

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES



**EL TRATAMIENTO PENAL DEL DELITO DE COLUSIÓN Y LA
IMPUNIDAD EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TACNA, 2017-2019.**

TESIS

Presentado por:

BR. MARJORIE ISABEL AQUINO SALAZAR

Asesora:

DRA. HERMINIA SARMIENTO CHAMBI

Para Obtener el Grado Académico de:
MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

TACNA – PERÚ

2021

Agradecimiento: A mis colegas y amigos abogados que me apoyaron en la culminación de este trabajo académico, relevante en mi vida.

Dedicatoria: Con cariño a mis padres,
que con su inmenso amor, enseñanzas y consejos han sabido direccionar mi
desarrollo personal y profesional.

ÍNDICE DE CONTENIDO

CAPÍTULO I	5
EL PROBLEMA	5
1.1 Planteamiento del problema	5
1.2 Formulación del problema.....	6
1.2.1 Problema general:	6
1.2.2 Problemas específicos:	6
1.3 Justificación e importancia de la investigación	7
1.4 Objetivos de la investigación.....	7
1.4.1 Objetivo general	7
1.4.2 Objetivo específicos	8
CAPÍTULO II.....	9
MARCO TEÓRICO	9
2.1. Antecedentes del estudio	9
2.1.1 Nacional.....	9
2.1.2 A nivel internacional	14
2.2 Bases teórico científica	18
2.2.1 El tratamiento penal del delito de colusión	18
2.2.1.1 Antecedentes	18
2.2.1.2 Concepto.	22
2.2.1.3 Clases de colusión:	22
2.2.1.4 Justificación político criminal del delito de colusión ilegal	23
2.2.1.5 Tipificación.....	26
2.2.1.5.1 Tipicidad objetiva	27
2.2.1.5.2 Tipicidad Subjetiva: Elemento subjetivo: dolo	42
2.2.1.5.3 Bien jurídico protegido	46

2.2.1.5.4	Estudio del bien jurídico en los delitos de colusión y negociación incompatible.....	46
2.2.1.5.4.1	Posiciones doctrinales en torno al bien jurídico protegido	46
2.2.1.5.4.1.2	El correcto funcionamiento de la administración pública y su contenido: la actividad prestacional dirigida al interés público y la integración de principios de actuación.	48
2.2.1.5.4.1.3	Excurso: La atribución de contenido al correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico único	53
2.2.1.5.4.1.4	Los bienes jurídicos específicos identificados en los delitos de colusión y negociación incompatible	56
2.2.1.5.4.1.5	El patrimonio público como bien jurídico específico del delito de colusión	56
2.2.1.5.4.1.6	La diversidad de bienes jurídicos protegidos por el delito de colusión	58
2.2.1.5.4.1.7	El bien jurídico en la jurisprudencia peruana	59
2.2.1.6	Fundamentos políticos criminales	62
2.2.1.6.1	La política criminal en relación a los delitos contra la administración pública	65
2.2.1.7	Estructura del delito	68
2.2.1.7.1	Elementos típicos del delito de colusión.....	68
2.2.1.7.1.1	Concertación.....	68
2.2.1.7.1.2	Defraudación	73
2.2.1.7.2	La configuración del delito de colusión	77
2.2.1.7.2.1	El tipo base: Delito de peligro abstracto	77
2.2.1.7.2.2	La acreditación de la concertación para defraudar: La prueba indiciaria	80
2.2.1.7.3	El tipo agravado: Delito pluriofensivo	81
2.2.1.7.4	La relación entre tipo base y agravado: ¿Mismo iter criminis?	83
2.2.1.8	El perjuicio como elemento del tipo penal de colusión	84
2.2.1.9	Colusión en el derecho comparado.	84
2.2.2	La impunidad en el delito de colusión	87

2.2.2.1	Actos que realiza el funcionario o servidor público para incurrir en delito de colusión (comportamiento típico) comportamiento delictivo (núcleo rector típico).	87
2.2.2.2	Defraudación patrimonial y la impunidad en los delitos de colusión.	88
2.2.2.3	Impunidad.....	90
2.2.2.3.1	Concepto.....	90
2.2.2.3.2	Origen del concepto impunidad	90
2.2.2.3.3	Definición del concepto impunidad	93
2.2.2.3.4	Dimensiones de la impunidad:	94
2.2.2.3.5	Clases de impunidad:	95
2.2.2.3.6	Impunidad de hecho	96
2.2.2.3.7	Impunidad de derecho	96
2.2.2.3.8	La lucha contra la impunidad	98
2.2.2.4	El delito de colusión en la legislación peruana.	105
2.2.2.5	El delito de colusión en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1243.....	105
2.2.2.6	Marco situacional del delito de colusión.	106
2.2.2.6.1	El bien jurídico penalmente tutelado.....	106
2.2.2.6.2	Tipicidad objetividad.....	108
2.3	Definición de conceptos	113
CAPÍTULO III		116
METODOLOGÍA		116
3.1	Formulación de la hipótesis	116
3.1.1	Hipótesis general	116
3.1.2	Hipótesis específicas	116
3.2	Variables e indicadores.....	117
3.2.1	Identificación de la variable independiente	117
3.2.1.1	Indicadores	117
3.2.1.2	Escala para la medición de la Variable.....	117
3.2.2	Identificación de la variable dependiente	117

