opinión N.º 053-2014/DTN del 25 de julio del 2014, la OPINIÓN N.º 116-2012/DTN del 03 de diciembre del 2012.

necesarias para su culminación; es decir, la entidad podrá emplear dicha información para elaborar el expediente técnico del saldo de obra, el mismo que debe incluir la información necesaria que permita, además de culminar la obra, corregir los posibles errores advertidos en su ejecución¹⁴¹.

Cabe señalar, que el literal l) del artículo 27 de la *Ley de Contrataciones del Estado*, aprobada mediante Ley N.º 30225, dispone que la Entidad podrá contratar directamente con un determinado proveedor cuando exista la necesidad urgente de la entidad de continuar con la ejecución de las prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto o de un contrato declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del artículo 44, siempre que se haya invitado a los demás postores que participaron en el procedimiento de selección y no se hubiese obtenido la aceptación a dicha invitación¹⁴².

No es posible la comisión del delito de colusión si es que no hay una relación contractual o dicha relación contractual se ha extinguido por las causales previstas en la ley. La *Ley de Contrataciones del Estado* (Ley N.º 30525) prescribe en su artículo 36 que “Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, o por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato siempre que se encuentre prevista la resolución

227

141 Véase la Opinión N.º 146-2015/DTN del 15 de setiembre del 2015: “El saldo de obra solo debe incluir aquellos trabajos necesarios para la correcta culminación de un contrato de obra que ha sido resuelto; es decir, aquellos que se derivan de partidas pendientes de ejecución como aquellos necesarios para subsanar las partidas ejecutadas erróneamente en el marco de un contrato de obra que ha sido resuelto, el saldo de obra es el conjunto de trabajos necesarios para la culminación de la obra. El mismo incluye únicamente aquellos trabajos derivados de las partidas pendientes de ejecución, así como aquellos que resulten necesarios para subsanar las partidas ejecutadas erróneamente, de ser el caso”, la Opinión N.º 053-2014/DTN del 25 de julio del 2014.

142 Véase la Opinión N.º 62-2016/DTN del 28 de abril del 2016: “Es preciso señalar que la posibilidad de emplear una contratación directa para la ejecución del saldo de obra –conforme a la disposición indicada en el párrafo anterior-, constituye una medida excepcional que la Entidad puede emplear siempre que acredite la urgencia de continuar con la ejecución de las prestaciones no ejecutadas, derivadas de un contrato resuelto o de un contrato declarado nulo. En caso no pueda acreditarse dicha condición, corresponderá que la contratación del saldo de obra se realice mediante el procedimiento de selección que corresponda”.

en la normativa relacionada al objeto de la contratación. Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados”¹⁴³.

La resolución del contrato, sea por una de las partes, por las dos y se produzca de manera simultánea o sucesiva, pone fin a la relación contractual ya que con ello se revela la intención y voluntad de dejar sin efecto el contrato, de no continuarlo y ponerle fin. Si se ha extinguido el contrato estatal, no es posible cometer el delito de colusión. La problemática de si la resolución contractual se debe al incumplimiento de obligaciones esenciales o no esenciales por parte del contratista o de la entidad es una cuestión que tiene relevancia en el campo administrativo¹⁴⁴, pero que no desarrolla un aspecto central en el contexto del delito de colusión.

Con todo, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) ha destacado que “un contratista puede resolver el contrato por incumplimiento solo cuando la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales. De ello se infiere que el contratista no puede resolver el contrato cuando la Entidad incumpla con sus obligaciones no esenciales” y que “un contratista puede resolverle a la Entidad un contrato por incumplimiento injustificado

143 El artículo 135 del Reglamento de Contrataciones del Estado establece: “La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista: 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello. 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 136. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.”

144 Véase la Opinión N.º 027-2014/DTN del OSCE del 13 de febrero del 2014 que desarrolla la problemática de la resolución del contrato derivado del incumplimiento de obligaciones esenciales y no esenciales del contratista como de la entidad. Al respecto, se entiende: “Una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato”.

de sus obligaciones esenciales y, adicionalmente, por caso fortuito o fuerza mayor¹⁴⁵”.

Asimismo, el OSCE ha remarcado: “Una Entidad puede resolver el contrato por incumplimiento cuando el contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, pese a haber sido requerido su cumplimiento y el contratista no haya subsanado tal incumplimiento¹⁴⁶. Ante dicho incumplimiento del contratista la Entidad debe cursarle carta notarial requiriendo el cumplimiento dentro del plazo que otorgue para estos efectos, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Así, en el supuesto que el contratista, pese al requerimiento de la Entidad, no cumpla con ejecutar las obligaciones a su cargo, esta quedará facultada para resolver el contrato, debiendo remitir por vía notarial el documento en el que manifieste esta decisión y el motivo que la justifica¹⁴⁷. De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado faculta a la Entidad a resolver el contrato cuando el contratista incumpla injustificadamente sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, de tal modo que la Entidad puede hacer efectiva dicha potestad ante el incumplimiento de cualquier obligación, sea esencial o no¹⁴⁸”.

145 Véase la Opinión N.º 027-2014/DTN del 13 de febrero del 2014.

146 Véase la Opinión N.º 093-2014/DTN del 10 de noviembre del 2014, la Opinión N.º 077-2010/DTN del 07 de diciembre del 2010.

147 Véase la Opinión N.º 32-2016/DTN del 22 de febrero del 2016, la Opinión N.º 077-2010/DTN del 07 de diciembre del 2010.

148 Véase la Opinión N.º 027-2014/DTN del 13 de febrero del 2014: “La distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado” (el subrayado no es nuestro). Asimismo, se ha precisado: “la Entidad no necesita requerir previamente el cumplimiento de la obligación cuando la resolución del contrato se debe a la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora u otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida; bastando en estos casos comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato”, véase la Opinión N.º 093-2014/DTN del 10 de noviembre del 2014.

También se ha destacado en la Opinión N.º 32-2016/DTN del 22 de febrero del 2016 que “En caso la prestación haya sido ejecutada de manera defectuosa, la Entidad tiene la posibilidad de detallar en el acta respectiva las observaciones y brindar un plazo al

El mismo derecho le otorga al contratista ante el incumplimiento de las obligaciones esenciales de la entidad¹⁴⁹.

En ambos casos, previamente a la resolución del contrato, la parte que sufre el incumplimiento debe requerir a su contraparte el cumplimiento de la obligación u obligaciones incumplidas; solo si el incumplimiento persiste podrá resolverse el contrato conforme al procedimiento y plazos establecidos en la norma¹⁵⁰.

El documento de la entidad que contiene la decisión de resolver el contrato y el sustento de esta decisión deben ser aprobados por la autoridad que suscribió el contrato o el superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato¹⁵¹. La normativa de contrataciones del Estado no ha establecido la obligación de la entidad de elaborar un informe técnico legal en el que evalúe los costos de la decisión de resolver el contrato y demuestre la eficiencia de dicha decisión como requisito necesario para proceder con la resolución del contrato; en consecuencia, cada entidad puede adoptar la decisión de resolver el contrato siguiendo las formalidades que estime convenientes y en observancia de los principios que rigen toda contratación pública¹⁵².

contratista para que las subsane, el que en ningún caso podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Para establecer este plazo, deberá tener en consideración la complejidad de las observaciones advertidas. En caso el contratista no cumpla con subsanar debidamente las observaciones en el plazo otorgado por la Entidad, esta considerará como no ejecutada la prestación y podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar la penalidad correspondiente. Debe precisarse que el procedimiento anterior no aplica cuando la prestación no cumple manifiestamente con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción y tendrá por no ejecutada la prestación, aplicando las penalidades que correspondan”.

149 Véase la Opinión N.º 077-2010/DTN del 07 de diciembre del 2010.

150 Véase la Opinión N.º 077-2010/DTN del 07 de diciembre del 2010.

151 Véase la Opinión N.º 22-2014/DTN del 06 de febrero del 2014: “la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido el funcionario de la Entidad responsable de cursar la carta notarial de requerimiento de cumplimiento de las obligaciones del contratista y de remitir notarialmente el documento en el que conste la decisión de la Entidad de resolver el contrato, por lo que corresponde a cada Entidad, de acuerdo a sus normas de organización interna, determinar el funcionario competente para realizar dichas comunicaciones”.

152 Véase la Opinión N.º 32-2016/DTN del 22 de febrero del 2016.

En el mismo sentido, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha señalado que la entidad “podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica” y que “artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 184-2008-EF, en adelante el Reglamento, señala que la Entidad podrá resolver el contrato en los casos que el Contratista: (i) incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello, (ii) haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo por otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo, o (iii) paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación”¹⁵³.

Los actos o las controversias posteriores que puedan surgir de la extinción del contrato no puede dar lugar a la comisión del delito de colusión ilegal, dado que no habrá de por medio un contrato estatal vigente. Los acuerdos, beneficiosos o no, que se produzcan luego de la extinción del contrato o de su resolución carecen de relevancia jurídico penal para la configuración del delito de colusión ilegal. Es posible que pueda cometerse otros delitos (v. gr., peculado, estafa etc.), pero no el delito en estudio.

La Corte Suprema ha conocido un caso en el que se castiga como colusión la firma de un contrato de servicios profesionales que suscribe una entidad estatal con un estudio abogados que tenía como fin la evaluación legal de los acuerdos de Directorio y los procesos judiciales en trámite de la empresa. Se estimó que había colusión debido a las cláusulas perjudiciales a las que quedó obligada la entidad estatal y que permitió que el contratista, por medio de un cláusula de resolución de contrato absolutamente favorable cobrara un importe de dinero significativo (25 000 soles)¹⁵⁴.

228

153 Véase la Resolución N.º 135-2015-TC- SA del 14 de enero del 2015: “No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato”. También: Resolución N.º 2045-2014-TC-S1 del 08 de agosto del 2014.

154 Véase el R. N. N.º 840-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

En el contrato de servicios profesionales se había pactado: “en la cláusula segunda que el Locador por el servicio prestado percibirá como retribución siete mil nuevos soles, lo cual se hará efectivo a la sola presentación del informe final y la factura correspondiente, pactándose de común acuerdo una penalidad de cien nuevos soles por cada día de atraso en el pago de la factura a favor del locador; y en la cláusula tercera, se establece que el comitente en caso que resuelva unilateralmente el contrato, sin existir causa justa de resolución prevista en el mismo, se obliga a pagar a favor del locador el monto pactado (siete mil nuevos soles) más una penalidad de diez mil dólares americanos como indemnización por el lucro cesante y el daño emergente; mientras que la cláusula cuarta, establece que el comitente podrá resolver el contrato sin responsabilidad de parte si el locador no cumple con la acciones señaladas en el mismo”¹⁵⁵.

La sentencia de la Corte Suprema dio por probado losiguiente:

- i) mediante carta notarial suscrita por el gerente general de SEDAM - Huancayo, de fecha dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y cinco, se comunica a la empresa locadora la resolución del contrato celebrado el trece de setiembre de mil novecientos noventa y cinco, aduciendo escuetamente “problemas de diversa índole”;
- ii) la referida resolución de contrato unilateral llevó a que el representante del estudio de abogados ceda sus derechos de cobro a un tercero quien inició un proceso civil para que la empresa SEDAM Huancayo pague los diez mil dólares de penalidad, proceso civil en donde se falló a su favor;
- iii) Dicho proceso motivó que con fecha cinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve, se suscriba el Acta de Transacción Extrajudicial celebrada entre quien ganó el proceso civil y el Gerente General de la Empresa SEDAM - Huancayo, en donde haciendo concesiones recíprocas convinieron en transar el monto de la deuda en la suma total de veinticinco mil nuevos soles que fueron cancelados íntegramente en la referida fecha;
- iv) La sentencia condenatoria señaló que se pactaron cláusulas perjudiciales para la empresa SEDAM - Huancayo, como la segunda cláusula

155 Véase el R. N. N.º 840-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

la, que establece una penalidad de cien nuevos soles por cada día de atraso en el pago de la factura a favor del locador; y la tercera cláusula, que establece que el comitente en caso de que resuelva unilateralmente el contrato, sin existir causa justa de resolución prevista en el mismo, se obliga a pagar a favor del locador el monto pactado (siete mil nuevos soles) más una penalidad de diez mil dólares americanos como indemnización por el lucro cesante y el daño emergente;

- v) A la fecha de remisión de la aludida carta notarial, ya habían transcurrido los treinta días de vigencia del contrato en cuestión sin que el representante del estudio de abogados hubiese cumplido con la presentación del informe del trabajo encomendado, por tanto, lo correcto era aplicársele la penalidad prevista en la séptima cláusula, referida al pago de cien nuevos soles por cada día de atraso en la presentación del informe final, mas no, beneficiarlo con una resolución de contrato que ya había vencido;
- vi) A través del Acta de inspección judicial realizada a la empresa agraviada SEDAM - Huancayo, se dejó constancia que el contrato de fecha trece de setiembre de mil novecientos noventa y cinco no aparece en los libros de registros ni en el cuaderno de contratos, advirtiéndose del contenido del mencionado contrato que no registra ningún tipo de visado por los funcionarios correspondientes de la entidad agraviada¹⁵⁶.

6. Otros aspectos

Como regla general para que se cometa el delito de colusión debe producirse dentro de un procedimiento de contratación estatal concreto y específico. Si hay apoderamiento de bienes o hay un perjuicio al patrimonio estatal pero fuera del marco de un contrato estatal o al margen de un procedimiento de contratación puede haber la comisión de otro delito, pero no el delito de colusión.

El hecho de que no se convoque a una licitación, a un concurso público y no se cumpla de manera estricta con el procedimiento de contratación estatal no quiere decir que no se pueda cometer el delito de colusión. Por ejemplo,

156 Véase el R. N. N.º 840-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

puede tratarse de la compra de bienes que revisten la condición de reservados y están sujetos, por ejemplo, a la dispensa de seguir ciertos trámites administrativos tal como ocurre con las compras al amparo del secreto militar¹⁵⁷.

De igual manera, es posible que se obvie o se pasen por alto algunas etapas del procedimiento de contratación (v. gr., festinación de trámites y/o etapas), pero ello no quiere decir que no exista un procedimiento de contratación o que las irregularidades cometidas lleven a invalidar el contrato estatal.

Incluso, el hecho de que el procedimiento de contratación adolezca de un vicio que genere una nulidad parcial o absoluta no descarta la posibilidad de que se pueda cometer el delito de colusión ilegal. En efecto, puede haber delito de colusión pese a que el proceso de contratación se declare nulo. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “si bien las órdenes de compra y el proceso de selección fueron declarados nulos, tal circunstancia no desvanece la imputación en su contra; ello debido a que resulta innegable que concertó con terceros para defraudar al Estado”¹⁵⁸.

II. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LOS QUE SE PUEDE COMETER EL DELITO DE COLUSIÓN

230 La norma penal fija y determina la clase de actos o negocios jurídicos estatales en los que se configura el delito de colusión ilegal¹⁵⁹. La ley sitúa el marco en el que se comete la conducta defraudatoria¹⁶⁰. No se describe un

157 Cfr. Véase el R. N. N.º 5080-2007 del 01 de julio del 2008 de la Segunda Sala Penal Transitoria: “respecto al trámite observado para el arrendamiento del avión Boeing, se explica que si bien no se realizó la correspondiente licitación, ello se debió a que conforme al Decreto Supremo cero cero uno- DE/SG, así como la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado –Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta- dicho alquiler estaba comprendido dentro de los alcances del rubro “Secreto Militar””. También sobre compras de las Fuerzas armadas que se relacionan con el secreto militar, el R. N. N.º 2849-2011 del 21 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Tello Gilardi).

158 Véase el R. N. N.º 379-2013 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

159 Cfr. la ejecutoria superior recaída en el Exp. 043-2001 del 05 de diciembre del 2005 en BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto – NOLASCO VALENZUELA, José Antonio, *Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción*, t. I, p. 44.

160 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 264.

determinado hecho, abierto y general, desde el cual se subsume cualquier acto, operación o negocio en el que el Estado interviene. Se trata, por tanto, de un tipo determinado que requiere de un contrato administrativo y que la acción típica se pueda cometer en: “en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública”.

La doctrina administrativa resalta la existencia de una serie de contratos tipificados (o típicos) dentro de la contratación estatal¹⁶¹ como el contrato de obra pública, el contrato de suministro, el contrato de servicios. El alcance de los llamados contratos típicos varía según la legislación y el desarrollo del derecho positivo. La configuración legislativa de una serie de contratos administrativos lleva a que se considere la clasificación en contratos típicos y contratos atípicos. Los contratos atípicos son aquellos en los que no hay una regulación y normativa legal que regule sus características y requisitos, pese a que puede haber un reconocimiento explícito en la jurisprudencia o en la doctrina.

231

Los contratos típicos se diferencian de los contratos nominados. Mientras los contratos típicos encuentran reconocimiento expreso en la ley de la materia (v. gr., Ley de contrataciones) en los contratos nominados puede no haber regulación legal expresa, pero a nivel de la doctrina y jurisprudencia administrativa se le reconoce como un contrato administrativo. Por ello, se admite la existencia de contratos administrativos nominados típicos (v. gr., contrato de obra) y a la vez la existencia de contratos nominados atípicos que son aquellos que tienen un tratamiento, por ejemplo, doctrinal, pero carecen de una regulación legal específica¹⁶² v. gr., contrato de instalación y asistencia informática.

En la doctrina administrativa se distingue también entre contratos de atribución y contratos de colaboración. En los contratos administrativos de colaboración lo central es la prestación que debe el particular al Estado; aquí se produce una transformación del contratista en un colaborador de la función pública. En cambio, en los contratos de atribución lo decisivo es la prestación que debe realizar el Estado a favor de terceros y en donde el rol del contratista es únicamente ser la contrapartida de las ventajas que obtiene del Estado¹⁶³.

161 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo, Parte general*, p. 590.

162 Cfr. CASSAGNE, Juan carlos, *El contrato administrativo*, pp. 36 y 37.

163 Cfr. CASSAGNE, Juan carlos, *El contrato administrativo*, pp. 34 y 35.

232 Los contratos a los que alude la ley penal como posibles objetos en los que puede recaer el delito de colusión son:

El **contrato de bienes** que se refiere a los objetos que requiere una Entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones y fines. El contrato de suministro supone la entrega periódica de bienes requeridos por una Entidad para el desarrollo de sus actividades y puede recaer en una pluralidad de bienes en forma sucesiva y normalmente a precio unitario¹⁶⁴ v. equipos, sistemas, combustible.

Por ejemplo, se tiene como posible objeto del delito de colusión el contrato de suministro de combustible¹⁶⁵, la venta de combustible turbo jet¹⁶⁶, la adquisición de un hidroavión¹⁶⁷, el avión Raytheon Beechcraft Super King Air 350¹⁶⁸, la compra de inmuebles para la Caja Militar policial¹⁶⁹, de maquinaria pesada¹⁷⁰, la adquisición de un terreno destinado a la construcción de un mercado mayorista¹⁷¹, la confección de diez puertas metálicas¹⁷², la adquisición

164 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo, parte general*, p. 590.

165 Véase el R. N. N.º 2638-2014 del 21 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 2161-2013 del 21 de enero del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 3575-2011 del 25 de octubre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1292-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 191-2011 del 22 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

166 Véase el R. N. N.º 1479-2012 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

167 Véase el R. N. N.º 1547-2011 del 15 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

168 Véase el R. N. N.º 1347-2014 del 07 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

169 Véase el R. N. N.º 3004-2013 del 16 de julio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

170 Véase el R. N. N.º 3372-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

171 Véase el R. N. N.º 1033-2010 del 30 de marzo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

172 Véase el R. N. N.º 3445-2011 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

de repuestos y suministros para la reparación de maquinaria pesada (tractor oruga Caterpillar, Fiatallis, entre otros)¹⁷³, el adquirir un volquete¹⁷⁴, de un camión cisterna¹⁷⁵, de un tractor agrícola¹⁷⁶, una camioneta¹⁷⁷, un vehículo de transporte¹⁷⁸, una carrocería¹⁷⁹, un motor petrolero¹⁸⁰, un motor usado¹⁸¹, un

-
- 173 Véase el R. N. N.º 1092-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- 174 Véase el R. N. N.º 566-2015 del 16 de julio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 3325-2013 del 06 de junio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 193-2013 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 917-2012 del 28 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente, (ponente: Morales Parraguez), el R. N. N.º 167-2012 del 17 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente, el R. N. N.º 3331-2011 del 11 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 1149-2011 del 18 de abril del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1819-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- 175 Véase el R. N. N.º 1914-2010 del 11 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).
- 176 Véase el R. N. N.º 385-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).
- 177 Véase el R. N. N.º 933-2014 del 04 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 2475-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rozas Escalante), el R. N. N.º 1904-2012 del 25 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana) en donde se destacó que “jamás se realizó el proceso de selección para la adquisición de la camioneta, y finalmente se efectuó la compra directamente al encausado Rodríguez Castillo; considerando aún más, que el vehículo vendido a la Municipalidad agraviada no tenía legalmente como propietario al referido encausado, e incluso era objeto de proceso, como son, tres medidas cautelares de embargo por de obligación de dar suma de dinero”, el R. N. N.º 432-2004 del 10 de Febrero del 2005.
- 178 Véase el R. N. N.º 2459-2010 del 26 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. 852-2011 del 18 de julio del 2011 expedida por la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- 179 Véase el R. N. N.º 1637-2013 del 07 de marzo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- 180 Véase el R. N. N.º 1969-2012 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- 181 Véase el R. N. N.º 256-2013 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

transmisor de antena parabólica¹⁸², una antena parabólica, equipos de internet y transmisores de televisión¹⁸³, el comprar equipos de comunicación y cómputo¹⁸⁴, el motor diesel para auto vagón de un ferrocarril¹⁸⁵, compra de tuberías, materiales de construcción¹⁸⁶ y accesorios de ferretería¹⁸⁷, la adquisición de materiales para la instalación de redes eléctricas¹⁸⁸, para la ejecución de una obra¹⁸⁹, la compra de postes de concreto (y otros accesorios)¹⁹⁰, el comprar equipos sanitarios, grifería y cerámicos para una obra¹⁹¹, bolsas de cemento¹⁹², adquisición de maquinaria pesada repotenciada de segundo uso¹⁹³ compra de

182 Véase el R. N. N.º 1819-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

183 Véase el R. N. N.º 1299-2013 del 26 de marzo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

184 Véase el R. N. N.º 333-2009 del 04 de mayo del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

185 Véase el R. N. N.º 285-2014 del 18 de junio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

186 Véanse el R. N. N.º 1300-2013 del 22 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (ponente: Cevallos Vega), el R. N. N.º 3647-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 2374-2013 del 22 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

187 Véase el R. N. N.º 3647-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 2374-2013 del 22 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

188 Véase el R. N. N.º 1167-2010 del 24 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

189 Véase el R. N. N.º 3231-2011 del 25 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

190 Véase el R. N. N.º 3034-2013 del 10 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

191 Véase el R. N. N.º 379-2013 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

192 Véase el R. N. N.º 1316-2011 del 18 de abril del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 2394-2005 del 26 de abril del 2006.

193 Véase el R. N. 2486-2004 de fecha 04 de febrero del 2005.

computadoras¹⁹⁴, la adquisición de equipos de cómputo¹⁹⁵, una fotocopio-
 ra¹⁹⁶, la adquisición de papel térmico adhesivo para una impresora¹⁹⁷, adquisi-
 ción de equipos y útiles de oficina¹⁹⁸, de un equipo topográfico¹⁹⁹, compra de
 cemento, yeso, calaminas, clavos, grifería, entre otros²⁰⁰, compra de materiales
 de construcción²⁰¹, treinta discos de arado²⁰², adquisición de líquido asfálti-
 co, tubos de PVC, entre otros productos ferreteros (thinner acrílico, pintura
 esmalte, etc.)²⁰³, adquisición de calaminas de aluminio con aleación tipo Alu-
 cober AA5052²⁰⁴, compra de fierro²⁰⁵ y acero²⁰⁶, compra de hojuela de cebada

194 Véase el R. N. N.º 1290-2011 del 17 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez), el R. N. N.º 278- 2005 del 10 de mayo del 2005.

195 Véase el R. N. N.º 278- 2005 del 10 de mayo del 2005.

196 Véase el R. N. N.º 278-2013 del 23 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

197 Véase el R. N. N.º 2266- 2012 del 02 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

198 Véase el R. N. 3011-2004 de fecha 11 de mayo del 2005.

199 Véase el R. N. N.º 1739-2013 del 17 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

200 Véase el R. N. N.º 2227-2012 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

201 Véase el R. N. N.º 1325-2013 del 21 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

202 Véase el R. N. N.º 2111-2009 del 15 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

203 Véase el R. N. N.º 324-2011 del 16 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).

204 Véase el R. N. N.º 840-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

205 Véase el R. N. N.º 1391-2012 del 13 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

206 Véase el R. N. N.º 236-2012 del 09 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

(y otros insumos²⁰⁷) para el Programa del Vaso de Leche²⁰⁸, la adquisición de productos alimenticios para los Programas Sociales, Comedores Populares²⁰⁹, compra de conserva de pescado en agua y sal²¹⁰, la adquisición de trescientos cuarenta y tres mil tabletas del medicamento denominado “Aspirín”²¹¹, la confección de uniformes para la Policía municipal²¹², la compra de útiles de escritorio para una Unidad educativa²¹³, de una lavadora industrial para el uso de un hospital²¹⁴, compra de un sistema de telefonía rural²¹⁵, adquisición de equipos de Topografía, medidas de precisión y sísmica para la Escuela Profesional de Geología²¹⁶.

207 Véase el R. N. N.º 78-2013 del 09 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 1830-2010 del 19 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 263-2010 del 08 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 1991-2009 del 17 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).

208 Véase el R. N. N.º 1538-2011 del 04 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo), el R. N. N.º 1830-2010 del 19 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 78-2013 del 09 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

209 Véase el R. N. N.º 1083-2010 del 13 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez).

210 Véase el R. N. N.º 3488-2012 del 04 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

211 Véase el R. N. N.º 639-2010 del 11 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

212 Véase el R. N. N.º 954-2010 del 17 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

213 Véase el R. N. N.º 1449-2010 del 09 de junio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Bonilla).

214 Véase el R. N. N.º 2621-2013 del 23 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

215 Véase el R. N. N.º 1621-2012 del 03 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

216 Véase el R. N. N.º 1034-2011 del 28 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

También se comete el delito cuando se venden bienes v. gr., un camión²¹⁷ o cuando se alquila equipo mecánico de propiedad de la entidad estatal²¹⁸. Asimismo, cuando se alquila una camioneta²¹⁹, de un volquete²²⁰, o se suscribe un contrato de alquiler de maquinarias y/o equipo²²¹, el alquiler de local, refrigerio, equipos de sonido, retroproyector, televisión, VHS y otros, a fin de realizar diversos cursos de capacitación²²².

En el caso de compras militares y policiales se criminalizó la adquisición de veintiún visores nocturnos, adaptación de siete cabinas de helicópteros para visión nocturna, tres mil quinientos ochenta y cuatro cartuchos pirotécnicos del sistema de protección, cuatro probadores del sistema de protección y entrenamiento para veintiún pilotos²²³, de lanza granadas, granadas pepa, granadas de fusil, cartuchos de señales, cartuchos de diverso calibre²²⁴, la compra de Equipos para Fuerzas Especiales del Ejército peruano²²⁵, la adquisición del Sistema de Comunicaciones de Emergencia 105 para la Policía Nacional del Perú²²⁶, compra de aviones de guerra (v. gr., dieciocho MIG veintinueve,

217 Véase el R. N. N.º 468-2010 del 06 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

218 Véase el R. N. N.º 2912-2012 del 19 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

219 Véase el R. N. N.º 2497-2011 del 09 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

220 Véase el R. N. N.º 300-2014 del 21 de mayo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

221 Véase el R. N. N.º 168-2004 del 26 de noviembre del 2004, el R. N. N.º 2453-2011 del 27 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez), el R. N. N.º 2154-2010 del 28 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

222 Véase el R. N. N.º 716-2012 del 10 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

223 Véase el R. N. N.º 2849-2011 del 21 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Tello Gilardi).

224 Véase el R. N. N.º 2673-2011 del 11 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

225 Véase el R. N. N.º 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

226 Véase el R. N. N.º 265-2013 del 25 de junio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

dieciocho aviones SUKHOI veinticinco y equipo asociado)²²⁷, la adquisición de neumáticos²²⁸. Muchas veces las compras militares se autorizan mediante la expedición de normas secretas vinculadas al uso de recursos para el Sector Defensa (v. gr., Decretos Leyes, Decretos de Urgencia, Decretos Supremos, etc.)²²⁹.

El **contrato de obra** incide en la construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos.

Dicho contrato tiene por objeto la realización de una obra, de un trabajo asimilado o de la construcción de una obra de ingeniería civil e incide normalmente en un bien inmueble²³⁰.

Como ejemplos extraídos de la jurisprudencia de casos de contrato de obra en los que se puede cometer el delito de colusión ilegal tenemos: la construcción de una plaza de armas²³¹, la construcción de palacio municipal²³², la edificación de un centro educativo primario²³³, la obra de parchado asfáltico

227 Véase el R. N. N.º 248 -2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

228 Véase el R. N. N.º 3043-2010 del 09 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

229 Véase el R. N. N.º 248 -2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

230 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte general*, p. 596.

231 Véase el R. N. N.º 3291-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2363-2012 del 17 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1318-2012 del 29 de agosto del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

232 Véase el R. N. N.º 891-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

233 Véase el R. N. N.º 544-2011 del 25 de agosto del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

de la pista de un aeropuerto²³⁴, la Construcción de la Microrepresa²³⁵, la remodelación y acondicionamiento de un laboratorio de la Fuerza Aérea²³⁶, la remodelación de un palacio municipal²³⁷, la remodelación de un parque principal²³⁸, la construcción de una piscina térmica²³⁹, el asfaltado de calles principales²⁴⁰, la rehabilitación de las vías de comunicación²⁴¹, construcción de la obra denominada “módulo básico de justicia²⁴², la construcción de trocha carrozable²⁴³, la construcción de pistas y veredas²⁴⁴, la ejecución de una plataforma, plazoleta y línea de conducción²⁴⁵, de un loza deportiva²⁴⁶,

234 Véase el R. N. N.º 3472-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Bonilla).

235 Véase el R. N. N.º 2052-2012 del 03 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

236 Véase el R. N. N.º 3328-2011 del 04 de julio del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

237 Véase el R. N. N.º 3237-2013 del 30 de mayo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Morales Parraguez).

238 Véase el R. N. N.º 1318-2012 del 29 de agosto del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

239 Véase el R. N. N.º 2475-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rozas Escalante).

240 Véase el R. N. N.º 673-2011 del 12 de abril del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez), el R. N. N.º 3020-2011 del 11 de julio del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

241 Véase el R. N. 2222-2004 de fecha 14 de febrero del 2005.

242 Véase el R. N. 648-2005 del 11 de octubre del 2005.

243 Véase el R. N. N.º 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2363-2012 del 17 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

244 Véase el R. N. N.º 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

245 Véase el R. N. N.º 416-2011 del 24 de agosto del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

246 Véase el R. N. N.º 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3348-2011 del 13 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

encausamiento y reforzamiento de dique y margen izquierdo de un río²⁴⁷, mantenimiento de diversos tramos de carretera²⁴⁸, el pistoneo y aforo de un pozo Tubular²⁴⁹.

El contrato de obra por suma alzada es conocido también como contrato de “llave en mano”. Aquí el postor que participa en un proceso de selección: licitación pública, concurso público, adjudicación directa o adjudicación de menor cuantía, oferta en su propuesta técnica y económica por todos los componentes de la obra por un costo fijo y único, es decir, dirige la obra y pone los materiales. En ese sentido, el contratista queda comprometido y forzado frente al contratante a ejecutar la obra de acuerdo a las especificaciones técnicas, los planos elaborados y el contrato suscrito, y asume una responsabilidad global frente a su cliente por el suministro de materiales, maquinarias, transporte de los mismos, realización de la obra y otros hasta su funcionamiento (en algunos casos se puede pactar obligaciones posteriores a la ejecución de la obra), pero debe respetarse los parámetros contractuales acordados en cuanto a la calidad, cantidad de materias primas (no debe emplear materiales defectuosos) y rendimiento. Los posibles riesgos en las variaciones que puedan existir son asumidos por el propio constructor y con ello la contingencia de ganancia o pérdida de dicha cuantificación (no tiene derecho a exigir ningún aumento, aunque el precio de los materiales o de los jornales los hayan tenido)²⁵⁰.

El **contrato de servicios** consiste en la actividad o labor que requiere una Entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones y fines. Los servicios pueden clasificarse en *servicios en general*, *consultoría en general* y *consultoría de obra*. El contrato de servicios tiene por objeto prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto a una obra o un suministro²⁵¹.

247 Véase el R. N. N.º 2730-2012 del 13 de febrero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

248 Véase el R. N. N.º 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 2493-2013 del 23 de julio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

249 Véase el R. N. N.º 2949-2014 del 07 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

250 Véase el R. N. N.º 1536-2011 del 24 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo).

251 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, parte general*, p. 599.

Los contratos de servicios pueden ser de distinta índole y se puede contratar a abogados²⁵², contadores²⁵³, ingenieros²⁵⁴, un servicio de cobranza de deudas²⁵⁵. El objeto del contrato de servicios puede ser el servicio de instalaciones eléctricas, servicio de pintado en general²⁵⁶, el servicio de encofrado y desencofrado de una obra²⁵⁷, el servicio de fumigación y desratización²⁵⁸, la contratación de servicios para el barrido de calles, relanzamiento y mantenimiento de las áreas verdes²⁵⁹, de servicio de carpintería, tabiquería y transporte²⁶⁰, de transporte de carga²⁶¹, el Convenio de Cooperación Interinstitucional que firma una entidad estatal (v. gr., INABEC) a fin de otorgar créditos educativos a los empleados de una empresa particular²⁶², el mantenimiento

252 Véanse el R. N. N.º 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 1621-2009 del 17 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 840-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 920-2009 del 10 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

253 Véase el R. N. N.º 1363-2010 del 25 de mayo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

254 Véanse el R. N. N.º 300-2014 del 21 de mayo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro), el R. N. N.º 1361-2013 del 05 de marzo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

255 Véase el R. N. N.º 3008-2010 del 22 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

256 Véase el R. N. N.º 2468-2011 del 11 de julio del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).

257 Véase el R. N. N.º 397-2011 del 03 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

258 Véase el R. N. N.º 987-2015 del 19 de abril del 2016 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

259 Véase el R. N. N.º 3803-2010 del 04 de mayo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

260 Véase el R. N. N.º 3740-2010 del 01 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

261 Véase el R. N. N.º 2227-2012 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

262 Véase el R. N. N.º 636-2008 del 24 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo) pese a que “no existió ninguna solicitud formal de parte

y modernización de doscientos quince visores nocturnos y la adquisición de un lote de repuestos para los visores mencionados²⁶³, el servicio de mensajería del Tribunal Constitucional²⁶⁴, los contratos de locación de servicios de asesoría y fiscalización tributaria, así como la gestión de las resoluciones de deuda y multa impuestas²⁶⁵, brindar servicios de personal de apoyo a labores administrativas de la Municipalidad²⁶⁶, la evaluación administrativa, contable y financiera de una municipalidad²⁶⁷, formulación del plan Plan Financiero de la empresa SEDA Juliaca Sociedad Anónima²⁶⁸, la elaboración de la liquidación de una obra²⁶⁹, el contrato de servicio de residente de obra²⁷⁰, contrato de mano de obra y dirección técnica²⁷¹, la contratación de un estudio de abogados para que haga la evaluación legal de los acuerdos de Directorio y los

de la indicada empresa para acceder a esta clase de beneficios ni norma alguna que sustente que ese acuerdo podía ser promovido de oficio”.

263 Véase el R. N. N.º 2514-2011 del 05 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

264 Véase el R. N. N.º 3230-2010 del 12 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

265 Véase el R. N. N.º 1389-2012 del 16 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 2217-2012 del 16 de octubre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 2206-2012 del 14 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

266 Véase el R. N. N.º 668-2009 del 15 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

267 Véase el R. N. N.º 1829-2012 del 24 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

268 Véase el R. N. N.º 2545-2010 del 27 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

269 Véase el R. N. N.º 1260-2013 del 23 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 2517-2014 del 10 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla): “La norma es clara, el servicio de liquidación de contrato lo realiza el propio contratista, en ese sentido, la Entidad no tenía sustento para recurrir a otro especialista a fin de realizar tal labor, por tanto, el contrato obrante a fojas 4, por el cual el acusado entregó a su co procesado S/ 43,000 nuevos soles, carece de sustento legal”.

270 Véase el R. N. N.º 300-2014 del 21 de mayo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

271 Véase el R. N. N.º 2374-2013 del 22 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

procesos judiciales en trámite en una empresa estatal²⁷², la elaboración de un “Diagnóstico Situacional de Tinco” y el “Plan de Desarrollo Concertado de Tinco”, la “Elaboración de Software de control de asistencia del personal”²⁷³, la implementación y automatización de los registros civiles en una Municipalidad²⁷⁴, para la actualización de datos de los contribuyentes²⁷⁵, la contratación de ingenieros residentes y supervisores de obras²⁷⁶, la subasta de la cartera de cobranza judicial de una empresa estatal²⁷⁷, entre otros.

Un indicador valioso para determinar si existe colusión es tomar en cuenta si el servicio que contrató la entidad estatal constituye un servicio de los que se puede acudir a terceros, vía contrato administrativo, o si solo se reserva dicha prestación al Estado v. gr., servicios de cobranza coactiva²⁷⁸.

272 Véase el R. N. N.º 840-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

273 Véase el R. N. N.º 756-2014 del 04 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

274 Véase el R. N. N.º 2816-2009 del 16 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

275 Véase el R. N. N.º 1363-2010 del 25 de mayo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

276 Véase el R. N. N.º 1361-2013 del 05 de marzo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

277 Véase el R. N. N.º 3008-2010 del 22 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

278 Véase el R. N. N.º 978-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein): “ni los servicios contratados a esta empresa estaban legalmente permitidos conforme al reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues los servicios de cobranza coactiva son funciones propias que deben ser realizadas por la administración pública a través de sus funcionarios y/o servidores públicos”. Luego se señaló: “la autoridad encargada de verificar la legalidad de las contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE, mediante documento (Oficio número trescientos sesenta y ocho- dos mil tres, del seis de noviembre de dos mil tres, de fojas cuatrocientos sesenta y cuatro) observó su objeto y formalidad, pues conforme al artículo siete y once del Texto Unico Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, esa clase de funciones inherentes a la actividad estatal no podían ser transferidos a terceros”. También se justificó la condena por la contratación del servicio de cobranza coactiva: el R. N. N.º 1522-2009 del 02 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 920-2009 del 10 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

El servicio debe ser efectivamente prestado de otra forma es posible que se cometa el delito de colusión v. gr., el contrato se firma solo para brindar la apariencia de legalidad²⁷⁹.

En la evaluación del servicio, por ejemplo, de asesoría legal debe tomarse en cuenta si se estaba ante un panorama de conflictividad judicial favorable que permita sostener enfáticamente que el patrocinio externo no era necesario y, por tanto, que se simuló una asesoría que no se requería²⁸⁰. Sin embargo, distinto es, por cierto, el caso si la intervención del abogado fue o no efectiva. No importa aquí su nivel de efectividad, o si se logró éxitos concretos para la entidad estatal (v. gr., Municipalidad) ni el juicio de valor que pueda merecer la calidad del servicio realizado²⁸¹.

La ley penal alude a los procesos de **contratación pública – administrativa** en donde una de las partes es una entidad pública que gestiona la prestación o contraprestación de un bien o servicio v. gr., concesión de obras, suministros o gestión de servicios públicos²⁸², aunque ello no agote el contenido de la contratación estatal.

Por su parte, el **contrato de concesión** es el que celebra una entidad estatal con el objeto de otorgar a una persona jurídica nacional o extranjera (concesionario) la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público o la construcción, total o parcial, de una obra o un bien destinados al servicio público a cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad, a cambio de una compensación que puede consistir en derechos, tarifas, tasas o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o cualquier otra modalidad de contraprestación²⁸³.

279 Véase el R. N. N.º 978-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

280 Véase el R. N. N.º 1621-2009 del 17 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

281 Véase el R. N. N.º 1621-2009 del 17 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

282 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 264.

283 Cfr. MARTÍN TIRADO, Richard, "El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú", en *Arbitraje*, PUCP, 2014, p. 61 para quien la concesión tiene las siguientes características: "i) Tiene una naturaleza compleja,

Por este contrato el Estado no adquiere bienes, obras o servicios, sino que otorga a los particulares la gestión y explotación de los servicios públicos, obras públicas o recursos públicos por un plazo determinado²⁸⁴, bajo su propia cuenta y riesgo sujeta a un régimen regulatorio especial.

La concesión busca, tras el encargo de obras y servicios a particulares, el desarrollo y el mejoramiento de la eficiencia en la producción y gestión de la infraestructura pública y de servicios, generando una calidad en la prestación por el cual los usuarios están dispuestos a pagar. Aquí se independendiza la producción y gestión de obras y servicios de las decisiones políticas fomentando la intervención de los particulares a fin de rentabilizar y mejorar la calidad de las mismas²⁸⁵.

El contrato de concesión puede ser de tres clases: i) el contrato de concesión de infraestructura que tiene por objeto la construcción, conservación o explotación de obras públicas nuevas o la reparación, ampliación o mantenimiento de una obra preexistente, v. gr., redes viales, aeropuertos, puertos (fluviales, marítimos, lacustres), plataformas logísticas, infraestructura urbana, social o recreativa, ya sea de salud, educación, penitenciaria, etc.; ii) el contrato de concesión de servicios por el cual una entidad estatal entrega a terceros (particulares) la prestación y la gestión de servicios públicos destinados a la colectividad y a cambio el concesionario tiene derecho a explotar los servicios de manera exclusiva; iii) el contrato de concesión mixta que tiene por objeto tanto obras como servicios²⁸⁶.

pues asume un contenido contractual y contenido reglamentario, ii) Es intuito personae, iii) Es constitutiva de derechos y obligaciones para ambas partes (el Estado y el particular), iv) Tiene un régimen jurídico particular, con inclusión de cláusulas exorbitantes a favor del Estado (ius variandi, derecho de reversión intervención de la concesión; y, v) no supone la transferencia de activos o infraestructura, solo se cede su explotación y uso por un tiempo determinado, una vez terminada o caduca la concesión, los bienes integrantes de la misma son devueltos al Estado”.

284 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1096, MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima, N.º 26, agosto 2011, p. 32.

285 Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos, *La contratación estatal*, p. 166.

286 Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos, *La contratación estatal*, pp. 168 y ss.

El contrato de concesión de obra pública tiene por objeto la construcción de una obra –o su restauración, reforma, mantenimiento, reparación, etc– y se caracteriza por otorgar al contratista el derecho a explotar la obra por un plazo determinado. También comprende, por ejemplo, el otorgamiento en concesión de los servicios de limpieza pública, recolección de residuos sólidos, barrido de calles, eliminación de desmonte, maleza y poda, v. gr., por el plazo de diez años²⁸⁷. Dicho contrato puede abarcar también obras accesorias, vinculadas a la principal, como trabajos ambientales relacionados con la misma²⁸⁸, v. gr., concesión de obras hidráulicas, construcción de la línea de ferrocarril, etc. La importancia del contrato de concesión de obra pública reside en la necesidad de obtener medios de financiación alternativos a los estrictamente presupuestales y de origen esencialmente privado.

Por ejemplo, se puede cometer el delito de colusión cuando el Directorio de una entidad estatal (v. gr., la beneficencia pública) da en concesión un bien (v. gr., un hotel) a un tercero dentro de un concurso público²⁸⁹. Aquí hay un contexto negocial en el que el funcionario debe intervenir preservando los intereses del Estado²⁹⁰.

233 La técnica legislativa, tal como lo ha puesto de relieve la doctrina española, no es la mejor y la más indicada en cuanto a concisión y expresividad, pues hubiera bastado hacer referencia a “cualquier clase de contrato u operación administrativa”²⁹¹, tal como ocurre con el delito de negociación incompatible (art. 399).

La redacción anterior del delito de colusión ilegal aludía a licitaciones, concurso de precios, subastas, suministros, contratos lo que significaba com-

287 Véase el R. N. N.º 2261-2010 del 21 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

288 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, p. 596.

289 Véase el R. N. N.º 2587-2011 del 23 de enero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

290 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1096.

291 Véase, RODRÍGUEZ DEVESEA, José María-SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español (PE)*, p. 1195; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la administración pública*, pp. 206 y 213; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comentarios al Código Penal*, p. 1161.

prender a procesos de competencia reglados y taxativos de los puede surgir un procedimiento de contratación entre el Estado y el ganador de la buena pro²⁹².

En la doctrina comparada hay acuerdo de que la condición de contrato público lo tiene todo aquel acto celebrado por los entes estatales y que se encuentran sometidos a la regulación, tratamiento y actividad a las normas correspondientes²⁹³ v. gr., leyes administrativas que regulan dicha actividad²⁹⁴. Se enuncian, en tal línea, los contratos de ejecución de obras, de gestión de servicios públicos, la realización de suministros, los contratos de consultoría, asistencia, de servicios, de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás actos jurídicos estatales de naturaleza bilateral²⁹⁵.

La doctrina, remarca, con razón, que los únicos contratos o convenios que se encuentran amparados en cuanto a la tutela penal por el delito de colusión ilegal son los contratos administrativos que suscribe la entidad estatal²⁹⁶, pero que poseen naturaleza eminentemente patrimonial o económica²⁹⁷. Por tal razón, debe quedar claro que los convenios que carecen de contenido económico o patrimonial por parte del Estado no integran la tipicidad del delito de colusión.

Por otro lado, entre la discrepancia que pueda existir entre el contrato formal, o que se encuentra reflejado en un documento, y el contrato real,

234

292 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 265.

293 Cfr. CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, p. 314; MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 336; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Compendio de derecho penal español (parte especial)*, p. 837; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de derecho penal español (parte especial)*, Madrid: Marcial Pons, 1997, t. II, p. 418.

294 Cfr. MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 336.

295 Ampliamente ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, "Fraudes y exacciones ilegales", en *Delitos contra la Administración pública*, p. 213; MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 338.

296 Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso – GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código penal del 2000*, p. 307.

297 Cfr. CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, p. 315.

material o que justamente se está llevando a ejecución o se ha realizado, debe primar este último, dado que más que las apariencias y formalidades debe tomarse en cuenta los criterios emanados de la realidad²⁹⁸. Ello deriva tanto de las exigencias del derecho penal como también del derecho procesal penal en un Estado de derecho que posee como una de sus metas el descubrimiento de la verdad material.

235 La doctrina administrativa peruana considera que los contratos administrativos más frecuentes que suscribe el Estado peruano son²⁹⁹:

- los contratos para realizar adquisiciones de bienes, servicios, suministro, consultoría y ejecución de obras;
- las concesiones para la explotación de recursos naturales o de bienes de dominio público, la prestación de servicios públicos y la explotación de obras públicas de infraestructura;
- los contratos – ley o convenios de estabilidad jurídica;
- los contratos para la disposición de bienes del Estado;
- los convenios interadministrativos;
- los convenios financieros del Estado (endeudamiento interno y externo);
- los contratos de personal.

236 Los principales contratos estatales en los que se puede cometer el delito de colusión son los siguientes:

- a) Los **suministros** son las provisiones o abastecimientos de diversos productos. También se entiende la entrega periódica de bienes requeridos por una Entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de funciones y fines³⁰⁰.
- b) Las **licitaciones** son un procedimiento técnico – legal que permite a la administración pública convocar, seleccionar a quienes por razón de conveniencia e idoneidad pueden brindar servicios o realizar

298 Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso – GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal del 2000*, p. 310.

299 Cfr. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, “El régimen de los contratos estatales en el Perú”, en *Revista de estudiantes, Ita Ius Esto*, 2012, p. 162.

300 Dec. Sup. 350-2015 EF del 10 de diciembre del 2015, anexo de definiciones.

obras. La Licitación Pública se convoca para la contratación de obras y para la adquisición de bienes y suministros dentro de los márgenes que establece la Ley Anual de Presupuesto. La licitación para la ejecución de obras puede desdoblarse en: licitación pública nacional o licitación pública internacional, en este último caso cuando las características técnicas de las obras requieran de postores internacionales³⁰¹.

La jurisprudencia peruana ha señalado que la licitación pública es la “manera natural utilizada por el Estado para escoger a cualquier contratista y consiste en un procedimiento que utiliza el Estado para seleccionar al que resulte más conveniente para la realización de una obra³⁰²”.

- c) La **adjudicación simplificada** que se utiliza para la contratación de bienes y servicios, con excepción de los servicios a ser prestados por consultores individuales, así como para la ejecución de obras, cuyo valor referencial, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.
- d) La **subasta inversa electrónica** que se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes.
- e) La **selección de consultores individuales** que se emplea para la contratación de servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo profesional adicional, y en tanto que la experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste el servicio son los requisitos primordiales, conforme a lo que establece el reglamento, siempre que su valor estimado o valor referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público
- f) La **comparación de precios** que puede utilizarse para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, distintos a los de consultoría, que no sean fabricados o prestados siguiendo las

301 Cfr. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, “El régimen de los contratos estatales en el Perú”, en Revista de estudiantes, *Ita Ius Esto*, 2012, p. 164.

302 Véase la Ejecutoria Superior recaída en el Exp. 043-2001 del 05 de diciembre del 2005, en BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto – NOLASCO VALENZUELA, José Antonio, *Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción*, t. I, p. 44.

especificaciones o indicaciones del contratante, siempre que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado, conforme a lo que señale el reglamento. El valor estimado de dichas contrataciones debe ser inferior a la décima parte del límite mínimo establecido por la ley de presupuesto del sector público para la licitación pública y el concurso público.

- g) La **contratación directa** que procede en casos de desabastecimiento y en situaciones de emergencia.

237 Se destaca que la ley de contratación del Estado (Ley N.º 30225 del 11 de julio del 2014) y su Reglamento (Dec. Sup. 350-2015 EF del 10 de diciembre del 2015) regula exclusivamente las adquisiciones de bienes, suministros, consultoría y ejecución de obras, la cual comprende a todas las entidades del Estado de los tres niveles del Gobierno (nacional, regional y local) y a las empresas estatales³⁰³. Sus disposiciones no se aplican a los otros procesos de contratación que realiza el Estado, como es el caso de los contratos de concesión, de disposición de bienes del Estado, los contratos leyes, etc., que cuentan con sus propios marcos legales³⁰⁴.

La Ley de Contrataciones del Estado 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 y permiten el cumplimiento de los fines públicos y tienen una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos (art. 1 de la Ley N.º 30225).

III. EN QUÉ ETAPA DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN PUEDE COMETERSE EL DELITO DE COLUSIÓN ILEGAL

238 El tipo básico del delito de colusión ilegal puede cometerse en “cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado”.

303 Cfr. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, “El régimen de los contratos estatales en el Perú”, en Revista de estudiantes: *Ita Ius Esto*, 2012, p. 162; MARTÍN TIRADO, Richard, “El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú”, en *Arbitraje*, PUCP, 2014, p. 56.

304 Cfr. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, “El régimen de los contratos estatales en el Perú”, en Revista de estudiantes, *Ita Ius Esto*, 2012, p. 163.

Desde el punto de vista del proceso de contratación estatal puede haber un concierto ilegal desde el momento de la etapa de convocatoria, en la etapa de evaluación de propuestas, en la etapa de otorgamiento de la buena pro o en la etapa de ejecución contractual³⁰⁵.

El delito puede cometerse en cualquier etapa del contrato³⁰⁶, por ejemplo, desde que se preparan las bases, el presupuesto, el cronograma de adjudicación hasta que se han cumplido totalmente las cláusulas del contrato u operación, pasando por la apertura de sobres o asignación de un determinado puntaje³⁰⁷. Incluso, algunos autores extienden la posibilidad de comisión al inicio de los estudios de factibilidad, la proyección de los resultados³⁰⁸, etc.

Por ello, la colusión entre el funcionario público y el particular interesado se podía cometer, ya sea:

- i) en la etapa de la **preselección del contrato o la operación**³⁰⁹. En estos casos el autor interviene en las tratativas y a través de otros actos, comprometiendo la voluntad de la entidad estatal³¹⁰;
- ii) **durante la suscripción del contrato o de la operación**³¹¹;

305 Véase el R. N. N.° 2099-2010 del 22 de julio del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

306 Véase el R. N. N.° 2812-2012 del 17 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

307 Cfr. VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, “Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la administración pública en materia de corrupción urbanística”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, p. 49; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, t. VII, p. 299; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, p. 566.

308 Cfr. MILLÁN, Alberto, “El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, p. 31.

309 Cfr. CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, p. 376; SANCINETTI, Marcelo, “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, p. 888; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal (PE)*, t. III, p. 318; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 CP”, en *Estudios Penales*, p. 604.

310 Cfr. SANCINETTI, Marcelo, “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 880.

311 Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública*, p. 506.

- iii) en la **ejecución del contrato u operación**³¹² o,
- iv) en la **liquidación** de los mismos en la medida que haya un vínculo contractual vigente (v. gr., pago adicional por servicios, pedir que no se consignent omisiones o se formulen observaciones a la obra)³¹³.

239 La suscripción de un contrato administrativo cuenta con etapas determinadas que se encuentran, por lo general, reguladas por la Ley de Contrataciones públicas y su Reglamento. La normativa de contratación pública señala las normas básicas que contienen los lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en sus procesos de contratación.

Las contrataciones realizadas bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado constan de tres fases: actos preparatorios, proceso de selección y ejecución contractual³¹⁴. Las tres fases de un procedimiento de contratación tienen a su vez subetapas que son³¹⁵:

*La Fase de programación o de actos preparatorios*³¹⁶, que comprende:

-
- 312 Cfr. CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, p. 376; SANCINETTI, Marcelo, "Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones públicas", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 888; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 587; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, p. 567; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal: Parte especial*, t. V, p. 650.
 - 313 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 587; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, p. 567; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal*, Parte especial, t. V, p. 650.
 - 314 Véase la OPINIÓN N.º 102-2011/DTN del 30 de noviembre del 2011.
 - 315 Véase la OPINIÓN N.º 1703-2015/DTN del 23 de octubre del 2015, la OPINIÓN N.º 83-2015/DTN del 19 de mayo del 2015, la OPINIÓN N.º 84-2014/DTN del 29 de octubre del 2014, la Opinión N.º 33-2013/DTN del 23 de abril del 2013, la Opinión N.º 005-2013/DTN del 11 de enero del 2013, la OPINIÓN N.º 104-2009/DTN del 30 de setiembre del 2009, la OPINIÓN N.º 128-2009/DTN del 30 de noviembre del 2009. También la RESOLUCIÓN N.º 407-2012-OSCE/PRE del OSCE que aprobó la DIRECTIVA N.º 021-2013-OSCE/CD y que fue modificada mediante Resolución N.º 305-2013-OSCE/PRE.
 - 316 Véase la Opinión N.º 009-2013/DTN del 22 de enero del 2013: "En lo que respecta a la fase de actos preparatorios, una vez elaborado, aprobado y publicado el Plan Anual de Contrataciones (PAC), las Entidades pueden iniciar la ejecución de las contrataciones previstas en este. Así, para iniciar una contratación, el área usuaria debe formalizar su requerimiento, definiendo con precisión las características, calidad, cantidad y

- i) la definición de necesidades³¹⁷ y la aprobación del respectivo Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones³¹⁸;
- ii) la realización de un estudio de posibilidades que ofrece el mercado a fin de determinar el tipo de proceso de selección a convocarse;
- iii) la aprobación del expediente de contratación, entre otros;
- iv) la designación del Comité Especial encargado de llevar a cabo la contratación o adquisición; y,
- v) la elaboración y aprobación de las Bases del proceso de selección³¹⁹.

Aquí se establecen las necesidades públicas que deben ser satisfechas, fijando las condiciones económicas y presupuestales de la concreta contratación estatal³²⁰. En la fase de los actos preparatorios, la entidad debe determinar, principalmente, las características técnicas de lo que busca contratar, así como el costo que asumirá por dicha contratación, además, de la existencia de un mercado competitivo que ofrezca el bien, servicio u obra que se requiere, entre otros aspectos³²¹.

demás condiciones de los bienes, servicios u obras requeridos, en las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, según corresponda. Luego, el Órgano Encargado de las Contrataciones de la Entidad debe realizar un estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, a efectos de recabar información que le permita determinar el valor referencial correspondiente a la contratación, entre otros aspectos relevantes. Una vez determinado el valor referencial, el órgano encargado de las contrataciones debe solicitar a la Oficina de Presupuesto, o la que haga sus veces, la disponibilidad presupuestal a fin de garantizar que la Entidad cuenta con el crédito presupuestario suficiente para comprometer el gasto durante el ejercicio fiscal en curso. Comprobada la disponibilidad de recursos para llevar a cabo la contratación, el Titular de la Entidad, o el funcionario competente, aprueba el expediente de contratación y designa al Comité Especial que conducirá el proceso de selección correspondiente.”.

317 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*; t. II, p. 1102.

318 Cfr. REVILLA LLAZA, Percy Enrique, “El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 90, diciembre 2016, p. 165.

319 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1102.

320 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 75.

321 Véase la OPINIÓN N.º 102-2011/DTN del 30 de noviembre del 2011: “Uno de los aspectos a determinar como resultado del estudio de posibilidades que ofrece el mercado es el valor referencial de la contratación; sin embargo, este no es el único

Es posible que el delito se pueda realizar en esta etapa³²² y su castigo responde a una especial planificación, orientación y direccionamiento de las condiciones de contratación hacia un proveedor específico. El proceso de contratación se prepara con unas determinadas condiciones y características propias con el fin de favorecer a un tercero concreto. La concertación debe ser acreditada más allá de una duda razonable.

La Fase de selección³²³, también llamada etapa de adjudicación, que se desarrolla en siete etapas:

- i) convocatoria;
- ii) registro de participantes;
- iii) formulación y absolución consultas;
- iv) formulación y absolución de observaciones
- v) integración de las Bases;
- vi) presentación de propuestas³²⁴;
- vii) calificación y evaluación de propuestas³²⁵; y,
- viii) otorgamiento de la buena pro, hasta antes de la suscripción del contrato³²⁶.

aspecto relevante a determinar. Otro aspecto relevante es verificar la existencia de pluralidad de marcas y/o de proveedores en capacidad de participar en el proceso de selección. Este aspecto es importante pues permite determinar la existencia de proveedores y marcas, y, en consecuencia, la necesidad de convocar un proceso de selección para individualizar al proveedor con el cual la Entidad celebrará el contrato, en el marco de un proceso público, transparente y competitivo que garantice la selección de la propuesta más idónea para satisfacer la necesidad de la Entidad”.

322 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 44.

323 Cfr. REVILLA LLAZA, Percy Enrique, “El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 90, diciembre 2016, p. 165.

324 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1102.

325 Véase el R. N. N.º 578-2013 del 30 de abril del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo). En la doctrina peruana GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1102.

326 Véase la OPINIÓN N.º 98-2015/DTN del 08 de junio del 2015, la OPINIÓN N.º 110-2013/DTN del 23 de diciembre junio del 2013.

Los procesos de selección se inician con la convocatoria y culminan, normalmente, con la celebración del contrato, oportunidad en la cual también se inicia la etapa de ejecución contractual³²⁷. En esta etapa la entidad estatal busca elegir la mejor propuesta técnico-económica que cumpla con los requerimientos y las exigencias establecidas previamente. Aquí se trata de decidir y elegir la mejor propuesta, sea desde el punto de vista económico o técnico.

La etapa de adjudicación determina, por ejemplo, en la licitación pública cuál es la oferta más ventajosa para la administración y luego la declara aceptada. Aquí hay un doble pronunciamiento: se selecciona la propuesta que ofrece mejores condiciones y simultáneamente a la aceptación se rechaza las demás propuestas³²⁸. El proceso de selección culmina cuando: i) se suscribe el contrato respectivo o se perfecciona éste; ii) se cancela el proceso de selección; iii) se deja sin efecto el otorgamiento de la buena pro por causa imputable a la Entidad; o iv) cuando no se suscriba el contrato por las causales previstas en la ley³²⁹.

La **Ejecución contractual** comprende desde la celebración del contrato respectivo hasta la conformidad y pago de las prestaciones ejecutadas, en el caso de los contratos de bienes y servicios, y con la liquidación y pago correspondiente, tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras. El delito puede cometerse en cualquier tramo del proceso de ejecución del contrato administrativo y puede suponer la realización de uno o varios actos. Por ejemplo, puede haber delito de colusión en el otorgamiento de un adelanto de obra sin que el mismo se encuentra autorizado o supere el límite permitido o cuando simplemente no se cobra una penalidad al contratista. Igual ocurre cuando se recibe un bien distinto que al establecido en el contrato o dicho bien es de inferior calidad.

El delito de colusión solo puede cometerse en esta etapa siempre que haya un contrato vigente y no se haya resuelto previamente por alguna de las partes.

327 Véase la OPINIÓN N.º 124-2012/DTN del 28 de diciembre del 2012.

328 Cfr. SAYAGUÉS, LASO, Enrique, *La licitación pública*, Montevideo, B de F, 2005, pp. 49 y 151.

329 Véase la OPINIÓN N.º 124-2012/DTN del 28 de diciembre del 2012, la OPINIÓN N.º 110-2012/DTN del 13 de noviembre del 2012.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido también la necesidad de relacionar el delito de colusión con la ley de contrataciones del Estado y, con ello, la posibilidad de que se pueda cometer en cualquiera de las tres etapas de la contratación estatal.

Así, por ejemplo, ha señalado que la ley y el reglamento de contrataciones: “regulan básicamente tres fases en la contratación: fase de actos preparatorios, fase de selección y fase de ejecución contractual. La primera etapa es aquella que comprende la formación de la voluntad del Estado para contratar, con la definición de las necesidades que tiene la entidad en cuanto a la determinación de los bienes, servicios u obras para cumplir con las funciones y metas trazadas (son los pasos previos para la celebración del contrato). Aquí se designan a los encargados de conducir el proceso de selección denominados Comité Especial, quienes son los encargados de redactar las bases del proceso de selección. La segunda fase denominada de selección consiste en el proceso para determinar al postor que va contratar la entidad (en esta etapa se selecciona el contratista que va ejecutar la obra y se suscribe el contrato) y por último la fase de ejecución contractual que comprende al cumplimiento de las reglas establecidas en el contrato. Esta fase culmina cuando las partes contratantes han cumplido con el íntegro de sus obligaciones³³⁰”.

También ha destacado que el delito de colusión se puede cometer desde la elaboración de bases, pasando por la evaluación de propuestas, otorgamiento de buena pro, adjudicación, suscripción del contrato³³¹ y ejecución del mismo³³². La maniobra fraudulenta y el acuerdo colusorio —que necesariamente es doloso— deben producirse antes de la culminación del contrato estatal, esto es, en la fase de tramitación, celebración y ejecución³³³. La materialidad típica del delito de colusión puede tomar lugar en las diversas modalidades de contratación pública administrativa, sea en su fase preparatoria, ejecutiva

330 Véase el R. N. N.º 1318-2012 del 29 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

331 Véase el R. N. N.º 1991-2009 del 17 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).

332 Véase el R. N. N.º 3043-2010 del 09 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

333 Véase el R. N. N.º 2052-2012 del 03 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 2300-2012 del 12 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

y liquidadora³³⁴. La concertación puede presentarse en la etapa de selección de los proveedores o en la etapa de ejecución de los contratos celebrados con la empresa seleccionada³³⁵.

El objeto de la colusión puede comprender más de una etapa del procedimiento contractual. No es necesario que se limite a solo una de dichas etapas. La Corte Suprema, por ejemplo, ha señalado en un caso que “el objeto de imputación se centró en la participación sucesiva de los procesados en por lo menos dos de los tres momentos del proceso de licitación -la inspección y precalificación de los postores; la verificación documental, asignación definitiva y cotejo de puntajes y selección propiamente de la empresa ganadora; y la ejecución contractual-”³³⁶ o que las anomalías se pueden presentar tanto en la fase previa como en la fase posterior de la adjudicación, orientados evidentemente a favorecer y direccionar el contrato a la empresa³³⁷.

Ha de tomarse en cuenta que muchas veces la dinámica del delito no solo está en la contratación del interesado, sino en el hecho que el procedimiento administrativo –en este caso el *iter criminal*– sigue una serie de pasos que tienen que ver con la consolidación de la contratación, con el servicio prestado o que debió prestarse, y con los pasos administrativos para la expedición, entrega y cobro del cheque respectivo³³⁸.

Luego de la culminación del contrato estatal no es posible alegar e imputar el delito de colusión. Por ejemplo, no se comete el delito si es que no se cuestiona el precio de adquisición sino el supuesto pago indebido de la reparación y que no fue cubierto por la garantía del vendedor³³⁹.

334 Véase el R. N. N.º 732-2014 del 03 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

335 Véase el R. N. N.º 1111-2014 del 12 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

336 Véase el R. N. N.º 1815-2009 del 23 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

337 Véase el R. N. N.º 265-2013 del 25 de junio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

338 Véase el R. N. N.º 1217-2014 del 01 de junio del 2016 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

339 Véase el R. N. N.º 1833-2013 del 29 de octubre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Cevallos Vega): “La reparación de los bienes ha sido dos años después de

241

La Corte Suprema de Justicia admite la posibilidad de que el delito de colusión se cometa en la **etapa precontractual** al señalar, por ejemplo, en el caso de compras militares (aviones de guerra) que “la compra del material bélico aéreo controvertido, antes de la suscripción del contrato, de la emisión de los documentos de la FAP y de la expedición del respectivo DU, ya aparecía concertada con la parte rusa (...) La compra estaba concertada previamente —fue anterior a los propios procesos de licitación y suscripción de los contratos—³⁴⁰”.

La Corte Suprema de Justicia ha destacado a la etapa de selección como una de las etapas del proceso de contratación estatal en la que se comete con mayor frecuencia el delito de colusión ilegal³⁴¹. Si un funcionario no tiene competencia para participar en la fase de selección del contrato público no se le puede atribuir alguna responsabilidad en el delito de colusión³⁴². Sin embargo, el hecho de que un funcionario no participe en el proceso de selección no quiere decir que luego no pueda cometer el delito interviniendo, por ejemplo, en la fase de ejecución del contrato estatal.

El delito se puede cometer en la fase de la **celebración del contrato** y en la **etapa de ejecución contractual**.

La máxima instancia de la justicia ordinaria acepta la posibilidad de colusión en la etapa de ejecución contractual cuando, por ejemplo, un funcionario público ordena a sus inferiores que se efectúen pagos a cuenta a favor del contratista al margen de las cláusulas contractuales y sin exigir ninguna

la compra de los mismos siendo que es evidente que la apreciación del bien en el mercado siempre será superior”.

340 Véase el R. N. N.º 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro): “El secretismo del procedimiento seguido no tenía justificación razonable. Además, permitió, con arreglo al plan criminal previamente diseñado por el presidente Fujimori y el asesor presidencial Montesinos Torres, obtener comisiones ilegales con destino al denominado “Fondo de Contingencia”.”.

341 Véase el R. N. N.º 3473-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla): “el delito de colusión legal se manifiesta precisamente en el ámbito de los procedimientos de selección de contratantes que proveen de bienes o servicios al Estado”.

342 Véase el R. N. N.º 154-2011 del 26 de enero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

garantía, por concepto de adelanto de obra³⁴³. También cuando se efectúa el pago al contratista por más del noventa por ciento del valor inicial de la obra, pese a que no se había concluido aún la obra, y que no contaba con la calidad técnica para su ejecución³⁴⁴ o que objeto del concierto defraudatorio consiste en la sobrevaluación de los avances de obras llevadas a cabo por los contratistas, y el pago de sumas mayores a las que correspondían en la realidad³⁴⁵. De igual forma, se considera cometido el delito de colusión cuando un funcionario (alcalde) autoriza el pago a una empresa proveedora por la compra de cebada para el programa del vaso de leche sin que se comprueben previamente la entrega de dicho bien³⁴⁶ o cuando un inspector de obra aprueba valorizaciones absolutamente ventajosas al contratista sin que haya amparo técnico³⁴⁷.

Los acuerdos colusorios se manifiestan también cuando, por ejemplo, el funcionario luego de suscribir el contrato concede al interesado cláusulas más ventajosas que no se encontraban previstas en las bases; se le permite una prórroga no prevista o injustificada para el cumplimiento de una contraprestación; no se le cobra una penalidad por mora, no se ejecuta la carta fianza ni se resuelve el contrato³⁴⁸; pese al retraso de treinta días no se aplicó la multa por mora al contratista cuyo equivalente asciende a dos mil cuatrocientos nuevos soles³⁴⁹, el plazo de entrega se efectúa a los seis meses y no a los tres,

343 Véase el R. N. N.º 3328-2011 del 04 de julio del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

344 Véase el R. N. N.º 3237-2013 del 30 de mayo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Morales Parraguez): "existe un pago en exceso de veinticinco mil setecientos cuatro punto noventa nuevos soles; y pese a que la obra no había sido concluida al treinta y uno de diciembre del año dos mil seis, se pagó a dicha empresa constructora (PROCOM S. R. L.) el noventa y nueve punto catorce por ciento de la obra Ampliación del Tercer Nivel y Remodelación de la fachada del Palacio Municipal de Caracoto".

345 Véase el R. N. N.º 2926-2013 del 27 de agosto del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

346 Véase el R. N. N.º 1538-2011 del 04 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).

347 Véase el R. N. N.º 29-2012 del 22 de marzo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), el R. N. N.º 2787-2010 del 18 de mayo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

348 Véase el R. N. 850-2001 del 23 de mayo del 2002, en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p. 1300.

349 Véase el R. N. N.º 1832-2012 del 05 de junio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

conforme estaba en el contrato, pese a ello, tampoco fue merecedor de algún tipo de penalidad o sanción por este incumplimiento³⁵⁰; no se fija la elevación de costos o se acepta suministros de menor calidad o cantidad³⁵¹ v. gr., se ofrece una determinada calidad de bienes y se entrega otros de menor calidad³⁵², se recibe bienes en mal estado³⁵³, o se otorgó la conformidad a la entrega de la obra pese a las graves deficiencias de la misma³⁵⁴.

El delito se puede cometer también en la fase de ejecución cuando, por ejemplo, un funcionario (v. gr., Jefe de mecánica) expresa su conformidad en la entrega de un bien (v. gr., motor) y permite que se lo reciba, pese a que se trata de un bien usado y no nuevo, contraviniendo las bases del proceso de contratación³⁵⁵ o cuando se recepciona una lavadora industrial que “tenía características físicas visibles de encontrarse en mal estado, pues presentaba oxidación y efectos de humedad en los cables y transformadores”³⁵⁶. De igual manera, los miembros del Comité de recepción de la obra pueden coludirse con el representante de la empresa contratista para ocultar las deficiencias de la construcción que se observan en las obras, dando su conformidad y recepcionando las obras³⁵⁷. Se comete el delito cuando se elabora una guía de remisión (v. gr., por el Ingeniero residente de obra) en la que se consigna

350 Véase el R. N. N.º 265-2013 del 25 de junio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

351 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 267; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 78.

352 Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, p. 320.

353 Véase las Ejecutorias Supremas recaídas en el R. N. 2161-2002 de fecha 12 de abril del 2004 y el R. N. 2664-2003 del 19 de mayo del 2004, en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p. 752 y 1343.

354 Véase el Dictamen del Fiscal Supremo en lo penal recaído en el R. N. 3978-2001 de fecha 09 de octubre del 2002, en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La Evolución de la Jurisprudencia Penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p. 1305.

355 Véase el R. N. N.º 285-2014 del 18 de junio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

356 Véase el R. N. N.º 2621-2013 del 23 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

357 Véase el R. N. N.º 644-2010 del 10 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores) aunque dicha sentencia confirma la absolución del Comité de recepción de obra.

fraudulentamente la entrega del total de la mercadería adquirida, pese a que no coincidía con el material entregado físicamente³⁵⁸.

La recepción de un bien y la conformidad del servicio forman parte del proceso de ejecución contractual; de tal manera que el delito de colusión puede también cometerse en dicha etapa³⁵⁹. Por ejemplo, se comete el delito de colusión cuando algunos de los miembros de la comisión de recepción de obra consignan en el acta de recepción de una obra de pavimentación de una calle que la misma se había concluido en su totalidad, lo que no era cierto; lo que determinó que el contratista cobrase, luego, una suma de dinero pendiente³⁶⁰. En el caso descrito se resaltó el concurso de delitos de colusión ilegal y falsedad ideológica³⁶¹. Asimismo, se comete el delito de colusión cuando se consigna la conformidad de ingreso al almacén de un número de neumáticos (en un número menor), lo que permite el pago del importe del contrato³⁶², cuando

358 Véase el R. N. N.º 236-2012 del 09 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

359 Véase el R. N. N.º 1076-2013 del 02 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1467-2012 del 16 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro): “el servicio adquirido nunca funcionó integralmente, pese a lo cual se emitieron conformidad de servicios para efectuar los pagos”, el R. N. N.º 2468-2011 del 11 de julio del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas): “dicha conformidad la firmó sin verificar la conclusión de la obra, por orden de su co acusado Javier Ramos, quien le indicó que firmara el documento que ya estaba confeccionado para separarle el dinero al pintor”, el R. N. N.º 1034-2011 del 28 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 3335-2010 del 01 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 3389-2010 del 29 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 1820-2010 del 20 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

360 Véase el R. N. N.º 3335-2010 del 01 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo). Dicha acta no fue firmada por uno de sus miembros (v. gr., Jefe de la Oficina de Contabilidad) quien en un informe señaló que “no fue notificado por el Presidente del comité de recepción de obra para efectuar la verificación física respectiva”. También se destacó que “la obra fue cancelada al cien por ciento pese a que se constató que faltan por ejecutarse las partidas de imprimación asfáltica y carpeta asfáltica; que la obra debió culminarse al treinta de setiembre de dos mil seis, no cumpliéndose con los plazos contractuales por motivos netamente inherentes a la empresa contratista”.

361 Véase el R. N. N.º 3335-2010 del 01 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

362 Véase el R. N. N.º 3043-2010 del 09 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

se recibe los bienes a pesar de tener conocimiento de que la maquinaria no cumplía con los requerimientos técnicos y no se contó con la aprobación u opinión de un especialista³⁶³, cuando se firma el acta de conformidad, pese a que las obras no existían físicamente³⁶⁴ o cuando se da la conformidad de la entrega de materiales, a pesar de tener conocimiento que los transformadores no cumplían con las especificaciones técnicas³⁶⁵. De igual forma, el delito se consuma cuando las especificaciones técnicas de los bienes recibidos no concuerdan con el requerimiento técnico solicitado y, por tanto, se reciben bienes de menor calidad, v. gr., se pretende adquirir un equipo de cómputo con tarjeta madre, sin embargo, se recibió con tarjeta madre Biostar Group-Modelo MseisVLQ, que es de menor calidad y tiene un costo menor³⁶⁶.

En esta etapa se comete el delito de colusión cuando el funcionario encargado de la supervisión de la obra emite el Informe de conformidad de obra, sin realizar la verificación material, pese a que la obra se encontraba notoriamente inconclusa y que dicho informe tuvo, además, la visación del Gerente de Sub Proyectos y Estudios de la Municipalidad y el Gerente de Desarrollo Urbano³⁶⁷.

En alguna ocasión la Corte Suprema ha distinguido entre una conformidad de la recepción de un bien y la conformidad de la operatividad del

363 Véase el R. N. N.º 3372-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

364 Véase el R. N. N.º 1076-2013 del 02 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

365 Véase el R. N. N.º 1820-2010 del 20 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

366 Véase el R. N. N.º 2897-2009 del 14 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).

367 Véase el R. N. N.º 3348-2011 del 13 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo): "Le correspondía entre otras funciones, asegurar el cumplimiento de las obras que ejecuta su representada la Municipalidad Provincial de Tarma, habiéndose determinado contrariamente a dicha obligación funcional, que visó el documento con conformidad de obra, a pesar que la ejecución del enmallado de Clara Cueva II Etapa, a la fecha de la emisión del informe referido, no había sido ejecutado, acción demostrativa de evidente infracción al rol funcional asignado oficialmente por reglamento, ya que la indicada visación, supuso el pago total de una obra inconclusa, generándose el perjuicio económico a que hace referencia el peritaje contable de fojas setecientos treinta y nueve".

bien³⁶⁸. La conformidad en la recepción (entrega física) corresponde al área de almacén o abastecimiento, mientras que la conformidad operativa del bien lo debe brindar el área usuaria.

La recepción del bien es considerada por nuestra jurisprudencia como el momento determinante del perjuicio a la entidad estatal. La Corte Suprema ha entendido que el perjuicio “se configura desde el momento que se recibió maquinarias -dos volquetes y un cargador frontal- con deficiencias técnicas por no cumplir con las especificaciones y características distintas a la establecida en las bases; lo que motivó incluso que se haya acudido al arbitraje para dar solución al diferendo suscitado con la empresa ganadora del concurso”³⁶⁹.

Sin embargo, en la etapa de la ejecución contractual se descarta la comisión del delito de colusión cuando, por ejemplo, un Jefe de almacén, registra en un acta la entrega parcial de un bien y expresamente se consigna el saldo por entregar; en este caso la contratista señala no conocer al funcionario que recepcionó parcialmente los bienes³⁷⁰ o cuando se verifica que la recepción del bien se lleva a cabo por otro funcionario y no por el funcionario procesado³⁷¹. Asimismo, se desestima la colusión frente la imputación de que el funcionario (decano de una facultad de ingeniería) dió la conformidad a los equipos que ingresaron a la universidad, pese a que entre lo entregado por la empresa no se encontraba el equipo requerido debido a que: i) de manera efectiva comunicó a sus superiores (v. gr., oficio dirigido al rector de la Universidad Nacional), indicando que la empresa no cumplió con entregar el equipo faltante; ii) había comunicado a las instancias inferiores de la Universidad para que realicen las gestiones ante la empresa adjudicataria cumpla con entregar el equipo requerido; iii) a partir de las comunicaciones se iniciaron las acciones legales en contra de la empresa; iv) al recepcionar los bienes adquiridos materia de

368 Véase el R. N. N.º 3547-2013 del 03 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla).

369 Véase el R. N. N.º 3537-2009 del 03 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

370 Véase el R. N. N.º 154-2011 del 26 de enero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

371 Véase el R. N. N.º 3389-2010 del 29 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

cuestionamiento efectuó una anotación al reverso de la factura de la empresa, donde se consignó la anotación “falta la estación sísmica”³⁷².

Asimismo, el hecho de que se ordene el pago a la empresa contratista sin verificar la operatividad del bien no puede ser entendido automáticamente y por sí solo como un acto de colusión. La Corte Suprema en un caso señaló que “el procesado debía esperar un informe técnico de conformidad antes de ordenar el pago por el bien materia de adjudicación; sin embargo, tal hecho no acredita *per se* una concertación para defraudar al Estado, mas si un incumplimiento en el diligenciamiento de sus funciones, accionar que por cierto ya fue sancionado internamente, conforme lo ha referido el encausado”³⁷³.

El hecho de que el delito de colusión pueda cometerse en la etapa de ejecución contractual no quiere decir que todo acto que se realice en dicho tramo del proceso de contratación pública posea relevancia penal automática. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha descartado por atipicidad que pueda hablarse de colusión por “el sólo hecho de haber dado la conformidad a los informes emitidos, no constatar el servicio o trabajos prestados, o no constatar la veracidad de determinados documentos”³⁷⁴ o cuando la conducta que se realiza no es dolosa, sino culposa al sostener que “la omisión del encausado de verificar la recepción del producto como una relevante infracción a su deber funcional, resultaría imposible inferir que ello tenga como origen un acto concertado, para lo que se requería de un actuar doloso, esto es, un conocimiento cabal de la entrega completa del producto, y desde luego, una

372 Véase el R. N. N.º 1034-2011 del 28 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

373 Véase el R. N. N.º 3547-2013 del 03 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla): “una vez tomado conocimiento del informe técnico que no daba conformidad al bien -el mismo que fue enviado quince días después del realizado el aforo, en cuya acta estaban las observaciones-, solicitó de manera escrita a su co procesada Sánchez Deur subsane las observaciones del referido informe, con lo cual se denota que el mismo no tenía conocimiento que el bien había sido observado, si bien debió esperar el informe especializado que emita la correspondiente conformidad del componente para su ulterior pago, tal descuido no configura el delito de colusión, el mismo que requiere del elemento subjetivo “dolo” para su configuración, el cual no ha sido acreditado en autos al haber sido desvirtuada la sospecha inicial configurada por la firma de los peritos en el sello “es conforme control de calidad””.

374 Véase el R. N. N.º 1533-2011 del 13 de junio del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).

conducta negligente, por suplencia, no puede satisfacer las exigencias típicas de un tipo eminentemente doloso”³⁷⁵.

El funcionario que firma el contrato (v. gr., gerente), por lo general, no tiene la competencia ni la función de velar por el cumplimiento y la ejecución del contrato, dado que dicha función como la elaboración de la conformidad de servicios para el pago al contratista es evaluado por el área usuaria³⁷⁶. De igual forma, los miembros del Comité de recepción de la obra no poseen dentro de sus competencias la facultad del mantenimiento ni la protección de la obra. Dicho Comité solo debe verificar si existen irregularidades y debe formular observaciones sobre el estado de la obra³⁷⁷.

Pese a que el delito de colusión se puede cometer en la fase de ejecución contractual en algunas ocasiones la Corte Suprema llegó a afirmar la irrelevancia penal de unos actos aparentemente colusorios debido a que se llevaron a cabo luego del otorgamiento de la buena pro a la empresa ganadora; esto es, en la ejecución del contrato³⁷⁸ y se estimó que el funcionario no formó parte

375 Véase el R. N. N.º 3389-2010 del 29 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

376 Véase el R. N. N.º 1114-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana): “Tanto el contrato de elaboración de software como la adenda número uno, fueron suscritos por el encausado Ramírez Vicencio, no se tuvo en cuenta que ello fue en el ejercicio de sus funciones, es decir, en su calidad de Gerente Municipal, circunstancia que no resulta suficiente para imputarle responsabilidad penal en los hechos denunciados, escapando de su función el velar por el cumplimiento de la elaboración del software, dado que dicha función y la elaboración de la conformidad de servicios para el pago al contratista Aponte Chirinos era evaluado por el Gerente de Administración Tributaria, tal como se ha descrito en el punto”.

377 Véase el R. N. N.º 644-2010 del 10 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

378 Véase el R. N. N.º 2111-2009 del 15 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores); el R. N. N.º 2456-2012 del 11 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores): “la actuación de los precitados, fue posterior a la celebración del contrato derivado del proceso de selección de menor cuantía”; el R. N. N.º 3709-2010 del 08 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo): “respecto a la imputación relacionada a la ejecución de la obra como el pago a la empresa ganadora a los dos días de haberse celebrado el contrato, no puede constituir prueba o indicio del delito de colusión, pues dicho pago se efectuó después del proceso de adjudicación, es decir en la ejecución de la obra, cuando ya se había concedido la buena pro para la realización de la obra, por lo que, la única etapa

del Comité especial³⁷⁹. Por ejemplo, se ha sostenido que “la actuación de Aburto Sánchez fue posterior, esto significa que el precitado no participó en ninguna de las etapas previas a la adjudicación de la compra, sino en una etapa de ejecución de la misma, lo que escapa el presupuesto normativo sancionado”³⁸⁰ o que la “conducta es atípica objetivamente porque adolece de uno de los elementos típicos de configuración; la concertación derivado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los intereses del Estado”³⁸¹ o que “la actuación que se le imputa a Jersi Maycol Valerio Luciano fue posterior a la celebración del contrato derivado del proceso de selección de menor cuantía. Al respecto, la imputación fiscal estriba en que Valerio Luciano dió el visto bueno a la conformidad del servicio”³⁸². Asimismo, se absolvió a un funcionario que había dado la conformidad del servicio debido: “no participó en ninguna de las etapas de adquisición o contratación pública de servicios, sino que su actuación fue únicamente para efectos de dar visto bueno a la conformidad de servicios a nombre de Juan Carlos Del Pozo Moreno para habilitar el pago respectivo, al haberse terminado presuntamente el servicio encomendado, debe declararse su absolución de los cargos planteados por el representante del Ministerio Público por el delito de colusión”³⁸³. Para poder determinar la

donde podría haberse producido el delito de Colusión, donde los encausados y los contratistas se habrían podido coludir para defraudar al Estado, ya había precluido”.

379 Véase el R. N. N.º 1034-2011 del 28 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo): “de lo que se infiere que no ha tenido posibilidad material de arribar a acuerdos colusorios con los interesados, tal como lo exige el tipo penal”.

380 Véase el R. N. N.º 3279-2012 del 16 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

381 Véase el R. N. N.º 1318-2012 del 29 de agosto del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo); el R. N. N.º 3299-2010 del 08 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla): “el cuestionamiento efectuado por el titular de la carga de la prueba, persecutor del delito y la pena estriba no en la realización de un acuerdo clandestino en la celebración de un contrato para defraudar al Estado, sino que el acuerdo colusorio habría ocurrido en la ejecución del mismo, esto es, concretamente en una de las etapas en que se desarrolla la obra objeto del contrato, de lo que se advertiría que la conducta atribuida a los encausados sería atípica acorde con el elemento normativo del tipo antes aludido”.

382 Véase el R. N. N.º 2158-2012 del 28 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

383 Véase el R. N. N.º 1083-2013 del 09 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

responsabilidad de los acusados en el delito de colusión resulta fundamental determinar si ha existido un acuerdo previo, el cual debe inferirse de los actos previos que rodearon la operación económica o licitación, en tal sentido, de la acusación fiscal se desprende que el elemento incriminador estaría constituido sólo por el acto de recepción de productos que no tenían la características ofrecidas por el ganador de la buena pro, lo que en rigor, no constituye un acto previo sino un hecho posterior a la licitación³⁸⁴.

Según el criterio glosado, el delito de colusión solo podría cometerse antes o durante la suscripción del contrato y del otorgamiento de la buena, de tal manera que no se castigarían actos como la autorización de un adelanto de pago a la contratista que no se encontraba estipulado; el aplazamiento de la obra; la no renovación de la carta fianza; la inejecución de las penalidades que establecía el contrato; la falta de supervisión de la obra³⁸⁵. Dicho planteamiento limita la comisión del delito de colusión a la fase precontractual y a la suscripción del contrato, pero descarta la comisión del delito en la fase de ejecución contractual, posición que es contraria al texto de la ley y a la finalidad de protección del bien jurídico.

Un criterio semejante no es de recibo y no se compadece con la regulación actual (y anterior) del delito de colusión que expresamente menciona que el delito se puede cometer en cualquier etapa del proceso de contratación.

IV. ¿PUEDE COMETERSE EL DELITO DE COLUSIÓN EN UN PROCESO ARBITRAL?

Uno de los problemas más interesantes que se generan en el delito de colusión en particular en el ámbito de la ejecución de contrato es determinar si es posible o no cometer el delito de colusión dentro del marco de un proceso arbitral en el que se dirimen controversias propias y derivadas del procedimiento de contratación.

242

Por ejemplo, se presenta la interrogante si dentro de un procedimiento de arbitraje las partes concilian y llegan a un acuerdo que termina perjudicando el

384 Véase el R. N. N.º 3358-2010 del 31 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

385 Véase el R. N. N.º 3093-2012 del 12 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

patrimonio del Estado y si dicho acuerdo al contener algunas irregularidades y violar la ley puede ser considerado como un acuerdo típico de colusión ilegal; v. gr., el acuerdo supera el límite dinerario para conciliar, el funcionario que concilia carece de representación legal o la entidad no cumple con presentar la resolución autoritativa para conciliar.

243 La *Ley de Contrataciones del Estado* en su artículo 45.1 dispone: “Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje”. Asimismo, se permite que “las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias”. La ley reconoce que “el arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros” (artículo 45.6)

Por su parte, el artículo 182 del Reglamento de la *Ley de Contrataciones del Estado* establece: “Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias referidas al incumplimiento del pago final también son resueltas mediante conciliación y/o arbitraje”. El artículo 184 del RLC prescribe: “cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje dentro del plazo de caducidad correspondiente. El arbitraje es nacional y de derecho. De haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, la institución arbitral debe encontrarse debidamente acreditada ante OSCE, correspondiendo a la parte interesada recurrir a la institución arbitral elegida en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional. De haberse pactado arbitraje ad hoc, la parte interesada debe remitir a la otra la solicitud de arbitraje por escrito”.

El artículo 139.2 de la Constitución regula que “La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.

244 En la legislación peruana y, en particular, en los contratos estatales el arbitraje es un mecanismo obligatorio en la solución de controversias y

disputas entre las partes. Cualquier controversia que surja entre las partes respecto a la ejecución, alcance y validez del arbitraje debe ser sometido a la jurisdicción arbitral. El objeto del arbitraje es variado y puede tener como objeto la dilucidación “de la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, invalidez del contrato o el incumplimiento del pago final”, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes que suscriben el contrato estatal tiene el derecho a iniciar el arbitraje dentro del plazo correspondiente.

La Constitución reconoce al arbitraje como una forma de jurisdicción independiente, junto con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar. No se admite en nuestro ordenamiento jurídico, por expreso mandato de la Constitución, una jurisdicción distinta a las previstas. En la ley fundamental la jurisdicción arbitral ocupa un lugar especial.

245

Dentro de los elementos intrínsecos de la jurisdicción arbitral se encuentra la exigencia de independencia del Tribunal Arbitral. El artículo 3.2 de la Ley de arbitraje (D. Leg. 1071) prescribe: “El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones”.

Se ha señalado que entre las diversas fórmulas de solución de conflictos, el arbitraje es la más extendida y aceptada porque ofrece diversas ventajas: es eficaz porque da una solución definitiva al conflicto; el árbitro puede ir más allá de una simple decisión válida para el momento; se puede resolver con mayor celeridad que en la vía ordinaria; brinda mayor facilidad para que las partes cumplan con lo acordado al haber nacido de una voluntad común; es discreto, pues, a diferencia de las vías judiciales ordinarias, solo las partes tienen derecho a estar en el proceso; la especialización de los árbitros; costos más baratos en términos absolutos, pues si bien el arbitraje se debe pagar, la demora en obtener una decisión judicial puede resultar más onerosa que una solución rápida pagando, etc.³⁸⁶.

El TC peruano ha señalado que la función jurisdiccional, siendo evidente su íntima correspondencia con los principios de división de poderes y control y balance entre los mismos, debe entenderse como el fin primario del Estado

386 Exp. N.º 03574-2007-PA/TC (Caso *Club Deportivo Wanka* representado por Mario Rafael Miranda Eyzaguirre).

consistente en dirimir los conflictos interindividuales, que se ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la aplicación de las normas jurídicas. Por ello es que tradicionalmente se ha reservado el término “jurisdicción” para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quien infringen sus mandatos. Sin embargo, el artículo 139, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada³⁸⁷. Consecuentemente, le resultan aplicables las normas y principios constitucionales, y en particular, aquellas que informan la impartición de justicia, sea en su relación con la jurisdicción ordinaria y los otros fueros que la Norma Fundamental reconoce, sea al interior de los procedimientos que conocen los tribunales arbitrales³⁸⁸. Al respecto, el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139°); constitucional (artículo 202°) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149°), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución; siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva³⁸⁹.

Según jurisprudencia uniforme y pacífica del TC peruano el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber³⁹⁰:

- a) Conflicto entre las partes.
- b) Interés social en la composición del conflicto.
- c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
- d) Aplicación de la ley o integración del derecho.

387 Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC (Caso Fernando Cantuarias Salaverry); Exp. N.º 01742-2013-PA/TC (Caso *Fernando Ikeda Matsukawa*).

388 Exp. N.º 01742-2013-PA/TC (Caso *Fernando Ikeda Matsukawa*).

389 Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC (Caso *Fernando Cantuarias Salaverry*).

390 Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC (Caso *Fernando Cantuarias Salaverry*, f.j. 8 que tiene el carácter de precedente constitucional vinculante); Exp. N.º 0023-2003-AI/TC (Caso *Jurisdicción Militar*).

El arbitraje no puede ser entendido como un mecanismo llamado a desplazar al Poder Judicial, ni éste sustituir a aquél, sino que constituye una alternativa que complementa el sistema judicial, puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, y una necesidad, básicamente en la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo, en la resolución de las controversias que se generen de la contratación internacional³⁹¹. Ello no afecta el *principio de unidad de la función jurisdiccional* (que implica que el Estado, en conjunto, posea un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tengan idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento), ya que, como ha señalado el TC, “de ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución³⁹²”.

El TC peruano ha señalado que “es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional*. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución. De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro

391 Exp. N.º 03574-2007-PA/TC (Caso *Club Deportivo Wanka* representado por Mario Rafaelmiranda Eyzaguirre); Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC (Caso *Fernando Cantuarias Salaverry*); Exp. N.º 00142-2011-PA/TC (Caso *Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia*); Exp. N.º 01064-2013-PA/TC; (Caso *Asociación Solaris Perú* representado (A) por Roberto Espinoza Rosales).

392 STC 0004-2006-PI/TC, f.j. 10; Exp. N.º 00142-2011-PA/TC (Caso *Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia*).

o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales³⁹³.

El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139° de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida las autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes³⁹⁴. La jurisdicción arbitral forma parte del orden público constitucional. Tiene por finalidad resolver conflictos patrimoniales a solicitud concordada por las partes, y la protección del ámbito de sus competencias se encuentra garantizada por el principio de no interferencia establecido por el inciso 2) del artículo 139.° de la norma fundamental, debiendo exigirse el cumplimiento de las garantías y principios constitucionales en dicho proceso arbitral³⁹⁵.

393 Exp. N.° 6167-2005-PHC/TC (Caso *Fernando Cantuarias Salaverry*, f.j. 11 que posee el carácter de precedente constitucional vinculante).

394 Exp. N.° 6167-2005-PHC/TC (Caso *Fernando Cantuarias Salaverry*, f.j. 12 que tiene el carácter de precedente constitucional vinculante); Exp. N.° 01742-2013-PA/TC (Caso *Fernando Ikeda Matsukawa*).

395 Exp. N.° 01742-2013-PA/TC (Caso *Fernando Ikeda Matsukawa*).

El TC peruano reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje³⁹⁶.

La jurisprudencia del TC ha destacado que las notas más importantes de la jurisdicción arbitral son las siguientes:

- Se trata de una jurisdicción que posee un fundamento constitucional (artículo 139.1) y que no solo posee un rango legal. Se trata de una sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales.
- La jurisdicción arbitral se rige por los principios constitucionales que inspiran a la jurisdicción ordinaria. La dimensión objetiva de la jurisdicción arbitral exige el respeto al principio de supremacía normativa de la Constitución (artículo 51) y el respeto a la jurisprudencia del TC.
- La jurisdicción arbitral se encuentra premunida del principio (jurisdiccional) de no interferencia que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los árbitros deben desestimar cualquier intento de intervención o injerencia de terceros, sea de los órganos administrativos, judiciales o de los particulares.

Creemos que desde el punto de vista jurídico penal no es correcto pre-
dicar que en el contexto de un proceso arbitral se puede cometer el delito de
colusión³⁹⁷ por las siguientes razones:

246

396 Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC (Caso *Fernando Cantuarias Salaverri*, f.j. 14 que tiene el carácter de precedente constitucional vinculante).

397 Cfr. REVILLA LLAZA, Percy Enrique, "El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento", en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 90, diciembre 2016, p. 179: "El arbitraje es una forma de jurisdicción independiente, la contratación pública no. El arbitraje, a diferencia de

En primer lugar, el arbitraje, o la conciliación que se produce en dicho contexto, no forma parte del procedimiento administrativo en que se desenvuelve el contrato estatal de obras, bienes y servicios. El marco en el que se desarrolla el contrato estatal es un escenario estrictamente administrativo que se lleva a cabo ante los órganos competentes para contratar de la concreta entidad estatal y que es absolutamente distinto al contexto en el que se desenvuelve un arbitraje que es un procedimiento *eminentemente jurisdiccional* (artículo 139.1), por mandato de la Constitución y la ley.

La etapa de ejecución contractual de un contrato estatal es un contexto fáctico-normativo distinto del contexto normativo de un proceso arbitral en el que se ejerce la jurisdicción en la solución de una disputa y controversia entre las partes. Mientras que la ejecución del laudo arbitral es un procedimiento y etapa netamente administrativo que se lleva a cabo ante los funcionarios y órganos competentes de la entidad estatal, el proceso arbitral se lleva a cabo ante terceros imparciales (árbitros) que son independientes de las partes y que resuelven cualquier disputa de acuerdo a criterios constitucionales y legales. El ente administrativo en el arbitraje no decide sobre la materia en disputa ni tiene injerencia en el trámite y resultado del proceso, mientras que en la etapa de ejecución contractual hay una capacidad de decisión directa y un dominio sobre los términos del contrato. En la etapa de ejecución contractual la entidad estatal tiene un completo y pleno poder de disposición sobre el objeto del contrato; mientras que en el proceso arbitral dicho poder de disposición y de decisión lo tiene los árbitros. En buena cuenta el contexto administrativo en el que se desenvuelve la etapa de ejecución contractual es completamente distinto al contexto jurisdiccional en el que se desarrolla el procedimiento arbitral.

las contrataciones públicas, no forma parte del procedimiento administrativo (es un procedimiento netamente jurisdiccional desvinculado de él). Mediante el arbitraje se solucionan controversias surgidas entre las partes contratantes sobre materias de libre disposición; mediante la contratación pública no se soluciona controversia alguna, sino que se satisface una demanda del Estado. Las contrataciones públicas se caracterizan porque el Estado requiere un bien o servicio y el proveedor los proporciona bajo las mejores condiciones de precio y calidad. El arbitraje se caracteriza porque una de las partes contratantes demanda a la otra en razón de una discrepancia surgida de los términos del contrato, ante un tribunal con jurisdicción para solucionar dicha disputa”.

En segundo lugar, en la etapa de ejecución (administrativa) del contrato estatal la entidad (como el otro sujeto de la relación contractual) puede utilizar las competencias y facultades que le dota la ley en el desarrollo, interpretación y aplicación del contrato; en cambio el contexto de un proceso arbitral supone el ejercicio de un derecho fundamental como es el derecho a acceso a la justicia que forma parte del macro derecho de la tutela judicial efectiva³⁹⁸ en la dilucidación de una controversia o disputa que surgen entre las partes. En la ejecución del contrato estatal se aplican normas administrativas o de mero valor legal o reglamentario, mientras que en la solución de un arbitraje se aplican normas constitucionales y legales en respuesta del ejercicio del derecho constitucional de acción y de defensa. En el proceso arbitral las partes deciden confiar en un tercero (los árbitros), dentro de un determinado procedimiento (arbitral) para que se resuelva conforme a derecho una determinada controversia; ello a diferencia de la etapa de ejecución contractual en el que las partes y, en especial, la entidad puede adoptar decisiones autónomas. La naturaleza jurídica y el sentido normativo constitucional del proceso arbitral es completamente distinto al de la mera etapa de ejecución contractual. El contrato estatal y el arbitraje son dos instituciones completamente distintas en cuanto a las reglas, principios y condiciones que los rigen; de tal modo que es un grave error pretender asimilar el arbitraje como una etapa propia de la ejecución del contrato estatal.

En tercer lugar, el filtro y criterio interpretativo referido al ámbito de protección de la norma indica que en el delito de colusión se protege el sistema de contratación estatal castigando las conductas de concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados. Dicho filtro permite excluir los posibles perjuicios económicos que el Estado puede sufrir como consecuencias de acuerdos que las partes o los árbitros pueden llegar en el marco de un proceso arbitral, en la medida que el proceso arbitral no perte-

398 El TC peruano ha señalado: “El derecho a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y, como quedó dicho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales”; véase, Exp. N.º 010-2002-AI/TC, Exp. N.º 015-2001-AI/TC, Exp. N.º 016-2001-AI/TC, EXP. N.º 004-2002-AI/TC Colegio De Abogados de Ica, Defensoría del Pueblo (Acumulados), Exp. N.º 1042-2002-AA/TC (Caso Sindicato Unitario de Trabajadores Municipales del Rímac).

nece a alguna etapa del proceso de contratación ni implica llevar de manera autónoma la creación, modificación o extinción de un contrato estatal, sino que la decisión sobre el contrato estatal se deja en manos de terceros (árbitros), independientes e imparciales. Los actos en el proceso arbitral no son actos contractuales, sino actos que tienen un sentido jurídico determinado como el ser actos procesales en que los árbitros ejercen la jurisdicción. El hecho de que los actos y las decisiones dentro de un proceso arbitral puedan incidir luego en el objeto de un contrato estatal no quiere decir que por dicha virtud se conviertan en actos contractuales.

En cuarto lugar, el propio Código penal reconoce que los árbitros no pueden ser, como regla general, autores del delito de colusión y, por tanto, el arbitraje no es el contexto jurídico normativo en el que se puede cometer el delito. En efecto, el artículo 386 del Código penal establece que “las disposiciones de los Artículos 384 y 385 son aplicables a los Peritos, Árbitros y Contadores Particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias” con ello el legislador consagra una clausula especial de extensión de la pena a un círculo limitado de autores (peritos, árbitros y contadores particulares) que de otro modo no podrían ser perseguidos ni castigados como autores del delito de colusión. Solo a través de una disposición de ampliación de la punibilidad la ley penal alcanza a ciertos sujetos que pueden verse involucrados en el manejo de bienes estatales o que están confiados a la custodia. Dicha cláusula establece que los peritos pueden cometer el delito cuando intervienen en una tasación, los contadores cuando intervienen en una partición y los árbitros cuando intervienen en una adjudicación. Una situación semejante ocurre con los tutores, curadores y albaceas, respecto de los bienes pertenecientes a incapaces o testamentarias.

Cabe resaltar que el artículo 386 no castiga que los árbitros expidan un arbitraje en beneficio o a favor de un tercero (entidad estatal o el contratista particular), sino que únicamente los castiga en aquellos casos -se entiende dentro de un arbitraje- en los que realizan la conducta de adjudicar un contrato estatal (de obra, de servicio o de bienes). Las demás conductas que pueden realizar los árbitros en un proceso y que puedan suponer la producción de un perjuicio al patrimonio del Estado por imperio y mandato del principio de legalidad y en concreto como consecuencia de la prohibición de analogía no son alcanzadas por la ley penal; de tal manera que debe entenderse que las conductas distintas a la “adjudicación” no son ni abarcadas ni comprendidas

por el tipo penal de colusión ni por el tipo ampliado del artículo 386 del CP. De ello se deriva, entonces, que la expedición de un arbitraje y de los actos que se desarrollan dentro del proceso arbitral (v. gr., conciliación, el laudo arbitral, etc.) no se encuentran cubiertas ni sancionadas por la ley penal. Se trata, en suma, de actos completamente atípicos y que carecen de relevancia para el derecho penal.

Creemos que si por razones de necesidad y merecimiento de pena se considera conveniente criminalizar el comportamiento que los árbitros realizan (v. gr., conciliaciones, expedir laudos fraudulentos) y que perjudican el patrimonio del Estado se debe plantear una reforma del Código penal a fin de que se introduzca de manera expresa una figura delictiva que comprenda dichos comportamientos criminales. Es través de las modificaciones legislativas oportunas cómo se debe criminalizar determinados comportamientos y no a través de desarrollos jurisdiccionales o planteamientos dogmáticos.

Sin embargo, se debe destacar que el hecho de que a través de la expedición de laudos arbitrales no se pueda cometer el delito de colusión es posible que los funcionarios involucrados cometan otra clase de delitos como peculado, estafa o fraude procesal.

Finalmente, si la colusión entre los funcionarios y los terceros interesados se produce antes del proceso arbitral y en la fase de la ejecución contractual así tiene que plantearse la imputación, pero una cosa es que la colusión se realice en dicha etapa (ejecución contractual) y otra muy distinta es que la colusión se produzca y ejecute en el marco de un proceso arbitral.

V. LOS ACTOS EN LOS QUE PUEDEN RECAER LA CONCERTACIÓN PUNIBLE LUEGO DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL. LA ANTIGUA REGULACIÓN DEL DELITO

El delito de colusión señalaba y describía, en su antigua regulación (antes de la Ley N.º 29703, publicada el 10 junio del 2011), los posibles actos o negocios jurídicos en los que un funcionario podría intervenir por razón de su cargo como son los: “contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios subastas, u otra cualquier operación”. Asimismo, la legislación anterior precisaba de manera específica en qué actos podía recaer las maniobras colusorias o los actos de concertación entre el funcionario y los interesados.

Dichos actos se diferencian claramente de aquéllos en los que por razones funcionales podía intervenir el funcionario público. En efecto, la posibilidad de realizar maniobras colusorias se desenvolvía solo dentro del marco de actuación de los *contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios subastas, u otra cualquier operación*.

Queda claro, entonces, que la ley al mismo tiempo que precisaba la clase de negocios jurídicos en el contexto del cual puede cometerse el delito de colusión ilegal remarca con minuciosidad los actos en los que podían recaer o manifestarse la concertación criminal.

248 La referencia a los convenios, ajustes y suministros suponía la intención expresa de la ley de comprender la contratación administrativa en sus modalidades de subasta, concurso y contratación directa; mientras que la utilización de la referencia legal a *liquidaciones* poseía un significado más amplio³⁹⁹ que abarca a la culminación y cierre de obras.

De la antigua regulación legal se infería que la referencia a “convenios, ajustes, liquidaciones o suministros” implicaba un momento en que los terceros interesados ya habían obtenido el contrato estatal con la administración, sobre todo cuando se está ejecutando o prorrogando el contrato⁴⁰⁰.

Los actos que eran descritos por la ley son:

- a) Los convenios que son los acuerdos específicos según la etapa en la que se encuentre la negociación. Un contrato se compone muchas veces de varios convenios.
- b) Los ajustes que son las adecuaciones o precisiones económicas que se hacen a los contratos o convenios y que se generan a partir de ciertas discrepancias en cuanto a pagos o saldos pendientes.
- c) Las liquidaciones deben ser presentadas ante la autoridad en los plazos fijados. Desde el punto de vista gramatical supone calcular lo que corresponde pagar o hacer el ajuste final en las cuentas de un nego-

399 Cfr. RODRÍGUEZ DE VESA, JOSÉ MARÍA-SERRANO GÓMEZ. ALFONSO; *Derecho penal español (PE)*, p. 1196.

400 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL; *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 267.

cio⁴⁰¹. La liquidación implica la aceptación y recepción de obras, el pago del precio convenido en los contratos terminados y en trámite de ejecución, así también el pago de los haberes a los funcionarios o a las personas que han realizado el contrato o la obra⁴⁰².

En la doctrina se reconoce dos formas de liquidación: i) una que se realiza luego de culminada la obra y que forma parte del proceso de ejecución contractual; ii) otra que se realiza luego de resuelto el contrato por incumplimiento, la cual no es parte de la etapa de ejecución contractual⁴⁰³. Si hay resolución del contrato por cualquiera de las partes no se puede cometer el delito de colusión⁴⁰⁴.

En el primer caso una vez realizada la recepción de la obra, procedimiento que se inicia cuando culmina la ejecución de esta corresponde iniciar el procedimiento de liquidación del contrato de obra⁴⁰⁵.

El OSCE ha señalado que “la liquidación de un contrato de obra puede definirse como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad⁴⁰⁶. Así, la liquidación de un contrato de obra debe contener todos los conceptos que forman parte del **costo total de**

401 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la administración pública*, p. 214.

402 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María-SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español (PE)*, p. 1196.

403 Por todos, REVILLA LLAZA, Percy Enrique, “El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 90, diciembre 2016, p. 167.

404 Por todos, REVILLA LLAZA, Percy Enrique, “El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 90, diciembre 2016, p. 169: “la insubsistencia de un contrato público vigente descarta la posibilidad de configurar un delito de colusión”.

405 Véase la OPINIÓN N.º 89-2016/DTN del 22 de junio del 2016, la OPINIÓN N.º 20-2016/DTN del 10 de febrero del 2016.

406 Véase la OPINIÓN N.º 89-2016/DTN del 22 de junio del 2016, la OPINIÓN N.º 20-2016/DTN del 10 de febrero del 2016, la OPINIÓN N.º 196-2015/DTN del 31 de diciembre del 2015, la OPINIÓN N.º 104-2013/DTN del 09 de diciembre del 2013, la OPINIÓN N.º 104-2009/DTN del 30 de setiembre del 2009.

la obra, tales como las valorizaciones, los reajustes, mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, debiendo precisarse que, al incluir las valorizaciones, la liquidación debe contener el cálculo detallado de las prestaciones ejecutadas, las mismas que incluyen los metrados ejecutados por partida, **gastos generales y utilidad**. Adicionalmente, también pueden incorporarse **otros conceptos autorizados** por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes⁴⁰⁷. En esa medida, la liquidación de un contrato de obra incluye dos tipos de conceptos: (i) aquellos que forman parte del costo de la obra y (ii) aquellos cuya inclusión es autorizada por la normativa de contrataciones del Estado⁴⁰⁸.

El acto de liquidación tiene como propósito que se efectúe un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales, el *cuántum* final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes del contrato⁴⁰⁹.

La liquidación debe producirse una vez que los conceptos contractuales y normativos que la integran estén **determinados**, es decir, no se puede realizar la liquidación de un contrato de obra mientras

407 Véase la OPINIÓN N.º 89-2016/DTN del 22 de junio del 2016, la OPINIÓN N.º 20-2016/DTN del 10 de febrero del 2016, la OPINIÓN N.º 196-2015/DTN del 31 de diciembre del 2015, la OPINIÓN N.º 104-2013/DTN del 09 de diciembre del 2013.

408 Véase la OPINIÓN N.º 20-2016/DTN del 10 de febrero del 2016, la Opinión N.º 053-2014/DTN del 25 de julio del 2014: “la paralización de los trabajos en la obra originados por la resolución del contrato no exime a la Entidad de cumplir con su obligación de valorizar y pagar los trabajos efectivamente ejecutados por el contratista, este tiene derecho a que se le reconozca en la liquidación de obra el monto proporcional de gastos generales fijos y variables que correspondan al avance de obra al momento en que el contrato fue resuelto”. También la OPINIÓN N.º 196-2015/DTN del 31 de diciembre del 2015, la OPINIÓN N.º 104-2013/DTN del 09 de diciembre del 2013.

409 Véase la OPINIÓN N.º 087-2008/DTN del 28 de noviembre del 2008, OPINIÓN N.º 104-2009/DTN del 30 de setiembre del 2009.

existan prestaciones pendientes de ejecutar o controversias pendientes de resolver⁴¹⁰.

En la liquidación para valorizar los trabajos efectivamente realizados es indispensable emplear la información contenida en el acta de constatación física e inventario en el lugar de la obra, pues es el documento que contiene la descripción de la cantidad de metrados ejecutados por partidas, las partidas pendientes de ejecución o ejecutadas erróneamente, así como el detalle de materiales que se tienen en los almacenes de la obra⁴¹¹.

La liquidación de un contrato de obra no solo se produce con posterioridad a la culminación y recepción de la obra, sino que también debe realizarse cuando el contrato de obra es resuelto por alguna de las partes. Para iniciar la liquidación de un contrato de obra que ha sido resuelto, es necesario que dicha resolución haya quedado **consentida**, pues no es posible realizar la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver⁴¹². Si bien la recepción de la obra constituye un requisito para el inicio del procedimiento de liquidación de obra, debe indicarse que no es el único; ya que, adicionalmente, se requiere que no existan controversias pendientes de resolver⁴¹³.

410 Véase la OPINIÓN N.º 101-2013/DTN del 05 de diciembre del 2013.

411 Véase la Opinión N.º 053-2014/DTN del 25 de julio del 2014 y la OPINIÓN N.º 116-2012/DTN del 03 de diciembre del 2012.

412 Véase la OPINIÓN N.º 12-2016/DTN del 05 de febrero del 2016, la OPINIÓN N.º 50-2016/DTN del 29 de marzo del 2016, la OPINIÓN N.º 101-2013/DTN del 05 de diciembre del 2013, la Opinión N.º 053-2014/DTN del 25 de julio del 2014, la OPINIÓN N.º 28-2013/DTN del 09 de abril del 2013, OPINIÓN N.º 104-2009/DTN del 30 de setiembre del 2009: “el consentimiento de la liquidación final del contrato genera certeza respecto de todo su contenido, es decir, causa certeza respecto de la existencia de saldos a favor o en contra del contratista o de la Entidad, y de las acreencias que posteriormente cualquiera de las partes pudiera hacer valer ante su falta de pago”.

413 Véase la OPINIÓN N.º 28-2013/DTN del 09 de abril del 2013: “El acto de recepción de obra es un acto de control que se produce con posterioridad a la culminación de la obra, en el que se procede a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas, y en el cual se efectúan las pruebas necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos”.

La liquidación de obra elaborada por una parte puede ser observada o cuestionada por la parte que no la elaboró en caso no esté de acuerdo con los conceptos o montos que integran la liquidación. Cabe precisar que la liquidación de obra queda consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido⁴¹⁴. El consentimiento de la liquidación del contrato implica que se presuma su validez y aceptación por la parte que no la observe dentro del plazo establecido⁴¹⁵.

La falta de liquidación debidamente consentida puede generar ciertas consecuencias económicas desfavorables para las partes, debido a la obligación del contratista de mantener vigente las garantías e incurrir en los costos financieros que ello implica, y los costos de oportunidad en que incurre la Entidad al no obtener satisfacción debida y completa de su necesidad⁴¹⁶.

En el caso de ejecución de obras, la normativa de contrataciones del Estado establece que, una vez presentada la liquidación del contrato, la Entidad debe emitir y notificar su pronunciamiento al contratista; señalándose en la Ley que dicho pronunciamiento debe ser realizado a través de una resolución o acuerdo debidamente fundamentado. Cabe precisar que el funcionario que ejerza -por disposición directa de la normativa de contrataciones del Estado o por delegación- la facultad de pronunciarse sobre la liquidación de un contrato de obra, en principio, lo hará mediante una resolución o acuerdo; no obstante, cuando dicho funcionario no emita los actos administrativos

414 Véase, OPINIÓN N.º 196-2015/DTN del 31 de diciembre del 2015.

415 Véase la OPINIÓN N.º 12-2016/DTN del 05 de febrero del 2016: "No obstante, si bien con el consentimiento de la liquidación se presume su validez y aceptación, ello no impide que las controversias relativas a dicho consentimiento puedan ser sometidas a arbitraje; más aun cuando dicha presunción podría implicar la aprobación o aceptación (y posterior pago) de liquidaciones inválidas que, por ejemplo, no se encuentren debidamente sustentadas, incluyan conceptos o trabajos que no forman parte del contrato o que formando parte del contrato no se calcularon con los precios ofertados, incluyan montos manifiestamente desproporcionados, entre otros. Esto significa que la presunción de validez y aceptación de una liquidación que ha quedado consentida es una presunción *iuris tantum*, en tanto admitiría prueba en contrario, situación que deberá discutirse en un arbitraje, de ser el caso".

416 Véase la OPINIÓN N.º 087-2008/DTN del 28 de noviembre del 2008.

propios de su función a través de resoluciones o acuerdos, deberá hacerlo mediante un documento que reúna los requisitos previstos en el artículo 3 de la Ley N.º 27444 *Ley del Procedimiento Administrativo General*⁴¹⁷.

De manera general y regular, luego de entregada la obra y transcurrida la etapa de liquidación, las relaciones jurídicas creadas por el contrato se extinguen. Esto sucede porque el contrato ha alcanzado su finalidad, cual es satisfacer los intereses de cada una de las partes. Es por ello que el procedimiento de liquidación de obra presupone que cada una de las prestaciones haya sido debidamente verificada por cada una de las partes, de manera que los sujetos contractuales hayan expresado de forma inequívoca su satisfacción o insatisfacción con la ejecución del contrato⁴¹⁸.

El hecho de que una liquidación de obra quede consentida genera efectos jurídicos y económicos. Los primeros, implican que la liquidación del contrato de obra quede firme y, en ese sentido, no pueda ser cuestionada por las partes posteriormente, en tanto se presume que su no observación dentro del plazo establecido implica su aceptación. Los segundos efectos, consecuencia directa de los primeros, implican que, al determinarse el costo total de la obra y el saldo económico a favor de alguna de las partes, se origine el derecho al pago del saldo a favor del contratista o de la Entidad, según corresponda⁴¹⁹. En esa medida, los efectos jurídicos del consentimiento de la li-

417 Véase la OPINIÓN N.º 50-2016/DTN del 29 de marzo del 2016.

418 Véase la OPINIÓN N.º 087-2008/DTN del 28 de noviembre del 2008, OPINIÓN N.º 104-2009/DTN del 30 de setiembre del 2009.

419 Véase la OPINIÓN N.º 12-2016/DTN del 05 de febrero del 2016, OPINIÓN N.º 196-2015/DTN del 31 de diciembre del 2015: "Si bien con el consentimiento de la liquidación de obra se presume su validez y aceptación, ello no impide que las controversias relativas a dicho consentimiento puedan ser sometidas a arbitraje; más aun cuando dicha presunción podría implicar la aprobación o aceptación (y posterior pago) de liquidaciones inválidas que, por ejemplo, no se encuentren debidamente sustentadas, incluyan conceptos o trabajos que no forman parte del contrato o que formando parte del contrato no se calcularon con los precios ofertados, entre otros. Esto significa que la presunción de validez y aceptación de una liquidación de obra que ha quedado consentida es una presunción *iuris tantum*, en tanto admitiría prueba en contrario, situación que deberá discutirse en un arbitraje, de ser el caso", OPINIÓN N.º 104-2013/DTN del 09 de diciembre del 2013.

quidación de obra implican que esta quede firme; es decir, no pueda ser cuestionada por las partes posteriormente, en tanto se presume que su no observación dentro del plazo establecido presupone su aceptación; asimismo, se genera el derecho al pago del saldo económico a favor de alguna de las partes, de corresponder⁴²⁰.

La resolución de un contrato de obra queda consentida en dos supuestos: (i) cuando no fue sometida a conciliación y/o arbitraje por la parte afectada con la resolución, dentro del plazo de caducidad establecido para ello; o (ii) cuando el acto (laudo o acta de conciliación) que resuelve la controversia sobre la resolución del contrato quede consentido. En este último supuesto, debe indicarse que el acto que resuelve la controversia establece, por lo general, a qué parte es imputable la resolución del contrato de obra, hecho que es importante para efectos de la liquidación del contrato porque determina diversos efectos económicos para las partes. De esta manera, el consentimiento de la resolución de un contrato de obra constituye un requisito para liquidarlo, ya que antes de ello no es posible definir, determinar o cuantificar todos los conceptos que deben incluirse en su liquidación⁴²¹.

Las normas de organización interna de la entidad contratante —tales como el Reglamento de Organización y Funciones y el Manual de Organización y Funciones— pueden señalar que una determinada dependencia y/o funcionario de su estructura orgánica detente la facultad de aprobar la liquidación de un contrato de obra, siempre que el ejercicio de dicha competencia sea congruente con la normatividad vigente⁴²².

En el caso que el funcionario competente para pronunciarse sobre la liquidación de un contrato de obra no emita los actos propios de su función mediante resoluciones o acuerdos, deberá hacerlo me-

420 Véase, OPINIÓN N.º 104-2013/DTN del 09 de diciembre del 2013.

421 Véase la OPINIÓN N.º 101-2013/DTN del 05 de diciembre del 2013: “Si bien la culminación del acto de constatación física e inventario en el lugar de la obra es uno de los requisitos para iniciar la liquidación de un contrato de obra que ha sido resuelto, también es necesario que la resolución de dicho contrato haya quedado consentida y que se hayan resuelto todas las controversias vinculadas a la ejecución contractual”.

422 Véase, OPINIÓN N.º 104-2009/DTN del 30 de setiembre del 2009.

diante un documento motivado en el que se expongan las razones que sirven de base a su pronunciamiento y se cumplan los demás requisitos contemplados en el artículo 3 de la Ley N.º 27444. Es importante señalar que, el funcionario competente tiene la obligación de motivar su pronunciamiento sobre la liquidación del contrato de obra independientemente de que lo haga a través de una resolución, acuerdo u otro documento que reciba una denominación distinta⁴²³.

d) Suministros ver ut supra.

VI. ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR LA EXPRESIÓN: “O CUALQUIER OTRA OPERACIÓN A CARGO DEL ESTADO”?

Como se ha dicho el delito de colusión ilegal solo puede cometerse en el marco de la actuación de un contrato de obra, servicios, de bienes o de una concesión.

249

Sin embargo, la ley, además, amplía la aplicación del delito a “cualquier operación a cargo del Estado”. Ello supone, en primer lugar, que por expresa referencia legal los contratos de obra, servicios, de bienes o de concesión no agotan el ámbito de cobertura de la infracción⁴²⁴. Si bien dichos actos constituyen su núcleo de significación la norma intencionalmente extiende su centro de referencia a otros casos.

La extensión aplicativa a “cualquier operación a cargo del Estado” no se realiza de cualquier manera o queda de modo absoluto librado a la discrecionalidad del juez. La propia ley se encarga de limitar y precisar sobre que base se debe interpretar la referencia a “cualquier operación a cargo del Estado”, es decir, debe poseer una semejanza nuclear a los actos y negocios que la ley describe expresamente.

La **operación** constituye el marco de referencia que determina la aplicación de una posible analogía intraliteral en el delito de colusión ilegal. Por tanto, cualquier operación que pretenda ingresar al ámbito típico de este delito debe parecerse o guardar semejanza normativa a los contratos de obra, servicios, de bienes o de concesión, así se desprende de la regulación histórica

250

423 Véase la OPINIÓN N.º 50-2016/DTN del 29 de marzo del 2016.

424 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 265.

del precepto como también de una reducción teleológica del mismo⁴²⁵. De faltar dicha semejanza por más dañina, gravosa que sea la operación no puede aplicarse el delito de colusión ilegal, sin quebrantar la vigencia del principio de legalidad en su variante de la prohibición de analogía *in malam partem*.

El Código Penal peruano en la regulación del delito de colusión ilegal se distingue claramente de la legislación española que no utiliza un elenco cerrado de modalidades típicas, sino por el contrario es sumamente abierta al no tomar como punto de partida una **operación a cargo del Estado**, sino alude “o se usase de cualquier otro artificio para defraudar”. Esta referencia permite desvincularse y no utilizar la analogía *intra literal* por lo que facilita una mayor discrecionalidad del juez en este ámbito.

En la doctrina nacional hay quienes consideran que la referencia a una operación semejante alude a actividades que no implican necesariamente a un contrato, tales como una expropiación, negociaciones internacionales v. gr., renegociación de deuda, indemnizaciones, operaciones tributarias⁴²⁶, etc.

251 La pregunta que se efectúa aquí es: ¿Cuál es la base común entre los contratos de obra, servicios, de bienes o de concesión que permita entenderse y desentrañar el significado de la referencia legal a “cualquier operación a cargo del Estado”?

Una primera lectura permite considerar que la ley cuando alude a dichos actos jurídicos indica la participación del Estado, o de alguna de sus instituciones, como un **agente económico** que interviene en el tráfico de bienes y servicios, ya sea adquiriéndolos u ofreciéndolos y para lo cual se vale de la negociación y celebración de ciertos negocios jurídicos⁴²⁷. El Estado no interviene como ente regulador, ni hace uso de su *ius imperium* o de alguna potestad especial que le permita, bajo las notas de obligatoriedad y coacción, imponer su voluntad.

El aspecto común que tienen los contratos de obra, servicios, de bienes o de concesión es que aluden a una serie de mecanismos, procedimientos o

425 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1097.

426 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 265.

427 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1097.

actos del tráfico económico-comercial de bienes y servicios en las que interviene el Estado como un sujeto económico cualquiera para proveer de bienes y servicios a todas o algunas de sus dependencias⁴²⁸. El Estado no participa en condiciones verticales, sino horizontales.

El tipo penal de colusión solo repara en este papel del Estado y en el rol que cumplen sus funcionarios y se limita a recoger su intervención en los negocios jurídicos en los que participa como agente económico.

252

El alcance del tipo no se extiende a cualquier operación patrimonial en la que el Estado interviene. Si fuera así la ley no tendría razón o motivo alguno para establecer expresamente la clase de actos jurídicos en los que puede darse el concierto defraudatorio. Asimismo, no habría razón alguna para que la misma norma estableciera expresamente la referencia a “cualquier operación a cargo del Estado”.

La preparación, celebración y ejecución de los negocios jurídicos antes indicados buscan cumplir con dotar de los medios necesarios, adecuados y suficientes para que las distintas agencias del Estado puedan cumplir con eficiencia y calidad las prestaciones, servicios y el desarrollo de sus actividades.

Se reconoce que el Estado en las actuales circunstancias económicas no puede cumplir por sí mismo y de manera autárquica con la satisfacción y cobertura de la demanda de bienes y servicios que reclaman sus diversas dependencias, por lo que tiene que salir al mercado económico formal para conseguirlos, fijando o requiriendo un precio y una calidad, en el cual participa como cualquier agente más en la oferta y en la demanda.

Dicha participación en el mercado se realiza a través de los funcionarios y/o servidores públicos que cumpliendo labores de representación de los intereses estatales negocian y celebran, por razón de su cargo o comisión especial, los negocios jurídicos.

La actuación de los funcionarios estatales que intervienen en alguna de las etapas de la realización de estos actos jurídicos debe estar presidida por principios objetivos de naturaleza normativa como son los principios de **transparencia, parcialidad, eficiencia, calidad y economía**⁴²⁹.

428 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 410.

429 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 411.

253

De lo señalado anteriormente, queda claro, que la referencia a cualquier otra operación semejante debe interpretarse sobre la base de los diversos negocios jurídicos en los que el Estado interviene como agente económico en la compraventa de bienes o la intermediación de servicios⁴³⁰.

En tal sentido, si no se cumple con esta característica, es decir, si no estamos ante un negocio jurídico en el que el Estado participa como agente económico en la demanda no podrá aplicarse el tipo de colusión ilegal.

La aplicación del delito de colusión a casos que se encuentran más allá del ámbito de protección del tipo y que desbordan en exceso la identidad de razón fijada en la ley supone incurrir en una analogía *in malam partem* que por mandato constitucional se encuentra prohibida en derecho penal tal como lo prescribe el artículo 139 inc. 9: “*El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos*” y el artículo III del Título preliminar del Código Penal cuando prescribe: “*No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir el estado peligroso o determinar la pena o medida de seguridad que le corresponda*”.

430 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 85.

CAPÍTULO VII

COLUSIÓN AGRAVADA

I. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR DEFRAUDAR? LA DISCUSIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL ANTES DE LA LEY N.º 29758 Y LA LEY N.º 30111

254

Uno de los elementos típicos esenciales del delito de colusión ilegal, y que hoy se encuentra dentro del tipo agravado, es el “*defraudar* al Estado o entidad u organismo del Estado”. Tal expresión puede ser objeto de diversas interpretaciones.

Es posible entender la defraudación en un sentido básicamente abstracto e ideal como infracción de los deberes del cargo o como la defraudación de las expectativas que el ordenamiento jurídico y el Estado, a través de la entidad correspondiente, tiene respecto a la actuación del funcionario público. En efecto, el que obra con base a su cargo, o actúa bajo comisión especial, viola obligaciones elementales de protección del patrimonio estatal e infringe los deberes específicos de ejecutar un adecuado proceso de contratación cautelando los intereses económicos del Estado. El funcionario defrauda así el encargo recibido, ya que asume, con beneficio propio o no, una conducta que lejos de beneficiar a la entidad estatal o de contribuir al cumplimiento de las metas o las necesidades propias del acto jurídico en el que interviene, lo hace de manera contraria a lo que real y efectivamente se esperaba.

Bastaría, con ello, la demostración que el funcionario incumplió los deberes funcionales y no tuvo el cuidado adecuado en la realización del proceso de contratación, por ejemplo, sin respetar el procedimiento administrativo concreto para considerar consumada la infracción. No interesa si el Estado sufrió en el caso concreto un perjuicio económico, dado que es suficiente para esta tesis comprobar que se ha defraudado las expectativas y las normas estatales.

El fraude sería la concertación misma, hablándose de “concertación con la posibilidad de perjudicar a la administración pública”⁴³¹. El delito de

431 Por todos, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 266.

colusión sería, entonces, un delito de **peligro y de mera actividad**⁴³² que solo requiere la realización de una acción idónea⁴³³. Solo es necesario comprobar la idoneidad del acto de colusión. Algunas resoluciones de la Corte Suprema de Justicia apuntan en este sentido al aludir al **peligro potencial**⁴³⁴ que se requiere cuando se da conciertos colusorios que “tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos⁴³⁵”. Este peligro potencial debe ser entendido en todo caso como un tipo de **peligro abstracto**⁴³⁶.

432 Véase: MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 335; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comentarios al Código Penal*, p. 1162; RILLAS CUEVA, LORENZO, *Compendio de derecho penal español (parte especial)*, p. 837; CATALAN SENDER, Jesús, *los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, pp. 307 y 319; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales” en *Delitos contra la administración pública*, p. 207 y 212; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal (PE)*, p. 974; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, p. 270, el R. N. 1464-04 del 17 de febrero del 2005.

Paradigmático el R. N. 3250-2005 del 03 de Febrero del 2006 que señala: “Que no puede haber “fraude” si este perjuicio no formara parte de la concertación por más que ésa sea indebida; que, empero, esto no quiere decir que se necesite la producción efectiva del perjuicio para que el delito se consume, dado que el tipo penal mismo dice que ese “fraude” debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública que el tipo legal en cuestión es un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la “concertación” no habría aparentemente nada; que este delito se consuma con la simple “colusión” o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la Administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, solamente se necesitaría la “idoneidad” del acto de colusión”.

433 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la administración pública*, p. 207.

434 Véase el R. N. 350-2005 de fecha 20 de Julio del 2005, el R. N. 558-2005 del 05 de julio del 2005, R. N. 3017-2004 del 17 de marzo del 2005.

435 Véase el R. N. N.º 3108-2010 del 24 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3914-2009 del 28 de octubre del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 20-2003 del 18 de octubre del 2005 en: BARANDIARÁN DEMPWOLF, ROBERTO – NOLASCO VALENZUELA, José Antonio, *Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción*, t. I, p. 43.

436 Por todos, MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 336; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales” en

Por ejemplo, la Contraloría General de la República ha sostenido que “cuando se ejecuta una obra por Administración Directa, el costo total de la obra a ejecutarse debe resultar igual o menor al presupuesto base, deducida la utilidad, situación que debe reflejarse en la liquidación de la obra”⁴³⁷.

La Corte Suprema de Justicia ha entendido por defraudar el hecho: “que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada con el consiguiente engaño al interés público, al asumir roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado”⁴³⁸ y que “en tanto el actuar delictivo se dirige a comprometer indebidamente recursos públicos, sin considerar la afectación que puede ocasionarse al patrimonio estatal⁴³⁹” y que “solo basta la defraudación al Estado a través de la no observancia de las normas de contratación,

delitos contra la administración pública, p. 208; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Compendio de derecho penal español (PE)*, p. 837.

437 Véase el R. N. N.º 1321-2013 del 29 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo) quien cita la Resolución de Contraloría número 195-88-CG, del dieciocho de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

438 Véase el R. N. N.º 221-2013 del 04 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado), el R. N. N.º 2150-2011 del 10 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 1261-2010 del 11 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 1034-2011 del 28 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo), el R. N. N.º 3149-2010 del 28 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 511-2010 del 17 de mayo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 3335-2010 del 01 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 280-2009 del 19 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo), el R. N. N.º 4564-2007 del 26 de marzo del 2008 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo), R. N. N.º 3058-2009 del 22 de abril del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 4208-2009 del 17 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo), Exp. N.º A.V. 27-2003 del 22 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Especial (ponente: Santa María Morillo).

439 Véase el R. N. N.º 3149-2010 del 28 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 209-2012 del 15 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

la infracción a la debida administración, o la fidelidad que el funcionario o servidor público tiene con el Estado”⁴⁴⁰.

La defraudación implica toda una flagrante violación de los deberes inherentes al cargo o a los encargos de la comisión especial confiada a los funcionarios o servidores públicos. Asimismo, defraudar al Estado es el resultado del quebrantamiento de los roles asumidos por los sujetos vinculados al Estado, al producirse un engaño al interés público⁴⁴¹.

La consideración del delito de colusión (tipo básico) como un delito de peligro abstracto supone el adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico⁴⁴² (patrimonio público) que ni siquiera requiere ser afectado en el caso concreto⁴⁴³. Solo es necesario ponerlo en peligro.

II. LA COMPRENSIÓN DEL “DEFRAUDAR PATRIMONIALMENTE” COMO PERJUICIO ECONÓMICO

255 Creemos que la mejor interpretación del término *defraudar* es entenderlo como sinónimo de perjuicio patrimonial⁴⁴⁴; en la medida que la concertación

440 Véase el R. N. N.º 2581-2013 del 21 de enero del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

441 Véase el R. N. N.º 1329-2013 del 20 de noviembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Cevallos Vega).

442 Cfr. ORTS BERENGUER, Enrique, *Comentarios al código penal de 1995*, t. II, p. 1863; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales” en *Delitos contra la administración pública*, p. 208, 210; MORILLAS CUEVA, LORENZO, *Compendio de derecho penal español (parte especial)*, p. 837.

443 Cfr. MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 337; MORALES PRATS, Fermín – RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, p. 1261. Véase el R. N. 1464-04 del 17 de febrero del 2005. En la legislación colombiana GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso-GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código penal del 2000*, p. 317.

444 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, pp. 1114 y 1116; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 90; SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración pública*, p. 317; MARCA ROMERO, Elmer, *Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758*, en: *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26, agosto 2011, p. 30. En la doctrina chilena RODRÍGUEZ COLLAO, Luis – OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El*

dolosa solo alcanzará relevancia penal como tipo agravado si es que se produce un daño patrimonial o económico al Estado⁴⁴⁵. La defraudación, más que poseer un sentido espiritual o puramente normativo, a modo de infracción de deberes funcionales, significa que la concertación debe causar un daño al patrimonio del Estado, menoscabándolo. Defraudar se entiende como perjuicio patrimonial; de tal manera que hay un componente material que es distinto a la simple concertación⁴⁴⁶. Se trata de un delito de resultado lesivo en el que no basta el simple desvalor de la acción⁴⁴⁷.

Dicha postura tiene la ventaja de exigir un elemento (perjuicio) que actúa como un filtro adicional que permite establecer sobre la base de un parámetro objetivo y constatable las condiciones de aplicación de la ley penal de la manera más justa y compatible con la seguridad jurídica, máxime si se trata de un tipo agravado. Asimismo, el elemento perjuicio armoniza mucho más el entendimiento del delito de colusión ilegal con principios constitucionales de enorme valor como es el principio de lesividad.

En otras legislaciones del derecho comparado, por ejemplo, el caso de la legislación chilena, no solo se castiga al que defrauda el patrimonio del Estado, sino también cuando se “**consiente que se defraude**”⁴⁴⁸, situación que equipara el castigo de los partícipes, en concreto de los cómplices –sean primarios o secundarios– que consienten la defraudación de aquellos que la provocan o la causan (autores).

derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial, p. 401.

En la jurisprudencia peruana el R. N. 027-2004 del 01 de octubre del 2004 en ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos – ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia de la corte suprema*, p. 291. También: el R. N. 3611-2002 del 16 de mayo del 2003 en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal*, p. 634.

445 Véase el R. N. 1100-2003 de fecha 16 de junio del 2004 en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p.1327.

446 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 412.

447 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 90.

448 Ampliamente RODRÍGUEZ COLLAO, Luis-OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 403.

De igual forma, se sostiene que “el término defraudar debe ser entendido en su acepción correcta, de que el servicio no sea el idóneo para la población, lo que a la larga provocará —normalmente— un menoscabo patrimonial”⁴⁴⁹.

También se ha señalado que “la defraudación, en tanto medio comisivo tiene como objetivo afectar el gasto público a través de un proceso licitatorio indebido”⁴⁵⁰. De modo más preciso se ha señalado que “la defraudación está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal, incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal, por tanto, resulta evidente y necesario que se den conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos”⁴⁵¹.

449 Véase el R. N. N.º 732-2014 del 03 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

450 Véanse el R. N. N.º 2712-2014 del 07 de octubre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla): “la defraudación, en virtud de la cual, la conducta que la define debe estar dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal”, el R. N. N.º 191-2011 del 22 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana), el R. N. N.º 300-2014 del 21 de mayo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

451 Véanse el R. N. N.º 2929-2014 del 12 de agosto del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 300-2014 del 21 de mayo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3231-2012 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 1832-2012 del 05 de junio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 1288-2012 del 12 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 1479-2012 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3093-2012 del 12 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 167-2012 del 17 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente (Voto Discordante de los Señores Jueces Supremos Barrios Alvarado, Tello Gilardi y Neyra Flores), el R. N. N.º 2730-2012 del 13 de febrero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2497-2011 del 09 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3804-2011 del 14 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 215-2011 del 06 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2891-2011 del 19 de diciembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3321-2011 del 19 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 625-2011 del 29 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3370-2010 del 19

La jurisprudencia en ocasiones en lo que atañe al delito de colusión distingue entre defraudación y perjuicio. La Corte Suprema entiende por defraudación “el quebrantamiento de los roles especiales asumidos por los sujetos vinculados, con la consiguiente violación de la confianza depositada por la sociedad y el Estado al producirse engaño al interés público” y por perjuicio que “es el elemento intrínseco a la defraudación, es el componente material que lo objetiviza y lo diferencia del simple engaño. De todo lo expuesto, se puede concluir que la concertación fraudulenta requiere la realización de acuerdos defraudatorios que resultan en un perjuicio patrimonial –potencial o real– para la Administración”⁴⁵².

La Corte Suprema entiende por el perjuicio en el delito de colusión que “el perjuicio el elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales, que en la mayoría de los casos se concretará en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando el perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, ventajas, entre otras”⁴⁵³ y que “el perjuicio es elemento intrínseco a la defraudación, es su componente material que lo objetiviza y diferencia del simple engaño”⁴⁵⁴. El perjuicio se considera “no sólo

de octubre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3108-2010 del 24 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2118-2010 del 16 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein), el R. N. N.º 1830-2010 del 19 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1236-2010 del 13 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1408-2010 del 06 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 840-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3914-2009 del 28 de octubre del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 3887-2009 del 21 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 4563-2009 del 23 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 2495-2009 del 22 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

452 Véase el R. N. N.º 2543-2013 del 12 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

453 Véase el R. N. N.º 209-2012 del 15 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

454 Véase el R. N. N.º 3589-2013 del 21 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas), el R. N. N.º 2271-2013 del 28 de agosto del 2015 de la Sala

en la modificación de los montos referenciales sino en la aceptación de una oferta única sin punto de referencia con otras ofertas y los reales mecanismos que ofrecía un mercado libre”⁴⁵⁵.

En alguna ocasión, la Corte Suprema ha señalado que “tampoco puede identificarse el perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo penal, lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente los recursos públicos; desde esta perspectiva, la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber, vinculado con la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del estado de derecho de la función administrativa”⁴⁵⁶.

257 El perjuicio como rasgo distintivo del tipo agravado de la colusión ilegal, que asume la referencia legal a “defraudare patrimonialmente”, debe interpretarse en clave exclusivamente patrimonial, en cuanto detrimento o daño económico sufrido por el Estado, o la entidad estatal correspondiente, como consecuencia del acto ilícito de concertar⁴⁵⁷. En efecto, el perjuicio que sufre el Estado deriva, por ejemplo, de que se paga por un bien o un servicio, un precio por encima del mercado, o se acepta la entrega de un bien de menor calidad que el estipulado, situación que debe estar en conexión absolutamente directa con el acto de concertación ilegal al que arriba el funcionario⁴⁵⁸.

La Corte Suprema de Justicia entiende el delito de colusión cuando la conducta del funcionario, en relación a los momentos de la ejecución - consumación, deviene en la consiguiente defraudación patrimonial a los intereses

Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

455 Véase el R. N. N.º 3647-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

456 Véase el R. N. N.º 1345-2014 del 22 de julio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 1687-2014 del 109 de diciembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

457 Véase el R. N. 740-2003 de fecha 04 de junio del 2004 en: PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p.1319 que remarca la idea del perjuicio.

458 Véase el R. N. 350-2005 de fecha 20 de julio del 2005.

del Estado⁴⁵⁹. De igual manera, ha sostenido que “no sólo es necesario que contenga la afirmación de la existencia y descripción de un acuerdo colusorio entre el funcionario o servidor público y los interesados con descripción de la modalidad confabulatoria utilizada en el caso concreto, ello en razón a que la concertación colusoria como elemento del tipo penal bajo análisis, comprende un amplio margen de pactos ilícitos contrarios a los intereses estatales en la negociación cuestionada, sino que con dicho acto defraudatorio, además resulte patrimonialmente afectado al Estado o entidad u organismo del Estado⁴⁶⁰”.

El delito de colusión agravado se configura como un delito de resultado material en el que se comprometen y lesionan los recursos públicos con consecuencias nocivas para el Estado derivada de una conducta fraudulenta de los funcionarios públicos⁴⁶¹. El perjuicio debe descartarse si la oferta económica aceptada fue menor al valor estimado en el mercado por el Estado para la ejecución de la obra y se produjo un ahorro, no se modificó la calidad del bien, su duración o mantenimiento y el plazo de entrega de la obra. En pocas palabras no hay perjuicio si se obtuvo una ventaja para la entidad estatal⁴⁶².

Se debe desterrar la idea de que el delito de colusión ilegal siempre supone el perjuicio económico al Estado porque no se aceptó la oferta más económica para la adquisición de producto, en el sentido de más barata o más cómoda, debido a que las compras y adquisiciones estatales también se guían por otros principios (de calidad, de eficiencia) que dado el caso pueden llegar a adquirir mayor importancia como es la ponderación de la **calidad del bien, su duración, el mantenimiento que se ofrece, las condiciones de entrega**, por ejemplo, cuando se trata de productos de alta sensibilidad, porque cumple la finalidad que se propuso al convocar a licitación o concurso público⁴⁶³, etc. No siempre la compra de un bien a un precio reducido o por debajo del precio

258

459 Véase el R. N. N.º 2144-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

460 Véase el R. N. N.º 3291-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo), el R. N. N.º 3449-2012 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Tello Gilardi).

461 Véase el R. N. N.º 1536-2011 del 24 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo).

462 Véase el R. N. N.º 1536-2011 del 24 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo).

463 Véase el R. N. N.º 510- 2004 del 21 de enero del 2005.

del mercado es una buena compra, dado que a dicho bien le puede faltar las condiciones de calidad adecuada⁴⁶⁴. El pago de un precio superior por un bien puede estar justificado según las circunstancias⁴⁶⁵.

La Corte Suprema de Justicia procedió a confirmar una absolución y descartó la existencia de una concertación ilegal en el caso en el que la empresa contratista ofertó precios más altos, comparados a las ofertas de los demás postores, amparados en una calificación técnica que otorgaba puntaje a factores contemplados en las bases. Por ejemplo, en la adquisición de combustible por una municipalidad “no solo se evaluó el precio por concepto de combustible, sino que también se tuvieron en cuenta otros rubros, entre ellos ofertas adicionales y/o servicios adicionales ofrecidos por los postores, así como las condiciones de pago, como es el servicio adicional de lavado y engrase para todas las unidades vehiculares de la Municipalidad”⁴⁶⁶.

De igual manera, se descarta el perjuicio patrimonial cuando el peritaje a la entidad estatal (v. gr., municipalidad) concluye que la misma adeuda a la empresa contratista una suma de dinero por la culminación de la obra⁴⁶⁷.

259 Una de las formas más comunes por las que se presenta el perjuicio patrimonial a la entidad y al Estado es a través de la sobrevaloración en la compra de bienes en la que el precio real pagado es mucho mayor al valor (precio) del bien que corresponde al mercado.

En la determinación de si existe o no sobrevaloración del bien debe haber técnicamente una pericia valorativa elaborada por especialistas que establezca en base a patrones objetivos las razones por las que se concluye (o no) que un bien se ha comprado a un precio mayor al del mercado.

La jurisprudencia entiende que la sobrevaloración puede ser establecida a través de una pericia institucional como el Informe especial de la Contraloría

464 Véase, implícitamente en esta línea, el R. N. 1016-2004 de fecha 14 de febrero del 2005.

465 Lo reconoce el R. N. 350-2005 de fecha 20 de Julio del 2005, pese a que termina expidiendo una sentencia condenatoria.

466 Véase el R. N. N.º 2161-2013 del 21 de enero del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

467 Véase el R. N. N.º 644-2010 del 10 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

General de la República⁴⁶⁸. El sobrecosto al Estado puede ser de cantidades variables v. gr., el bien puede costar el doble u ocho veces más⁴⁶⁹.

Por ejemplo, en la adquisición de un bien (v. gr., vehículo) los criterios materiales que se utilizan para sostener la sobrevaloración es el año de fabricación del bien, el año de suscripción del contrato, el valor de la primera compra efectuada por el primer o último propietario⁴⁷⁰. Hay sobrevaloración cuando una empresa compra un vehículo a un precio (v. gr., quince mil dólares americanos) y luego de seis meses vende el bien a una entidad estatal (Municipalidad) en la suma de treinta y ocho mil dólares americanos. El valor original del bien se incrementó en veintidós mil quinientos dólares americanos, esto es el doscientos cuarenta y cinco por ciento, lo cual supera cualquier margen de reventa con ganancia razonable respecto de bienes que interesen a órganos del Estado⁴⁷¹.

La sobrevaloración debe estimarse con los precios existentes al momento de la realización del concreto proceso de contratación y no con los precios que se obtienen al momento de efectuar la pericia. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que no es posible determinar fehacientemente que los precios estén sobrevaluados en razón que cuando se solicitan las proformas a otras empresas que no participaron como proveedores fue en otro año al de la adjudicación⁴⁷².

El sobreprecio que se paga por la adquisición de un bien no solo tiene que ver con los valores y parámetros del mercado, sino también con determinados beneficios fiscales que poseen algunas empresas por ubicarse en ciertas regiones y lugares, v. gr., la amazonía. Por ejemplo, en un caso la Corte Suprema confirmó una condena a unos funcionarios que en la fijación de un precio no tomaron en cuenta que la Región Amazónica está sujeta a los alcances de la

468 Véase el R. N. N.º 917-2012 del 28 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

469 Véase el R. N. N.º 2266- 2012 del 02 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

470 Véase el R. N. N.º 917-2012 del 28 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

471 Véase el R. N. N.º 167-2012 del 17 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente.

472 Véase el R. N. N.º 3740-2010 del 01 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonia Ley veintisiete mil treinta y siete (exoneración de IGV), en consecuencia, el precio debió de ser mucho menor, de tal manera que el contrato fue contraproducente a los intereses del Gobierno Regional de Amazonas⁴⁷³.

La comparación de los precios debe realizarse tomando como referencia los precios del mercado y de la condición de las empresas que participan en el proceso de contratación, v. gr., si se trata de empresas fabricantes, distribuidoras, etc. Por ejemplo, si en una licitación participa una empresa distribuidora los precios que oferta no pueden compararse con los precios de una empresa fabricante. Como es de esperar y dentro de un criterio de racionalidad económica mínima es posible que un distribuidor fije el precio final del producto a fin de obtener un margen de ganancia y el precio está condicionado a que el comprador recoja o no el producto de los almacenes de la empresa contratista, de que requiera su entrega en los almacenes de la entidad o si el producto se exige con celeridad como también debe tomarse en cuenta la necesidad de presentación obligatoria de carta fianza⁴⁷⁴.

El análisis para determinar si existe sobrevaloración o no requiere tomar en cuenta si se ha efectuado un examen a los bienes (v. gr., vehículos) o si se ha efectuado una pericia valorativa de los mismos. No basta solo reparar en el acervo documental existente y que dan cuenta de una determinada compra a la fecha de la adquisición, dado que se debe buscar otras fuentes. Lo correcto es efectuar una pericia valorativa⁴⁷⁵.

El perjuicio económico que sufre el Estado no solo puede provenir del un sobrecosto en la adquisición del bien o del precio pagado, que incluso puede estar por debajo del precio del mercado, sino del hecho que se omita analizar la propiedad, gravámenes y documentos, por ejemplo, del vehículo adquirido, v. gr., a la antigüedad del bien adquirido se une que se trató de un camión volquete reconvertido⁴⁷⁶.

473 Véase el R. N. N.º 3034-2013 del 10 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

474 Véase el R. N. N.º 1477-2010 del 08 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

475 Véase el R. N. N.º 3108-2010 del 24 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

476 Véase el R. N. N.º 102-2013 del 06 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

El perjuicio económico no es necesario que derive de manera inmediata y sin solución de continuidad del acto de concertación. Dicho elemento puede aparecer tiempo después de efectuado el acuerdo ilegal. La ley penal solo castiga en el delito de colusión el perjuicio que deriva de manera directa de la concertación entre el funcionario o el particular.

La ley penal no exige una relación de simultaneidad entre la concertación y el perjuicio patrimonial. El perjuicio puede producirse en cualquier etapa del proceso de contratación estatal, el cual por su naturaleza tiene un componente estrictamente económico. El perjuicio que no es económico o patrimonial carece de relevancia para el derecho penal y descarta la aplicación de la figura de la colusión agravada.

La Corte Suprema de Justicia ha entendido que el perjuicio económico: “Puede consistir en pérdidas directas, en la privación de un lucro legítimo, o, como ocurre en este caso, en la contratación bajo condiciones económicas poco ventajosas en comparación con otras opciones⁴⁷⁷”. De igual aforma ha sostenido que “el perjuicio o la defraudación para el Estado o entidad u organismo del Estado ha de ser patrimonial. No se refiere a la disminución de un posible ingreso, sino a una disposición patrimonial o una prestación de servicios del Estado o entidad u organismo del Estado no compensada por la contraprestación correspondiente del particular. Las prestaciones han de ser más gravosas o perjudiciales a los intereses económicos del Estado⁴⁷⁸”. También ha señalado que se produce un perjuicio cuando hay un daño efectivo al patrimonio municipal, debidamente cuantificado⁴⁷⁹.

De manera ordinaria, el perjuicio patrimonial se produce luego de perfeccionado el contrato estatal a través de su suscripción por las partes contratantes (entidad y el tercero). Normalmente, el perjuicio se presenta dentro de la etapa de ejecución del contrato. La Corte Suprema de Justicia ha precisado que “el

477 Véase el R. N. N.º 3473-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla), el R. N. N.º 1033-2010 del 30 de marzo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

478 Véase el R. N. N.º 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

479 Véase el R. N. N.º 566-2015 del 16 de julio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

hecho de que el perjuicio patrimonial se verifique en la etapa de ejecución contractual, *per se*, no le priva de relevancia punitiva⁴⁸⁰.

El perjuicio patrimonial puede consistir en la no inclusión (o determinación) de algunos rubros o conceptos a nivel del contrato estatal, por ejemplo, como cuando no se consigna el pago de un impuesto. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado “las exoneraciones del Impuesto Selectivo al Consumo otorgado a Business Oil Corporation Sociedad Anónima Cerrada, no era legalmente procedente; estableciéndose como perjuicio económico causado al Estado lo siguiente: El perjuicio económico causado al Estado por concepto de Impuesto Selectivo al Consumo y consecuentemente el correspondiente Impuesto General a las Ventas que no fueron incluidas en la facturación de PETROPERU Sociedad Anónima por la venta de combustible Turbo Jet A uno efectuada a la empresa Business Oil Corporation Sociedad Anónima Cerrada (BOILCORSAC) es de quince millones seiscientos setenta y seis mil ochocientos cincuenta”⁴⁸¹.

261 Se exige y aplican aquí las reglas comunes de la imputación objetiva⁴⁸²: la concertación implica la conducta de creación de un riesgo típicamente relevante y el perjuicio supone la concreción o la realización de dicho riesgo⁴⁸³. Ello conduce a negar, por ejemplo, el delito cuando el daño o el perjuicio patrimonial se deben a otras causas o a factores distintos del acto de concertación como puede ser, por ejemplo, un desastre natural, el poco cuidado de los almacenes de la entidad pública Estado en la preservación del producto⁴⁸⁴, etc. Por ello, el perjuicio que no es causado por la concertación descarta la tipicidad del hecho. En efecto, la defraudación realizada por acto propio y

480 Véase el R. N. N.º 2644-2011 del 23 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

481 Véase el R. N. N.º 1479-2012 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

482 Véase el reconocimiento implícito en el R. N. 350-2005 de fecha 20 de julio del 2005.

483 Cfr. MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26. agosto 2011. p. 32.

484 En sentido similar, ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 413; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1117.

unilateral del sujeto activo sin nexo de concertación con el contratista no es típica ni se subsume en el delito de colusión⁴⁸⁵.

El perjuicio debe ser posterior y debe haber una conexión causal con el acto de concertación. Si el perjuicio patrimonial al Estado es anterior al acuerdo de voluntades o tiene un origen y causa distinta al acto de concertación conduce a que no se pueda considerar la aplicación de la figura de la colusión agravada. Por ejemplo, si el perjuicio proviene de un acto distinto a la concertación y en el caso de una obra pública el deterioro de la misma “no fue porque esté mal ejecutada, sino por los factores climáticos y que las lluvias menoscaban de manera rápida la obra y necesita constantemente mantenimiento”⁴⁸⁶ no es posible hablar de colusión.

De igual forma, el hecho de que una entidad estatal contrate un servicio de auditoría independiente para evaluar los procesos de contratación llevadas a cabo y luego del cual se descubran la comisión de algunos delitos contra la administración pública (v. gr., negociación incompatible, colusión, etc.) no quiere decir que el gasto y pago de dicha auditoría se deba entender que ha existido un perjuicio y que este es una consecuencia necesaria del delito de colusión ilegal. Los gastos de auditoría, los recursos públicos desplazados en la investigación de ciertos hechos, sea con relevancia administrativa o penal, no pueden ser comprendidos dentro del ámbito de protección de la norma inherente al delito de colusión ilegal. El perjuicio patrimonial que se irroga no proviene de manera directa ni tiene como fuente la concertación ilegal⁴⁸⁷.

485 Véase el R. N. N.º 2929-2014 del 12 de agosto del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores), el R. N. N.º 1466-2012 del 25 de octubre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

486 Véase el R. N. N.º 4039-2013 del 05 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

487 Véase el R. N. N.º 3473-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla): “en lo relacionado al cargo por los pagos de la auditoría externa: aun cuando no se ha comprobado suficientemente que se haya tratado o no de un gasto corriente o extraordinario, este Colegiado considera que dicho desembolso dinerario de la entidad estatal no implica una afectación sobre sus intereses patrimoniales que concierne al verbo rector del tipo penal de colusión, es decir, que dicho gasto ocasionado a la institución no tiene correspondencia con la acción engañosa o defraudatoria atribuible a los agentes públicos, es decir, que no se verifica el nexo causal entre la concertación defraudatoria -de los agentes públicos con los particulares- y el menoscabo que se ocasione a la institución pública en virtud de

Por tanto, no se puede entender que el supuesto perjuicio causado a la entidad proviene del acto de concertación.

El perjuicio no solo puede revestir la forma de un pago o un desplazamiento patrimonial, sino que puede suponer por parte del Estado la prestación de determinados servicios por los que no se paga suma alguna de dinero o pagándose no se trata de monto proporcional y justo al valor del mercado. Asimismo, se está ante un perjuicio patrimonial cuando el Estado, o una determinada entidad pública, suscribe y ejecuta un contrato con prestaciones sumamente gravosas o perjudiciales a sus intereses⁴⁸⁸.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la imputación objetiva en el delito de colusión supone dotar de sentido delictivo al aporte causal de los funcionarios acusados, cuya apreciación -que ha de asumir o tener en cuenta necesariamente los ámbitos de responsabilidad de cada cual en todo este complejo proceso de contratación pública- debe ser apta desde una perspectiva *ex ante* y, en consecuencia, atribuírseles la colusión como expresión de una actuación conjunta fundamentada en los ámbitos de competencia que les correspondía⁴⁸⁹.

La imputación objetiva y la relación de riesgo debe conectarse con una conducta concreta y con el ámbito de competencias del funcionario. Por ello, la Corte Suprema ha señalado que “el perjuicio ocasionado a la universidad, no es posible atribuirle al encausado (Jefe de la Oficina General de Infraestructura Universitaria), en tanto que éste no ha tenido como funciones encargadas la de ser supervisor de la referida obra”⁴⁹⁰.

una acción de control que ella adopta ante presuntas irregularidades administrativas o de cariz delictivo que en el ejercicio funcional incurran los agentes públicos que a ella pertenecen”.

488 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 412.

489 Véase el R. N. N.° 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

490 Véase el R. N. N.° 4634-2009 del 15 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez): “las labores las desempeñó en su condición de Jefe de la Oficina General de Infraestructura, durante el tiempo que ejerció ese cargo, lo cual sin embargo, no lo obligaba a asumir y responsabilizarse por las funciones que no le eran propias, esto es la de supervisor de la obra”.

La exigencia del perjuicio económico lleva a excluir de manera tajante del ámbito de protección de la norma otra clase de daños como, por ejemplo, el daño al prestigio estatal, a las simples expectativas de mayor utilidad a un supuesto daño moral. El daño económico debe ser real y no meramente potencial⁴⁹¹.

No hay perjuicio cuando, por ejemplo, se demuestra que los servicios de la empresa contratada por la entidad estatal se cumplieron a totalidad⁴⁹² y a satisfacción.

La ley solo reclama la necesidad de perjuicio y que éste sea técnicamente determinado⁴⁹³. No requiere que el funcionario haya recibido un beneficio⁴⁹⁴ o se haya enriquecido⁴⁹⁵, por lo que la prueba de la supuesta ventaja obtenida por el funcionario es prescindible, pudiéndose condenar sin que llegue a acreditarse dicho beneficio⁴⁹⁶.

Algunas ocasiones la Corte Suprema, además, de la determinación del perjuicio considera necesario la cuantificación del mismo⁴⁹⁷. La cuantificación

491 En contra: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*, p. 265 para quien el perjuicio puede ser real o potencial. Véase el R. N. 1464-04 del 17 de febrero del 2005.

492 Véase el R. N. N.º 3136-2004 del 14 de enero del 2005.

493 Véase el R. N. 3342-2003 del 10 de noviembre del 2004.

494 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, "Fraudes y exacciones ilegales", en *Delitos contra la administración pública*, p. 212; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comentarios al Código Penal*, p. 1162; MORALES PRATS, Fermín – RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, p. 1261; CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, p. 318; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de Derecho penal español (PE)*, Madrid: Marcial Pons, 1997, t. II, p. 420; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 413 y 422; el R. N. 1464-04 del 17 de febrero del 2005.

495 Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis – OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 405.

496 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*, p. 266.

497 Véase el R. N. 1100-2003 de fecha 16 de junio del 2004 en, PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, t. II, p. 1327.

del perjuicio tiene relevancia en la determinación judicial de la pena y en el pago de la reparación civil.

- 263** El perjuicio se consuma aún cuando el funcionario público o el contratista devuelva el dinero o la ventaja económica recibida por el proceso de contratación

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “el dinero salió de la esfera patrimonial del Estado al extraneus, pues se le pagó, incluso por adelantado. Sin embargo, luego ocurrió que este devolvió el dinero, pero el hecho de que el acusado se haya arrepentido no hace inocua su conducta, pues el arrepentimiento como eximente de responsabilidad solo es pasible de realizar, dentro del *iter criminis*, antes de la consumación, pero en este caso, esto ya se había cumplido”⁴⁹⁸.

- 264** La concertación se consuma con el pacto que realiza el funcionario (o funcionarios) con el contratista sobre el contrato estatal o sus condiciones esenciales. Entre la concertación y el perjuicio puede haber una serie de actos y un segmento temporal apreciable para que este último puede ocurrir. No necesariamente hay una línea de tiempo inmediata y una secuencia fulminante entre concertación y perjuicio patrimonial.

Por tanto, es posible que habiendo un acuerdo ilegal entre un funcionario y el contratista la erogación dineraria del Estado y la producción del perjuicio no se produzca. Ello puede ocurrir no tanto por que la concertación se desactiva o se deja sin efecto, sino porque se presentan circunstancias ajenas a la voluntad de las partes. Una de estas circunstancias en el marco del proceso de contratación pública se produce cuando se declara la nulidad, total o parcial, del proceso de contratación y se evita con ello, por ejemplo, el pago a un proveedor⁴⁹⁹. En este caso nos encontramos ante un caso de tentativa acabada

498 Véase el R. N. N.° 1637-2013 del 07 de marzo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

499 Véase el R. N. N.° 3473-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla): “no debe dejar de tenerse en cuenta que, a pesar de que la falta de constatación de la efectiva producción del menoscabo de contenido patrimonial imposibilita configurar el tipo penal de colusión, ello estrictamente reside en la plenitud de sus elementos constitutivos, lo que no obsta que se acredite la extensión del tipo penal colusorio, es decir, la adecuación de la conducta en una nivel previo al *iter criminis*, conforme lo prevé el artículo dieciséis del Código Penal, al haberse comprobado los actos de concertación entre los sujetos públicos y el particular, pero

del delito de colusión agravada⁵⁰⁰ (segundo párrafo del artículo 384 del CP), dado que los actores de la concertación hicieron todo lo necesario para que el hecho se consume produciéndose el perjuicio patrimonial y el mismo no se concreta por causas o razones ajenas a su voluntad⁵⁰¹.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “con el acto colusorio se ingresa a la fase de ejecución del tipo penal -castigado como tentativa- y el hecho que de que exista o no un perjuicio para el patrimonio del Estado no elimina la tentativa punible⁵⁰²”.

El defraudar patrimonialmente entendido como “perjuicio patrimonial” es un elemento del tipo objetivo de la colusión agravada que debe necesariamente ser abarcado por el dolo del autor y de cómplice⁵⁰³.

265

La exigencia vinculada al respeto estricto del principio de legalidad exige que se deba acreditar rigurosamente los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal y dentro de estos últimos la prueba del conocimiento de las circunstancias agravantes posee una especial relevancia a la hora de su aplicación. No basta alegar su concurrencia o su acreditación objetiva. Es necesario que se pruebe, a través de los medios de prueba disponibles, que el autor o el cómplice del delito conocían de la existencia de la circunstancia agravante.

Por ejemplo, si se acredita la concertación entre el funcionario público y el contratista y luego hay el incumplimiento de las prestaciones por parte de la

sin llegar a concretizar el perjuicio patrimonial, al haberse anulado las PECOSAS lo que impidió el egreso dinerario de la entidad estatal, empero, ello no impide la verificación de un peligro real sobre el patrimonio público al haberse desarrollado todos los actos previos al resultado defraudatorio, cual es la acusación del perjuicio patrimonial, lo que genera la viabilidad de reprimir tal comportamiento bajo el título de tentativa”.

500 Admite la tentativa en la colusión agravada: MARCA ROMERO, Elmer; “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima: N.º 26; agosto 2011, p. 33.

501 Ampliamente: STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. PG. El hecho punible*, 11/73, p. 356; FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, 23/9, p. 468.

502 Véase el R. N. N.º 1282-2009 del 27 de julio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo).

503 Véase el R. N. N.º 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

empresa ganadora de la buena pro, se debe probar que la alegada imposibilidad de cumplimiento era conocida de antemano por el particular y los funcionarios públicos, v. gr., por ausencia de capacidad de la planta, infraestructura, maquinaria y equipos⁵⁰⁴.

III. ¿ES NECESARIO UN EXAMEN PERICIAL PARA PROBAR EL ELEMENTO TÍPICO OBJETIVO “DEFRAUDAR PATRIMONIALMENTE”

266 El dictamen pericial es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia hace para dilucidar la controversia. Dicho aporte requiere de especiales conocimientos que ayudarán al Juez a asumir una decisión⁵⁰⁵.

La prueba pericial es una prueba compuesta: que comprende el análisis del perito sobre lo peritado, el informe pericial y el examen pericial contradictorio. Por excepción las pericias institucionales de contenido documental no requieren examen pericial, a menos que la parte afectada los solicite fundadamente⁵⁰⁶.

La Corte IDH considera que un peritaje debe encontrarse respaldado por suficiente información o hechos comprobables, basado en métodos y principios confiables, y debe tener relación con los hechos del caso⁵⁰⁷.

267 Uno de los problemas más importantes en el delito de colusión agravada es determinar si para probar el elemento objetivo del delito referido a la “defraudación patrimonial” se exige una especial clase de prueba y, en concreto, una prueba pericial o si es posible probar dicha circunstancia con otro medio de prueba.

504 Véase el R. N. N.º 2644-2011 del 23 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

505 Véase el R. N. N.º 3008-2010 del 22 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

506 Véase el R. N. N.º 3633-2013 del 22 de julio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

507 Perozo y Otros C. Venezuela, 28 de enero del 2009, Párr. 285; Ríos y otros C. Venezuela, 28 de enero del 2009, Párr. 271.

Una primera postura considera que la prueba central e indispensable en el delito de colusión agravada para probar el elemento “*defraudar patrimonialmente*” es el empleo de la prueba pericial.

Según el criterio prevaleciente en la jurisprudencia de la Corte Suprema la defraudación y el perjuicio económico debe determinarse a través de un examen pericial⁵⁰⁸. Al respecto, se ha sostenido: “Se exige como prueba fundamental del delito la elaboración de una pericia -generalmente contable- para determinar el perjuicio y su magnitud; posición que tiene respaldo a nivel de la doctrina nacional como también en el desarrollo jurisprudencial”⁵⁰⁹ o que “es de primera importancia para verificar el perjuicio los informes técnicos de ley, que al respecto se hayan realizado administrativamente, vía control o ya en sede judicial”⁵¹⁰. Por ejemplo, se ha sostenido que al no advertirse una precisión puntual sobre el perjuicio que se habría generado en el proceso de contratación como consecuencia de no haberse efectuado un peritaje contable que cuantifique el daño patrimonial irrogado, sin ese elemento esencial constitutivo del tipo no se puede construir un juicio de valor positivo sobre la culpabilidad de los acusados⁵¹¹.

En dicha línea se sostiene que “es de primera importancia para verificar el perjuicio los informes técnicos de ley, que al respecto se hayan realizado administrativamente, vía control o ya en sede judicial. La defraudación tiene que ser producto del concierto confabulatorio con los interesados, que por su naturaleza misma rebasa y contradice los términos de entendimiento normales de toda concertación que acompaña la celebración de negociaciones o

508 Véase el R. N. N.º 3866-2011 del 03 de octubre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).

509 Véase el R. N. N.º 732-2014 del 03 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

510 Véase el R. N. N.º 3589-2013 del 21 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

511 Véase el R. N. N.º 83-2012 del 28 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

contratos”⁵¹² y que en lo concerniente al elemento perjuicio, su configuración se acredita a través de un peritaje que refleja tal situación⁵¹³.

También se sostiene que si el perjuicio no ha sido acreditado al no existir en el proceso peritaje alguno⁵¹⁴ corresponde absolver al acusado.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado en una sentencia Casatoria en la que sienta una doctrina jurisprudencial vinculante:

“en la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado -desvalor de resultado-. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia del Corte Suprema: así, se estableció en la Casación N.º 1105-2011/SPP -fundamento jurídico N.º 7- que señala: “la necesidad de una prueba directa como el informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión”⁵¹⁵.

269 Una segunda posición a la que nos adherimos estima que no es necesario ni indispensable para probar el delito de colusión agravada el que haya una pericia contable, económica o valorativa para acreditar el elemento típico objetivo “defraudar patrimonialmente”, ello en virtud a diversas razones.

En primer lugar, los elementos del injusto penal, tanto los objetivos y los subjetivos, pueden probarse con los medios de prueba admitidos por la ley, sin que haya limitación o restricción alguna. La ley procesal consagra el

512 Véase el R. N. N.º 2271-2013 del 28 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

513 Véase el R. N. N.º 4791-2009 del 09 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf), el R. N. N.º 200-2009 del 09 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

514 Véase el R. N. N.º 4791-2009 del 09 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf).

515 Véase la CASACIÓN N.º 661-2016 del 11 de julio del 2017 de la Sala Penal Permanente.

principio de libertad probatoria (artículo 157.1 del CPP⁵¹⁶) y la ley penal sustantiva no establece un medio de prueba específico y concreto con el que deba probarse la circunstancia agravante referida al defraudar patrimonialmente. Se infringiría el principio de libertad probatoria si para acreditar probar un elemento del injusto penal (objetivo o subjetivo) sin fundamento epistémico y jurídico alguno se exige un medio de prueba concreto.

En segundo lugar, la mayor idoneidad o fiabilidad de una clase de prueba para probar un determinado hecho (enunciado fáctico) no quiere decir que dicho medio de prueba sea el único o exclusivo medio de prueba que se pueda emplear para dar por acreditado un determinado suceso. Por ejemplo, el que la prueba indiciaria sea la clase de prueba más adecuada y fiable para probar un hecho interno o un elemento subjetivo del injusto penal (dolo) no implica que no puede utilizarse otra clase de prueba para acreditar el mismo enunciado v. gr., una declaración testimonial, una confesión, etc. De igual forma, de que la prueba pericial puede ser el medio de prueba más confiable para probar el elemento típico “defraudar patrimonialmente” no supone que solo con la actividad pericial se pueda probar el fraude o el perjuicio a la administración pública.

Por ejemplo, si en un contrato estatal criminalizado se acredita la concertación y el pago de una suma de dinero por parte de una entidad estatal y la no realización de alguna prestación (v. gr., inicio de una obra, la realización de un servicio, etc.) por parte del contratista no es necesario que haya un examen pericial para recién dar acreditado el perjuicio al patrimonio del Estado.

En tercer lugar, creemos que debe distinguirse entre la prueba del perjuicio y la cuantificación de dicho perjuicio. Lo que la ley castiga es el fraude patrimonial o la producción del perjuicio económico al Estado y no tanto la cuantificación del mismo. Puede haber perjuicio, pero no necesariamente dicho perjuicio debe estar cuantificado o fijado con exactitud. La ley peruana no exige un factor cuantitativo como elemento configurador del injusto agravado del delito de colusión. Por ejemplo, no se fija un determinado monto del contrato estatal o un perjuicio luego de la evaluación general del contrato administrativo para entender cometido el delito. De allí que no sea necesario cuantificar o convertir en moneda nacional o extranjera dicho perjuicio. La

516 “Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley.”

jurisprudencia de la Corte Suprema en alguna ocasión ha distinguido entre perjuicio y cuantificación del mismo ⁵¹⁷.

La jurisprudencia de la Corte Suprema que “cabe tomar en cuenta que el perjuicio patrimonial no solo se valora en mérito a una pericia -que observa visos de falencias estructurales-, sino luego de una valoración conjunta de todos los elementos probatorios que existen en el expediente”⁵¹⁸.

517 Véase el R. N. N.º 1903-2009 del 23 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo): “que es palmaria la afectación al interés estatal en los contratos o concursos, pues si bien no se cuantificó, en este caso, el perjuicio económico que causó, no se puede soslayar que está acreditado que con su participación se privó a la Administración pública de contratar con aquél que le preste el servicio en la forma, modo y plazo esperado”.

518 Véase el R. N. N.º 1687-2014 del 109 de diciembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

CAPÍTULO VIII

PARTICIPACIÓN DELICTIVA

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que en la consumación del delito de colusión pueden concurrir las diversas formas de participación, esto es, la intervención de cómplices primarios y secundarios, así como de instigadores, quienes aunque no tienen el dominio del hecho, contribuyen en el hecho ajeno poniendo en peligro el bien jurídico que será lesionado por los autores¹.

La participación es un concepto de referencia, ya que supone la existencia de un hecho ajeno —al del autor—, a cuya realización el partícipe contribuye; no consiste, por tanto, en un concepto autónomo, sino dependiente del concepto de autor y que solo en base a este puede enjuiciarse la conducta del partícipe². Si es que no hay autoría del delito de colusión no puede haber castigo para el partícipe (cómplice³ o instigador). Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de coejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal, y serán partícipes los que sin infringir el deber formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber⁴.

El principio de accesoriedad plantea que debe existir una conducta básica, la del autor que realiza el núcleo del delito y otras conductas periféricas que acceden a la principal; es decir, la participación es siempre un comportamiento agregado al del autor en sentido estricto, de allí que se considere la conducta del partícipe como accesoría respecto a la del autor⁵.

-
- 1 Véase el R. N. N.° 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).
 - 2 Véase el R. N. N.° 2468-2009 del 12 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 639-2010 del 11 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
 - 3 Véase el R. N. N.° 3273-2010 del 19 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga); el R. N. N.° 2628-2012 del 14 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
 - 4 Véase el R. N. N.° 3335-2013 del 08 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
 - 5 Véase el R. N. N.° 2628-2012 del 14 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria

La opción de que un particular como autor pueda consumir el delito resulta imposible, cuando que se trata de delitos con autoría restringida. El autor en los delitos contra la Administración pública —es decir el sujeto vinculado funcionalmente a un cargo público— es también llamado *intraneus*, mientras que el llamado *extraneus* —cómplice o instigador— es aquella persona que efectúa aportes de contribución al delito cometido por el primero. El *extraneus* no puede en ningún caso ser autor o coautor de dicho delito de función. Solo puede ser cómplice⁶.

Si a los funcionarios públicos, a quienes se les imputa la autoría del delito de colusión, son absueltos mediante resolución firme de los cargos que se les atribuye, es correcta y necesaria la absolución de los partícipes (cómplices o instigadores); más aún, si resulta que son *extraneus* y a los que no se les puede imputar objetivamente un acto de colaboración o complicidad ilegal con sus coencausados, debido a que estos han sido absueltos de los cargos formulados⁷.

I. LA COMPLICIDAD

271 La doctrina⁸ y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia aceptan la complicidad en el delito de colusión ilegal⁹.

No es necesario que los cómplices reúnan y cumplan con las exigencias típicas del delito de colusión (v. gr., concertar), dado que si se les imputa conductas accesorias como partícipes, no se les puede exigir la comisión taxativa

(ponente: Prado Saldarriaga).

6 Véase el R. N. N.º 2468-2009 del 12 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.º 639-2010 del 11 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

7 Véase el R. N. N.º 177-2010 del 15 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

8 Cfr. BENAVIDES SCHILLER, Andrés, *El delito de fraude del funcionario público*, p. 162; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 116.

9 Véanse el R. N. N.º 978-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein); el R. N. N.º 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez); el R. N. N.º 385-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).

de los verbos rectores del tipo penal, lo que es de exclusiva atribución del autor del hecho¹⁰.

La Corte Suprema ha señalado que “la complicidad requiere de la concurrencia de dos elementos fundamentales: subjetivamente, ha de haber un concierto de voluntades o previo acuerdo, coetáneo, inicial o sobrevenido a la acción, expreso o tácito, junto con la conciencia plena respecto de la ilicitud y de la antijuricidad del acto proyectado; y, objetivamente, la aportación de actos anteriores o simultáneos¹¹”.

El aporte que se brinda al hecho del autor debe prestarse en la fase preparatoria, en la fase ejecutiva o en la consumación del delito de colusión. Los actos posteriores a la consumación del delito carecen de relevancia penal y no pueden ser comprendidos dentro de los alcances de la complicidad criminal. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia frente a la imputación de haber participado en el acto colusorio a título de cómplices secundarios razonó lo siguiente:

“se advierte que sus intervenciones en la elaboración o suscripción de los documentos tales como: oficios, actas, resoluciones, entre otros, para regularizar el proceso de licitación aludido, fue posterior a la consumación del evento criminal pues ya se había otorgado la buena pro a la empresa favorecida, firmándose incluso el contrato para la adquisición de material de guerra entre los representantes del Ejército peruano y la empresa proveedora SUTEX S.A.; por lo que considerando que el delito de colusión se consuma en el momento en que el funcionario público y el tercero conciertan para defraudar al Estado, para ser calificado como cómplice secundario de este tipo de delito, el agente debe prestar asistencia dolosa en la fase de preparación o ejecución del iter criminis, lo que no ocurrió en el caso sub judice respecto a los mencionados encausados; en consecuencia, aquéllos no vulneraron la norma penal sustantiva artículo veinticinco del CP- pues no colaboraron en forma alguna para la con-

10 Véase el R. N. N.° 1347-2014 del 07 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

11 Véase el R. N. N.° 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro): “Vista la intervención parcial del encausado Abreu Vildózola en poquísimos pagos no es posible sostener que estaba al tanto del carácter concusionario de los contratos en cuestión ni que, luego, acordó con los autores prestando su concurso para el pago. La absolución se impone”.

sumación del delito de colusión; por lo que, en este extremo es del caso reiterar la decisión absolutoria de aquéllos¹²”.

Los actos posteriores a la consumación del delito, v. gr., la regularización de actos administrativos, de contratos, en la medida que son posteriores a la comisión del delito carecen de relevancia jurídico penal¹³.

272 Tal como se ha dicho la regla es que los particulares que intervienen como contraparte en la concertación ilegal también responden penalmente. El título de su intervención según lo señalado es en la condición de cooperador necesario (complicidad primaria). No es correcto calificar su intervención según las reglas de un delito patrimonial común como puede ser la estafa u otro comportamiento defraudatorio¹⁴ (v. gr., estelionato).

Se sostiene de que los interesados, esto es, los proveedores, concursantes o licitantes, si bien no pueden ser pasibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto su conducta no lesionan los deberes funcionales, su intervención puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplice primario, en tanto que sin su participación resulta imposible defraudar al Estado¹⁵.

12 Véase el R. N. N.º 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

13 Véase el R. N. N.º 3449-2012 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Tello Gilardi): “las conductas de los indicados encausados Cayo Elen Ramos Neyra y Félix Rafael Dextre en calidad de *extraneus* —por aplicación de la teoría de la unidad del título de imputación— no fueron necesarias, ni complementarias para consumar el acto colusorio de la compra del indicado bien, debido a que intervinieron en un momento posterior a su ejecución —consumación—, es decir no participaron en la generación del requerimiento (irregular) para adquirir ese equipo de sonido y el acuerdo ilegal para comprarlo a determinado proveedor, con la consiguiente defraudación patrimonial a los intereses del Estado”.

14 En contra: RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS Y OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 403 y las Ejecutorias Supremas recaídas en los R. N. 3011-2004 de fecha 11 de mayo del 2005; R. N. 350-2005 de fecha 20 de julio del 2005.

15 Véase el R. N. N.º 1969-2012 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.º 1904-2012 del 25 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

La Corte Suprema ha señalado que el hecho de cobrar el cheque que se expidió a nombre de una persona que tenía la condición de accionista de la empresa beneficiada, en virtud al contrato que luego se consideró como colusión, no basta para corroborar el contubernio¹⁶.

Hay complicidad cuando un comerciante entrega facturas para ser utilizadas por terceros, hecho que importa una cooperación para que se lleven a cabo diversas conductas que no se condicen con el giro y actividad efectiva del negocio que realiza¹⁷. También se produce la complicidad en el delito de colusión cuando se abre y maneja una cuenta bancaria mancomunada por parte de la hermana de uno de los contratistas en el que se reciben las transferencias y depósitos de los fondos públicos para la ejecución de las obras¹⁸ o cuando un tercero avala y ofrece fianza a favor de una de las empresas contratistas¹⁹.

En un caso de la venta de computadoras en la que un regidor se valió de una tercera persona para contratar a su Municipalidad nuestro máximo Tribunal anuló la condena del intermediario por encubrimiento y ordenó un nuevo juicio oral como partícipe del delito de colusión²⁰.

16 Véase el R. N. 1477-2004 del 01 de marzo del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Valdez Roca).

17 Véase el R. N. N.° 768-2013 del 30 de abril del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro): “se entregó una cotización y, luego, cuatro facturas, lo que implica la intervención en una contratación pública, que, por lo demás, no podía ser ajena a los dos imputados. El encausado Pérez Pérez dice que sólo aparecía como dueño, sin serlo, de Imprenta Creativos, pero cobró el dinero y lo entregó a Guillen Romero, actividad positiva que importa facilitar la comisión de ese delito, lo que tampoco podía serle desconocido”.

18 Véase el R. N. N.° 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

19 Véase el R. N. N.° 2493-2013 del 23 de julio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas): “la ahora recurrente Palomino Chacea no solo intervino en las tratativas iniciales y anteriores al otorgamiento de la buena pro, sino que, como consecuencia de los acuerdos celebrados con sus indicados coprocesados, gestionó y avaló el cumplimiento de la obra, mediante cartas fianza números 68-01003140-00, 68-010031853184-00 y 68-01003185-00, por las sumas de S/. 1 359 199,07, S/. 2 738 398,13 y S/. 5 476 796,26, respectivamente”.

20 Véase el R. N. 124-2005 del 6 de Julio del 2005.

En la complicidad de los particulares en el delito de colusión se plantea la imposición de una menor penalidad y dosificación punitiva, dado que los terceros no realizan la tipicidad objetiva del injusto ni infringen la norma penal implícita en la descripción de la conducta. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que “no debe obviarse su grado participativo —cómplice primario—, así como la menor lesividad de su conducta respecto del sujeto público —*in-traneus*—, dada su condición de sujeto privado —*extraneus*—, a quien no le atañe los deberes de lealtad y probidad sobre los intereses patrimoniales de la Administración Pública que le es inherente al funcionario público, ya que su accionar es un aporte o auxilio —si bien esencial— a la conducta incurrida por el autor, corresponde disminuirla prudencialmente”²¹.

En un caso resuelto por la Corte Suprema se castigó a dos personas “por haber prestado asistencia dolosa en la adquisición irregular de dos marmitas a vapor por parte del Hospital Cayetano Heredia a la empresa Fameisa²²” que consistió “en firmar los documentos denominados “cuadro comparativo de cotizaciones” que sustentaron el comprobante de pago que dio conformidad al pago a favor de la empresa”.

La Corte Suprema de Justicia absolvió de los cargos de complicidad en el delito de colusión a una trabajadora de una empresa que había sido considerada como testaferra al estimar que “no se advierte que la indicada encausada haya intervenido o participado en los actos de colusión con los funcionarios o servidores de la Comuna perjudicada o que conocía de los actos colusorios entre su empleador José María Saldaña Tasilla y el encausado Leandro Pérez Ocas, éste en su condición de Alcalde la Municipalidad Distrital de Namora”²³.

273

Los funcionarios públicos no competentes que ayudan o favorecen al funcionario público que se concierta ilegalmente con los particulares in-

21 Véase el R. N. N.° 2300-2012 del 12 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

22 Véase el R. N. 1590-2005 del 02 de diciembre del 2005.

23 Véase el R. N. N.° 3231-2011 del 25 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla) la trabajadora señaló: “ella sólo firmaba los documentos que le indicaba, precisando que, como ya lo conocían, recogió de la Municipalidad Distrital de Namora un cheque por la suma de ciento setenta y siete mil setecientos catorce nuevos soles con treinta y nueve céntimos, el cual estaba girado a nombre de Alicia Lulichac Villalobo”.

teresados también pueden ser considerados como cómplices del delito de colusión ilegal²⁴.

Para acreditar la responsabilidad o no es necesario delimitar las funciones y/o atribuciones de los funcionarios en la concreta entidad estatal, así como su grado de participación en todo el proceso de selección y otorgamiento de la buena pro²⁵ o ejecución del contrato.

El hecho de que una persona no tenga competencia funcional para contratar o que de manera directa jurídicamente no pueda intervenir en un proceso de contratación no quiere decir que no esté en condiciones de aportar un comportamiento lesivo contra el bien jurídico protegido. La incompetencia de un funcionario público al no pertenecer ni ocupar el cargo de titular de la entidad, del área usuaria, del área de abastecimiento, de logística o de miembro del comité de selección no implica que no pueda contribuir como partícipe en la comisión del delito de colusión. El injusto penal no excluye la posibilidad de la participación criminal, sea como cómplice²⁶ o como instigador²⁷.

Por ejemplo, en los casos de aprobación de un contrato administrativo en una entidad estatal (sesión de Consejo Municipal, Gobierno regional, etc.) se debe determinar si el funcionario imputado participó o no en alguna de

24 Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el CP del 2000*, p. 344; MARCA ROMERO, Elmer, “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 29758”, en *Gaceta Penal*, Lima; N.º 26, agosto 2011, p. 35.

25 Véase el R. N. N.º 221-2013 del 4 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

26 Véase el R. N. N.º 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla); el R. N. N.º 2493-2013 del 23 de julio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas); el R. N. N.º 248 -2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro); el R. N. N.º 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez); el R. N. N.º 978-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

27 Véase el R. N. N.º 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez); el R. N. 1060-2003 de fecha 30 de junio del 2004 de la Sala Penal Permanente; el R. N. N.º 1015-2009 del 17 de febrero del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

las sesiones que decidió la adquisición y compra de los bienes²⁸, o en general, en la aprobación y/o firma del contrato estatal; cuál fue la naturaleza de su intervención, si se mantuvo dentro de los roles y funciones asumidas o si se desvió del mismo.

Los casos más frecuentes de complicidad de funcionarios públicos en la comisión del delito de colusión ilegal son, por ejemplo, firmar decretos supremos secretos que autorizan compras militares²⁹, dar la conformidad del desembolso o el girar el cheque³⁰ con el que se pagó a la empresa proveedora³¹, pese a la manifiesta irregularidad³² (v. gr., sin que exista contrato previo que respalde la transacción o cuando un Gerente de una Municipalidad realiza la conformidad de un servicio aparente³³), el suscribir un certificado financiero que cubría la ejecución de un estudio previo y fiscalización del expediente técnico, así como el análisis de factibilidad de presupuesto para la compra, cuyo resultado favorable permitía pasar a la siguiente etapa del indicado proceso³⁴, el emitir un pronunciamiento técnico —como jefe de Aviación del Ejército— que fue adjuntado y utilizado para la emisión de la Resolución

-
- 28 Véase el R. N. N.° 221-2013 del 04 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- 29 Véase el R. N. N.° 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro): “Tal suscripción de los referidos DU —que autorizaron al Ministerio de Defensa a destinar recursos públicos para fines de seguridad nacional— constituyó un aporte esencial y determinante para poder viabilizar la compra de los treinta y seis aviones de segundo uso”.
- 30 Véase el R. N. N.° 3064-2013 del 05 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).
- 31 Véase el R. N. N.° 385-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas); el R. N. 1590-2005 del 02 de diciembre del 2005.
- 32 Véase el R. N. N.° 3064-2013 del 05 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).
- 33 Véase el R. N. N.° 978-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein): “de un lado se informó que esa empresa realizó los servicios de asesoría pactados, pero que estos no habían sido productivos: conductas que revelan el accionar delictivo de los encausados y resaltan el modo de su proceder vulnerando el bien jurídico protegido por el delito de colusión”.
- 34 Véase el R. N. N.° 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

Ministerial que autorizó la compra de la aeronave³⁵, visar una Resolución Ministerial que aprobaba una licitación, pese a tener conocimiento que se trataba de un proceso de licitación simulado³⁶ o cuando un gerente de infraestructura firma un “acta de acuerdos” con el contratista en la que se conviene la paralización de las obras como consecuencia de la temporada de lluvias y en reformular los expedientes técnicos, hecho que contravenía expresamente diversas cláusulas del contrato estatal previamente firmado³⁷. También se considera como complicidad la conducta de un vicepresidente regional que brindó información privilegiada y coordinó con el contratista su participación en un proceso de licitación³⁸.

Los funcionarios públicos que no intervienen (competencialmente) en un proceso de contratación pero que pueden ser considerados cómplices son: los ministros de Estado que suscriben, por ejemplo, Decretos Supremos Secretos (v. gr., el presidente del Consejo de Ministro, el Ministro de Economía)³⁹, el director municipal⁴⁰, el tesorero de una municipalidad⁴¹, el jefe de la Oficina

35 Véase el R. N. N.° 1347-2014 del 07 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

36 Véase el R. N. N.° 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

37 Véase el R. N. N.° 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

38 Véase el R. N. N.° 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

39 Véase el R. N. N.° 248 -2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro): “Los ministros de Estado en ese entonces suscribieron, entre otros, los DU número 028-96, de junio de mil novecientos noventa y seis; número 035-96, del veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis; número 075-96, del dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y seis; número 032-98, del catorce de julio de mil novecientos noventa y ocho; y, número 038-98, del veintiuno de julio de mil novecientos noventa y ocho, sin respetar el procedimiento constitucionalmente previsto (artículos 118 apartado 19 y 125 apartado 2 de la Ley Fundamental). Los citados DU no se aprobaron en sesión del Consejo de Ministros y no se dieron cuenta al Congreso”.

40 Véase el R. N. N.° 3064-2013 del 05 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

41 Véase el R. N. N.° 385-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).

de Economía del Ejército⁴², el jefe de la Oficina General de Administración del Ministerio de Defensa⁴³, el Coronel del Ejército que fue comisionado para que recabe cotizaciones y proformas de aviones con las características que le fueran requeridas, el comandante general de la Aviación del Ejército⁴⁴, el Jefe del Departamento de Abastecimiento, jefe de la Oficina de Contabilidad⁴⁵, el vicepresidente del Gobierno Regional⁴⁶, el gerente de infraestructura de un Gobierno Regional⁴⁷, el autor del expediente técnico que luego es designado como supervisor de obra⁴⁸.

274 Se admite también la complicidad secundaria en el delito de colusión⁴⁹.

Para ser calificado como cómplice secundario en el delito de colusión el agente debe prestar asistencia dolosa en la fase de preparación, ejecución o

42 Véase el R. N. N.° 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

43 Véase el R. N. N.° 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

44 Véase el R. N. N.° 1347-2014 del 07 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

45 Véase el R. N. N.° 2206-2012 del 14 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

46 Véase el R. N. N.° 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla); el R. N. N.° 2493-2013 del 23 de julio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

47 Véase el R. N. N.° 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

48 Véase el R. N. N.° 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla): “resulta irregular que dicho acusado elaborara el expediente técnico del tramo carretero ‘San Jerónimo - Rondocan - Acomayo’ por el monto de sesenta y seis mil doscientos siete nuevos soles con noventa y seis céntimos, y posteriormente a través de su empresa “Consultores Generales FIDA SRL” - véase fojas dieciocho mil seiscientos setenta y cinco, y dieciocho mil setenta y siete ejerciera el cargo de supervisor externo de los trabajos de mantenimiento de los trece tramos carreteros, pues obviamente no brindaría una opinión imparcial sobre los errores o inexactitudes alegados por el contratista durante la ejecución de la obra, por lo menos en relación al mencionado tramo carretero”.

49 Véase el R. N. N.° 468-2010 del 06 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

consumación del iter criminis⁵⁰. La contribución del cómplice necesariamente debe ocurrir antes o en el momento de la ejecución del delito, pero no después que el delito se ha consumado⁵¹.

En esta forma de complicidad el aporte no es indispensable para la realización del delito, ni la ayuda es esencial para la realización del hecho, es decir, se tiene una función prescindible o de fácil acceso o reemplazo, por ende, la razón de su menor castigo reside en que ataca en menor grado el bien jurídico, incrementando en menor intensidad el riesgo de lesión del mismo⁵². La complicidad secundaria requiere de la concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos de toda forma de complicidad⁵³.

Se considera como un caso de complicidad secundaria la conducta del martillero público que firmó un documento (acta) donde se consignaba que se había realizado un remate público que no había ocurrido⁵⁴, ayudando con ello al acuerdo ilegal entre el funcionario y el tercero interesado; o el caso del Jefe de abastecimiento que dispuso la tramitación de la operación de pago, pese haber verificado que el material entregado en obra estaba incompleto⁵⁵, o la conducta del jefe de la Unidad de Contabilidad que tramitó irregularmente la orden de compra, la guía de remisión y que emitió la nota de contabilidad a pesar que éstas no consignaban la conformidad de la encargada del almacén central respecto a la entrega de los bienes⁵⁶.

50 Véase el R. N. N.° 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

51 Véase el R. N. N.° 2170-2010 del 6 de octubre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo): “como los actos imputados a los acusados Urday Mendoza y Chiri Valenzuela se localizan después del otorgamiento de la buena pro a la empresa en mención, dicha conducta no cumple el presupuesto objetivo del tipo penal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Sustantivo”.

52 Véase el R. N. N.° 2514-2011 del 5 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

53 Véase el R. N. N.° 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

54 Véase el R. N. N.° 468-2010 del 6 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

55 Véase el R. N. N.° 236-2012 del 9 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

56 Véase el R. N. N.° 236-2012 del 9 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

La jurisprudencia suprema, por ejemplo, califica como complicidad secundaria la contribución del representante legal de la empresa proveedora que suscribe el contrato estatal; mientras que el aporte del propietario que se concerta con los funcionarios públicos supone un acto típico de complicidad primaria⁵⁷. La intervención en calidad de cómplice secundario de un gerente de la empresa se asume a partir de que también era empleado del dueño de la misma⁵⁸.

275

A quien se le considera cómplice (primario o secundario) y que realiza actos de colaboración que permiten la comisión del delito de colusión se le debe acreditar que participó con conocimiento de los acuerdos colusorios entre el autor del delito y el tercero interesado⁵⁹. No basta con que se compruebe y verifique un aporte material, de carácter causal, dado que es necesario acreditar que sabía que de por medio había una ayuda a consolidar o reforzar la concertación.

Sin embargo, no es necesario que el autor (funcionario público) se haya concertado directamente con el representante de la empresa favorecida⁶⁰.

Debe haber prueba suficiente que acredite que el cómplice intervino con un aporte material a sabiendas, esto es, dolosamente —en coordinación con

57 Véase el R. N. N.° 2514-2011 del 5 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

58 Véase el R. N. N.° 2514-2011 del 5 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

59 Véase el R. N. N.° 619-2011 del 22 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein): “en su calidad de cómplice primario realizó actos de colaboración necesarios o permitió la comisión del referido ilícito penal, para lo cual se deberá determinar si el citado encausado participó con conocimiento de los acuerdos colusorios entre Gonzáles Vásquez y los representantes de la empresa The Boeing Company”.

60 Véase el R. N. N.° 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez); el R. N. N.° 2514-2011 del 5 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo): “es necesario reiterar que a éste no se le atribuye haber concertado con el ahora sentenciado César Saucedo Sánchez, contrariamente a ello, su intervención fue en calidad de cómplice secundario, en tanto, que su participación fue en condición de representante de la empresa JRB Importaciones SAC”.

los autores— para concretar la afectación a la entidad estatal garantizando, por ejemplo, los contratos concusionarios⁶¹.

Tratándose del cómplice se requiere de un doble dolo. Primero, el dolo respecto de la naturaleza de su propia intervención o aporte. Segundo, el dolo referido al comportamiento delictuoso que el autor realiza o está a punto de realizar⁶². Para que concurra el dolo los funcionarios (cómplices) han debido conocer la concertación de los autores con la parte interesada con la consiguiente afectación del bien jurídico que protege la norma jurídico penal que castiga la colusión, así como han de conocer que su aporte contribuiría a la comisión del delito por los autores⁶³.

Uno de los indicadores objetivos que acreditan el dolo del cómplice en el delito de colusión es la formación universitaria de la persona (v. gr., era

61 Véase el R. N. N.° 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

62 Véase el R. N. N.° 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

63 Véase el R. N. N.° 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro): “los medios de prueba que obran en este proceso, sin embargo, no permiten concluir el conocimiento y/o intervención de los ministros acusados —por lo menos de Baca Campodónico y Pandolfi Arbulú— respecto de (i) que existió un objetivo previo de dirección de la contratación pública para la intervención de los imputados —en otras causas— Venero Garrido, Duthúrburu Cubas, Rothschild Chassin y Montesinos Torres, entre otros; (ii) que se había instituido el llamado “fondo de contingencia”, al cual se desvió varios millones de dólares americanos derivados de las adquisiciones en cuestión.

Es importante destacar (i) que en la ideación y concreción del “fondo de contingencia” sólo se menciona al presidente Fujimori y al asesor presidencial y jefe real del SIN Montesinos Torres; y, (ii) que, respecto de las comisiones y la formación del grupo de empresarios vinculados al citado Fondo, no se señala el conocimiento y participación de los ministros acusados. Es más, la comisión se acordó con Montesinos Torres y a él, a cuentas a su nombre, se remitió lo pactado entre ellos.

Esta Sala de Revisión, unánimemente, estima a tenor de lo expuesto, vista la intervención de los ministros Baca Campodónico y Pandolfi Arbulú, circunscrita a la emisión de los DU correspondiente, que no les alcanza responsabilidad penal. Respecto de los encausados Carnet Dickmann y Saucedo Sánchez, por mayoría, valora que su situación jurídica es similar que la de los ministros Baca Campodónico y Pandolfi Arbulú. Dos señoras juezas, por contrario, entienden deben atenderse otros factores que darían lugar a una conclusión distinta, lo que se expone en un voto separado”.

bachiller en Derecho) que le permitía darse cuenta de que, por ejemplo, firmar un documento donde se consignaban hechos que no habían ocurrido y donde fungía como Martillero era ilegal⁶⁴.

No es correcto partir que debido al alto cargo que ocupaba un funcionario en el gobierno (v. gr., ministro) debía conocer todos los actos que se desarrollan en su sector o que si firmó un determinado documento (v. gr., Resolución ministerial, Decreto Supremo) estuvo en condiciones de conocer los pormenores o los alcances de un específico proceso de contratación y, en concreto, el concierto de los funcionarios con la empresa contratista⁶⁵.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “ceder ante una presión indebida de un superior jerárquico y visar una documentación sin analizar la documentación que debía sustentarla, en todo caso, es prueba manifiesta de una falta de disposición para defender su ámbito de decisión y autonomía y, por lo demás, una falta cuidado en su quehacer funcional. En todo caso, existe duda que en la conducta del imputado medió un concierto de voluntades o previo acuerdo, coetáneo, inicial o sobrevenido a la acción típicamente antijurídica por lo que procede, entonces, su absolución”⁶⁶.

276 Por otro lado, puede que haya complicidad del funcionario cuando, por ejemplo, el almacenero no informa a los órganos pertinentes del ente público que los bienes recibidos son de menor calidad de los que debía recibirse, o que los bienes se encuentran con fecha de vencimiento. No obstante, para que ello

64 Véase el R. N. N.º 468-2010 del 06 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

65 Véase el R. N. N.º 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro): “la presunción que se hace uso a partir de que toda cartera ministerial importa un acto de confianza del presidente de la República y, como tal, que la permanencia del ministro en el cargo permite deducir que ha de saber todo o gran parte lo que suceda en el ámbito gubernamental en tanto, de uno u otro modo, deba intervenir lejana o cercanamente; y, desde el hecho base de que como ministro se firmó un DU secreto a partir del cual se consolidó una contratación pública con una empresa vinculada a un gobierno extranjero, no autoriza el hecho indicado o conclusión de que, en el presente caso, los ministros acusados por intervenir en la dación de los cuestionados conocían y apoyaron conscientemente la conducta colusoria atribuida a los agentes oficiales encargados del proceso de adquisición del armamento aéreo militar”.

66 Véase el R. N. N.º 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

ocurra se debe exigir que previamente se tenga conocimiento del mismo. Se debe probar los aspectos objetivos y subjetivos de la imputación. Si es que no se prueba dicho extremo corresponde la absolución.

Si el funcionario público conocía la concertación dolosa y tenía posición de garante (deber de actuación) y pese a ello se abstuvo de participar en la evaluación, por ejemplo, de la buena pro —o no intervino deliberadamente en la votación en la que se adoptó el acuerdo o no suscribió el contrato— comete el delito de colusión ilegal a título de complicidad por omisión⁶⁷. Por ejemplo, constituye un caso de complicidad omisiva cuando un gerente de infraestructura de un Gobierno, pese a tener conocimiento de la existencia de una causal para resolver el contrato nunca lo solicitó bajo el pretexto que los únicos autorizados y/o que tienen dicha atribución son la Presidencia Regional, el gerente general regional y la Oficina de Asesoría Legal⁶⁸. Se entiende que el cómplice debe conocer el acuerdo concusionario. Sin embargo, aquí más importante que acreditar el comportamiento debido (que no se realizó) es probar que el partícipe conocía del acuerdo colusorio entre funcionarios competentes de la entidad y el tercero contratista.

Con todo, hay que reconocer que la delimitación entre autoría y participación en las omisiones representa en la actualidad el ámbito menos esclarecido de la teoría de la participación criminal⁶⁹.

No puede constituir intervención penalmente relevante si el Ministerio Público no logra establecer mediante prueba idónea que un funcionario en

277

67 Cfr. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, p. 749: “de considerar a los hechos omisivos como delitos de infracción de deber, la vulneración del deber (extrapenal) de garante convierte por sí solo al omitente en autor; la participación por omisión solo cabe, pues allí donde el tipo no es realizable por omisión (Ej. En los delitos de propia mano o los delitos de apropiación)”. En contra: JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general*, 29/106, p. 1028 quien postula la calificación de autoría directa: “Fundamento de responsabilidad es la vinculación institucional con el bien: esta vinculación es siempre directa, o sea, que su quebrantamiento se lleva a cabo siempre en concepto de autor. De este modo, se da también omisión en concepto de autor cuando el obligado no impide el delito de otra persona contra el bien, aun cuando este delito a su vez constituya participación”.

68 Véase el R. N. N.º 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

69 Por todos, ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, p. 753.

la adquisición de un bien actuó como órgano de asesoramiento de una empresa estatal (v. gr., la Caja de Pensiones Militar Policial), ni que elaboró un contrato o emitió informe a favor de la realización de la operación⁷⁰. De igual forma, el elaborar un Informe Técnico Legal con la opinión a favor de que se realice un determinado proceso de contratación bajo ciertas condiciones, no resulta del todo determinante para definir la forma, los procedimientos y a qué empresa se le debía beneficiar con la adquisición directa (v. gr., compra de volquetes) por lo que no puede haber participación punible. En estas condiciones el funcionario actuó conforme con el rol y el estándar exigible en sus atribuciones; esto es, desplegó una conducta inocua, en términos de la moderna dogmática penal, de tal manera que no existe repercusión penal, pues opera la prohibición de regreso, cuando la aportación de alguien a un hecho delictivo posterior encuentra una explicación con sentido independiente de ese hecho delictivo posterior⁷¹.

En los procesos de contratación el asesor legal solo puede emitir opiniones respecto al otorgamiento de la buena pro, más no decide. La emisión de estas opiniones, por sí solas, no genera competencias de decisión⁷². En cuanto al título de intervención del asesor legal solamente podría imputársele el delito de colusión en dos supuestos: i) como cómplice primario (*extraneus*) cuando, en contubernio con los miembros del Comité de Selección o el gerente general, decide emitir un informe jurídico favorable para la empresa con la que concertó, situación que debe demostrarse de manera suficiente; ii) como autor mediato, luego que se acredite que como asesor legal instrumentalizó al gerente general, por medio del error (al emitir un informe jurídico no acorde a ley), para que este decida otorgar la buena pro a favor de la empresa que concertó con el asesor legal⁷³.

La Corte Suprema conoció el caso de un abogado, asesor externo, que a pedido del Gerente de una entidad pública (Municipalidad) emitió un informe

70 Véase el R. N. N.° 3724-2013 del 9 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

71 Véase el R. N. N.° 221-2013 del 4 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

72 Véase el R. N. N.° 3727-2013 del 15 de octubre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

73 Véase el R. N. N.° 3727-2013 del 15 de octubre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

escrito frente a la consulta de la validez de cartas fianzas emitidas por una cooperativa de ahorro y que tenía como fin garantizar adelantos por materiales. Dichas cartas se demostraron luego en el proceso penal que eran falsificadas y justificaron el pago por adelanto y materiales⁷⁴. Se estimó —para revocar la sentencia condenatoria y absolver— que el hecho de que “un asesor legal externo haya emitido una opinión avalando las cartas fianzas de adelanto directo y materiales, ello no acredita su responsabilidad penal en el delito de colusión, ni siquiera como cómplice primario, pues aquella interpretación que da la norma de contrataciones, e incluso el haber obviado verificar si en efecto la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Marcos era o no integrante de la FENACREP (Federación Nacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito) no resulta ser una circunstancia que delimite su participación dolosa en los actos colusorios; máxime si la emisión de dicho informe no tiene relevancia o genera vinculación alguna, dado que es una mera opinión, de modo tal que tampoco se le puede imputar la falta de verificación sobre la validez de las cartas fianzas, que posteriormente se determinó que las firmas no correspondían al puño gráfico de los representantes de la citada Cooperativa; por tanto, respecto a dicho encausado se debe considerar que éste actuó cumpliendo el rol que le correspondía en su condición de asesor externo, sin que ello implique que haya tenido participación alguna en acuerdo colusorio o que haya tenido la intención de beneficiar a la empresa de algún modo”⁷⁵.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la “prohibición de regreso, cuyo fundamento radica en la evitación del regreso *ad infinitum* de la imputación y, puede darse cuando: i) el sujeto realiza un comportamiento cotidiano, debido o estereotipado al que otro vincula unilateralmente un hecho o se sirve del mismo para su realización, y ii) el sujeto realiza una prestación generalizada e inocua a otra persona que hace uso de ella para la materialización de un delito; que, en el caso de autos no se puede aplicar ninguno de los dos supuestos de prohibición de regreso, puesto que las acciones del procesado no son comportamientos ordinarios ni estamos ante una prestación generalizada”⁷⁶. Este filtro excluye la imputación objetiva del comportamiento,

74 Véase el R. N. N.º 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

75 Véase el R. N. N.º 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

76 Véase el R. N. N.º 2816-2009 del 16 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria

pues la conducta de la persona que es aprovechada por una segunda persona en un hecho delictivo, es llevada de acuerdo a su rol⁷⁷.

278 No son actos de complicidad en el delito de colusión por carecer de relevancia penal el hecho de que un funcionario (v. gr., comandante general del Comando Logístico del Ejército) remita un oficio conteniendo información solicitada por orden de un superior, más aún si dicho aporte no fue determinante para la aprobación de la buena pro⁷⁸.

De igual forma, carece de relevancia para el Derecho penal el hecho de visar un documento (v. gr., Resolución Ministerial) que no fue esencial para la aprobación de la buena pro del contrato estatal. Por ejemplo, la firma del jefe de la División de Normatividad, Gestión y Dispositivos Legales de Adquisiciones de una entidad no es necesaria que figure en toda resolución administrativa⁷⁹.

Si es que no se comprueba que un funcionario realizó un aporte objetivo al hecho del autor no es posible dictar una sentencia condenatoria v. gr., no suscribe el acta de adjudicación directa selectiva como miembro del Comité Especial de adjudicación⁸⁰.

No constituye acto de complicidad el realizar cotizaciones de materiales de construcción que luego se presentan al Comité de Adquisiciones, limitándose el funcionario a cumplir su trabajo⁸¹. De igual forma, no tiene relevancia penal el hecho de firmar las boletas y papeletas que permiten la salida de los

(ponente: Rodríguez Tineo); el R. N. N.° 2331-2009 del 15 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

77 Véase el R. N. N.° 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana) con cita de Jakobs.

78 Véase el R. N. N.° 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

79 Véase el R. N. N.° 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez): “en tanto no se evidenció que el procesado haya efectuado un aporte necesario para coadyuvar en la realización del acto fraudulento, por lo que, no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que ampara a todo imputado”.

80 Véase el R. N. N.° 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

81 Véase el R. N. N.° 700-2012 del 01 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

bienes (v. gr., equipos de sistema de comunicaciones) por indicación de su superior inmediato⁸².

En la determinación del nivel de intervención en el delito de colusión se debe precisar, por ejemplo, si el funcionario imputado participó (por cualquier razón) como miembro del órgano de contratación en reemplazo de alguno de los integrantes titulares; si es que se demuestra que no intervino de forma alguna no puede predicarse la responsabilidad penal. Asimismo, ha de tomarse en cuenta si los funcionarios de la concreta entidad estatal refieren o sindicán que el funcionario intervino activamente y de alguna forma en la adquisición de los bienes o en la configuración del contrato estatal⁸³.

De manera discutible, la Corte Suprema de Justicia absolvió por complicidad en colusión al gerente de una empresa contratista, dedicada a la construcción, que cobró unos cheques emitidos por una entidad estatal y cuya personería jurídica había prestado a un tercero a fin de que participe en un proceso de contratación en el que luego se verificó un acuerdo colusorio.

279

La Corte Suprema entendió que “no ha quedado acreditada su participación en el acuerdo colusorio, pues conforme se ha reseñado precedentemente, éste no tuvo intervención en el proceso de selección, aun cuando incluso haya tenido conocimiento que la empresa “Job Inversiones S.A.C.” fue prestada a Ornar Miranda Carranza, y así haya cobrado cheques, pues aquellos evidentemente se giraron a su nombre en su condición de Gerente de dicha empresa, lo cual en modo alguno determina una conducta dolosa, pues su conducta es inocua, dado que el cobro de un cheque girado a su nombre no quebranta ni infringe normatividad alguna, tanto más si se utilizó su nombre en el proceso de selección de las empresas cuestionadas; por lo que, no se puede vincular

82 Véase el R. N. N.º 1461-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo): “la participación de los encausados Vieyra Chunga y Matos Ramírez, esta, en puridad, solo se ciñe a que sus firmas estuvieron consignadas en los documentos que permitieron la salida de los bienes de la institución, conducta que no encontró un nexo causal que la ligue a los actos propios de la concertación ilegal, por lo que las mismas solo revisten negligencias puntuales que ameritarían sanciones en la vía administrativa”.

83 Véase el R. N. N.º 221-2013 del 04 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

la aportación inocua de dicho encausado con el curso lesivo de la conducta desplegada por los miembros del Comité”⁸⁴.

II. LA INSTIGACIÓN

280 La instigación es una forma de participación criminal que puede cometerse en cualquier delito, entre las que se cuenta el delito de colusión⁸⁵.

La intervención del tercero interesado (*extraneus*) no se agota en la calidad de cooperador necesario. También puede responder como *instigador* al hecho⁸⁶ v. gr., el tercero determina o crea la decisión en el funcionario público (a través de dadas, promesas o demás ofrecimientos) para que éste le favorezca en el contrato estatal perjudicando así el patrimonio público. En la instigación el agente se vale de una influencia psíquica o psicológica, a través de medios que consisten en promesas, apuestas y persuasión económica, que impliquen una influencia psicológica⁸⁷.

Ello ocurre por, ejemplo, cuando un exalcalde imparte diversas disposiciones tendientes a facilitar la consumación de los hechos materia de colusión⁸⁸ o funcionarios pertenecientes a la dirección de una entidad estatal (v. gr., un gerente departamental o la Administración) ejercen indebida y eficazmente

84 Véase el R. N. N.º 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

85 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 116; CARRIÓN DÍAZ, Juan y CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 51.

86 Cfr. BENAVIDES SCHILLER, Andrés, *El delito de fraude del funcionario público*, p. 165, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la Administración pública*, p. 211; CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo CP (doctrina y jurisprudencia)*, p. 324; MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el Nuevo CP*, p. 336; RODRÍGUEZ DEvesa, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español*, p. 1197; PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 116; SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, “Imputación objetiva y participación de los extraneus en los delitos de infracción de deber”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*; t. 70, pp. 62 y ss; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, p. 335; CARRIÓN DÍAZ, Juan y CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 51.

87 Véase, R. N. N.º 118-2013 del 22 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

88 Véase el R. N. 1060-2003 de fecha 30 de junio del 2004 de la Sala Penal Permanente.

su poder jerárquico sobre otros funcionarios (v. gr., miembros del comité de selección), de tal manera que con su actos incrementan de modo relevante la posibilidad de que adopten y ejecuten la resolución delictiva a la que se les incitó v. gr., otorgar la buena pro a una determinada empresa⁸⁹. Los funcionarios de la dirección de una entidad estatal pueden delimitar, en función a su nivel jerárquico e influir dentro de la institución, en el ámbito de actuación del Comité Especial y determinar a sus integrantes a que escojan a una determinado contratista como también puede influir en las demás etapas de contratación estatal determinando a los demás funcionarios v. gr., a realizar pagos irregulares dentro de la ejecución del contrato, el dar la conformidad del servicio o recibir un bien en mal estado.

El instigador del delito de colusión puede ser un particular (v. gr., el contratista, el representante legal, etc.) como también otro funcionario público⁹⁰ (no competente). El instigador induce a un funcionario público a concertarse con los representantes de una empresa, o en general con el contratista, a fin de que se les favorezca en cualquier etapa del proceso de contratación (v. gr., en la etapa preparatoria, en la fase de selección o en la fase de ejecución).

89 Véase el R. N. N.º 1015-2009 del 17 de febrero del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro): “es claro que no pueden tener la calidad de autores porque les falta la estricta relación funcional para decidir la adjudicación a la empresa Wensa, por la que intercedieron indebidamente. Pero, desde luego, según la conducta que llevaron a cabo para concretar el acto prohibido, tienen la calidad de instigadores. Ambos imputados ejercieron indebida y eficazmente su poder jerárquico y fijaron un marco fáctico de tal entidad que incrementaron de modo relevante la posibilidad -finalmente concretada- de que los inducidos adopten y ejecuten la resolución delictiva a la que se les incitó. Ellos, finalmente, impusieron a los integrantes del Comité Especial de Adjudicación —sin que pierdan la capacidad de decisión sobre la ejecución— el favorecimiento fraudulento a la empresa Wensa. Los encausados Agustín Froilan Pacori Parisaca, César Hernando Cosar Solórzano, Alfredo Condori Flores, Omar Miguel Monteza Rosales y Teresa Ramos Flores, según se tiene expuesto, tenían el dominio del hecho y realizaron personalmente el acto defraudatorio al Estado. Por ello es que los encausados Fernández de Paredes Arévalo y Pacheco Rodríguez solo pueden tener la calidad de inductores, sin perjuicio de que la relación funcional específica, como ha quedado expuesto, la ostentaban los cinco primeros encausados.”.

90 Véase el R. N. N.º 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

Puede, además, que el tercero interesado actúe tanto como instigador en el hecho y a la vez coopere efectivamente en su ejecución. No hay incompatibilidad para que una misma persona sea a la vez tanto instigador y cómplice de un mismo hecho. Ello es posible en la medida que quien instiga puede, además, ayudar materialmente a la ejecución del hecho v. gr., el tercero convence al funcionario público para que lo beneficie con la buena pro de una licitación y crea, por ejemplo, empresas para que participen (en apariencia) en dicho proceso con el solo propósito de darle visos de legitimidad.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS EN EL DELITO DE COLUSIÓN

281 La jurisprudencia suprema ha establecido también la posibilidad de encontrar responsabilidad penal a los miembros de un *órgano colegiado de la Administración Pública* que intervienen en las distintas etapas del proceso de contratación v. gr., los miembros del Comité especial⁹¹, los miembros de una comisión especial para adquirir un bien⁹², los miembros de la Comisión Especial Permanente de una Municipalidad⁹³, los miembros de la comisión de recepción de obra⁹⁴ o los miembros de la Junta Liquidadora de una empresa estatal⁹⁵.

En el caso de las empresas estatales se establece responsabilidad a los miembros del Consejo Directivo y del Comité de Inversiones Inmobiliarias

91 Véase el R. N. N.° 2949-2014 del 07 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro); el R. N. N.° 1621-2012 del 03 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo); el R. N. N.° 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores); el R. N. 2486-2004 de fecha 04 de Febrero del 2005 expedida por la Segunda Sala penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga); el R. N. N.° 700-2012 del 01 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

92 Véase el R. N. N.° 566-2015 del 16 de julio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

93 Véase el R. N. N.° 3647-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

94 Véase el R. N. N.° 3335-2010 del 01 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

95 Véase el R. N. N.° 209-2012 del 15 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

de la Caja de Pensiones Militar Policial⁹⁶. Los órganos de dirección de una empresa estatal pueden fijarse en la ley, en el Reglamento o en una Directiva específica⁹⁷.

Es posible que la colusión se pueda cometer con los integrantes de dos órganos colegiados de la entidad o la empresa estatal que poseen competencias distintas⁹⁸.

En el delito de colusión la concertación a nivel de los miembros de los órganos colegiados se produce, por lo general, antes de la decisión de dicho órgano⁹⁹.

Por ejemplo, como muestra de la responsabilidad de los integrantes de un órgano colegiado se ha determinado que “dicho Comité de Adjudicación, no cuestionó en forma alguna la adquisición realizada, a pesar de que la maquinaria adolecía de desperfectos mecánicos observables a simple vista, adquisición que según el precitado Informe Legal se realizó sin la observancia del Reglamento Único de Adquisiciones aprobado por el Decreto Supremo número sesenta y cinco-ochenta y cinco-PCM¹⁰⁰”.

En el caso descrito se colige que la responsabilidad es a título de comisión por omisión más que de comisión y el reproche jurídico penal que se les formula es el no cuestionar de forma alguna la adquisición realizada. Tal como se señaló anteriormente resulta objetable, más aún si la argumentación es notablemente insuficiente, respecto a que la omisión de un deber funcional: “no cuestionar en forma alguna la adquisición realizada” se convierta automáticamente y por sí sola en un hecho subsumible como autoría por omisión impropia en el delito de colusión ilegal cuando ni siquiera se ha explicado en

96 Véase el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.º 1497-2015 del 6 de julio del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

97 Véase el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

98 Véase el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

99 Véase el R. N. N.º 1497-2015 del 6 de julio del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

100 Véase el R. N. 2486-2004 de fecha 4 de febrero del 2005 (ponente: Prado Saldarriaga).

qué consistiría la equivalencia normativa entre el acto de concertar y el no cuestionamiento de la adquisición realizada.

De igual forma, la responsabilidad de un miembro de un órgano colegiado se plantea al afirmarse que con la participación de un funcionario en una comisión se “consolidó el otorgamiento de la buena pro a su co-sentenciado Gonzales Pisfil sin su intervención, amén de ostentar un cargo funcional de más jerarquía que Serquén Seclén, no podía afianzarse este procedimiento delictivo y visto el cúmulo de irregularidades, que incluyó la ausencia de actas y de documentación debidamente ordenada y clasificada, no puede invocar desconocimiento de lo que sucedió en desmedro de la Municipalidad”¹⁰¹.

282 En otro caso la Corte Suprema de Justicia condenó a los miembros del Comité de Adjudicación de una Municipalidad debido a que autorizaron la intervención en el concurso público de precios de una empresa que no se había constituido formalmente cuando tuvo lugar el concurso público de precios; por tanto, carecía de personería jurídica; dicha empresa no contaba, además, con experiencia en el rubro de maquinaria pesada ni estaba inscrita en el Registro de Proveedores¹⁰².

101 Véase el R. N. N.º 3647-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

102 Véase el R. N. N.º 492-2009 del 1 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro): “apreciado en su conjunto todo el proceso de adjudicación, recepción y resultado final, se tiene que medió un concierto defraudador entre los funcionarios municipales con los directivos de la empresa Miami Engines & Truck Sales Sociedad Anónima. No de otra forma se puede explicar hacer intervenir a esa firma sin reunir los requisitos para participar en el concurso de precios y otorgarle el máximo puntaje, lo que es de plena responsabilidad de los miembros del Comité de Adjudicación recurrentes. Los imputados no actuaron con la objetividad necesaria y en su intervención en esta contratación pública otorgaron la buena pro a una empresa que no reunía los requisitos legales de experiencia y seriedad para cumplir con la Municipalidad. El resultado, como se ha expuesto, fue un perjuicio patrimonial evidente —de oportunidad, de la necesaria utilización de maquinaria pesada para el cumplimiento de los objetivos de servicio público trazados por la Municipalidad agravada—. No es posible analizar este caso en el exclusivo ámbito de la actuación del Comité de Adjudicación, cuyos integrantes, como tales, realizaron conductas evidentemente delictivas para favorecer a una empresa que no debió ganar la buena pro. No cabe, por tanto, afirmar que únicamente mediaron simples omisiones funcionales. Es de rigor concatenar ese paso necesario para la defraudación al tesoro municipal con lo que sucedió a continuación, de lo que resulta un evidente atentado contra el patrimonio público municipal. Los hechos están probados, la conducta

De igual forma, se encontró responsabilidad en los miembros del Comité Especial del Banco de Materiales: “en virtud a la labor que desempeñaban y al conocimiento que tenían acerca de la documentación y los pormenores que rodeaban la transacción comercial irregular que se estaba consumando en agravio del patrimonio estatal” y debido a que desnaturalizaron “el requerimiento realizado por la Gerencia de Operaciones, en tal sentido, éstos agentes no solo tenían conocimiento de las normas que sobre adquisición se encontraban vigentes y la imposibilidad de exonerar del procedimiento establecido en el Reglamento único de Adquisiciones a los servicios de fabricación (toda vez que dicha exoneración solamente se podía aplicar para la compra de bienes de construcción terminados)”¹⁰³.

De manera semejante, la Corte Suprema de Justicia condenó a los regidores de una Municipalidad debido a que “favorecieron al delito cometido por el encausado Silvestre Chávez Palacios (alcalde), mostrando su conformidad o anuencia en sus actos ilícitos y permitiendo que celebrara con terceros dos contratos defraudatorios y notoriamente desfavorables al erario municipal”¹⁰⁴. Asimismo, se condenó a los miembros de un Concejo Municipal que aprobaron en forma unánime los contratos de locación de servicios para la fiscalización tributaria, transgrediendo las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado, en desmedro de los intereses del municipio agraviado¹⁰⁵.

283

La Corte Suprema de Justicia anuló una sentencia absolutoria a los regidores de una Municipalidad al considerar que “el Tribunal Superior no valoró que por su condición de Regidores de la Municipalidad agraviada con

delictiva de los imputados también. Por tanto, debe desestimarse los motivos del recurso que interpusieron”.

103 Véase el R. N. N.° 700-2012 del 01 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

104 Véase el R. N. N.° 556-2007 del 10 de setiembre del 2008 de la Sala Penal Permanente (ponente: Urvina Ganvini): “se desprende del acuerdo tomado en la Sesión Extraordinaria número treinta y siete guión dos mil tres guión MPR (fojas ciento treinta y dos) que los encausados impugnantes, pese a las evidentes irregularidades incurridas en la suscripción del contrato con la empresa Asesores Consultores L&C Sociedad Anónima Cerrada, respaldaron dicho acto ilícito del Alcalde Silvestre Chávez Palacios, en clara infracción a sus deberes funcionales (de control y supervisión) derivados de su calidad de Regidores”.

105 Véase el R. N. N.° 2206-2012 del 14 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

facultades fiscalizadoras, no exigieron la información adecuada para la suscripción del referido contrato, ni tampoco verificaron las labores que debía realizar, la forma y contenido del mismo, inobservando el cumplimiento de las exigencias establecidas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones *del Estado*. A pesar de ello aprobaron en vía de regularización, en sesión extraordinaria de fecha veintiuno de diciembre de dos mil dos, la suscripción del contrato tantas veces mencionado, con lo que permitieron que la empresa L&C Asesores y Consultores SAC obtenga un beneficio económico por un presunto servicio que va había sido realizado. La intervención que tuvieron en los hechos constituiría una participación necesaria dado que la expectativa normativa exigida a los regidores se circunscribiera al cumplimiento de su rol de custodiar y velar por el buen funcionamiento de la administración municipal. No se puede soslayar que sin su aprobación en sesión de concejo no podía haber sido posible la contratación de la citada empresa¹⁰⁶”.

284 Sin embargo, el hecho de que se forme parte de un órgano colegiado (v. gr., comité de selección) no quiere decir que la responsabilidad sea automática y que todos los funcionarios que lo integran respondan penalmente por las decisiones que se adoptan. Es posible que la concertación como medio típico del delito de colusión solo se produzca con un integrante del órgano colegiado (v. gr., presidente del Comité¹⁰⁷, presidente del directorio de una empresa estatal¹⁰⁸) o con algunos miembros del órgano colegiado¹⁰⁹ y que los demás miembros desconozcan el concierto ilegal¹¹⁰.

No es necesario que algunos miembros del órgano colegiado que adoptan una decisión ilegal para ser exonerados de responsabilidad voten en contra de la decisión de la mayoría, no voten o siquiera que maten su posición. Puede que voten en igual sentido que los funcionarios coludidos pero lo hagan pre-

106 Véase el R. N. N.° 1389-2012 del 16 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

107 Véase el R. N. N.° 193-2013 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

108 Véase el R. N. N.° 1497-2015 del 06 de julio del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

109 Véase el R. N. N.° 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

110 Véase el R. N. N.° 285-2014 del 18 de junio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

munidos de razones distintas, actúen con base al principio de confianza por los informes que les presentan otros órganos de línea (v. gr., Oficina de Asesoría Legal, Gerencia General, Jefatura de Proyectos) o simplemente no conozcan la concertación en la que se encuentran inmersos los demás funcionarios¹¹¹. En todo caso, siempre se requiere que no hayan participado de alguna forma en el acuerdo colusorio.

En los órganos colegiados de la administración pública, o de las empresas estatales, debe tomarse en cuenta el marco de atribuciones y competencias funcionales como también la injerencia material de un funcionario en las decisiones colectivas. Asimismo, es válido en este ámbito analizar la posibilidad de aplicar en toda su dimensión los alcances del principio de confianza. Por ejemplo, si la adopción de una determinada decisión colegiada se realizó previa sustentación por un órgano técnico especializado, si se realiza previo estudio técnico, o si había la sustentación de la Gerencia de Inversiones, la Gerencia General o si el funcionario conminó o direccionó a los demás miembros del órgano colegiado para que aprobaran alguna decisión específica (v. gr., inversión financiera) o si influyó de alguna manera en la elaboración de los informes previos¹¹².

Los miembros del órgano colegiado (v. gr., Consejo Directivo) pueden confiar, mientras no haya un indicador contrario, en la veracidad de los informes remitidos para su evaluación y que son elaborados por los órganos competentes encargados, los cuales estaban a cargo, por ejemplo, del examen de la viabilidad del otorgamiento de créditos y sus refinanciamientos por la Gerencia Financiera y la Gerencia General. Dichos órganos técnicos especializados son los que deben advertir los posibles vacíos o falencias existentes al órgano decisorio (v. gr., Consejo Directivo) de las operaciones comerciales que pueden o no adoptarse en la empresa estatal¹¹³.

El hecho de que se sospeche de que un miembro de un órgano colegiado (v. gr., presidente) haya proporcionado información al representante de la

111 Véase el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

112 Véase el R. N. N.º 1497-2015 del 6 de julio del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

113 Véase el R. N. N.º 1497-2015 del 6 de julio del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

empresa interesada, ello constituye una conjetura que muchas veces no se logra corroborar meridianamente por medio probatorio alguno¹¹⁴. Corresponde al Ministerio Público señalar de qué manera los hechos que se imputan pueden establecer una vinculación entre el funcionario y el tercero interesado y si dichos hechos acreditan la existencia de una concentración previa entre los citados procesados¹¹⁵.

No hay forma alguna de responsabilidad penal cuando no consta que un miembro de un órgano de contratación (v. gr., comité de selección) fuera comunicado del acto licitatorio ni que participara en el otorgamiento de la buena pro¹¹⁶.

285 El principio de presunción de inocencia, el principio de legalidad y el principio de responsabilidad personal (o por el hecho propio) obliga a que se individualice y determine la conducta de cada una de las personas que forman parte del órgano colegiado y se precise si todas las personas realizaron la conducta de concertación o si, por lo menos, sabían de alguna tratativa ilegal llevada a cabo por algún funcionario.

La individualización de cada uno de los intervinientes en el hecho obliga también a individualizar el aporte de cada una de las personas y a identificar si efectivamente la concertación, propia del delito de colusión, se ha llevado a cabo de manera colectiva o si solo es un comportamiento ejecutado por algún miembro del órgano que se aprovecha de la situación de desconocimiento de los demás integrantes.

La decisión colectiva no es igual a concertación colectiva o que la pertenencia a un órgano de composición plural supone que todos los integrantes del mismo respondan por el delito de colusión. El aporte que se brinda por algún funcionario público en el proceso de contratación estatal no puede entenderse de manera automática como un acto propio de una supuesta concertación o como una colaboración material en el delito de colusión. No todo acto que

114 Véase el R. N. N.º 1497-2015 del 6 de julio del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

115 Véase el R. N. N.º 1497-2015 del 6 de julio del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

116 Véase el R. N. N.º 590-2013 del 15 de mayo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

realiza un funcionario público dentro de un proceso de contratación estatal se puede equiparar como un acto de concertación ilegal.

Consideramos que mientras ningún miembro del órgano colegiado se haya desviado de su rol o haya dados muestras inequívocas de querer y actuar favoreciendo a una empresa contratista no debe plantearse la imputación de colusión ilegal y menos dictarse una sentencia condenatoria. En estos casos la decisión colegiada que se adopta de manera regular debe evaluarse de modo semejante para todos los miembros del órgano colegiado v. gr., Concejo Municipal, Comité Especial, etc. La Corte Suprema de Justicia absolvió a dos de los miembros de un Comité Especial que habían sido condenados en primera instancia al entender que “las decisiones que dicho Comité realizaba se adoptaron en forma colegiada; en tal sentido, si las absoluciones decretadas se fundan en la no acreditación de actos colusorios con el procesado Moreno Lezama, ello debe hacerse extensivo a los procesados Rojas Abanto y Mendoza Torres, quienes tuvieron en esencia el mismo grado de participación”¹¹⁷.

Asimismo, se debe tomar en cuenta el ámbito de conocimientos exigibles al miembro del órgano colegiado. Por ejemplo, si empresas particulares “solicitaban diversos créditos para cancelar otros créditos, ello no puede ser competencia del conocimiento del encausado (miembro de una empresa estatal), pues al otorgarse nuevos créditos dichas empresas adquirirían nuevas obligaciones con La Caja, motivo por el cual en su debida oportunidad se aprobó la ejecución de las garantías otorgadas”¹¹⁸.

117 Véase el R. N. N.º 3279-2012 del 16 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores): “Cabe precisar que esto responde a decisiones de carácter colegiado, y habiéndose dispuesto la absolución de los otros integrantes de dicho Comité, debe disponerse también la absolución de Rojas Abanto”.

118 Véase el R. N. N.º 1497-2015 del 6 de julio del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

CAPÍTULO IX

CONSUMACIÓN Y CONCURSO

I. LA CONSUMACIÓN

En el tipo básico del delito la concertación, entendida como la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública, es un delito de peligro que no requiere que haya un efectivo perjuicio patrimonial, ni que se verifique materialmente la obtención de una ventaja por el funcionario¹.

Para quienes entienden que el delito de colusión ilegal simple es un delito de peligro la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio². La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el delito de colusión “se configura como un delito de mera actividad; es decir, para su consumación no es necesario que la defraudación se constate, bastando se verifique el acuerdo colusorio”³.

Dicha premisa hace difícil⁴ —o hasta imposible⁵— la configuración de la tentativa la que se reconoce solo de manera excepcional cuando, por ejemplo, el funcionario cita a las partes para llegar a un arreglo y todos se reúnen en un lugar determinado⁶.

1 Véase el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

2 En la doctrina nacional: GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1110; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 270. En la doctrina española: VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, “Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la Administración pública en materia de corrupción urbanística”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, p. 50.

3 Véase el R. N. N.º 379-2013 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

4 Cfr. RODRÍGUEZ DEvesa, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso; *Derecho penal español. Parte especial*, p. 1197.

5 Niega la tentativa: CATALAN SENDER, Jesús; *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)* p. 320; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, p. 343.

6 Véase, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, p. 270.

287

El delito de colusión ilegal agravada es un delito de resultado material⁷, y en concreto de lesión, en la medida que genera un perjuicio material, real y tangible al patrimonio de la entidad pública concreta o del Estado. Se trata, además, de un delito de *resultado instantáneo*. No estamos ante un delito de resultado permanente ni tampoco continuado.

En tal sentido, es posible aquí la tentativa acabada como inacabada⁸. Por ello, cabe, por tanto, las formas imperfectas de ejecución del delito.

288

La Corte Suprema ha señalado que el delito de “*colusión simple* se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como finalidad defraudar al patrimonio del Estado. Mientras que para que configurarse la *colusión agravada*, es necesario de que mediante la concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal”⁹. De igual forma ha sostenido: “el primer párrafo reprime la simple concertación desleal entre el funcionario o servidor público con el interesado, convirtiéndola además por su penalidad en una especie de tipo base; mientras que el segundo párrafo sanciona además de la concertación,

7 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1114; MARCA ROMERO, Elmer, *Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N.º 2975*, en *Gaceta Penal*; Lima; N.º 26; agosto 2011, p. 31; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 405. Tal condición ha sido reconocida expresamente por el R. N. N.º 79-2003 del 15 de febrero del 2005 de fecha expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria al señalar que “la colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, es un tipo delito especial propio de resultado que busca proteger el patrimonio del Estado”, aunque luego paradójicamente señale: “constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración”, ello en base a que si el delito de colusión es de resultado el daño solo puede ser real y nunca potencial. Véase, también el R. N. N.º 238- 005 del 14 de junio del 2005; R. N. 3017-2004 del 17 de marzo del 2005.

8 Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 406.

9 Véase el R. N. N.º 341-2015 del 04 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

la defraudación patrimonial al Estado, que por su elevado parámetro legal punitivo lo hace aparecer como una circunstancia agravante¹⁰. De igual forma se sostiene que la última modificación legislativa del delito de colusión, en su primer párrafo, creó una modalidad simple del delito que se funda en un delito de mera actividad, no requiriéndose perjuicio patrimonial, lo que sí exige para su configuración la modalidad agravada establecida en el segundo párrafo del artículo aludido, esto es, que se defraude patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado¹¹.

No creemos correcta la posición que considera que el tipo básico de colusión es la colusión agravada y que la colusión simple solo representa una anticipación de la tutela penal¹². Es perfectamente posible que el legislador prescinda del elemento defraudación o perjuicio patrimonial para entender consumado el delito y sin que ello suponga una alteración sustancial de la configuración de la infracción. El fraude patrimonial constituye una circunstancia agravante del injusto que supone una elevación de la magnitud de la pena.

La consumación del delito de colusión ilegal no exige que se perfeccione o firme el contrato estatal (v. gr., el funcionario renuncia antes de su firma). Basta que haya acuerdo para favorecer a una determinada empresa v. gr., se firme el acta de la buena pro¹³.

Asimismo, ha destacado que “la consumación se da, entonces, cuando se produce el concierto fraudulento, y esto ocurre cuando tiene lugar el acuerdo

10 Véase el 3008-2010 del 22 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

11 Véase el R. N. N.º 4270-2009 del 21 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

12 Así: GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, p. 1113.

13 Véase el R. N. N.º 1903-2009 del 23 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo): “en nada lo exime de responsabilidad penal, del mismo modo, tampoco opera a su favor que luego de su renuncia se produjera el perfeccionamiento del contrato; pues el delito se materializó cuando suscribió el acta y favoreció a una empresa, independientemente si se produjo el resultado o agotamiento del delito, pues lo que tutela el citado tipo penal es el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la Administración Pública, en este caso de los contratos y adquisiciones estatales”.

de pago, que en el presente caso se concreta en el contrato respectivo, que tiene entidad para perjudicar económicamente a la administración¹⁴”.

II. CONCURSO

289 La modalidad concursal más frecuente del delito de colusión ilegal —o al menos la que debería serlo— es el delito de cohecho¹⁵ (v. gr., pago de una comisión del valor del contrato¹⁶), toda vez que la concertación se pacta a cambio de un beneficio para el funcionario público que participa en la tramitación, celebración o ejecución del contrato v. gr., comisiones en la adjudicación de un contrato estatal¹⁷. Pese a ello son muy pocas las ocasiones en que la condena por el delito de colusión viene acompañada de la condena por el delito de cohecho, alegándose por lo normal insuficiencia probatoria o la falta de prueba de cargo en este último delito¹⁸.

Una investigación fiscal integral debería llevar adelante el levantamiento del secreto bancario a las personas involucradas, con el fin de determinar si existe un movimiento inusual de dinero; o si hay la adquisición de un determinado bien (vehículo, casa, departamento, etc.).

290 La Jurisprudencia suprema ha entendido que el eventual concurso entre el delito de colusión y el delito de estafa debe ser resuelto aplicando las reglas

14 Véase el R. N. N.° 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

15 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 135; MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, p. 1262; CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 326; MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 341; RODRÍGUEZ DE VESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español Parte especial*, p. 1197; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 407.

16 Véase el R. N. N.° 265-2013 del 25 de junio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

17 Véase el R. N. N.° 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

18 Al respecto, el R. N. 1477-2004 del 01 de marzo del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Valdez Roca).

del concurso de especialidad y en concreto el principio de especialidad, dada las características particulares de la infracción. En efecto, se dejó sentado que “la conducta atribuida a los encausados estriba en haberse concertado ilícitamente para la suscripción de un contrato de locación de servicios para perjudicar los intereses de la entidad estatal —en el que intrínsecamente se halla contenido el engaño—, (...) que, sin embargo, esa conducta no puede ser subsumida en el tipo del injusto de estafa, en tanto si bien fluye la existencia del engaño y la disposición patrimonial —denota un aparente concurso de leyes—, por el principio de especialidad dicha conducta debe ser subsumida únicamente en el delito de colusión ilegal (como delito especial) pues comprende todos los elementos del tipo legal de estafa más algunos elementos adicionales —el autor del ilícito es un funcionario público, el ámbito típico del negocio jurídico concertado es un contrato, el sujeto pasivo solamente puede estar constituido por el Estado—¹⁹”.

En la doctrina comparada, en la que se considera a la colusión ilegal (fraude a la administración o fraude a la gestión pública) como un delito de peligro, se estima que la infracción es en todo caso una *tentativa del delito de estafa*²⁰.

Otra de las modalidades concursales del delito de colusión ilegal es con el delito de falsedad, supuesto que ha sido tratado en diversas ejecutorias supremas. En una de ellas se destaca la falsedad incurrida en un pedido para la compra de maquinaria a la que se le agregó dos rubros más²¹ y en otra se falsificó cartas de ofertas de otras empresas que nunca se presentaron²². También es posible el concurso de delitos con el delito de malversación de fondos²³, e incluso, peculado.

291

19 Véase el R. N. N.° 956–2005 del 26 de octubre del 2005.

20 Véase, MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, p. 340.

21 Véase el R. N. 2161–2002 de 12 de abril del 2004 en: PÉREZ ARROYO, MIGUEL; *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú, (2001–2005)*, t II, p. 752.

22 Véase el R. N. N.° 827–2004 del 24 de febrero del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Javier Villa Stein).

23 Cfr. CATALAN SENDER, Jesús; *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 326; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 406.

Excurso: La relación entre la colusión y la negociación incompatible

292 El delito de negociación incompatible y el delito de colusión son figuras penales que se distinguen entre sí y a la vez poseen relaciones estrechas.

Es posible que se configure el delito de negociación incompatible, por ejemplo, a partir del mero hecho de interesarse, sin que ello implique la realización de un acto de concertación con los interesados en el contrato estatal²⁴. El que se interesa indebidamente no necesariamente lo hace porque está concertando o porque posee un acuerdo clandestino con el proveedor o contratista. El interesarse, al menos así se deriva del tenor del verbo típico, es un *acto unilateral, propio y autónomo* del funcionario público, que no requiere algún acto convergente de un tercero²⁵. No se trata de un delito de participación necesaria, pues se ha adelantado en este delito las barreras de protección del Derecho penal²⁶. Ni siquiera es necesario que el tercero conozca el acto de interés desplegado por el funcionario público. Incluso, es posible que el contratista o proveedor se encuentre al margen del acto que refleja el interés indebido que promueve el funcionario público. Por ello es que el delito de negociación incompatible es un delito independiente y distinto al delito de colusión.

Mientras en el delito de negociación incompatible hay una sola voluntad —la del funcionario público que se interesa indebidamente en un contrato u operación— en el delito de colusión hay, por lo menos, dos voluntades: la del funcionario público y el tercero que llegan y coinciden en un acuerdo irregular. Por ello, cuando solo se imputa el delito de negociación incompatible queda claro que se descarta —al menos de manera provisional— un acuerdo clandestino, propio del delito de colusión.

El problema que se plantea en este ámbito es resolver si todo acto de colusión supone previamente, explícita o implícitamente, y de manera necesaria un acto de interés indebido en el contrato u operación. De la respuesta que

24 Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, p. 565; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la Administración pública*, p. 504; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte especial*, t. v, p. 646.

25 Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la Administración pública*, p. 508.

26 Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal, Parte especial*, t. v, p. 647.

se brinde a este punto dependerá en buena medida el hecho de si es posible plantear un concurso de delitos (ideal o real) o un simple concurso de leyes. En la jurisprudencia peruana se reconoce la posibilidad de establecer una relación concursal entre el delito de negociación incompatible con el delito de colusión²⁷, sin que se haya especificado de qué tipo de relación concursal se está hablando. En la medida que el verbo típico “*interesar*” se distingue del verbo típico “*coludir*” es posible también, de igual modo, distinguir la modalidad comisiva al mismo tiempo que se puede plantear una relación concursal, la que debe dilucidarse puntualmente.

Creemos que, por lo general, un acto de colusión supone un previo interés indebido en el contrato estatal u operación, pues lo lógico es que si hay un acuerdo ilícito este acuerdo presupone que el funcionario se interese indebidamente en el contrato estatal. Nos es difícil imaginar un acuerdo ilícito que no suponga por parte del funcionario un interesarse previamente, de manera indebida, en el contrato estatal. Normalmente la colusión se consuma cuando el funcionario ha mostrado, antes, un interés indebido en el contrato u operación. Sin embargo, excepcionalmente puede presentarse un caso de colusión, sin necesidad de que se presente la negociación incompatible, cuando, por ejemplo, un miembro del Comité Especial conoce de antemano el resultado de un proceso de contratación y se colude con el tercero, pero en ningún momento se interesa de manera indebida en el proceso de contratación estatal específico.

Pese a que puede concurrir, con una notable diferencia de tiempo y espacio, una nítida separación del acto de interesarse del acto de colusión —v. gr., primero el funcionario público averigua los detalles del proceso de contratación para luego recién coludirse con el contratista o proveedor estatal— creemos que, por lo general, un acto de colusión en cuanto supone un acto de interesarse indebidamente en el contrato u operación consume, a manera y dentro de un concurso aparente de leyes, al delito de negociación incompatible²⁸. Ocurre aquí lo mismo que el hurto o robo en casa habitada y

293

27 Véanse el R. N. N.º 1092-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo); R. N. N.º 1149-2011 del 18 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores) quien establece la existencia de un concurso real; R. N. N.º 2714-2004 del 31 de marzo del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Ponce de Mier).

28 De modo similar: el R. N. N.º 3502-2012 del 9 de octubre del 2013 de la Sala Penal

la relación de consunción que opera con el delito de allanamiento de morada²⁹, cuyo injusto se ve comprendido por el hurto o robo en casa habitada. En el caso de la consunción el marco penal más grave (colusión) ya tiene en cuenta el injusto menor (negociación incompatible); de allí que quede excluida la aplicación de otra norma³⁰. El principio de consunción toma en cuenta no una relación lógica, sino una cercana relación criminológica entre las figuras penales involucradas y los marcos penales que media entre ellos³¹.

Así como los actos preparatorios autónomamente punibles, o como la tentativa, que se dirige a un determinado resultado, están ya reprochados y castigados por la punibilidad del delito consumado, aun cuando ellos no sean perpetrados por la misma acción³², se puede entender que el delito de

Permanente (Voto singular de los jueces supremos Villa Stein y Pariona Pastrana): “conforme la descripción fáctica del hecho punible delimitado por el representante del Ministerio Público, advertimos de la determinación del delito que existe un concurso aparente de delitos, en el cual la conducta del autor se encuentra abarcada por la formulación de varios tipos penales pero sólo uno de ellos resulta suficiente para terminar el delito, esto es, sólo uno abarca completamente el sentido jurídico penal de la conducta del autor y desplaza al resto de los tipos penales”.

También en dicho fallo el voto singular, de fecha 26 de noviembre del 2014, del juez supremo Príncipe Trujillo destaca: “En el caso en análisis cabe anotar que resulta manifiestamente incompatible con los fines del debido proceso, que se juzgue a una persona a la vez por los delitos de Colusión Desleal y Negociación Incompatible, pues como se observa de la estructura típica del delito de Negociación Incompatible, que el supuesto de hecho de este ilícito penal se encuentra subsumido por el delito de Colusión Desleal, debido a que este último abarca cada uno de los elementos típicos que conforman al primero, pues claramente se aprecia que el interés en la contratación del *extraneus* es configurativo de la concertación ilícita que realiza el funcionario o servidor público en el delito de Colusión Desleal; pero aún más, el delito de Colusión describe una conducta más grave, por lo que protege el bien jurídico de una forma más completa”.

29 Ampliamente, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, (Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña y otros), Madrid: Civitas, 2014, t. II, 33/213, p. 1011; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I*, 18/10, p. 543; JESCHECK, HANS – WEIGEND, THOMAS, *Tratado de derecho penal. Parte general*; t. II, p. 1099; FRISTER, HELMUT; *Derecho Penal (PG)*; 31/17; pp. 686 y ss.

30 Cfr. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I*, p. 543.

31 Cfr. JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 1099.

32 FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte general*, 31/20, p. 687.

negociación incompatible es un acto previo respecto al delito de colusión, que dado el sentido del injusto y la gravedad de la pena de la colusión, queda claro que consume o absorbe plenamente el injusto de la negociación incompatible.

La Corte Suprema ha sostenido sobre la relación entre colusión y negociación incompatible que:

Nos encontramos ante un concurso aparente de leyes, el mismo que se presenta cuando una conducta cometida aparece comprendida en varios tipos penales, pero su contenido de injusto está definido completamente por uno solo de dichos tipos penales, ello en virtud, al principio de consunción, que se verifica cuando el precepto más amplio o complejo absorbe a los que castigan infracciones consumidas en aquel, es decir, cuando el contenido del (injusto y de la imputación personal de un delito están incluidas en otro, o lo que es lo mismo decir, cuando un tipo penal más grave incluye a uno menos grave³³.

33 Véase el R. N. N.° 1083-2013 del 9 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

CAPÍTULO X

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y DE INCULPABILIDAD

I. EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN CARGO

Una de las eximentes de responsabilidad del funcionario es actuar en cumplimiento de los deberes del cargo (v. gr., se ciñe a la ley de Municipalidades, a la Ley de Gobiernos Regionales, al Manual de organización y funciones de la entidad, etc.) o también cuando actúa ejecutando un orden de una autoridad superior (v. gr., el gerente municipal acata una decisión del alcalde) o un acuerdo del órgano máximo de la entidad, v. gr., el alcalde cumple un acuerdo del Concejo Municipal

294

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia confirmó la absolución a un alcalde que había suscrito la adenda de un contrato debido a que contó con la autorización de las autoridades ediles, quienes tomaron los acuerdos respectivos en la sesión de Concejo municipal¹. Se destaca que el origen usual de la relación funcional es la ley en sentido formal, pero se admiten otra clase de fuentes como es el caso de una orden legítima de autoridad².

II. LA CULPABILIDAD

La Administración pública como una organización jerárquica y horizontal genera situaciones de obediencia debida y de miedo (insuperable o no) de algunos funcionarios respecto a otros funcionarios de mayor rango.

295

En ocasiones los funcionarios aducen haber actuado presionados o conminados por un funcionario de alto rango de la entidad (v. gr., el alcalde), empero dicha presión o amenaza, como regla, no los exime de responsabilidad. Si bien en un contexto semejante puede discutirse la obediencia jerárquica, la orden ilícita de autoridad o el miedo insuperable es necesario delimitar la problemática, aportar prueba y que haya una adecuada discusión al respecto. No basta alegar la eximente, ya que hay que probarla. Su origen, contenido,

296

1 Véase el R. N. N.° 1227-2009 del 12 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

2 Véase el R. N. N.° 135-2010 del 6 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

alcance y efectos debe plantearse oportunamente. Es incorrecto sostener, como ha ocurrido en alguna ocasión a nivel de la Corte Suprema, que invocar presión o amenazas en el seno de la administración pública no constituya alguna causal de justificación o inimputabilidad previstas en el artículo veinte del CP y que con una afirmación semejante no se cumplen los requisitos esenciales de las causas de justificación, entendidas como aquellas circunstancias o situaciones en virtud de las cuales se produce la exclusión de la antijuridicidad o ilicitud de la conducta típica³.

Las órdenes, pedidos o exigencias en un contexto jerárquico como la administración pública son comunes. Lo que debe analizarse es el contenido y finalidad de la misma a fin de determinar su licitud o no como su alcance. Por ejemplo, la Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la alegación de que:

La línea de defensa de los acusados, integrantes del Comité Especial de Adquisiciones, estriba en que actuaron presionados, bajo amenaza de perder su puesto de trabajo y por la dependencia jerárquica. Es decir, invocan implícitamente la causal de miedo insuperable como un supuesto de no exigibilidad de otra conducta —subjetiva o individual—. Empero, es de estimar, según los datos que se tienen, que los imputados no se encontraban frente a una situación tan extrema que no fuera aconsejable desde los fines de la pena, imponerle una sanción penal. El temor de perder su trabajo o de ver perjudicada a su comunidad o su estatus de interlocutora respecto de los intereses sociales que defendía —en el caso de la acusada Ramos Flores—, como es evidente, no tiene el carácter de insuperable⁴.

La obediencia jerárquica muchas veces se descarta por lo evidentemente ilícito de la orden; igual que se desecha el miedo insuperable debido a que el temor de una exigencia de un alto funcionario (v. gr., alcalde) no era de tal intensidad que impida una oposición efectiva y posible del funcionario amenazado⁵. En efecto, si los funcionarios cumplen con una orden del titular de la entidad (v. gr., alcalde, gobernador regional, etc.) y hay una manifiesta

3 Véase el R. N. N.º 324-2011 del 16 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).

4 Véase el R. N. N.º 1015-2009 del 17 de febrero del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

5 Véase el R. N. N.º 566-2015 del 16 de julio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

ilegalidad en la misma (v. gr., la documentación que sustenta la contratación es altamente insatisfactoria) pueden ser hechos responsables penalmente⁶.

Con todo, la circunstancia de presión o miedo a la que son sometidos los funcionarios debe ser reconocida en el ámbito de la determinación judicial de la pena.

La obediencia debida se rechaza, por ejemplo, cuando el cómplice secundario (particular) alega que actuó presionado por un funcionario (v. gr., el alcalde), debido a que se acredita que entre el cómplice y el funcionario no existía una relación de subordinación o dependencia⁷.

Incluso, la obediencia debida se relativiza en los casos de los procesos de contratación en las fuerzas armadas o policiales. Al respecto, la Corte Suprema ha destacado que “aun cuando muchas de las acciones hayan respondido a órdenes a nivel castrense efectuada por funcionarios de rango superior, la ilegalidad manifiesta de los mandatos no eximen de ningún modo el cumplimiento de las mismas, por lo que no es aplicable en ningún caso la causa de justificación de obediencia debida, pues ésta exige una apariencia de legalidad en la orden que definitivamente no se desprende en el caso concreto”⁸. Sin embargo, se reconoce la eximente cuando un militar (Capitán de Infantería) “tuvo un comportamiento solo en la medida que firmó la documentación que estuvo relacionada a la tramitación de la adjudicación del referido vehículo, al ser una orden superior por parte de dos Generales y que el uso y disfrute de dicho bien ha recaído en uno de ellos”⁹.

6 Véase el R. N. N.° 3064-2013 del 05 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

7 Véase el R. N. N.° 468-2010 del 06 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

8 Véase el R. N. N.° 3043-2010 del 09 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

9 Véase el R. N. N.° 1812-2012 del 25 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Moralez Parraguez): “si bien es un hecho concreto y objetivo que el recurrente por órdenes superiores haya intervenido en la adjudicación del vehículo en cuestión realizando la tramitación correspondiente, en autos no se ha acreditado el dolo por parte de éste en lo que atañe al acuerdo colusorio, es decir que haya manifestado voluntad propia en la concretización del delito, ni se tiene de modo certero un medio probatorio que conduzca indubitadamente a la convicción respecto a la responsabilidad penal del encausado, en cuanto a su complicidad”.

De manera muy particular y excepcional se reconoce efectos eximentes a la orden de una autoridad cuando, por ejemplo, un funcionario (v. gr., alcalde) ordena a otro (tesorero) que realice giros del dinero a favor de un tercero “constatándose no solamente la existencia de una legítima dependencia funcional con su coacusado, sino que los desembolsos efectuados estuvieron en función a la celebración del convenio marco”¹⁰.

297 En los delitos contra la administración pública, y, en especial, en el delito de colusión suele ocurrir que los regidores y funcionarios de una Municipalidad cuyos integrantes pertenecen en su mayoría a una comunidad campesina por lo regular no tienen formación técnica o superior e, incluso, son analfabetos, y que las funciones que desempeñan las realizan sin asesoramiento técnico y de acuerdo a sus necesidades; todo lo cual no les permite ceñirse estrictamente a lo establecido por las normas administrativas que regulan el gobierno y administración de las municipalidades; por lo que deben recibir un tratamiento adecuado por el derecho penal que bien puede llegar, según el caso, a una exoneración de responsabilidad penal o a una atenuación de la pena¹¹.

Sin embargo, el hecho de que un funcionario público (v. gr., alcalde) sea miembro de una comunidad nativa no disminuye su culpabilidad si es que, por ejemplo, se acredita que es profesor de primaria por lo que comprende cabalmente el injusto en su real magnitud, de tal manera que el argumento de ausencia de internalización culturalmente condicionado se desestima¹².

10 Véase el R. N. N.° 2300-2012 del 12 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

11 Véase el R. N. N.° 1034-2011 del 28 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

12 Véase el R. N. N.° 750-2013 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

CAPÍTULO XI

LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

I. EL MARCO PENAL ABSTRACTO

El tipo básico del delito de colusión ilegal (artículo 384, primer párrafo) registra una pena de tres a seis años de pena privativa de la libertad y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Por su parte, el delito de colusión agravada registra una pena de no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. 298

La regulación penológica peruana del delito de colusión ilegal presenta como característica una elevada sanción que se impone al funcionario público y que es la más alta en la regulación de los delitos contra la administración pública¹. Dicha sanción tiene una pena mínima de tres años de pena privativa de libertad en el tipo básico, situación que guarda proporcionalidad y ponderación valorativa con el marco de injusto y las referencias del derecho comparado. 299

Sin embargo, la peculiaridad de la infracción reside en el límite penal máximo que registra y fija la posibilidad de imponer la pena privativa de libertad de quince años en el tipo agravado, marco penal sumamente duro y alto para un delito que protege el patrimonio estatal y que refleja una sanción mayor que la impuesta a algunos delitos que afectan bienes jurídicos personales como la vida (homicidio culposo, homicidio a petición, homicidio y parricidio por emoción violenta) y la salud.

El límite máximo que se establece, hasta donde alcanzamos a examinar, no tiene parangón en el derecho comparado y es el marco penal más alto que registra la infracción. Incluso, debe resaltarse que el límite mínimo de la pena coincide con el máximo de la pena privativa de libertad que recoge, por ejemplo, la legislación española. La mayor similitud que se encuentra reposa en el derecho penal colombiano en donde dicho Código prevé una pena de prisión entre *cuatro a doce años*². 300

1 Cfr. ROJAS VARGAS, FIDEL; *Delitos contra la Administración pública*, p. 425.

2 Véase, GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO-GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO; *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el CP del 2000*, p. 312.

II. LOS FINES DE LA PENA

301

La pena debe cumplir un fin eminentemente preventivo dentro de la sociedad, facilitando la reconciliación normativa del autor con el orden jurídico, afianzando el respeto de las normas por parte de los ciudadanos; es decir, que junto a los fines preventivo generales positivos la pena estatal debe buscar un efecto preventivo especial positivo con el fin de incidir favorablemente en la personalidad del infractor y cuando esto no fuera posible debe evitar que la pena desocialice o empeore la situación del culpable. Todo ello supone entender que la pena estatal genera efectos sociales positivos en la medida que respeta y se mantiene dentro de los límites del principio de proporcionalidad³.

La determinación de la pena debe realizarse conforme a los fines de la misma y en dicho esquema se resalta a la teoría de la prevención general positiva, lo que implica asumir como criterio de determinación de la pena al hecho delictivo; es decir, el quantum de la pena a imponer debe ser proporcional al delito⁴, a efectos de modular o asumir una pena dentro de los límites normativos, razonando conforme al injusto y la culpabilidad del encausado de acuerdo a una concepción material del delito, en la expectativa de su resocialización y reincorporación social y la afirmación del derecho ante la colectividad⁵.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “el Derecho Penal tiene como finalidad la reinserción del penado a la sociedad —reconocida en la Constitución Política del Estado en su artículo ciento treinta y nueve, inciso veintidós—, lo cual *no* se logra únicamente con su internamiento en un *cen-*

3 Véase el R. N. N.° 3231-2011 del 25 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla); el R. N. N.° 3437-2009 del 19 de abril del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 1192-2012 del 19 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 2410-2012 del 19 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 3105-2010 del 12 de octubre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).

4 Véase el R. N. N.° 1969-2012 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 657-2012 del 6 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.° 167-2012 del 17 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente (Voto Discordante de los Señores Jueces Supremos Barrios Alvarado, Tello Gilardi y Neyra Flores).

5 Véase el R. N. N.° 167-2012 del 17 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente (Voto Discordante de los Señores Jueces Supremos Barrios Alvarado, Tello Gilardi y Neyra Flores).

tro penitenciario, sino también con el sentido comunicativo de la pena, que contradice el injusto del delincuente, mostrándole que el sistema normativo, al cual está sujeta la sociedad”⁶.

La pena a imponerse no solo debe responder a las circunstancias de la comisión del injusto, la naturaleza, los alcances de este y las condiciones personales del encausado, sino también, a las preocupaciones de la política criminal contemporánea tendiente a reducir y humanizar los espacios de aplicación de las penas privativas de libertad; por ende, no basta con recorrer el marco penal abstracto del tipo legal en toda su extensión, sino que se deben examinar los aspectos concretos del hecho realizado por el encausado y sobre la base del hecho cometido, sus circunstancias, así como la culpabilidad del agente⁷.

La pena no puede actuar según las demandas sociales o mediáticas de punibilidad, al margen de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, pues dentro de un Estado de derecho la reacción estatal contra el delito —y en especial la determinación judicial de la pena— se funda en el hecho cometido, sus circunstancias y la culpabilidad del agente. Éstos son los criterios que se deben valorar para medir e individualizar la pena en el caso concreto⁸.

Asimismo, la pena a imponerse debe cumplir con los fines constitucionales, tal como ocurre con la función preventiva, protectora y resocializadora, conforme lo prevé el numeral sexto del artículo cinco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el mismo que ha sido recogido en el numeral

6 Véase el R. N. N.° 917-2012 del 28 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

7 Véase el R. N. N.° 3437-2009 del 19 de abril del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

8 Véase el R. N. N.° 3231-2011 del 25 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla); el R. N. N.° 3437-2009 del 19 de abril del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 1192-2012 del 19 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 2410-2012 del 19 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 3105-2010 del 12 de octubre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo); Exp. N.° 13-03 del 11 de diciembre del 2007 de la Vocalía de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia (Urbina Ganvini).

veintiuno y veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, y en el artículo noveno del Título Preliminar del CP⁹.

III. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

303

En un Estado de derecho respetuoso de la vigencia de los derechos fundamentales, en especial de la libertad personal, tan importante a veces como la misma declaración de culpabilidad es la precisión del *tantum* motivado de la pena concreta, especialmente cuando se trata de una pena privativa de libertad¹⁰. Por ello, se considera que la determinación judicial de la pena importa un proceso intelectual del juzgador de suma relevancia, dado los intereses jurídicos que se ponen en tensión; de allí que la graduación de la pena debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena de toda consideración subjetiva¹¹.

Los imputados como la sociedad tienen derecho a conocer por qué se impone una clase de pena y no otra y, sobre todo, tratándose de una pena privativa de libertad, las razones por las que se escoge una concreta dosis de pena dentro del marco penal abstracto fijado por el legislador¹².

9 Véase el R. N. N.° 917-2012 del 28 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

10 Véase el R. N. N.° 3231-2011 del 25 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla); el R. N. N.° 1192-2012 del 19 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 2410-2012 del 19 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 3437-2009 del 19 de abril del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 3105-2010 del 12 de octubre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo); Exp. N.° 13-03 del 11 de diciembre del 2007 de la Vocalía de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia (Urbina Ganvini).

11 Véase el R. N. N.° 1969-2012 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

12 Véase el R. N. N.° 3231-2011 del 25 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla); el R. N. N.° 3437-2009 del 19 de abril del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 1192-2012 del 19 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 2410-2012 del 19 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 3105-2010 del 12 de octubre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo); Exp. N.° 13-03 del 11 de diciembre del 2007 de la Vocalía de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia (Urbina Ganvini).

La imposición de la pena privativa de libertad tiene que ver no solo con cuestiones de legalidad ordinaria, sino con el respeto de garantías y principios constitucionales de la administración de justicia como es el deber de motivar las resoluciones judiciales —inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado—¹³.

El juez penal no sólo tiene el deber de motivar en una sentencia respecto el juicio de subsunción de los hechos y la responsabilidad de la persona imputada, sino también deberá exponer las razones por las cuales impone una determinada pena, para ello deberá determinar la pena básica —mínimo y máximo fijado por el legislador— y luego individualizar la pena concreta, evaluando para ello diferentes circunstancias como las contenidas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del CP —pena concreta parcial o pena concreta final, dependiendo de las circunstancias y del caso particular en análisis—, las cuales no sólo sirven para atenuar la pena cerca al mínimo legal sino también, como circunstancias agravantes que posibilitan alcanzar el máximo de la pena fijada por el legislador; que, del mismo modo, existen las circunstancias cualificadas agravantes como la prevista en el artículo 46-A del CP o las circunstancias cualificadas atenuantes como el beneficio premial por acogimiento a la conclusión anticipada del juicio oral que servirá esencialmente para disminuir la pena, incluso por debajo del mínimo previsto por el legislador para el tipo penal objeto de sanción¹⁴.

Uno de los primeros pasos de la determinación e individualización de la pena implica tomar partido acerca del fundamento y sentido de la pena estatal; así, la teoría de la pena permite establecer la razón y la finalidad de la sanción jurídico penal y su aplicación al caso concreto, al imprimir a la legislación, y a la aplicación y ejecución de la pena, una determinada orientación, que debe ponderar la defensa de la sociedad y la protección de la persona humana¹⁵.

13 Véase el R. N. N.° 3437-2009 del 19 de abril del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 3105-2010 del 12 de octubre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo); Exp. N.° 13-03 del 11 de diciembre del 2007 de la Vocalía de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia (Urbina Ganvini).

14 Véase el R. N. N.° 1192-2012 del 19 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 3105-2010 del 12 de octubre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).

15 Véase el R. N. N.° 3231-2011 del 25 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria

La determinación judicial de la pena constituye un proceso en donde el juez debe definir la naturaleza y gravedad de los hechos incriminados, la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar a los agentes en su condición de autor o partícipe de la infracción penal cometida¹⁶.

El principio de proporcionalidad previsto en el artículo octavo del Título Preliminar del CP, que exige valorar el perjuicio y la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, el peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del presunto delincuente, conforme con el artículo cuarenta y seis del citado texto legal¹⁷. Para individualizar la pena resulta de aplicación el principio de proporcionalidad por el cual se realiza una operación en la que intervienen una serie de valores establecidos por la ley penal que deben ser ponderados entre sí para establecer una medida objetiva entre el ilícito y la sanción¹⁸. El *quantum* de la pena impuesta debe ser proporcional al hecho delictivo, a efectos de modular o asumir una pena para arriba o hacia abajo dentro del marco penal abstracto; dicho razonamiento tiene que realizarse conforme al injusto y la culpabilidad del imputado, asumiendo una concepción material del delito¹⁹.

304 Uno de los tópicos importantes en el ámbito del delito de colusión lo representa la concreta dosificación de pena que debe recibir en el caso espe-

(ponente: Villa Bonilla); el R. N. N.° 3437-2009 del 19 de abril del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 1192-2012 del 19 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 2410-2012 del 19 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 3105-2010 del 12 de octubre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo); Exp. N.° 13-03 del 11 de diciembre del 2007 de la Vocalía de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia (Urbina Ganvini).

16 Véase el R. N. N.° 2052-2012 del 3 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

17 Véase el R. N. N.° 3004-2013 del 16 de julio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

18 Véase el R. N. N.° 1832-2012 del 5 de junio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas); el R. N. N.° 167-2012 del 17 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente (voto discordante de los señores jueces supremos Barrios Alvarado, Tello Gilardi y Neyra Flores).

19 Véase el R. N. N.° 917-2012 del 28 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

cífico el funcionario involucrado una vez se acredite su culpabilidad. Entre los factores que deben tomarse en cuenta está la importancia de los deberes infringidos, la condición de funcionario público de alta jerarquía, de mediano rango, el poder de decisión en la estructura organizativa, el grado y la magnitud del perjuicio causado, la naturaleza de la concertación, etc.

La Corte Suprema de Justicia en caso de participación plural de funcionarios públicos en un proceso de contratación reconoce la utilidad de graduar el nivel de responsabilidad de acuerdo al nivel de intervención de cada funcionario v.gr. Gerente municipal, regidores integrantes de una comisión especial, etc.²⁰. Por ejemplo, en un caso se impuso siete años de pena privativa de libertad al Gerente General de una empresa estatal²¹ (Caja de Pensiones militar-policial).

La Exposición de Motivos del CP vigente, en el apartado referido a las penas, se sostiene que la pena privativa de libertad, debe ser una respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves, debiendo buscarse medidas sancionadoras alternativas para ser aplicables a los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectiva, por tanto, en atención a las circunstancias del hecho y la personalidad de los encausados se asume un pronóstico favorable sobre la conducta futura de los condenados, por ello se determina la legalidad de la imposición de la pena con el carácter de suspendida a los encausados antes citados²².

La magnitud de la determinación judicial de la pena se ve marcada por la entidad o la relevancia del daño al patrimonio del Estado que puede haberse afectado de manera significativa consumiéndose gran parte del presupuesto

20 Véase el R. N. N.º 566-2015 del 16 de julio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

21 Véase el R. N. N.º 732-2014 del 03 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

22 Véase el R. N. N.º 3105-2010 del 12 de octubre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo) el R. N. N.º 3231-2011 del 25 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla): "los citados procesados no registran antecedentes policiales, judiciales ni penales, en consecuencia son agentes primarios, cuentan con trabajo conocido y estable así como con carga familiar y mostraron una conducta procesal adecuada a lo largo de todo el proceso, pues concurrieron a todas las diligencias y audiencias a las que fueron citados por los Órganos Jurisdiccionales de primera y segunda instancia".

público y con la vulneración del procedimiento administrativo correspondiente, en orden al tamaño de la compra de bienes o la contratación de servicios.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que conforme establece el primer párrafo del artículo cuarenta y seis del CP, para determinar la pena el juez debe atender a los límites fijados por la ley, y dentro de ese marco, a la responsabilidad y gravedad del hecho punible —juicio de proporcionalidad en el sentido estricto—; que sólo es posible imponer una pena benigna —una vez que se ha afirmado el respeto del marco punitivo al principio de proporcionalidad— cuando se presentan circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal legalmente configuradas, que se erijan en factores de atenuación excepcional o especial —causas de eximencia incompletas: minoría relativa de edad, la tentativa, la complicidad secundaria, el error de tipo y de comprensión vencibles, la imputabilidad relativa por razones culturales, la confesión sincera y, muy excepcionalmente la vulneración por el órgano judicial del derecho al plazo razonable (excesiva duración del proceso)—²³.

305 La Corte Suprema de Justicia rebajó la pena en un caso en que “el Tribunal de instancia impuso una pena superior a la solicitada por el Fiscal Superior en su acusación escrita, sin efectuar una motivación razonada —más allá de justificarla en el hecho que le correspondería la misma pena fijada para la autora del delito, en virtud al artículo veinticinco del CP— de los criterios de determinación judicial de la pena establecidos en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código sustantivo”²⁴.

La Corte Suprema de Justicia confirmó la pena privativa de la libertad efectiva sobre la base de que los condenados eran miembros de un órgano colegiado, entre los que se cuentan, un General de la Fuerza Aérea, un General del Ejército, General de la Policía Nacional debido a que son funcionarios públicos, con grado de instrucción superior, con situación económica solvente y un medio social adecuado, de tal manera que “la conducta realizada merece un mayor reproche penal por su posición de custodia para salvaguardar los intereses patrimoniales del Estado”²⁵. En otro caso se impuso cinco años de

23 Véase el R. N. N.º 1083-2010 del 13 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez).

24 Véase el R. N. N.º 3488-2012 del 04 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

25 Véase el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

pena privativa de la libertad al titular de la entidad en atención de que subsiste un mayor reproche penal por su condición de alcalde de la Municipalidad, a pesar de ello fue el principal artífice de la concertación colusoria²⁶, y en otro, siete años de pena privativa de la libertad a un gerente de Administración de una Municipalidad luego que se probó su intervención en un acto de concertación ilegal²⁷.

En otras ocasiones la Corte Suprema impone una pena privativa de libertad suspendida en cuanto a su ejecución al titular de una entidad (v. gr., alcalde) tomando en cuenta criterios preventivo especiales como la condición de reo primario al carecer de antecedentes penales²⁸, la valoración de sus condiciones personales y sociales según lo establecido en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del CP, v. gr., el funcionario únicamente realizó estudios secundarios²⁹.

Por otro lado, la configuración legislativa del delito de colusión ilegal no sigue el modelo típico de la estafa adoptado por algunas legislaciones del derecho comparado que crean la diferencia entre delito y la falta sobre la base de un determinado valor o monto de lo defraudado³⁰.

El funcionario público independientemente de si ha actuado con poder de decisión o no; si ha participado en condiciones de igualdad, de si se ha visto

306

26 Véase el R. N. N.º 2217-2012 del 16 de octubre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

27 Véase el R. N. N.º 3372-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

28 Véase el R. N. N.º 2475-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rozas Escalante); el R. N. N.º 2730-2012 del 13 de febrero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores); el R. N. N.º 1969-2012 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana): “teniendo en cuenta que son sujetos que no registran antecedentes penales y judiciales, tienen la posibilidad de poder reinsertarse a la sociedad sin que exista la necesidad de imponer una sanción efectiva que signifique el internamiento de éstos en un establecimiento penitenciario”.

29 Véase el R. N. N.º 917-2012 del 28 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

30 Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDON WIDOW, María Magdalena, *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, p. 402.

presionado por los representantes de la empresa ganadora, lo cierto es que ha defraudado la confianza que tenía el Estado y ha incumplido el encargo específico de cautelar los intereses públicos. La Corte Suprema de Justicia ha destacado:

El ataque contra los intereses de la Administración Pública fue ejecutado por unas personas que integraban la propia Administración Pública, lo que definitivamente implica un mayor desvalor de la acción. Debe estimarse que la protección a la Administración Pública no sería completa, si se aplicaran penas benignas para quienes hacen mal uso de las funciones que se les asignaron, afectando el correcto desarrollo y marcha de la función pública³¹.

IV. LA INHABILITACIÓN

307 La inhabilitación pertenece, junto a la prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres, a las denominadas “*penas limitativas de derecho*” (Título II; Sección III).

La reciente reforma del CP producida por el DL 1243 autoriza la aplicación de la pena de inhabilitación en el caso de la comisión del delito de colusión -y otros delitos-, tanto en su modalidad típica simple o agravada.

Se establece que la inhabilitación prevista constituye una pena principal y que se extiende de cinco a veinte años, la cual puede llegar a ser perpetua si es que el agente actúa como miembro de una organización criminal, actúa por encargo de ella o su conducta afecta a programas asistenciales de apoyo o inclusión social, siempre que el valor del dinero supere las quince unidades impositivas tributarias.

La ley anotada prescribe: “La rehabilitación automática no opera cuando se trate de inhabilitación perpetua impuesta por la comisión de delitos contra la Administración pública, en cuyo caso la rehabilitación puede ser declarada por el órgano jurisdiccional que dictó la condena luego de transcurridos veinte años, conforme al artículo 59-B del Código de Ejecución Penal” (artículo 59).

31 Véase el R. N. N.º 1318-2012 del 29 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo): “Una decisión en contrario es contraproducente, infringe el principio de proporcionalidad y afecta la confianza en el orden y el restablecimiento de la paz jurídica”.

La inhabilitación se define como la pérdida o suspensión de uno o más derechos, distintos a los que afectan a la libertad o el patrimonio³². La inhabilitación es una consecuencia jurídica que incide en el status personal de la persona³³.

Las notas más relevantes de la inhabilitación son:

- a) La inhabilitación afecta a un **derecho distinto** al derecho a la libertad de movimiento y el patrimonio del condenado; derechos sobre los que inciden la pena privativa de la libertad y la pena de multa. De afectar la inhabilitación la libertad de movimiento o el patrimonio del condenado no sería otra cosa que una variedad y especie de una pena privativa de la libertad o una pena de multa.
- b) La afectación puede consistir en la pérdida o suspensión de uno o más derechos. La inhabilitación no tiene por qué menoscabar un solo derecho. Puede afectar dos o más. Sin embargo, lo que no es posible que se extienda de manera ilimitada, a modo de una muerte civil, que de por sí resultaría inconstitucional³⁴.
- c) El contenido y la naturaleza del derecho constitucional que se suspende o se priva es amplio. La inhabilitación puede recaer en aspectos tan variados como, por ejemplo, la privación de la función, incapacidad para obtener mandato, cargo o empleo, o para ejercer por cuenta propia o de terceros, profesión comercio, arte o industria, suspensión o cancelación para portar o hacer uso de armas de fuego, privación de grados militares o policiales.
Los derechos que se afectan por la inhabilitación pueden ser políticos, funcionariales, militares o cancelación de licencias o autorizaciones.
- d) La inhabilitación puede revestir la forma de la pérdida o privación permanente del ejercicio de uno o más derechos o la simple suspensión.

32 Cfr. ZAFFARONI, Raúl, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar. 2001, p. 935.

33 Cfr. JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal* (Trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2003, p. 846.

34 Cfr. ZAFFARONI, Raúl, *Derecho penal. Parte general*, p. 935.

- e) Toda inhabilitación debe encontrarse prevista en la ley con anterioridad al hecho delictivo. El juez no puede modificar o inventar la inhabilitación por la sujeción expresa al principio de legalidad de los delitos y de las penas. La vinculación al principio de legalidad no solo se predica de las inhabilitaciones accesorias, sino también las principales.

309

En los delitos contra la Administración pública se recomienda la imposición de una pena de inhabilitación al funcionario tanto por razones preventivo generales como por razones preventivo especiales dada la infracción grave de los deberes del cargo. También se postula la posibilidad de regular y extender la inhabilitación a los particulares en el sentido que se les impida el acceso a la función pública mientras dure el extremo de su condena³⁵.

En los delitos de funcionarios, en especial, los que afectan a la administración pública es necesario establecer sanciones que impidan, bajo el principio de proporcionalidad, el acceso del funcionario condenado a puestos dentro del aparato gubernamental. Dicha misión es cumplida por la pena de inhabilitación.

La Corte Suprema ha destacado que “la inhabilitación es una pena prevista como principal para los delitos de colusión y omisión funcional. Está conminada en el artículo 426 CP y comprende tanto la privación de la función cuanto la incapacidad para obtener cargo público. Dicha pena sanciona, como es obvio, el mal uso de la función pública y tutela el servicio público frente a personas que, en razón a su conducta, no pueden prestar servicios al Estado o deben ser alejados de él. Su constitucionalidad no está en discusión en tanto existe un vínculo objetivo de conexión entre cargo público y conducta lesiva del funcionario o servidor público, vínculo y prevalimiento del cargo que en este caso se cumple acabadamente”³⁶.

El tiempo de la inhabilitación en atención a su relación con la pena privativa de libertad conminada legalmente debe ser proporcional. De cara al principio de proporcionalidad si se ha impuesto una pena privativa de libertad

35 Cfr. CATALAN SENDER, Jesús; *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, p. 325.

36 Véase el R. N. N.º 379-2015 del 24 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

cercana al mínimo legal es obvio que la otra pena principal debe estar sujeta a la misma consideración³⁷.

V. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN EL DELITO DE COLUSIÓN

A partir de la reforma al CP con el pretexto del fortalecimiento a la lucha contra la corrupción producida por la Ley N.º 30304 y el DL 1351 se ha establecido la inaplicación de la suspensión de la pena en el delito de colusión y otros delitos contra la administración pública. En efecto, el DL 1351, que modifica el último párrafo del artículo 57 del CP, prescribe “la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código”.

310

El legislador peruano ha considerado conveniente por razones político criminales establecer que la suspensión de la pena es inaplicable en los delitos de colusión, peculado, malversación agravada, cohecho activo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y el delito de enriquecimiento ilícito.

La última reforma al artículo 57 del CP no establece la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a todos los delitos contra la administración pública o siquiera a todos los delitos de corrupción de funcionarios o que involucran el manejo de fondos estatales. Solo determina el castigo y la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a ciertos delitos que el legislador considera más graves y disvaliosos. Sin embargo, las últimas reformas dejan fuera del sentido de la norma a delitos de indiscutible gravedad y que provocan la erosión de la confianza de la comunidad y los ciudadanos en el sistema de la administración pública como es el caso del delito de cohecho pasivo impropio (tipo básico), el cohecho activo genérico (tipo básico), el cohecho activo específico (segundo párrafo) y el tráfico de influencias, delitos que registran una pena privativa de libertad no menor de cuatro años.

Incluso, el legislador no ha tenido en cuenta que por el marco abstracto de la pena que se impone no era necesario establecer la inaplicación de la sus-

37 Véase el R. N. N.º 1299–2013 del 26 de marzo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

pensión de la ejecución de la pena, tal como ocurre, por ejemplo, con el delito de enriquecimiento ilícito que registra una pena no menor de cinco años de pena privativa de la libertad, el peculado agravado o la colusión agravada. Ello sobre la base de que por mandato legal del artículo 57.1 del CP solo es posible suspender —como regla— la ejecución de la pena siempre que “la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años”.

Un sector de la doctrina penal peruana considera que la reforma de los delitos contra la administración pública debe incorporar dentro de los alcances de la inaplicación de la suspensión de la pena regulado en el último párrafo del artículo 57 a los delitos de exacción ilegal, el patrocínio ilegal, el peculado por extensión entre otras figuras delictivas³⁸.

- 311** La prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos anotados solo alcanza a los funcionarios y servidores públicos que valiéndose de su cargo cometen los delitos de colusión, peculado, malversación agravada, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y el delito de enriquecimiento ilícito. La prohibición de suspensión de la ejecución de la pena no alcanza a los particulares que intervienen en la comisión del delito³⁹. La ley expresamente no los comprende pese a que pueden ayudar o determinar a la comisión del delito de manera especialmente significativa y su aporte puede llegar a ser esencial. Sin embargo, pese a que la ley no obliga a inaplicar la suspensión de la ejecución de la pena los jueces penales en base a la magnitud del injusto penal y su grado de intervención en el hecho están facultados para imponer una pena privativa de libertad con carácter efectivo a los *extraneus* del delito. El hecho de que la ley penal no los obligue no quiere decir que no estén facultados a fijar una pena privativa de libertad efectiva.

Por otro lado, con el fin de amainar y reducir la lógica absolutamente represiva, extremadamente dura y carente de fundamento constitucional (*ut infra*) de la reforma legislativa implementada estimamos que la prohibición

38 Véase, SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, p. 54.

39 Véase, PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, p. 141; SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la Administración pública*, p. 56; PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl, “Pena efectiva de privación de la libertad para los funcionarios y servidores públicos que cometen delitos funcionales de contenido patrimonial. Ley N.º 30304: lineamientos normativos de una cultura carcelaria”, en *Actualidad Penal*, N.º 12, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 42.

de suspender la ejecución de la pena solo puede alcanzar a los funcionarios o servidores públicos que actúan como autores de los delitos colusión, peculado, malversación agravada, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y el delito de enriquecimiento ilícito⁴⁰. Los funcionarios o servidores públicos que por el grado de su intervención o por carecer de competencia funcional su conducta solo es calificada de participación (instigación o complicidad) no pueden estar dentro del ámbito de cobertura del último párrafo del artículo 57 del CP⁴¹.

La reforma del último párrafo del artículo 57 del CP ha sido valorada de manera distinta y disímil por parte de la doctrina penal peruana.

312

Un sector importante de la doctrina penal peruana plantea que la modificación del artículo 57 del CP es coherente con la política por la cual el Estado frente a los delitos de corrupción debe responder a la gravedad de la lesión que infringen al Estado los sujetos públicos que defraudan la confianza en ellos depositado, por lo que las penas que se dicten en procesos de corrupción de funcionarios deben cumplir una función preventiva, desincentivando la comisión de dichos delitos⁴². De igual forma, se considera que si “pretendemos no ser tolerantes con los actos de corrupción que ponen en peligro la existencia misma del Estado, corresponde imponer una política criminal responsable que intente desalentar a los funcionarios y servidores públicos a cometer delitos de corrupción al interior de la empresa pública donde desempeñan sus labores⁴³”.

Incluso, se llega a sostener que la suspensión de la ejecución de la pena se plantea para otra clase de delitos, pero no para los delitos de corrupción de funcionarios que ponen en peligro la existencia misma del Estado, por lo que se debe promover una política nacional a todo nivel de “tolerancia cero con los actos de corrupción⁴⁴”.

40 Véase, SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, p. 56.

41 Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl, “Pena efectiva de privación de la libertad para los funcionarios y servidores públicos que cometen delitos funcionales de contenido patrimonial. Ley N.º 30304: lineamientos normativos de una cultura carcelaria”, en *Actualidad Penal*, N.º 12, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 42.

42 Véase, SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, p. 55.

43 *Loc. cit.*

44 SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, p. 55, nota 100.

Por su parte, otro sector doctrinal critica de manera severa la reforma penal que se introduce en el artículo 57 y por la cual se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Se considera que con una disposición legal semejante el legislador le priva de discrecionalidad al juez a la hora de individualizar la pena en el caso concreto⁴⁵.

313 Consideramos que la modificación operada en el artículo 57 del CP a través de la Ley N.º 30304 y el DL 1351 esconde de manera indiscutible una clara e inequívoca cuestión de inconstitucionalidad y de contrariedad convencional que merece ser analizada a luz de los diversos principios que componen la arquitectura del derecho penal democrático.

En primer lugar, la prohibición de suspensión de la ejecución de la pena viola de manera clara el principio de proporcionalidad en cuanto a la forma de ejecución de la pena (efectividad) debido a que independientemente de la

45 Véase, PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl, "Pena efectiva de privación de la libertad para los funcionarios y servidores públicos que cometen delitos funcionales de contenido patrimonial. Ley N.º 30304: lineamientos normativos de una cultura carcelaria", art. cit., p. 42: "No somos partidarios de esta reforma normativa, que por un lado coarta los espacios de discrecionalidad del juez, al momento de la determinación e individualización de la pena y, por el otro, hace prevalecer la naturaleza retributiva de la pena, por sobre el fin rehabilitador de la misma"; TORRES BERRÍO, Carlos, "Apuntes sobre la suspensión en la ejecución de la pena o condena condicional. A propósito de la modificación establecida por la Ley N.º 30304", en *Actualidad Penal*, N.º 12, Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 44 y 50: "Consideramos que la prohibición insertada por la norma bajo comentario se contradice con el espíritu y la finalidad para la que fue creada la suspensión de la ejecución de la pena o condena condicional, más aun, cuando los delitos a los que hace referencia tienen modalidades cuyas penas en sus extremos mínimos son de 3 y 4 años"; GUIMARAY MORI, Erick, "¿Una norma adecuada? Sobre la Ley que prohíbe la suspensión de la pena para delitos cometidos por funcionarios públicos", en <<http://bit.ly/2kM3Tw7>>, passim: "La supuesta sensación de impunidad olvida que el juez penal está obligado a sustentar su decisión y cerciorarse que quien no irá a la cárcel no solo merece estar libre, sino que no volverá a cometer el mismo delito. Es decir, no se trata de una medida aplicada automáticamente para liberar a quien incurrió en un delito contra la administración pública. Se trata de un excelente entendimiento de los fines de la pena en un Estado de derecho. La individualización de la pena y la forma de su ejecución es el momento donde el Derecho penal realmente interactúa con el destinatario de su norma y con su realidad social; donde modula la respuesta penal no en base a parámetros objetivos y generalizados, sino en base a datos personales y concretos. Y es que lamentablemente pocos recordamos que una cosa es el merecimiento de pena (desvalor global que sustenta la prohibición y punición de conductas) y otra la necesidad de pena, valoración individual del merecimiento".

gravedad y la magnitud del injusto y de la culpabilidad del agente siempre y en todo caso se terminará imponiendo una pena privativa de libertad con carácter de efectiva. No es posible distinguir entre un caso grave y un caso leve de comisión de un delito de colusión simple —o de otro delito de corrupción de funcionarios— ya que siempre se tendrá que imponer, de manera irremediable, una pena privativa de libertad efectiva. Para la ley todos los casos —independientemente de su gravedad, características propias y singularidad— deben ser tratados igualmente y con una misma consecuencia jurídica: una pena privativa de libertad efectiva. Una postura legal semejante colisiona de manera directa con la idea misma de justicia y con su manifestación más importante el principio de proporcionalidad. No es posible hacer una diferencia entre un caso y otro; no se puede distinguir entre el injusto de un delito que como categoría dogmática es por definición graduable y menos se puede tener en cuenta la culpabilidad y asequibilidad personal de un agente que dado el caso puede ser menor y de baja intensidad. La ley penal a través del artículo 57, último párrafo, impide analizar las particularidades del caso concreto tanto desde el punto de vista objetivo (injusto penal) y subjetivo (culpabilidad) y que puede merecer un tratamiento penológico distinto, ya que a todo caso se le impone de manera directa e inmediata una forma de ejecución de la pena privativa de libertad: la efectividad y la no suspensión de la misma. Puede cambiar la concreta dosificación punitiva: dos, tres años o cuatro años de pena privativa de libertad, pero siempre se mantendrá inalterable la forma de ejecución: la efectividad de la privación de la libertad.

Otra violación al principio de proporcionalidad lo da el hecho de que junto al marco de pena abstracto previsto por el legislador la ley establece también la aplicación de una pena de inhabilitación que constituye una pena principal y que se extiende de cinco a veinte años, la cual puede llegar a ser perpetua si es que el agente actúa como miembro de una organización criminal, actúa por encargo de ella o su conducta afecta a programas asistenciales de apoyo o inclusión social, siempre que el valor del dinero supere las quince unidades impositivas tributarias. Según la doctrina penal la acumulación de penas (v. gr., pena privativa de libertad e inhabilitación u otra de penas) pueden compensarse equitativamente respetando de manera escrupulosa el principio de proporcionalidad; de tal manera que la imposición de una pena de inhabilitación —sobre todo cuando se trata de una pena principal— puede neutralizar los efectos perjudiciales y a veces devastadores que se le asignan a la pena privativa de la libertad, en especial, cuando la misma es efectiva.

En efecto, la pena de inhabilitación debe ser correctamente fijada en la fase de determinación judicial de la pena; debiéndose tomar en cuenta sus efectos perniciosos a la hora de fijar el quantum de la pena privativa de la libertad⁴⁶. Se reconoce la facultad del juez de suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad⁴⁷ cuando su ejecución junto a la pena de inhabilitación resulte en concreto desproporcionado a la gravedad del delito e innecesaria al fin de impedir la comisión del delito por parte del condenado⁴⁸. La inhabilitación tiene una clara y evidente influencia en la determinación de la pena privativa de libertad y no puede simplemente obviarse en la sentencia judicial condenatoria, y si ello ocurre estamos ante una grave y evidente vulneración del principio de proporcionalidad y del principio de la motivación de las resoluciones judiciales.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido en un caso de corrupción de funcionarios la posición que:

Debemos expresar lo siguiente: a) es importante tener presente que si bien el merecimiento de la pena a una conducta delictiva es una condición necesaria para imponer una pena a un caso concreto; sin embargo, es insuficiente, pues resulta necesario además, que la pena sea útil y reporte a la sociedad y al condenado un beneficio respecto a la conservación de los bienes jurídicos y la estabilidad normativa; b) en ese sentido, es importante verificar si en el caso de autos es necesario recurrir a la pena privativa de libertad efectiva para proteger y asegurar el bien jurídico: correcto funcionamiento de la administración pública y si la pena efectiva va a lograr los fines de prevención especial con la sentenciada, esto es, rehabilitarla y reinsertarla en la sociedad, más de lo que podría lograr una pena suspendida; c) respecto a lo primero, es importante tener en cuenta que en el presente caso además de la pena privativa de la libertad impuesta a la impugnante, también se le ha sancionado con la pena de inhabilitación en virtud del cual se le priva del ejercicio del cargo que venía ejerciendo, por tanto, consideramos que con una pena suspendida por el período de tres años sumada a la inhabilitación es suficiente para lograr que otros ciudadanos se desistan a cometer la conducta

46 Cfr. JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal*, p. 846.

47 Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, ENZO, *Diritto Penale*, p. 686; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. Parte general*, p. 811; MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale. Parte general*, p. 393.

48 Cfr. PAGLIARO, Antonio, *Pricipi di Diritto Penale. Parte general*, Milano: Giuffrè, 1993; 4 ed., p. 675.

desarrollada por la sentenciada, lográndose una menor incidencia de dichas conductas y por consiguiente una menor lesión del bien jurídico tutelado⁴⁹ (las negritas son nuestras).

A tenor de lo resuelto en la sentencia anotada se estima: *a)* tanto la pena privativa de libertad, como la de inhabilitación, tienen un mínimo y un máximo abstracto; *b)* ambas penas —entonces— deben ser fijadas en cada caso concreto, luego de establecidas las circunstancias de la comisión del delito, su gravedad, las condiciones personales del agente, entre otros, es decir, debe encontrarse debida y suficientemente motivada; *c)* la pena de inhabilitación tiene una clara influencia al momento de fijar la pena privativa de libertad y, sobre todo, para determinar si ésta tiene carácter de efectiva o suspendida, siempre en atención a los fines de la pena en cada caso concreto.

De igual forma, la imposición de una pena privativa de libertad ejerce influencia directa en virtud a la vigencia del principio de proporcionalidad en la magnitud e intensidad en la pena de inhabilitación. Al respecto, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

El tiempo de la inhabilitación en atención a su relación con la pena privativa de libertad conminada legalmente no es proporcional. Si se le ha impuesto cuatro años de dicha pena —de un máximo de quince años— no puede ser razonable que se le imponga el máximo de la pena de inhabilitación⁵⁰.

En dicha línea, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia sostiene:

En cuanto a la pena impuesta, es de tener en cuenta que la pena privativa de libertad se encuentra dentro de los parámetros abstractos del tipo legal. En lo atinente a la pena de inhabilitación se le ha impuesto el tiempo medio (artículo 426 del CP, texto originario), lo que no se condice con la primera pena, por lo que, en aras de mantener la equivalencia entre las dos penas principales, es del caso reducir esa última pena. La pena de inhabili-

49 Véase el R. N. N.º 3293-2010 del 27 de octubre del 2010 (ponente: Barandiarán Dempwolf).

50 Véase, R. N. N.º 379-2015 del 24 de agosto del 2015 (ponente: San Martín).

tación, por lo demás, es de carácter principal y de imposición obligatoria, conforme al citado artículo 426 del CP, no puede dejar de imponerse⁵¹.

La Corte Suprema de Justicia emitió un precedente vinculante en la que razonaba sobre la necesidad de aplicar criterios objetivos en la determinación judicial de la pena a la hora de aplicar penas conjuntas. En dicho fallo se señaló:

Al tratarse de penas conminadas conjuntas, la pena concreta debe quedar integrada por todas las penas principales consideradas para el delito cometido y aplicadas sobre la base de las mismas circunstancias o reglas de reducción por bonificación procesal concurrentes. De tal forma que el resultado punitivo debe fijar la extensión y calidad de cada una de las penas conjuntas en función al mismo examen y valoración realizado por el órgano jurisdiccional.

Séptimo. En atención a lo expuesto, no es explicable, en el presente caso, que el resultado punitivo en la pena privativa de libertad, en la de multa e inhabilitación, que integran la penalidad conjunta del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto en el artículo doscientos noventa y seis, primer párrafo, del CP, tengan una extensión concreta muy diferente una de otra. Esto es, que la pena privativa de libertad sea por debajo del mínimo legal; que la pena de multa sea equivalente al mínimo legal y que la pena de inhabilitación alcance el máximo legal.

Octavo. En consecuencia, pues se deben reducir proporcionalmente las penas de multa e inhabilitación en función a una extensión porcentual equivalente a la que se ha establecido para la pena privativa de libertad.

Sin embargo, cabe precisar también que al tener la pena de inhabilitación en el artículo treinta y ocho del CP un estándar mínimo genérico de seis meses, la aplicación concreta de esta clase de pena para el caso sub iúdice debe graduarse prudencialmente, a fin de que no pierda su sentido y eficacia punitiva.

Noveno. En ese contexto, para la reducción proporcional de la pena de multa debe tomarse como base del cálculo porcentual, los diez años de privación de libertad impuestos a la recurrente, que representan un estándar por debajo del mínimo legal establecido para dicha clase de sanción.

Luego de haberse efectuado la operación correspondiente (regla de tres simple) se tiene que la diferencia de cinco años, de los diez años de privación de libertad y los quince años que fija la Ley como margen mínimo de punición, representan el treinta y tres punto treinta y tres por ciento de

51 Véase, R. N. N.º 246-2014 del 13 de octubre del 2015 (ponente: San Martín).

reducción que el Tribunal de Instancia estableció para la pena privativa de libertad; por lo que aplicando igual escala a la pena de multa, se obtiene, finalmente, ciento diecinueve días multa⁵².

El empleo por parte del legislador de otras clases de penas como es el caso de la pena limitativa de derechos o de la pena de multa, desempeña un efecto preventivo general plausible en los delitos de corrupción de funcionarios, el cual no puede renunciarse ni es posible desconocer y que hace innecesario en muchas ocasiones insistir y reclamar que se cumpla con la ejecución de la pena privativa de la libertad⁵³.

En segundo lugar, la prohibición (inaplicación) de la suspensión de la ejecución de la pena en algunos delitos de corrupción de funcionarios constituye una infracción del principio de la estricta necesidad de la pena como consecuencia jurídico penal que afecta derechos fundamentales y que exige que se opte por la sanción estrictamente necesaria en el sacrificio de un bien constitucional como la libertad personal y que muchas veces implica el imponer una pena privativa de libertad con carácter de suspendida. El empleo de la pena privativa de la libertad efectiva —y, en general de la pena privativa de la libertad— debe ser el último recurso del sistema penal tanto a nivel legislativo como a nivel judicial y debe emplearse en los términos indispensables y estrictamente necesarios. Por ello, no siempre la ejecución de la pena privativa de la libertad responde a criterios de necesidad.

52 Véase R. N. N.º 3864–2013 del 8 de septiembre del 2014 (ponente: Prado Saldarriaga).

53 Cfr. CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, “Corrupción pública y suspensión de la ejecución de la pena”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. xxxvii (2017), p. 232: “la previsión de una pluralidad de penas formando una penalidad compuesta y la importancia de las penas privativas de derechos (sobre todo cuando la inhabilitación o suspensión recae sobre un empleo público que el condenado no ocupaba con carácter temporal) limita la importancia que, desde el punto de vista preventivo, corresponde a las penas privativas de libertad y a su ejecución. La disminución de la eficacia preventiva global (del saldo preventivo global) derivada de la disminución de la eficacia preventiva general (intimidatoria y positiva) que comporta la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, será inferior cuando esta no impida la imposición y ejecución de las indicadas penas privativas de derechos. Esta reducción del protagonismo que, desde el punto de vista preventivo, corresponde a la ejecución de la pena de prisión en estos casos debe valorarse, también, desde el punto de vista de la necesaria proporcionalidad entre la eficacia preventiva de aquella y el coste que representa. Así mismo, debe valorarse la eficacia de la ejecución de aquellas penas privativas de derechos desde el punto de vista de la prevención especial”.

La Corte IDH ha precisado que en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado⁵⁴. Se recuerda que el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita⁵⁵.

La Corte ha expuesto en su jurisprudencia que las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e implican el menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita⁵⁶. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita⁵⁷.

En tercer lugar, la prohibición de la suspensión de la pena en algunos delitos de corrupción de funcionarios, tal como lo establece el último párrafo del artículo 57, viola el principio de resocialización como fin constitucionalmente legítimo de la pena estatal (artículo 139.22) y que reclama que el legislador penal cumpla con un programa de prevención especial mínimo que permita que el agente infractor pueda reincorporarse a la sociedad de manera adecuada. El contenido del programa resocializador fijado en la Constitución exige que la pena privativa de libertad no sea el recurso ni el instrumento más utilizado en el enfrentamiento y la lucha eficaz con el delito. De igual forma, se plantea que la ley penal en cumplimiento del programa resocializador no siempre debe acudir a la imposición de una pena privativa de la libertad de

54 Kimel C. Argentina, 2 de mayo del 2008, párr. 71; Tristán Donoso C. Panamá, sentencia de 27 de enero del 2009, párr. 119.

55 Ricardo Canese C. Paraguay, 31 de agosto del 2004, párr. 104; Kimel C. Argentina, 2 de mayo del 2008, párr. 76; Palamara Iribarne C. Chile de 25 de noviembre del 2005, párr. 79.

56 Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) C. Chile del 29 de mayo del 2014, párr. 389; Baena Ricardo y otros C. Panamá, del 18 de febrero del 2001, párr. 106; Penal Miguel Castro Castro C. Perú, 25 de noviembre del 2006, párr. 314.

57 Baena Ricardo y otros C. Panamá, del 18 de febrero del 2001; párr. 106, J. C. Perú, 27 de noviembre del 2013, párr. 278, Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) C. Chile del 29 de mayo del 2014, párr. 389.

carácter efectivo y, por el contrario, debe preferir en determinada clase de delitos (v. gr., delitos leves y medianamente graves) la suspensión de la pena privativa de la libertad.

El mandato resocializador no solo comprende la reincorporación de la persona a la sociedad luego del cumplimiento de una pena, sino también el evitar que una persona se desocialice o que sufra condiciones que le hagan perder su socialización al ingresar como regla a la prisión si comete un delito de corrupción.

La doctrina penal enfatiza que la eficacia preventiva de la pena depende de su contenido, de su duración y, en su caso, de las condiciones de su cumplimiento. Pero también depende de la decisión sobre la suspensión o la ejecución de la pena impuesta, de los criterios en los que se fundamente y de las circunstancias que concurran en cada caso⁵⁸.

Se recuerda que la suspensión de la pena es un mecanismo que busca ejercer una influencia resocializadora sobre el autor sin privar de su libertad⁵⁹, obligándole a mantener en el futuro una conducta correcta, fiel a las normas del ordenamiento jurídico⁶⁰. Dicha medida procede en el caso de delitos de escasa gravedad y cuando se impone penas cortas de privación de la liber-

58 Cfr. CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, “Corrupción pública y suspensión de la ejecución de la pena”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. xxxvii, 2017, p. 206.

59 Cfr. JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal*, p. 899; TORRES BERRÍO, Carlos, “Apuntes sobre la suspensión en la ejecución de la pena o condena condicional. A propósito de la modificación establecida por la Ley N.º 30304”, en *Actualidad Penal*, N.º 12, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 46. La Resolución Administrativa 321-2011-P-PJ del 08 de setiembre del 2011, considerando primero, sostiene: “Que la suspensión de la ejecución de la pena tiene como fin eludir o limitar la ejecución de penas privativas de libertad de corta o mediana duración —es decir, evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria, básicamente en los delincuentes primarios, en casos que la corta duración de la pena no permite un efectivo tratamiento resocializador—. Es, pues, una medida alternativa que, sin desconocer la función preventiva general de la pena, busca fortalecer el efecto preventivo especial de la misma a delincuentes de poca peligrosidad o que han cometido hechos delictivos que no revisten una mayor gravedad. Se le califica como un medio sumamente razonable y flexible para ejercer una influencia resocializadora sin privación de libertad”.

60 Cfr. MAURACH, Reinhart y GÖSSEL, Karl Heinz, *Derecho penal. Parte general*, t. II; 65/1, p. 819.

tad⁶¹. La suspensión de la ejecución de la pena no constituye un derecho del penado, sino, más bien una facultad discrecional del Juez. La ley faculta, pero no obliga a su concesión; de tal modo que se deberá verificar en cada caso en concreto el cumplimiento conjunto de los presupuestos formales y materiales previstos en el artículo 57 del CP⁶².

La suspensión de la pena pretende con ello un comportamiento adecuado a derecho⁶³. Ello deriva de los efectos desocializadores que se le reconocen a la pena privativa de la libertad efectiva⁶⁴ y a la necesidad de evitar los graves efectos que a veces terminan devastando a los agentes primarios⁶⁵. La ventaja del instituto de la suspensión de la ejecución de la pena reside en que conjuga los criterios preventivo generales y de defensa social con los fines preventivo especiales y resocializadores⁶⁶, fijados en la Constitución y en la ley. Se trata de implementar aquí una resocialización ambulatoria⁶⁷ y de la posibilidad que el juez adecue el mal de la pena al caso particular⁶⁸.

No constituye un acto de perdón judicial o de lenidad de la justicia penal, sino un pronóstico socialmente favorable del autor del delito⁶⁹. Se trata de la imposición de la pena solo condicionando su ejecución.

61 Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl, "Pena efectiva de privación de la libertad para los funcionarios y servidores públicos que cometen delitos funcionales de contenido patrimonial. Ley N.º 30304: lineamientos normativos de una cultura carcelaria", en *Actualidad Penal*, N.º 12, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 40.

62 Véase la Resolución Administrativa 321-2011-P-PJ del 08 de setiembre del 2011.

63 Cfr. JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal*, p. 899.

64 Cfr. *Loc. cit.*; PEÑA CABRERA, RAÚL; *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, p. 641.

65 Cfr. MAURACH, Reinhart y GÖSSEL, Karl Heinz, *Derecho penal. Parte general*, t. II; 65/1, p. 819.

66 Cfr. JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal*, p. 899

67 Cfr. MAURACH, Reinhart y GÖSSEL, Karl Heinz, *Derecho penal. Parte general*, t. II; 65/, p. 823.

68 Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, p. 339.

69 Cfr. MAURACH, Reinhart y GÖSSEL, Karl Heinz, *Derecho penal. Parte general*, t. II; 65/, p. 823; TORRES BERRÍO, CARLOS, "Apuntes sobre la suspensión en la ejecución de la pena o condena condicional. A propósito de la modificación establecida por la Ley N.º 30304", en *Actualidad Penal*, N.º 12, Lima, Instituto Pacífico, 2015, p. 47.

Cuando el legislador penal establece la prohibición de otorgar la suspensión de la ejecución de la pena en ciertos delitos de corrupción de funcionarios (colusión, peculado, malversación agravada, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y el delito de enriquecimiento ilícito) atenta contra el mandato constitucional y convencional de resocialización pues impide que el juez en el análisis de un caso concreto imponga sanciones proporcionales a la magnitud del injusto y busque medidas menos lesivas que afectan los derechos fundamentales como la libertad personal.

La mejor opción que cubre de manera plena el sentido del mandato constitucional de la resocialización es la que comprende todas las etapas y dimensiones del sistema penal, no limitándose a la actividad judicial y la actividad penitenciaria, sino que se extiende también como un mandato a cumplir por el propio legislador democrático⁷⁰. Poco serviría reservar el fin resocializador al ámbito penitenciario y de la aplicación de la pena si se le permite al legislador penal expedir leyes que impiden la resocialización al imponer penas graves y altas que terminan por desfigurar dicho mandato o prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena. Al afirmar que los principios constitucionales y los derechos fundamentales obligan a todos los poderes públicos no se limita su fuerza a una actividad determinada, sino que extiende su efecto a todo el sistema jurídico, incluyendo, por supuesto, al Poder Legislativo. Es el parlamento el que desarrolla los mandatos constitucionales y concreta el contenido de los principios y el que tiene en sus manos estructurar el programa penal de la Constitución.

El TC peruano precisa que el artículo 139.22 de la Constitución no por su condición de principio carece de eficacia, ya que comporta un mandato expreso de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea en el momento de regular las condiciones de ejecución de las penas o en el de establecer el cuántum de ellas⁷¹.

70 Cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Constitución y sanción penal", en *Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, N.º 1, 2013, p. 96.

71 EXP. N.º 7730-2005-PHC/TC, caso Wilmer Gonzales Izuiza; Exp. N.º 7724-2005-PHC/TC, caso Nicolás Martín Valqui Cahuaza; Exp. N.º 4220-2005-PHC/TC, caso Freddy Hermes Panta Ginocchio; Exp. N.º 803-2003-HC/TC, caso Pedro Felipe Cuba Ramírez o Salvador Mamani Quispe.

El hecho de que el legislador prohíba la suspensión de la ejecución de la pena en ciertos delitos de corrupción es una manifestación clara de una política criminal irracional, profundamente represiva y retrograda que tras la declaración de una tolerancia cero y una lucha frontal contra los casos de criminalidad gubernamental esconde la falta de estrategias preventivas, disuasorias y realmente efectivas en la lucha contra la criminalidad de funcionarios. El lema de “*todos los corruptos a la cárcel*” refleja un derecho penal simbólico, unas leyes penales que se quedan en la mera apariencia y la búsqueda de un impacto mediático y que claramente se alejan de brindar soluciones racionales y compatibles con la Constitución en el enfrentamiento de una concreta forma de criminalidad.

En cuarto lugar, el DL 1351 en cuanto reforma el último párrafo del artículo 57 del CP constituye una violación al principio de proscripción de la arbitrariedad estatal en conexión con el deber de justificar⁷² (motivar) un acto normativo (Decreto Legislativo) emanado de un Poder del estado (Poder Ejecutivo) que termina por afectar de manera directa el derecho a la libertad personal al obligar a que los órganos jurisdiccionales al momento de dictar una sentencia condenatoria por ciertos delitos de corrupción de funcionarios (colusión, peculado, malversación agravada, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y el delito de enriquecimiento ilícito) impongan en todos los casos, y sin excepción alguna, penas privativas de libertad con carácter de efectiva.

El Poder Ejecutivo al expedir el acto normativo que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no ha aportado razones mínimas y no ha justificado de manera siquiera elemental la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una disposición semejante, producto de la delegación legislativa de facultades, por la cual se decide limitar un derecho fundamental: la libertad personal. No se ha brindado razón alguna, ya sea desde la perspectiva constitucional, política, sociológica o de otra índole que puede sustentar una incidencia tan drástica y grave en el ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad personal.

Creemos que una reforma al CP o a una ley penal que afecta un derecho fundamental tan importante como la libertad personal debe aportar razones

72 Véase, CASTILLO ALVA, José Luis, *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*, Lima: Grijley, 2013, *passim*.

objetivas, tanto desde el punto de vista material como formal, y ha de sustentar por qué se adopta una decisión y no otra⁷³. Las leyes y los decretos legislativos no pueden ser un mero acto de poder y de fuerza. Para que sean compatibles con la Constitución deben ofrecer buenas razones y buenos argumentos, los cuales para que estén dotados de validez deben ser compatibles con la Constitución.

Cualquier poder público, sea el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo, puede incurrir en actos arbitrarios al expedir normas en contra del interés general o porque afecta la Constitución o los Tratados de Derechos Humanos como cuando la ley infringe el principio de igualdad, afecta el contenido esencial del principio de proporcionalidad o viola el núcleo de un derecho fundamental, sin que haya razón que lo justifique o sustente⁷⁴. Se habla aquí de *arbitrariedad legal*⁷⁵. Se recuerda que a veces la ley (o en este caso un DL) no tiene conexión con la justicia y responde solo a una simple medida técnica la organización burocrática y que representa en muchos casos un instrumento de opresión y de perversión de los ordenamientos jurídicos⁷⁶. El hecho de que la ley sea general y en su emisión se haya respetado determinado procedimiento no quiere decir que por ello la ley sea justa⁷⁷ y menos cuando un poder del

73 Sobre la relación de las leyes penales y la obligación constitucional de motivar: DONINI, Massimo, "Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa", en *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad. Estudios de Derecho penal*, Lima: ARA, 2010, pp. 353 y ss.

74 Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, p. 191; NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, p. 359; FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El Sistema Constitucional español*, p. 97; LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *Filosofía del Derecho*, p. 638; GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, p. 46.

75 Por todos, RADBRUCH, Gustav, "Arbitrariedad legal y derecho suprallegal", en *El Hombre en el Derecho* (trad. de Aníbal del Campo), Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 127 y ss., él mismo, *Filosofía del Derecho*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, 4 ed., p. 244, ha recordado que "Una ordenación jurídica que solo pretendiera valer para algunos hombres y para algunos casos, no sería derecho, sino arbitrariedad".

76 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", en *Revista de Administración pública*, N.º 30, p. 156: "Estamos tomando más y más conciencia de que el más peligroso de los poderes arbitrarios es precisamente el del legislador mismo".

77 Cfr. ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política* (trad. de Héctor Fix-Fierro), México: Porrúa, 5 ed., 2009, p. 112: "La universalidad de una

estado, como el poder ejecutivo, ha actuado solo en virtud a una delegación de facultades legislativas otorgadas por el parlamento el decreto legislativo es conforme a la Constitución.

La llamada y conocida libertad de configuración del legislador no es obstáculo para controlar su actividad y valorar si el contenido de las leyes (penales) guarda compatibilidad con la Constitución, peor aún si su labor ordenadora pueda afectar los derechos fundamentales⁷⁸. En el derecho constitucional contemporáneo, la posibilidad de control de la actividad legislativa es un axioma cuya validez va más allá del predicamento de la soberanía del parlamento y del hecho de que la ley exprese la voluntad de la mayoría o, incluso, el consenso de las fuerzas políticas. Ni la soberanía del parlamento ni el principio de la mayoría como base del Estado democrático puede derogar la posibilidad de fiscalización de la ley según el tamiz de respeto a los derechos humanos, los valores y preceptos constitucionales⁷⁹. La pregunta no

norma no garantiza que sea justa, según ha mostrado la polémica con el formalismo ético. Los principios de procedimiento, como tales, tampoco garantizan la rectitud de una norma”; sin embargo, como anota este mismo autor: “la exigencia de que la acción estatal se desenvuelva de acuerdo con leyes generales aparece como mandato de la razón, de la igualdad de trato, de la democracia y la seguridad jurídica (...) La realización de los actos del Estado según una norma general responde asimismo al principio de la igualdad de trato, puesto que la limitación de la libertad individual conforme a las leyes generales significa, por su propio carácter, una restricción igual para todos” (pp. 278 y 279).

78 Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, p. 202; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, pp. 649 y 650; EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e interpretación*, Lima: Grijley, 2011, p. 93: “La actividad legislativa está también sometida a límites constitucionales, y la validez de las normas jurídicas promulgadas supeditadas a la no vulneración de estos”.

79 Como recuerda el TC peruano en la sentencia del Exp. N.º 1680-2005-PA/TC; caso *Jorge Luis Borja Urbano*, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tiene determinados límites a saber: “En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa. Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N.º 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia caso Barrios Altos, del 18 de setiembre del 2003 (Cfr. STC N.º 0275-2005-PH/

es si debe existir posibilidad de control de los actos legislativos, sino a quién corresponde ejercerlo⁸⁰.

En el Perú algunos actos en los que se ejerce una potestad discrecional por la más alta investidura política del Estado peruano y que son realizados por el presidente de la República como, por ejemplo, el indulto deben estar justificados racionalmente a través de la motivación. Con ello se demuestra que los actos normativos de un poder del Estado deben cumplir con la obligación de motivar y justificar sus actos.

El indulto es una facultad presidencial revestida del máximo grado de discrecionalidad; lo que no significa que se trate de una potestad que pueda ser ejercida sin control jurisdiccional y con la más absoluta arbitrariedad⁸¹. El ejercicio de toda potestad discrecional, entre los que se cuenta el indulto, está sujeta al marco constitucional y como tal debe respetar sus límites⁸². Desde el punto de vista constitucional se exige como regla que el indulto precise siempre de un estándar mínimo de motivación que posibilite un control constitucional⁸³.

TC). En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo, advirtiéndose que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional. Así se sostuvo en las STC N.º 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC, entre otras, donde si bien no se invalidó en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el *balancing*, precisando que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos. Por último cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución —respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional—, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cfr. STC Exp. N.º 0014-2003-AI/TC y STC Exp. N.º 0050-2004-AI/TC)".

80 De modo semejante: LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, p. 649.

81 Exp. N.º 03660-2010-PHC/TC, caso *José Enrique Crousillat López Torres*.

82 Exp. N.º 4053-2007-PHC/TC, caso *Alfredo Jalilie Awapara*; Exp. N.º 03660-2010-PHC/TC, caso *José Enrique Crousillat López Torres*.

83 Exp. N.º 03660-2010-PHC/TC, caso *José Enrique Crousillat López Torres*. En otras ocasiones el TC ha exigido no solo un estándar mínimo de motivación, sino una motivación suficiente; véase: Exp. N.º 0012-2010-PI/TC: "En esa medida, no solo no es posible la dación de un indulto o conmutación de forma inmotivada, sino que

El afirmar que existen actos funcionariales emanados de la más alta investidura de la organización estatal que no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder⁸⁴. Es por ello que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos y de los particulares. Por esta razón, también el indulto es sujeto a control constitucional por parte del órgano jurisdiccional⁸⁵.

dicha motivación debe estar sustentada en razones lo suficientemente poderosas como para contrarrestar la incidencia que la medida genera en los antedichos valores iusfundamentales. En tal sentido, mientras de mayor peso axiológico sea el derecho fundamental violado por la conducta “perdonada”, y mientras mayor desprecio por el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución) haya revelado la conducta típica, mayor será la carga argumentativa de la resolución administrativa que concede el indulto o la conmutación, y además, en función de las circunstancias del caso, mayor peso deberá revestir el derecho fundamental cuya protección se pretende alcanzar con la concesión del perdón”.

84 Exp. N.º 5854-2005-PA/TC, caso *Pedro Andrés Lizana Puelles*.

85 Exp. N.º 4053-2007-PHC/TC, caso *Alfredo Jalilie Awapara*: “En este orden de ideas, siendo el control jurisdiccional de la constitucionalidad de todos los actos, una clara consecuencia de la supremacía constitucional, no puede afirmarse que la sola existencia de la potestad presidencial de conceder la gracia impida ejercer un control por parte de las autoridades jurisdiccionales, máxime si, como se advierte de la resolución cuestionada, son también razones de orden constitucional las que motivaron la decisión de no aplicarla”.

CAPÍTULO XII

LA REPARACIÓN CIVIL

En nuestro ordenamiento jurídico penal la reparación civil se rige por el principio del daño causado, cuya unidad procesal civil y penal protege el bien jurídico en su totalidad y garantiza el oportuno derecho indemnizatorio del afectado. La reparación civil no debe fijarse en forma genérica, sino que es necesario individualizarla y determinarla en forma prudencial y proporcional a la entidad del daño causado por la comisión del delito¹.

La reparación civil se determina conjuntamente con la pena y comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago del valor, y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados; por lo que debe existir proporcionalidad entre estos y el monto que por dicho concepto se fija. La indemnización producto de la reparación civil, cumple una función reparadora y resarcitoria; y aunado a ello se tiene que el artículo noventa y cinco del CP, establece que la reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente responsables². En caso de concurso de personas rige el principio de la solidaridad entre todos los participantes en la comisión del delito³. En el delito de colusión dicha consecuencia se impone sin perjuicio de devolver la suma de dinero por concepto de la sobrevaloración del bien objeto de un contrato⁴.

1 Véase el R. N. N.° 265-2013 del 25 de junio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.° 2767-2011 del 30 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

2 Véase el R. N. N.° 333-2009 del 04 de mayo del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

3 Véase el R. N. N.° 1299-2013 del 26 de marzo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

4 Véase el R. N. N.° 3004-2013 del 16 de julio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

La reparación fijada no se establece en atención a las condiciones económicas⁵, la situación personal⁶, sino en relación a la dimensión del daño causado⁷, en tanto que ésta se orienta a reparar e indemnizar a la parte agraviada por el daño generado por la conducta del responsable⁸. Es incorrecto sostener que la reparación civil se establece en función a los intereses del Estado⁹, pues de ser así dicha reparación se fijaría siempre en forma subjetiva y por lo general excesiva.

- 315** El Acuerdo Plenario N.º 05-2008 /CJ-116, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho, en su vigésimo sexto fundamento jurídico establece la posibilidad en materia de responsabilidad civil relativo a la sentencia conformada, que “el monto de reparación civil está en función al daño global irrogado, por lo que éste deberá ser impuesto de manera global, de suerte que si existiesen partícipes, y en juicio sucesivo sean condenados, dicha suma no variará y se les comprenderá en su pago; siendo ello así queda establecido que el quantum de la reparación civil en el caso concreto es en forma solidaria para los encausados antes señalada”¹⁰. De igual forma, se ha sostenido que “la restitución, pago del valor del bien o indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, según corresponda, cuando se trate de procesos en los que exista pluralidad de acusados por el mismo hecho y sean sentenciados independientemente, por diferentes circunstancias contempladas en nuestro ordenamiento procesal

5 Véase el R. N. N.º 379-2015 del 24 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

6 Véase el R. N. N.º 1371-2010 del 24 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo): “respecto al monto por concepto de la reparación civil se debe tener en cuenta la relación directa con el daño ocasionado y no las condiciones personales de éste”.

7 Véase el R. N. N.º 379-2015 del 24 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro); el R. N. N.º 750-2013 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas); el R. N. N.º 2545-2010 del 27 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

8 Véase el R. N. N.º 1609-2010 del 08 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo); el R. N. N.º 2545-2010 del 27 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

9 Sin embargo, así: el R. N. N.º 2767-2011 del 30 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

10 También: el R. N. N.º 1738-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

penal, debe ser impuesta para todos, por lo que prevalece la ya fijada en la primera sentencia firme”¹¹.

Una concreta conducta delictiva en el delito de colusión puede ocasionar:

- i) daños patrimoniales, que consisten en la lesión de derechos que inciden en la disminución de la esfera patrimonial del sujeto pasivo y en el no incremento en el patrimonio de éste o la ganancia patrimonial neta dejada de percibir; y,
- ii) daños no patrimoniales, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales —no patrimoniales— tanto de las personas naturales y jurídicas como de los entes colectivos¹². En un caso concreto, dado la naturaleza del delito incriminado y del daño patrimonial causado, en la que se confió los intereses económicos del Estado a los agentes, se denota la necesidad de un resarcimiento que incluso recae en los intereses por el detrimento de los precios sobrevaluados¹³.

El juzgador debe efectuar una valoración del caso concreto que no vulnere por exceso o por defecto el principio de proporcionalidad. Es por ello que se debe analizar la finalidad resarcitoria que persigue su imposición, valorando objetivamente el daño y perjuicio material o moral ocasionados al agraviado¹⁴.

La Corte Suprema en alguna ocasión ha distinguido entre la fijación de una suma de dinero por concepto de reparación civil que deben pagar en forma solidaria los funcionarios condenados a favor del Estado y la devolución del importe de dinero por concepto de sobrevaloración de cada inmueble que se había sido sobrevaluado en su compra por la entidad perjudicada¹⁵.

11 Véase el R. N. N.º 3004-2013 del 16 de julio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

12 Véase el R. N. N.º 265-2013 del 25 de junio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado); el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

13 Véase el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

14 Véase el R. N. N.º 1738-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

15 Véase el R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

316 La restitución del valor del bien o la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, según corresponda, cuando se trate de procesos en los que exista pluralidad de acusados por el mismo hecho y sean sentenciados independientemente, por diferentes circunstancias contempladas en nuestro ordenamiento procesal penal, debe ser impuesta para todos los condenados con el objeto de que: a) exista proporción entre el daño ocasionado y el resarcimiento, b) se restituya se pague o indemnice al agraviado sin mayor dilación, y c) no se fijen montos posteriores que distorsionen la naturaleza de la reparación civil dispuestas mediante los artículos noventa y tres y noventa y cinco del CP¹⁶.

La máxima instancia de la justicia peruana ha enfatizado que “si la restitución es imposible de hecho (destrucción o pérdida), o legalmente (derecho legítimamente adquirido por un tercero), el damnificado puede exigir en sustitución de ella, y como reparación, el pago del valor del bien. Si la falta de restitución fuese parcial, la reparación consistirá en el pago de la diferencia del valor actual del bien”¹⁷.

La reparación civil es única porque está en función al daño generado por la conducta delictiva, y no toma en cuenta el número de autores y partícipes en su comisión; de tal manera que en un caso concreto se determinó que “siendo así, como existe una condena firme que fijó ese monto en dos mil nuevos soles (sentencia de fojas cuatro mil quinientos dieciséis, del catorce de septiembre de dos mil once), debe entenderse que sobre tal cantidad recae la responsabilidad civil solidaria de los encausados”¹⁸.

317 El pago íntegro de la reparación civil puede constituir una regla de conducta¹⁹ de la suspensión de la ejecución de la pena. Dicha medida se sustenta

16 Véanse el R. N. N.º 300-2014 del 21 de mayo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores); el R. N. N.º 216-2005 del 14 de abril del 2005 de la Sala Penal Permanente; el R. N. N.º 2730-2012 del 13 de febrero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

17 Véase el R. N. N.º 2271-2013 del 28 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

18 Véase el R. N. N.º 3647-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

19 Véase el R. N. N.º 1167-2010 del 24 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

—según la Corte Suprema— en la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos²⁰.

El cumplimiento de una regla de conducta referida a reparar los daños ocasionados por el delito, no constituye una obligación de orden civil, contrariamente a ello, es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal, en cuyo caso su incumplimiento puede legitimar la decisión de revocar la suspensión de la ejecución de la pena²¹.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la Procuraduría Pública en temas de corrupción de funcionarios: “Que su actividad en el proceso no se encuentra limitada a solicitar la reparación civil, sino también, a colaborar con el esclarecimiento del hecho delictivo y de la intervención en él de su autor o partícipe conforme lo establecido en el numeral dos del artículo cincuenta y siete del Código de Procedimientos Penales”²².

318

El procurador público de la Procuraduría Especializada en delitos de corrupción, en su condición de parte civil, no solo tiene la misión de solicitar la reparación civil, sino también aportar pruebas al proceso penal a efectos de esclarecer los hechos materia de investigación²³.

La parte civil, durante el desarrollo del proceso y del juicio oral, debe incorporar oportunamente medios probatorios tendientes a acreditar que el daño ocasionado en la dimensión y márgenes por ella estimada²⁴.

20 Véase el R. N. N.º 3008-2010 del 22 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

21 Véase el R. N. N.º 3008-2010 del 22 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

22 Véase el R. N. N.º 1558-2010 del 6 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana); el R. N. N.º 4270-2009 del 21 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

23 Véase el R. N. N.º 2282-2010 del 12 de octubre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

24 Véase el R. N. N.º 333-2009 del 4 de mayo del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

Si la Procuraduría Pública Anticorrupción frente a una sentencia absolutoria interpone un medio impugnatorio y se acredita que solo concurrió a la audiencia de instalación de juicio oral, dejando de hacerlo con posterioridad sobre todo durante la etapa de actuación de pruebas, de vital importancia debido a que su valor probatorio se funda en el contradictorio del juzgamiento en donde dicha parte procesal no tuvo participación alguna, luego no puede pretender revertir dicha situación alegando una serie de cuestiones probatorias no planteadas oportunamente²⁵.

25 Véase el R. N. N.° 907-2014 del 27 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel

- 2003 *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra.
- 2006 “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, en *Revista Penal*, n.º 18.

AGUADO CORREA, Teresa

- 2003 *El Principio de proporcionalidad en el derecho penal*, Madrid: Edersa.

Alcácer Guirao, Rafael

- 2002 “La protección del futuro y los daños acumulativos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 04-08.
- 1998 “Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LI.

Ambos, Kai

- 2005 *Principios del proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Andrés Ibáñez, Perfecto

- 2005 *Los hechos en la sentencia penal*, México: Fontamara.

ANTOLISEI, Francesco

- 2003 *Manuale di diritto penale. Parte especial* (a cura de Luigi Conti), 14.ª ed., vol. II, Milano: Giuffrè.

Arroyo Zapatero, Luis

- 1998 “Derecho penal económico y Constitución”, en *Revista Penal*, n.º 1.

Asencio Mellado, José María

- 1991 *Principio acusatorio y derecho de defensa. Proceso penal*, Madrid: Trivium.

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth

- 2005 *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Gaceta Jurídica.

BACIGALUPO, Enrique

- 2004 *Derecho penal (parte general)*, Lima: Ara.

Benavides Schiller, Andrés

2016 *El delito de fraude del funcionario público*, Barcelona: Bosch.

Bustos Ramírez, Juan

2004 “Los bienes jurídicos colectivos”, en *Obras completas*, t. II, Lima: Ara.

Calderón Cerezo, Ángel y Choclán Montalvo, José

2001 *Derecho Penal (parte especial)*, 2.ª ed., Barcelona: Bosch.

Canestrari, Stefano

2003 “La estructura del *dolus eventualis*. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n.º 4, Lima.

CARO JOHN, José Antonio

2003 “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho penal*, Asociación Peruana de Derecho penal.

Carocca Pérez, Alex

1998 *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, Barcelona: Bosch.

Cardenal Montraveta, Sergi

2017 “Corrupción pública y suspensión de la ejecución de la pena”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII.

Carnevali Rodríguez, Raúl

2000 “Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales”, en *Revista Chilena de Derecho*, n.º 27.

Carrión Díaz, Juan y Cáceres Julca, Roberto

2008 *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima: Idemsa.

Cassagne, Juan Carlos

2005 *El Contrato administrativo*, 2.ª ed., Buenos Aires: Lexis-Nexis.

Castillo Alva, José Luis

2001 *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Lima: Idemsa.

2008 “El derecho a ser informado de la imputación”, en *Anuario de Derecho penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (director: José Hurtado Pozo), Lima.

2013 *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*, Lima: Grijley.

Catalán Sender, Jesús

1999 *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el Nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona: Bayer.

Cerezo Mir, José

1998 *Curso de derecho penal español*, 6.ª ed., t. I, Madrid: Tecnos.

Comadira, Julio Rodolfo

2006 *Licitación pública*, 2.ª ed., Buenos Aires: Lexis Nexis.

Cubillo Rodríguez, Carlos

2002 “Hacia una teoría general sobre la corrupción en la vida pública”, en *Revista Española de Control Externo*, vol. 4, n.º 11.

Cuello Contreras, Joaquín

2011 “Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*.

Danós Ordóñez, Jorge

2012 “El régimen de los contratos estatales en el Perú”, en *Revista de estudiantes Ita Ius Esto*.

De la Mata Barranco, Norberto

2010 “El funcionario público ante el Derecho Penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 20.

2006 “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 17.

De Zuani, Elio Rafael

2005 *Introducción a la administración de organizaciones*, Florida: Valletta Ediciones.

Defensoría Del Pueblo

2014 *Informe Defensorial N.º 168: El archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín*, Lima.

Demetrio Crespo, Eduardo

2013 “Constitución y sanción penal”, *Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Ciencias penales*, n.º 1.

Díaz y García Conlledo, Miguel

2008 “Autoría y participación”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 10, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Díaz y García Conlledo, Miguel y Olaizola Nogales, Inés

- 1996 “La responsabilidad penal de los funcionarios. El Código Penal de 1991”, en *Auditoría pública: Revista de los órganos autónomos de control externo*, n.º 6.

Díez Ripollés, José Luis

- 1997 “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, en *Jueces para la democracia*, n.º 30.
- 1981 *El derecho penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual)*, Barcelona: Bosch.

Donini, Massimo

- 2010 “Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa”, en *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad. Estudios de derecho penal*, Lima: ARA.

Dromi, Roberto

- 1995 *Licitación Pública*, 2.ª ed., Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

Eser, Albin

Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

Eser, Albin y Burkhardt, Björn

Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias, Madrid: Colex, 1995.

Etxebarria Zarrabeitia, Xabier

“Fraudes y exacciones ilegales”, en *Delitos contra la Administración pública* (edición a cargo de Adela Asúa Batarrita): Bilbao, 1997.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier

- 2011 *Argumentación e Interpretación*, Lima: Grijley.

Feijó Sánchez, Bernardo

- 1997 *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Madrid: Colex.
- 2007 *Retribución y prevención general*, Buenos Aires: B de F.
- 2007 *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid: Reus.
- 2009 “Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*.
- s/f “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, en *CPC*, n.º 65.

Felip Saborit, David

Lecciones de derecho penal (parte especial) (director: Jesús María Silva Sánchez), p. 30, SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal (parte especial)*, p. 12.

Ferrajoli, Luigi

2011 *Derecho y razón*, 10.^a ed., Madrid: Trotta.

De Figueiredo Dias, Jorge

2004 *Direito penal (parte general)*, t. i, Coimbra: Editora Coimbra.

Figueroa Navarro, Aldo

“Criterios político criminales para la reforma de los delitos contra la función pública”, en <<http://bit.ly/2fSsAmE>>.

Fockink Ritt, Caroline y Hubner, Bruna Henrique

2014 “Os crimes na lei de licitações, principais aspectos legais e jurisprudenciais”, en Barbarói, Santa Cruz do Sul, edição especial, n.º 42.

Tavares De Freitas, André Guilherme

2013 *Crime na Lei de Licitações*, Niterói, RJ: Impetus, 3.^a ed.

Freund, Georg

2003 “Fundamentos de la Imprudencia Punible. Una contribución desde la regulación alemana”, en *Revista de derecho penal. Delitos Culposos*, t. II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Frister, Helmut

2012 *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Hammurabi.

Frisch, Wolfgang

2014 “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, en InDret: Revista para el análisis del Derecho, Barcelona.

García Caverro, Percy

2015 *Derecho penal económico. Parte especial*, 2.^a ed., t. II, Lima: Instituto Pacífico.

1999 *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona: Bosch.

Gasparini, Diógenes

2014 “Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código penal español”, en *La Responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad* (director: Ricardo Robles Planas), Buenos Aires: B de F.

2012 “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 14-01.

Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos

Delitos contra la Administración pública de conformidad con el Código Penal del 2000, 2.^a ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Greco Filho, Vicente

2007 *Dos crimes da lei de licitações*, 2.^a ed., São Paulo: Saraiva.

Greco, Luis

2012 “Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?”, en *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, n.º 2.

2014 *Tortura, incesto y drogas: reflexiones sobre los límites del Derecho penal* (trad. de Daniel Pastor y Eugenio Sarraibayrouse), Buenos Aires: Hammurabi.

Guzmán Napurí, Christian

2015 *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado. Análisis de la ley y su reglamento*, Lima: Gaceta Jurídica.

Hassemer, Winfried

1990 *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en *Doxa*, n.º 8.

2001 “Control de constitucionalidad y proceso político”, en *Persona y derecho: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, n.º 45.

1993 “La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana”, en *ADPCP*, t. 46.

1992 “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 45.

Huergo Lora, Alejandro

1998 *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid: Civitas, Universidad de Oviedo.

Hugo Álvarez, Jorge

2002 *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración pública*, Lima: Gaceta Jurídica.

Iñigo Corroza, María Elena

2001 *La responsabilidad penal del fabricante por defecto de sus productos*, Barcelona: Bosch.

Jakobs, Günther

1995 *Derecho penal. Parte general*, (trad. Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis), Madrid: Marcial Pons.

2014 ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? en Frisch, Wolfgang, *Pena, delito y sistema del delito en transformación*, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona.

Jauchen, Eduardo

2005 *Derechos del imputado*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Jescheck, Hans y Weigend, Thomas

2003 *Tratado de derecho penal* (trad. de Miguel Olmedo Cardenete), Granada: Comares.

Kindhäuser, Urs

2007 “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”, en *Política Criminal*, n.º 3.

Kindhauser, Urs y Polaino-Orts, Miguel

2009 *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho Penal*, Lima: Grijley.

Lascuraín Sánchez, Juan Antonio

s/f “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, n.º 2.

2007 “Bien Jurídico y objeto protegible”, en *ADPCP*, vol. LX.

López Barja de Quiroga, Jacobo

1996 *Autoría y participación*, Madrid: Akal.

Llobet Rodríguez, Javier

2015 *Nacionalismo y antigarantismo penal*, San José: Editorial Jurídica Continental.

Maier, Julio

1999 *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2.ª ed., 1º reimp. t. I, Buenos Aires: Editores del Puerto.

Mansdörfer, Marco

2007 “Responsabilidad penal e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo”, en *Indret*.

Mantovani, Ferrando

2015 *Los principios del derecho penal*, Lima: Ediciones Legales.

Maraver Gómez, Mario

2009 *El principio de confianza en derecho penal*, Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

Marinucci, Giorgio y Dolcini, Emilio

2004 *Manuale di Diritto Penale (parte general)*, Milano: Giuffrè.

Martín Tirado, Richard

2014 “El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú”, en *Arbitraje*: PUCP.

Maurach, Reinhart y Gossel, Heinz

- 1994 *Derecho penal, parte general*, t. I, (trad. de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), Buenos Aires: Astrea.

Mendoza Buergo, Blanca

- 1999 “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII.

Mir Puig, Santiago

- 2005 *Derecho penal*, 7.^a ed., Buenos Aires: B de F.
- 2005 “Límites del normativismo en derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 07-18.
- 2004 “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 06-02.
- 1992 *Delitos relacionados con el abuso de la función pública en Derecho español*, La Criminología frente al abuso de poder, Edit. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Donostia.

Mir Puig, Carlos

- 2000 *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona: Bosch.

Montaner Fernández, Raquel

- 2008 *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Barcelona: Atelier.

Morales Prats, Fermín y Rodríguez Puerta, María José

- 1996 *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona: Aranzadi.

Morón Urbina, Juan Carlos

- 2002 “El fraccionamiento ilícito en la contratación administrativa”, en *Advocatus*, n.º 2002-II, Revista de Derecho de la Universidad de Lima.

Müssig, Bernd

- 2002 “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2.^a época, n.º 9.

Nino, Carlos Santiago

- 1989 *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, 1º reimp, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Octavio de Toledo y Ubieta, Emilio

- S/f “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *ADPCP*, t. 43.
- Orts Berenguer, Enrique
1996 *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. II, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PAGLIARO, Antonio
2000 *Principi di diritto penale. Parte especial*, 9.^a ed., vol. 1, Milano: Giuffrè.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel
1995 *El caso Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PARIONA ARANA, Raúl
2017 *El delito de colusión*, Lima: Instituto Pacífico.
- PASTOR ALCOY, Francisco
2003 *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PAWLIK, Michael
2008 “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona: Enero.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos
2006 “En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona.
2005 “Dolo y Error: Reflexiones sobre la Prueba en el Proceso penal”, en *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*, Lima: Grijley.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea
2016 “Las víctimas en los delitos de corrupción (panorama desde las perspectivas alemana y española)”, en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVI.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel
1997 *Curso de derecho penal español. Parte especial*, t. II, Madrid: Marcial Pons.
- PORTOCARRERO HIDALGO, Juan
1996 *Delitos contra la Administración pública*, Lima: Editorial Portocarrero.
- PULITANÒ, Domenico
2011 “Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali”, en *Criminalia, Annuario di scienze penalistiche*.
2003 *Commentario Breve al Codice Penale* (Alberto Crespi, Federico Stella, Giuseppe Zuccala), Padova: Cedam.

Radbruch, Gustav

1980 “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, en *El Hombre en el Derecho* (trad. de Aníbal del Campo), Buenos Aires: Depalma.

1959 *Filosofía del derecho*, 4.^a ed., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Reátegui Sánchez, James

2015 *Delitos contra la Administración pública en el Código penal*, Lima: Jurista Editores.

Rebollo Vargas, Rafael

2001 “Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el t. XIX, L. II. del Código Penal español (delitos contra la administración pública)”, en *Libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In Memoriam*, vol. II, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca.

Retamozo Linares, Alberto

2016 *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control. Análisis y comentarios*, 11.^a ed., t. I, Lima: Gaceta Jurídica.

Revilla González, José Alberto

2000 *El Interrogatorio del Imputado*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Peña Ossa, Jesús

1995 *Delitos contra la Administración pública*, Bogotá: Gustavo Ibañez.

Reyes Alvarado, Yesid

1995 *Imputación objetiva*, 2.^a ed., Bogotá: Temis.

Robles Planas, Ricardo

2007 *Garantes y cómplices*, Barcelona: Atelier.

Rodríguez Collao, Luis y Ossandon Widow, María Magdalena

2005 *Los delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez, Alfonso

1994 *Derecho penal español (parte especial)*, 17.^a ed., Madrid: Dykinson.

Rojas Vargas, Fidel

2007 *Delitos contra la Administración pública*, 4.^a ed., Lima: Grijley.

ROMANO, Mario

2002 *I dilitti contro la publica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali* (Art. 314–335 bis), Milano: Giuffrè.

ROXIN, Claus

- 1997 *Derecho penal* (trad. de Diego-Manuel Luzón Peña y otros), t. I, Madrid: Civitas.
- 2014 *Derecho penal. Parte general*, (trad. de Diego-Manuel Luzón Peña y otros), t. II, Madrid: Civitas.
- 2013 “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 15-01.

Salazar Sánchez, Nelson

- 2015 “Imputación objetiva y participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 70, Lima.

Salinas Siccha, Ramiro

- 2016 *Delitos contra la Administración pública*, 4.ª ed., Lima: Grijley.

San Martín Castro, César

- 2015 *Derecho procesal penal. Lecciones*, Lima: INPECC.

Sánchez Morón, Miguel

- 2015 *Derecho administrativo. Parte general*, 11.ª ed., Madrid: Tecnos.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier

- 2012 *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*, Madrid: Marcial Pons.

Santana Vega, Susana

- 2000 *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid: Dykinson.

Sayagués, Laso, Enrique

- 2005 *La licitación pública*, Montevideo: B de F.

Silva Sánchez, Jesús María

- 2000 “¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el Sistema de Sanciones del Código Penal”, en *Estudios de derecho penal*, Lima: Grijley.
- 2001 “La Autoría Delictiva en Estructuras Organizadas”, en *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración pública y otros problemas actuales del derecho Penal*, Lima: Grijley.

Soto Navarro, Susana

- 2003 *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada: Comares.

Schünemann, Bernd

- 2007 ¡El Derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado liberal

- de derecho (trad. de Ángela de la Torre Benítez), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- 2002 *Temas actuales y permanentes del derecho penal*, Madrid: Tecnos.
- 2002 “Responsabilidad Penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, en *ADPCP*, t. LV.
- Suárez González, Carlos
- 2001 “Derecho Penal y Realidad Social”, en *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*, Lima: Grijley.
- Terradillos Basoco, Juan
- “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, en *Instituto de derecho penal europeo e internacional*, Universidad de Castilla la Mancha.
- Trucco, Cristina
- 1985 “Responsabiliza Penale nell’impresa: problema di personalizzazione e delega”, en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè Editore, nuova serie, anno XXVIII.
- Valeije Álvarez, Inma
- 2008 “Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la Administración pública en materia de corrupción urbanística”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, Bilbao: Universidad Deusto.
- Vásquez-Portomeñe Seijas, Fernando
- 2012 “Sobre el bien jurídico protegido por el delito de obstaculización a las actuaciones del defensor del pueblo (art. 502.2 CP)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 14-15.
- Zielinski, Diethart
- 2003 *Dolo e imprudencia. Comentario a los art. 15 y 16 del Código Penal alemán* (traducción de Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires: Hammurabi.
- Zaffaroni, Raúl
- 2001 *Derecho Penal (parte general)*, Buenos Aires: Ediar.
- Zippelius, Reinhold
- 2009 *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, 5.ª ed., (trad. de Héctor Fix-Fierro), México: Porrúa.

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Ruano Torres y otros C. El Salvador, 05 de octubre del 2015.

Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) C. Chile del 29 de mayo del 2014.

Liakat Ali Alibux C. Suriname del 30 de enero del 2014.

J. C. Perú 27 de noviembre del 2013.

Mohamed C. Argentina de 23 noviembre del 2012.

Perozo y otros C. Venezuela, 28 de enero del 2009.

Ríos y otros C. Venezuela, 28 de enero del 2009.

Tristán Donoso C. Panamá, sentencia de 27 de enero del 2009.

Kimel C. Argentina, 2 de mayo del 2008.

Miguel Castro Castro C. Perú, 25 de noviembre del 2006.

García Asto y Ramírez Rojas C. Perú, del 25 de noviembre del 2005.

Palamara Iribarne C. Chile de 25 de noviembre del 2005

Fermín Ramírez C. Guatemala, 20 de junio del 2005.

De La Cruz Flores C. Perú de 18 de noviembre del 2004.

Ricardo Canese C. Paraguay, 31 de agosto del 2004.

Baena Ricardo y otros C. Panamá, 2 de febrero del 2001.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ 2013

Exp. N.º 04486-2013-PA/TC; caso: Asociación Civil “Asociación Parque de la Pequeña Industria Artesanía y Servicios de Ilo – Acippias Ilo”.

Exp. N.º 01742-2013-PA/TC; caso: Fernando Ikeda Matsukawa.

Exp. N.º 01064-2013-PA/TC; caso: Asociación Solaris Perú Representado (A) por Roberto Espinoza Rosales.

2012

Exp. N.º 00141-2012-PHC/TC; caso: Urbano Máximo Suárez Gutarra.

Exp. N.º 1940 2012-PA/TC; caso: Oscar Raul Meza Huere y otros.

2011

Exp. N.º 00017-2011-PI/TC; caso: Fiscal de la Nación.

Exp. N.º 01109-2011-PHC/TC; caso: Leoncio Menéndez Riquelme a favor de Rebeca Toledo Cruz y otros.

Exp. N.º 00884-2011-PHC/TC; caso: Julio Armando Ormeño Muñoz a favor de Julio Alberto Ormeño Eccos y otra.

Exp. N.º 00142-2011-PA/TC; caso: Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia.

Exp. N.º 00142-2011-PA/TC; caso: Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia.

2010

Exp. N.º 01204-2010-PHC/TC; caso: Julio César Surca Flores en favor de Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez.

Exp. N.º 00614-2010-PHC/TC; caso: Marco Antonio Cárdenas Minaya y otro.

Exp. N.º 00644-2010-PHC/TC; caso: Luis Antonio Flores Cornejo.

Exp. N.º 02895-2010-PHC/TC; caso: Edwin Vela Angulo.

Exp. N.º 01153-2010-PHC/TC; caso: Elmer Condor Lucchini.

Exp. N.º 03163-2010-PHC/TC; caso: Ana del Carmen Mendoza Chirichigno.

Exp. N.º 01674-2010-PHC/TC; caso: Luis Martin Castro Ortega a favor de Luis Humberto Mejia Muñoz.

Exp. N.º 02274-2010-PHC/TC; caso: Elmer Abel Preciado Mejía.

Exp. N.º 00539-2010-PHC/TC; caso: Germán Adolfo Páucar Mejía.

Exp. N.º 00801-2010-PHC/TC; caso: Teófilo Mario Ochoa Vargas.

Exp. N.º 03660-2010-PHC/TC; caso: Jose Enrique Crousillat López Torres.

Exp. N.º 0012-2010-PI/TC; caso: Más de 5000 ciudadanos C. Congreso de la República.

2009

Exp. N.º 02529-2009-PHC/TC; caso: Huilder Santos Bejar Tenorio.

Exp. N.º 01629-2009-PHC/TC; caso: Jacinto Lucio Álvaro Caballero.

Exp. N.º 941-2009-PHC/TC; caso: Lucy Marlene Saldaña Verástegui.

- Exp. N.º 04842-2009-PHC/TC; caso: Germán Adolfo Paúcar Mejía.
 Exp. N.º 02077-2009-PHC/TC; caso: Moisés Hugo Castañeda Salazar.
 Exp. N.º 06104-2009-PHC/TC; caso: Jorge Dario Tello Rojas a favor de Héctor Calli Chino.
 Exp. N.º 02049-2009-PHC/TC; caso: José Luis Espinoza Cruz.
 Exp. N.º 04630-2009-PHC/TC; caso: José Francisco Vargas Vega

2008

- Exp. N.º 01381-2008-PHC/TC; caso: Milda Olarte Pariona.
 Exp. N.º 04740-2008-PHC/TC; caso: Luis Juan Rivera Muñoz.
 Exp. N.º 02380-2008-PHC/TC; caso: Milda Olarte Pariona.
 Exp. N.º 06688-2008-PHC/TC; caso: Joseph Paulgamarra Guerrero.
 Exp. N.º 03183-2008-PHC/TC; caso: Roger Amuruz Gallegos.
 Exp. N.º 03785-2008-PHC/TC; caso: Edilberto Pérez Etene y otro.
 Exp. N.º 05089-2008-PHC/TC; caso: Alberto Cárdenas Vega.
 Exp. N.º 03057-2008-PHC/TC; caso: Freddy Bill Cordero Palomino.

2007

- Exp. N.º 5314-2007-AA/TC; caso: Willy Noriega Sánchez.
 Exp. N.º 04426-2007-PHC/TC; caso: Elías Porfirio Miranda Estrada.
 Exp. N.º 00214-2007-HC/TC; caso: Giovanna Huaco Velasquez.
 Exp. N.º 03574-2007-PA/TC; caso: Club Deportivo Wanka representado por Mario Rafael Miranda Eyzaguirre.
 Exp. N.º 4053-2007-PHC/TC; caso: Alfredo Jalilie Awapara.
 Exp. N.º 00214-2007-HC/TC; caso: Giovanna Huaco Velasquez

2006

- Exp. N.º 0012-2006-PI/TC; caso: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial.
 Exp. N.º 0402-2006-PHC/TC; caso: Luis Enrique Rojas Álvarez.
 Exp. N.º 2164-2006-PHC/TC; caso: Haroldo Montoya Portocarrero.
 Exp. N.º 6653-2006-PHC/TC; caso: Pietro Cuccio Pellegrini.
 Exp. N.º 5325-2006-PHC/TC; caso: David Aníbal Jiménez Sardón.
 Exp. N.º 7339-2006-PA/TC; caso: Empresa de transportes megabus S.A.C.

2005

Exp. N.º 0019-2005-PI/TC; caso: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25 % del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47º del Código Penal.

Exp. N.º 8125-2005-PHC/TC; caso: Jeffrey Immelt y otros.

Exp. N.º 8123-2005-PHC/TC; caso: Nelson Jacob Gurman.

Exp. N.º 8453-2005-PHC/TC; caso: Joseph Anthony Pompei y otros.

Exp. N.º 3390-2005-PHC/TC; caso: Margarita Toledo Manrique.

Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC; caso: Fernando Cantuarias Salaverry.

Exp. N.º 7730-2005-PHC/TC; caso: Wilmer Gonzales Izuiza.

Exp. N.º 7724-2005-PHC/TC; caso: Nicolás Martín Valqui Cahuaza.

Exp. N.º 4220-2005-PHC/TC; caso: Freddy Hermes Panta Ginocchio.

Exp. N.º 1680-2005-PA/TC; caso: Jorge Luis Borja Urbano.

Exp. N.º 5854-2005-PA/TC; caso: Pedro Andrés Lizana Puelles.

2003

Exp. N.º 020-2003-AI/TC; caso: Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima.

Exp. N.º 803-2003-HC/TC; caso: Pedro Felipe Cuba Ramirez o Salvador Mamani Quispe.

Exp. N.º 0023-2003-AI/TC; caso: Jurisdicción Militar.

2002

Exp. N.º. 010-2002-AI/TC; caso: Maricielo Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos.

Exp. N.º 015-2001-AI/TC; caso: Colegio de Abogados de Ica, Defensoría del Pueblo (Acumulados).

Exp. N.º 004-2002-AI/TC; caso: Colegio de Abogados de Ica, Defensoría del Pueblo (Acumulados).

Exp. N.º 1042-2002-AA/TC; caso: Sindicato Unitario de Trabajadores Municipales del Rímac.

2001

Exp. N.º 016-2001-AI/TC; caso: Colegio de Abogados de Ica, Defensoría del Pueblo (Acumulados).

Exp. N.º 0289-2001-AA/TC; caso: Jesús Guevara Manosalva.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ

2015

R. N. N.º 595-2015 del 31 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 610-2015 del 28 de octubre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

R.N. N.º 379-2015 del 24 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 1550-2015 del 23 de marzo del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Hinostroza Pariachi).

Casación N.º 634-2015 del 28 de junio del 2016 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 987-2015 del 19 de abril del 2016 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 597-2015 del 10 de febrero del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 566-2015 del 16 de julio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 341-2015 del 04 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

R. N. N.º 1497-2015 del 06 de julio del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

2014

R. N. N.º 1305-2014 del 10 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

R. N. N.º 1397-2014 del 08 de julio del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

R. N. N.º 1173-2014 del 22 de abril del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R. N. N.º 1507-2014 del 25 de marzo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R. N. N.º 1267-2014 del 10 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

R.N. N.º 933-2014 del 04 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

R.N. N.º 1111-2014 del 12 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

R. N. N.º 732-2014 del 03 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

R.N. N.º 907-2014 del 27 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 3225-2014 del 29 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 2929-2014 del 12 de agosto del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 1930-2014 del 24 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 189-2014 del 11 de enero del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 2600-2014 del 03 de febrero del 2016 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 2313-2014 del 26 de octubre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

R.N. N.º 814-2014 del 13 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R. N. N.º 991-2014 del 16 de noviembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

R.N. N.º 2638-2014 del 21 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

R.N. N.º 285-2014 del 18 de junio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 2517-2014 del 10 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla).

R.N. N.º 756-2014 del 04 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 300-2014 del 21 de mayo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 1908-2014 del 12 de agosto del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 1123-2014 del 14 de enero del 2016 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 2182-2014 del 16 de abril del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

- R. N. N.º 1345-2014 del 22 de julio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 2949-2014 del 07 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).
- R.N. N.º 1347-2014 del 07 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 2712-2014 del 07 de octubre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla).
- R.N. N.º 1217-2014 del 01 de junio del 2016 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).
- R. N. N.º 1687-2014 del 109 de diciembre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 1571-2014 del 08 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R.N. N.º 434-2014 del 26 de noviembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Cevallos Vega).
- R. N. N.º 3225-2014 del 09 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).
- R. N. N.º 1109- 2014 del 09 de junio del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- R. N. N.º 3551-2014 del 17 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- R.N. N.º 1252-2014 del 01 de octubre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R.N. N.º 246-2014 del 13 de octubre del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín).
- REV. SENT. 66-2014 NCPP del 02 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

2013

- R.N. N.º 265-2013 del 25 de junio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).
- R. N. N.º 193-2013 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- R. N. N.º 1647-2013 del 22 de enero del 2015 de la Sala Penal permanente (ponente: Rodríguez Tineo).
- R.N. N.º 2374-2013 del 22 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

R.N. N.º 1087-2013 del 17 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 4039-2013 del 05 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

R.N. N.º 1819-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

R. N. N.º 3910-2013 del 24 de abril del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

R.N. N.º 228-2013 del 18 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 1329-2013 del 20 de noviembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Cevallos Vega).

R.N. N.º 1819-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

R.N. N.º 2926-2013 del 27 de agosto del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

R.N. N.º 672-2013 del 04 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

R.N. N.º 102-2013 del 06 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 1637-2013 del 07 de marzo del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 3727-2013 del 15 de octubre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

R. N. N.º 400-2013 del 21 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

R.N. N.º 3467-2013 del 11 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 1083-2013 del 09 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 2493-2013 del 23 de julio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

R.N. N.º 1076-2013 del 02 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 3325-2013 del 06 de junio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

R.N. N.º 1299-2013 del 26 de marzo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

- R.N. N.º 1361-2013 del 05 de marzo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 1260-2013 del 23 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- R.N. N.º 750-2013 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).
- R.N. N.º 379-2013 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- R. N. N.º 3372-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- R.N. N.º 3034-2013 del 10 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- R. N. N.º 278-2013 del 23 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- R. N. N.º 1325-2013 del 21 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- R.N. N.º 2621-2013 del 23 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 1739-2013 del 17 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).
- R. N. N.º 118-2013 del 22 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- R.N. N.º 3004-2013 del 16 de julio del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R.N. N.º 1321-2013 del 29 de octubre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R. N. N.º 2798-2013 del 17 de marzo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 3589-2013 del 21 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).
- R.N. N.º 78-2013 del 09 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- R.N. N.º 221-2013 del 04 de diciembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- R.N. N.º 2620-2013 del 24 de julio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).
- R.N. N.º 2271-2013 del 28 de agosto del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

- R.N. N.º 3486-2013 del 20 de agosto del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- R. N. N.º 248-2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).
- R.N. N.º 256-2013 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- R. N. N.º 1199-2013 del 06 de agosto del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- R.N. N.º 768-2013 del 30 de abril del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).
- R. N. N.º 3441-2013 del 15 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).
- R.N. N.º 3237-2013 del 30 de mayo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Morales Parraguez).
- R.N. N.º 3332-2013 del 08 de setiembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).
- R.N. N.º 3335-2013 del 08 de junio del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 590-2013 del 15 de mayo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).
- R.N. N.º 2161-2013 del 21 de enero del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 1300-2013 del 22 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (ponente: Cevallos Vega).
- R. N. N.º 248 -2013 del 23 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).
- R. N. N.º 578-2013 del 30 de abril del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- R.N. N.º 1833-2013 del 29 de octubre del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Cevallos Vega).
- R.N. N.º 3547-2013 del 03 de marzo del 2015 de la Sala Penal Permanente (ponente: Loli Bonilla).
- R. N. N.º 2581-2013 del 21 de enero del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- R.N. N.º 2543-2013 del 12 de diciembre del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 2161-2013 del 21 de enero del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

R.N. N.º 3633-2013 del 22 de julio del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 3064-2013 del 05 de mayo del 2015 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 3864-2013 del 08 de septiembre del 2014 (ponente: Prado Saldarriaga).

REV. SENT. 36-2013 del 20 de marzo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

2012

R. N. N.º 2677-2012 del 15 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

R. N. N.º 1463-2012 del 13 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

R. N. N.º 3647-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 3624-2012 del 25 de febrero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 2845-2012 del 15 de abril del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

R. N. N.º 2475-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rozas Escalante).

R. N. N.º 118-2012 del 22 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria.

R. N. N.º 2686-2012 del 22 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (Voto de los jueces supremos: Villa Stein y Pariona Pastrana).

R.N. N.º 1832-2012 del 05 de junio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

R.N. N.º 3231-2012 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Salas Arenas).

R.N. N.º 2031-2012 del 02 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 1458-2012 del 08 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).

R.N. N.º 1288-2012 del 12 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

R.N. N.º 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Bonilla).

R.N. N.º 1847-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

R.N. N.º 917-2012 del 28 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

R.N. N.º 3449-2012 del 13 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Tello Gilardi).

R.N. N.º 1565-2012 del 19 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

R.N. N.º 2318-2012 del 02 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

R.N. N.º 33-2012 del 14 de setiembre del 2015 de la Sala Penal Permanente (Voto del Juez Supremo Loli Bonilla).

R.N. N.º 77-2012 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

R.N. N.º 605-2012 del 26 de junio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

R. N. N.º 1904-2012 del 25 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

R. N. N.º 2217-2012 del 16 de octubre del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 2730-2012 del 13 de febrero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 2227-2012 del 20 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

R. N. N.º 1621-2012 del 03 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 2266-2012 del 02 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

R.N. N.º 1391-2012 del 13 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 29-2012 del 22 de marzo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

R.N. N.º 1620-2012 del 09 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

R.N. N.º 700-2012 del 01 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

R.N. N.º 1479-2012 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 1318-2012 del 29 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

- R.N. N.º 209-2012 del 15 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 1829-2012 del 24 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- R.N. N.º 2714-2012 del 06 de noviembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- R.N. N.º 2052-2012 del 03 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 1389-2012 del 16 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- R. N. N.º 1969-2012 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- R.N. N.º 167-2012 del 17 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente.
- R.N. N.º 2912-2012 del 19 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 800-2012 del 22 de enero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).
- R. N. N.º 1033-2012 del 22 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).
- Queja N.º 537-2012 del 01 de julio del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 2266- 2012 del 02 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 920-2012 del 03 de abril del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).
- R. N. N.º 1804-2012 del 09 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rozas Escalante).
- R.N. N.º 2300-2012 del 12 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).
- R.N. N.º 1466-2012 del 25 de octubre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).
- R.N. N.º 3764-2012 del 10 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).
- R. N. N.º 1461-2012 del 29 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).
- R. N. N.º 570-2012 del 19 de junio del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rozas Escalante).

R. N. N.º 2812-2012 del 17 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 3502-2012 del 09 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 2456-2012 del 11 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 236-2012 del 09 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

R.N. N.º 1130-2012 del 03 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

R.N. N.º 2992-2012 del 04 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

R. N. N.º 1094-2012 del 14 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

R.N. N.º 2206-2012 del 14 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

R. N. N.º 3488-2012 del 04 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

R. N. N.º 3644-2012 del 15 de mayo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

R.N. N.º 716-2012 del 10 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

R.N. N.º 2363-2012 del 17 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 1467-2012 del 16 de mayo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 3279-2012 del 16 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 2158-2012 del 28 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R. N. N.º 83-2012 del 28 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

R.N. N.º 2628-2012 del 14 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

R.N. N.º 1812-2012 del 25 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Moralez Parraguez).

R.N. N.º 1192-2012 del 19 de diciembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 2410-2012 del 19 de marzo del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

R. N. N.º 657-2012 del 6 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

2011

R. N. N.º 2514-2011 del 05 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

R. N. N.º 2587-2011 del 23 de enero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

R.N. N.º 191-2011 del 22 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

R.N. N.º 2453-2011 del 27 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

R.N. N.º 3139-2011 del 24 de octubre del 2012 de la Sala Penal Permanente.

R.N. N.º 2368-2011 del 09 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente.

R. N. N.º 1050-2011 del 15 de mayo del 2013 de la Sala Penal Permanente (Voto discordante de los señores jueces supremos Javier Villa Stein y Josue Pariona Pastrana).

R. N. N.º 3267-2011 del 04 de febrero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 385-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).

R.N. N.º 2264-2011 del 07 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 154-2011 del 26 de enero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 3804-2011 del 14 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 2053-2011 del 19 de octubre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

R.N. N.º 1105-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

R.N. N.º 3943-2011 del 06 de marzo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 1674-2011 del 16 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 1396 -2011 del 21 de octubre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

- R. N. N.º 1412-2011 del 02 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (Ponente: Neyra Flores).
- R.N. N.º 1614-2011 del 03 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- R.N. N.º 2270-2011 del 07 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- R.N. N.º 211-2011 del 09 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 1415-2011 del 04 de julio del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 2891-2011 del 19 de diciembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R.N. N.º 320-2011 del 28 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).
- R.N. N.º 4099-2011 del 17 de abril del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- R.N. N.º 2497-2011 del 09 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R.N. N.º 416-2011 del 24 de agosto del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 3291-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 1149-2011 del 18 de abril del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R.N. 852-2011 del 18 de julio del 2011 expedida por la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- R.N. N.º 1538-2011 del 04 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).
- R.N. N.º 544-2011 del 25 de agosto del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).
- R.N. N.º 2468-2011 del 11 de julio del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).
- R.N. N.º 3348-2011 del 13 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).
- R.N. N.º 3472-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Bonilla).
- R.N. N.º 3445-2011 del 13 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

- R.N. N.º 3175-2011 del 09 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- R.N. N.º 1290-2011 del 17 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).
- R.N. N.º 3473-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).
- R.N. N.º 1533-2011 del 13 de junio del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).
- R.N. N.º 1034-2011 del 28 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).
- R.N. N.º 324-2011 del 16 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).
- R.N. N.º 3328-2011 del 04 de julio del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- R.N. N.º 2849-2011 del 21 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Tello Gilardi).
- R.N. N.º 1547-2011 del 15 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 1105-2011 del 22 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- R. N. N.º 978-2011 del 21 de marzo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).
- R. N. N.º 799-2011 del 16 de enero del 2014 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- R.N. N.º 3352-2011 del 15 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R.N. N.º 1092-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 3231-2011 del 25 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).
- R.N. N.º 1114-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- R.N. N.º 215-2011 del 06 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 3943-2011 del 06 de marzo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).
- R.N. N.º 1397-2011 del 22 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).

R.N. N.º 1730-2011 del 09 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 4159-2011 del 27 de febrero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

R. N. N.º 560-2011 del 25 de agosto del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 4031-2011 del 16 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

R.N. N.º 3611-2011 del 21 de noviembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

R.N. N.º 1556-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

R.N. N.º 1292-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 2421-2011 del 24 de enero del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 2270-2011 del 07 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

R.N. N.º 1536-2011 del 24 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo).

R.N. N.º 3321-2011 del 19 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 220-2011 del 24 de agosto del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

R. N. N.º 2441-2011 del 19 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

R.N. N.º 3331-2011 del 11 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).

R.N. N.º 1481-2011 del 19 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

R.N. N.º 1793-2011 del 21 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

R. N. N.º 1316-2011 del 18 de abril del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

R.N. N.º 673-2011 del 12 de abril del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Morales Parraguez).

R.N. N.º 3231 -2011 del 25 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

R.N. N.º 339-2011 del 27 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 3575-2011 del 25 de octubre del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 1819-2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 3020-2011 del 11 de julio del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

R.N. N.º 2150-2011 del 10 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

R.N. N.º 625-2011 del 29 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 2144-2011 del 09 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

R.N. N.º 2644-2011 del 23 de mayo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

R.N. N.º 3866-2011 del 03 de octubre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Salas Arenas).

R.N. N.º 1092 -2011 del 18 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).

R.N. N.º 2767-2011 del 30 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 1738-2011 del 08 de mayo del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

Rev. Sent. N.º 101-2011 del 07 de marzo del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

Rev. Sent. N.º 164-2011 del 25 de setiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).

2010

R. N. N.º 3358-2010 del 31 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

R. N. N.º 344-2010 del 16 de marzo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

R.N. N.º 3740-2010 del 01 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 1820-2010 del 20 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).

- R.N. N.º 1236-2010 del 13 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R. N. N.º 3803-2010 del 04 de mayo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 1455-2010 del 08 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 1408-2010 del 06 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R.N. N.º 2118-2010 del 16 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).
- R.N. N.º 135-2010 del 06 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. 115-2010 del 18 de noviembre del 2010 expedida por la Sala Penal Transitoria.
- R. N. N.º 1558-2010 del 06 de julio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- R.N. N.º 1365-2010 del 08 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 1363-2010 del 25 de mayo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 2425-2010 del 06 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 4173-2010 del 28 de marzo del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 2259-2010 del 01 de diciembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf).
- R.N. N.º 2925-2010 del 03 de diciembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf).
- R.N. N.º 1914-2010 del 11 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).
- R.N. N.º 2363-2010 del 29 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf).
- R.N. N.º 891-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- R.N. N.º 2850-2010 del 14 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo).
- R.N. N.º 2459-2010 del 26 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).

- R.N. N.º 468-2010 del 06 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).
- R.N. N.º 1033-2010 del 30 de marzo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).
- R.N. N.º 2261-2010 del 21 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 3335-2010 del 01 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R. N. N.º 1083-2010 del 13 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez).
- R.N. N.º 1449-2010 del 09 de junio del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Bonilla).
- R.N. N.º 2787-2010 del 18 de mayo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- R. N. N.º 3043-2010 del 09 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 840-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R. N. N.º 2545-2010 del 27 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).
- R.N. N.º 3008-2010 del 22 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).
- R. N. N.º 639-2010 del 11 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R. N. N.º 1167-2010 del 24 de julio del 2013 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- R.N. N.º 1830-2010 del 19 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R.N. N.º 2170-2010 del 06 de octubre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).
- R. N. N.º 2088-2010 del 14 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R. N. N.º 1009-2010 del 29 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 1641-2010 del 26 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R. N. N.º 251-2010 del 19 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

- R. N. N.º 1987-2010 del 17 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- R. N. N.º 2640-2010 del 17 de agosto del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- R. N. N.º 1698-2010 del 21 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- R. N. N.º 2537-2010 del 28 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).
- R.N. N.º 3273-2010 del 19 de julio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- R.N. N.º 3709-2010 del 08 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).
- R.N. N.º 3299-2010 del 08 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).
- R. N. N.º 4077-2010 del 11 de enero del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 3370-2010 del 19 de octubre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R.N. N.º 3108-2010 del 24 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R.N. N.º 2381-2010 del 15 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).
- R.N. N.º 2218-2010 del 15 de agosto del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R. N. N.º 2282-2010 del 12 de octubre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- R.N. N.º 572-2010 del 06 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R.N. N.º 126-2010 del 01 de marzo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).
- R.N. N.º 3958-2010 del 14 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 3230-2010 del 12 de setiembre del 2012 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R.N. N.º 263-2010 del 08 de abril del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- R.N. N.º 3746-2010 del 23 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Villa Stein).

- R.N. N.º 1261-2010 del 11 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 2669-2010 del 01 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 237-2010 del 05 de abril del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 1014-2010 del 25 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).
- R.N. N.º 994-2010 del 20 de abril del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).
- R.N. N.º 954-2010 del 17 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Rodríguez Tineo).
- R.N. N.º 2154-2010 del 28 de setiembre del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).
- R.N. N.º 2099-2010 del 22 de julio del 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 644-2010 del 10 de mayo del 2011 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).
- R.N. N.º 3389-2010 del 29 de noviembre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 3149-2010 del 28 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Villa Bonilla).
- R.N. N.º 511-2010 del 17 de mayo del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 1477-2010 del 08 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).
- R.N. N.º 177-2010 del 15 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).
- R.N. N.º 3105-2010 del 12 de octubre del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).
- R.N. N.º 3293-2010 del 27 de octubre del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barandiarán Dempwolf).
- R.N. N.º 1371-2010 del 24 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- R. N. N.º 1609-2010 del 08 de junio del 2011 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Lecaros Cornejo).

2009

R. N. N.º 4270-2009 del 21 de septiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

R. N. N.º 4634-2009 del 15 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez).

R.N. N.º 4208-2009 del 17 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).

R.N. N.º 4721-2009 del 09 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria.

R.N. N.º 4563-2009 del 23 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 3914-2009 del 28 de octubre del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Neyra Flores).

R. N. N.º 4457-2009 del 01 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez).

R.N. N.º 2495-2009 del 22 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 904-2009 del 03 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

R.N. N.º 4771-2009 del 10 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo).

R.N. N.º 896-2009 del 06 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 1227-2009 del 12 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R. N. N.º 2007-2009 del 28 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R. N. N.º 200-2009 del 09 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R.N. N.º 280-2009 del 19 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo).

R.N. N.º 1460-2009 del 10 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 333-2009 del 04 de mayo del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 4197-2009 del 17 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 920-2009 del 10 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

- R.N. N.º 2750-2009 del 21 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez).
- R.N. N.º 1991-2009 del 17 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).
- R. N. N.º 2282-2009 del 22 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Biaggi Gómez).
- R.N. N.º 1081-2009 del 01 de julio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo).
- R.N. N.º 2653-2009 del 19 de mayo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).
- R.N. N.º 2468-2009 del 12 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R. N. N.º 334-2009 del 16 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).
- R. N. N.º 668-2009 del 15 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- R. N. N.º 4016-2009 del 13 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R. N. N.º 2833-2009 del 19 de abril del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 1815-2009 del 23 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 4791-2009 del 09 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf).
- R.N. N.º 3695-2009 del 04 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf).
- R.N. N.º 1229-2009 del 08 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf).
- R.N. N.º 3063-2009 del 13 de agosto del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).
- R.N. N.º 3587-2009 del 10 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Tránsitoria (ponente: Santa María Morillo).
- R. N. N.º 3362-2009 del 12 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).
- R.N. N.º 3887-2009 del 21 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).
- R.N. N.º 2509-2009 del 08 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo).

R.N. N.º 1903-2009 del 23 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo).

R.N. N.º 3281-2009 del 28 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).

R.N. N.º 2106-2009 del 16 de junio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 3058-2009 del 22 de abril del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

R.N. N.º 1621-2009 del 17 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

R. N. N.º 1571-2009 del 17 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 2331-2009 del 15 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 2816-2009 del 16 de julio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

R. N. N.º 3537-2009 del 03 de noviembre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

R. N. N.º 1787-2009 del 09 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Biaggi Gómez).

R.N. N.º 702-2009 del 12 de mayo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Lecaros Cornejo).

R.N. N.º 2111-2009 del 15 de junio del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Neyra Flores).

R.N. N.º 1522-2009 del 02 de agosto del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Prado Saldarriaga).

R.N. N.º 2897-2009 del 14 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Santa María Morillo).

R.N. N.º 3058-2009 del 22 de abril del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

R.N. N.º 1282-2009 del 27 de julio del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Santa María Morillo).

R. N. N.º 1015-2009 del 17 de febrero del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 492-2009 del 01 de setiembre del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 3437-2009 del 19 de abril del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

R. N. N.º 4270-2009 del 21 de septiembre del 2013 de la Sala Penal Permanente (ponente: Pariona Pastrana).

2008

R. N. N.º 03-2008-“A”-10 del 06 de octubre del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

R. N. N.º 4469-2008 del 11 de marzo del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 4944-2008 del 04 de noviembre del 2009 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 1219-2008 del 26 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Calderón Castillo).

R.N. N.º 636-2008 del 24 de marzo del 2010 de la Sala Penal Permanente (ponente: Príncipe Trujillo).

R.N. N.º 4115-2008 del 27 de enero del 2010 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barandiarán Dempwolf).

R.N. N.º 2767-2008 del 19 de agosto del 2009 de la Sala Penal Permanente (ponente: Arellano Serquén).

2007

R. N. N.º 4406-2007 del 01 de octubre del 2008 de la Sala Penal Permanente.

R. N. N.º 3946-2007 del 14 de agosto del 2008 dictada por la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Calderón Castillo).

R.N. N.º 5080-2007 del 01 de julio del 2008 de la Segunda Sala Penal Transitoria.

R.N. N.º 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 1296-2007 del 12 de diciembre del 2007 dictada por la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Calderón Castillo).

R.N. N.º 1408-2007 del 18 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente (ponente: San Martín Castro).

R.N. N.º 4564-2007 del 26 de marzo del 2008 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Rodríguez Tineo).

R.N. N.º 556-2007 del 10 de setiembre del 2008 de la Sala Penal Permanente (ponente: Urvina Ganvini).

2006

R. N. N.º 1082-2006 del 28 de junio del 2006.

2005

- R.N. N.º 2029- 2005 del 24 de mayo del 2006 emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria.
- R.N. N.º 278-2005 del 10 de mayo del 2005 de la Sala Penal Permanente.
- R.N. 558-2005 del 05 de Julio del 2005 de la Sala Penal Permanente.
- R.N. 124-2005 del 06 de Julio del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria.
- R.N. 648-2005 del 11 de octubre del 2005 de la Sala Penal Permanente.
- R.N. 350-2005 de fecha 20 de Julio del 2005 de la Sala Penal Permanente.
- R.N. N.º 468-2005 del 11 de octubre del 2005.
- R.N. N.º 278-2005 del 10 de mayo del 2005 de la Sala Penal Permanente.
- R. N. N.º 956-2005 del 26 de octubre del 2005 de la Sala Penal Permanente.
- R. N. N.º 2394-2005 del 26 de abril del 2006 de la Sala Penal Permanente.
- R.N. 3250-2005 del 03 de febrero del 2006 de la Sala Penal Permanente.
- R.N. 1590-2005 del 02 de diciembre del 2005 de la Sala Penal Permanente.
- R. N. N.º 238-2005 del 14 de junio del 2005 de la Sala Penal Permanente.
- R.N. N.º 216-2005 del 14 de abril del 2005 de la Sala Penal Permanente.

2004

- R. N. N.º 1464-2004 del 17 de febrero del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria.
- R.N. 3017-2004 del 17 de marzo del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria.
- R.N. N.º 375-2004 de 11 de octubre del 2004 de la Primera Sala Penal Transitoria.
- R.N. N.º 510-2004 del 21 de enero del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria.
- R.N. 1477-2004 del 01 de marzo del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Valdez Roca).
- R.N. N.º 2300-2004 del 17 de enero del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Quintanilla Quispe).
- R.N. 2486-2004 de fecha 04 de febrero del 2005 expedida por la Segunda Sala penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga).
- R.N. 1714 -2004 de fecha 10 de febrero del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Quintanilla Quispe).
- R.N. 1016-2004 de fecha 14 de febrero del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Valdez Roca).
- R. N. N.º 548-2004 del 11 de enero del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Quintanilla Quispe).

R. N. N.º 168-2004 del 26 de noviembre del 2004 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Cabánillas Zaldívar).

R.N. 027-2004 del 01 de octubre del 2004.

R. N. N.º 2800-2004 del 30 de enero del 2005 de la Sala Penal Permanente.

R.N. 1480-2004 de fecha 22 de julio del 2004 de la Sala Penal Permanente.

R.N. N.º 2714-2004 del 31 de marzo del 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria (ponente: Ponce de Mier).

OPINIONES DEL ORGANISMO DE CONTRATACIONES DEL ESTADO (OSCE)

2016

OPINIÓN N.º 120-2016/DTN del 01 de agosto del 2016.
OPINIÓN N.º 107-2016/DTN del 15 de julio del 2016.
OPINIÓN N.º 100-2016/DTN del 08 de julio del 2016.
OPINIÓN N.º 97-2016/DTN del 06 de julio del 2016.
OPINIÓN N.º 88-2016/DTN del 22 de junio del 2016.
OPINIÓN N.º 86-2016/DTN del 20 de junio del 2016.
OPINIÓN N.º 83-2016/DTN del 03 de junio del 2016.
OPINIÓN N.º 82-2016/DTN del 03 de junio del 2016.
OPINIÓN N.º 067-2016/DTN del 04 de mayo del 2016.
OPINIÓN N.º 046-2016/DTN del 21 de marzo del 2016.
OPINIÓN N.º 036-2016/DTN del 23 de febrero del 2016.
OPINIÓN N.º 0374-2016/DTN del 23 de febrero del 2016.
OPINIÓN N.º 110-2016/DTN del 18 de julio del 2016.
OPINIÓN N.º 048-2016/DTN del 21 de marzo del 2016.
OPINIÓN N.º 32-2016/DTN del 22 de febrero del 2016.
OPINIÓN N.º 117-2016/DTN del 25 de julio del 2016.
OPINIÓN N.º 20-2016/DTN del 10 de febrero del 2016.
OPINIÓN N.º 12-2016/DTN del 05 de febrero del 2016

2015

OPINIÓN N.º 131-2015/DTN del 14 de agosto del 2015.
OPINIÓN N.º 007-2015/DTN del 21 de enero del 2015.
OPINIÓN N.º 167-2015/DTN del 21 de enero del 2015.
OPINIÓN N.º 173-2015/DTN del 06 de noviembre del 2015.
OPINIÓN N.º 122-2015/DTN del 07 de agosto del 2015.
OPINIÓN N.º 030-2015/DTN del 13 de febrero del 2015.
OPINIÓN N.º 160-2015/DTN del 13 de octubre del 2015.
OPINIÓN N.º 96-2015/DTN del 03 de junio del 2015.
OPINIÓN N.º 178-2015/DTN del 12 de noviembre del 2015.
OPINIÓN N.º 137-2015/DTN del 31 de agosto del 2015.

OPINIÓN N.º 143-2015/DTN del 03 de setiembre del 2015.

OPINIÓN N.º 002-2015/DTN del 14 de enero del 2015.

OPINIÓN N.º 082-2015/DTN del 15 de mayo del 2015.

OPINIÓN N.º 092-2015/DTN del 01 de junio del 2015.

OPINIÓN N.º 073-2015/DTN del 13 de mayo del 2015.

OPINIÓN N.º 162-2015/DTN del 16 de octubre del 2015.

2014

OPINIÓN N.º 084-2014/DTN del 20 de octubre del 2015.

OPINIÓN N.º 063-2014/DTN del 20 de agosto del 2014.

OPINIÓN N.º 008-2014/DTN del 14 de enero del 2014.

OPINIÓN N.º 034-2014/DTN del 27 de febrero del 2014.

OPINIÓN N.º 074-2014/DTN del 30 de setiembre del 2014.

OPINIÓN N.º 117-2015/DTN del 17 de julio del 2015.

OPINIÓN N.º 093-2014/DTN del 10 de noviembre del 2014.

OPINIÓN N.º 013-2014/DTN del 20 de enero del 2014.

OPINIÓN N.º 053-2014/DTN del 25 de julio del 2014.

OPINIÓN N.º 044-2014/DTN del 30 de junio del 2014.

OPINIÓN N.º 122-2014/DTN del 31 de diciembre del 2014.

OPINIÓN N.º 027-2014/DTN del 13 de febrero del 2014.

OPINIÓN N.º 047-2014/DTN del 08 de julio del 2014.

OPINIÓN N.º 22-2014/DTN del 06 de febrero del 2014.

2013

OPINIÓN N.º 005-2013/DTN del 11 de enero del 2013 del OSCE.

OPINIÓN N.º 021-2013/DTN del 14 de febrero del 2013.

OPINIÓN N.º 092-2013/DTN del 15 de noviembre del 2013.

OPINIÓN N.º 009-2013/DTN del 22 de enero del 2013.

OPINIÓN N.º 101-2013/DTN del 05 de diciembre del 2013.

OPINIÓN N.º 33-2013/DTN del 23 de abril del 2013.

OPINIÓN N.º 062-2013/DTN del 01 de agosto del 2013.

OPINIÓN N.º 28-2013/DTN del 09 de abril del 2013.

OPINIÓN N.º 110-2013/DTN del 23 de diciembre junio del 2013.

OPINIÓN N.º 104-2013/DTN del 09 de diciembre del 2013.

2012

OPINIÓN N.º 114-2012/DTN del 03 de diciembre del 2012.
OPINIÓN N.º 1093-2012/DTN del 10 de setiembre del 2012.
OPINIÓN N.º 109-2012/DTN del 09 de noviembre del 2012.
OPINIÓN N.º 045-2012/DTN del 12 de marzo del 2012.
OPINIÓN N.º 112-2012/DTN del 13 de noviembre del 2012.
OPINIÓN N.º 66-2012/DTN del 30 de mayo del 2012.
OPINIÓN N.º 080-2012/DTN del 23 de julio del 2012.
OPINIÓN N.º 44-2012/DTN del 15 de julio del 2010.
OPINIÓN N.º 078-2012/DTN del 19 de julio del 2012.
OPINIÓN N.º 107-2012/DTN del 09 de noviembre del 2012.
OPINIÓN N.º 116-2012/DTN del 03 de diciembre del 2012.
OPINIÓN N.º 110-2012/DTN del 13 de noviembre del 2012.
OPINIÓN N.º 46-2012/DTN del 12 de marzo del 2012.
OPINIÓN N.º 124-2012/DTN del 28 de diciembre del 2012.

2011

OPINIÓN N.º 94-2011/DTN del 22 de noviembre del 2011.
OPINIÓN N.º 056-2011/DTN del 09 de mayo del 2011.
OPINIÓN N.º 020-2011/DTN del 09 de febrero del 2011.
OPINIÓN N.º 102-2011/DTN del 30 de noviembre del 2011.

2010

OPINIÓN N.º 041-2010/DTN del 23 de junio del 2010.
OPINIÓN N.º 021-2010/DTN del 23 de junio del 2010.
OPINIÓN N.º 044-2010/DTN del 15 de julio del 2010.
OPINIÓN N.º 039-2010/DTN del 25 de mayo del 2010.
OPINIÓN N.º 013-2010/DTN del 29 de enero del 2010.
OPINIÓN N.º 077-2010/DTN del 07 de diciembre del 2010.

2009

OPINIÓN N.º 095-2009/DTN del 25 de setiembre del 2009.
OPINIÓN N.º 066-2009/DTN del 08 de mayo del 2009.
OPINIÓN N.º 080-2009/DTN del 20 de agosto del 2009

OPINIÓN N.º 132-2009/DTN del 30 de noviembre del 2009.

OPINIÓN N.º 130-2009/DTN del 30 de noviembre del 2009.

OPINIÓN N.º 135-2009/DTN del 30 de noviembre del 2009.

OPINIÓN N.º 128-2009/DTN del 30 de noviembre del 2009.

OPINIÓN N.º 104-2009/DTN del 30 de setiembre del 2009.

2008

OPINIÓN N.º 009-2008/DTN del 11 de febrero del 2008.

OPINIÓN N.º 087-2008/DTN del 28 de noviembre del 2008

2007

OPINIÓN N.º 106-2007/DTN del 12 de diciembre del 2007.

Publicado: Octubre 2017
Este libro se terminó de imprimir
en Noviembre del 2017 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Telefax: 332-6117 / Central: 330-3642
Lima-Perú