3.2.2.1	Indicadores	117
3.2.2.2	Escala para la medición de la variable	117
3.3	Tipo de investigación	118
3.4	Método y diseño de la investigación	118
3.4.1	Método de la investigación	118
3.4.2	Diseño de la investigación	118
3.5	Ámbito y tiempo social de la investigación	119
3.6	Unidades de estudio	119
3.7	Población y muestra	119
3.7.1	Población	119
3.7.2	Muestra	119
3.7.3	Criterios de inclusión y exclusión	121
3.8	Recolección de los datos	121
3.8.1	Procedimientos	121
3.8.2	Técnicas de recolección de los datos	121
3.8.3	Instrumentos para la recolección de los datos	121
3.8.4	Validación del instrumento	122
3.9	Procesamiento, presentación, análisis e interpretación de los datos	122
3.9.1	Presentación de datos	122
	CAPÍTULO IV	123
	RESULTADOS	123
4.1	Descripción del trabajo de campo	123
4.2	Diseño de la presentación de los resultados	123
4.3	RESULTADOS	123
4.3.1	Resultados del cuestionario aplicado a los profesionales del derecho	123
4.3.2	Análisis e interpretación de resultados de la entrevista aplicada	149
4.4	Comprobación de hipótesis	152
4.4.1	Comprobación de la primera hipótesis específica	152
4.4.2	Comprobación de la segunda hipótesis específica	153

4.4.3	Comprobación de la tercera hipótesis específica.....	154
4.4.4	Comprobación de hipótesis general.....	155
4.1	Discusión de resultados	156
	CAPÍTULO V	159
	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	159
5.1	CONCLUSIONES	159
	PROPUESTA LEGISLATIVA	163
	BIBLIOGRAFÍA	166

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	Tipificación	123
Tabla 2	Fundamentos políticos criminales	126
Tabla 3	Estructura del delito	129
Tabla 4	Tratamiento penal de los delitos de colusión	132
Tabla 5	Impunidad de hecho	134
Tabla 6	Impunidad de derecho	137
Tabla 7	Nivel de impunidad	140
Tabla 8	Impunidad en los delitos de colusión	143
Tabla 9	Carga por etapa sobre delitos de colusión 2017-2019	145
Tabla 10	Carga resuelta sobre delitos de colusión 2017-2019	146

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1	Tipificación	124
Figura 2	Fundamentos políticos criminales	127
Figura 3	Estructura del delito	130
Figura 4	Tratamiento penal de los delitos de colusión	132
Figura 5	Impunidad de hecho	135
Figura 6	Impunidad de derecho	138
Figura 7	Nivel de impunidad	140
Figura 8	Impunidad en los delitos de colusión	143
Figura 9	Carga por etapa sobre delitos de colusión 2017-2019	145
Figura 10	Carga resuelta sobre delitos de colusión 2017-2019	146

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación está referido a “El tratamiento penal del delito de colusión y la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019”.

Uno de los grandes problemas de nuestro ordenamiento jurídico es la constante tendencia hacia la dispersión jurídica, la ambigüedad y la carencia de una verdadera técnica normativa que permita redactar las propuestas legales dentro de un marco técnicamente adecuado y debidamente fundado constitucionalmente. Así, por ejemplo, en un intento por “exaltar” la política criminal contra los delitos cometidos por funcionarios públicos se ha propendido siempre hacia el agravamiento de las sanciones y la configuración de nuevos tipos penales a la sazón de la realidad social imperante y en donde el índice de la comisión de delitos de este género se ha incrementado a niveles altamente preocupantes.

En el caso específico del delito de colusión, puede observarse como en los últimos años nuestros legisladores penales han dado clara muestras de su errático transitar legislativo, lo que ha venido incidiendo en la impunidad en los delitos de colusión.

Por lo antes expuesto, se considera necesario el desarrollo de la presente investigación, estructurándose para ello el trabajo en cinco capítulos:

Capítulo I, El problema, en este capítulo se consignan la determinación y formulación del problema, los objetivos, la justificación e importancia y limitaciones de la investigación.

Capítulo II, Marco teórico, se abordan los antecedentes del estudio, y se presentan teorías y conceptos de manera secuencial, temas cuyos contenidos constituyen las bases teórico-científicas de nuestra Investigación.

Capítulo III, Marco metodológico, se formulan las hipótesis y variables de investigación, así como el diseño metodológico, especificando: el tipo y diseño de estudio, población y las técnicas en el manejo de la información.

Capítulo IV, Resultados, comprende la descripción del trabajo de campo; la presentación, análisis e interpretación de los datos obtenidos, los mismos que nos permiten verificar las hipótesis de nuestra investigación.

Capítulo V, Conclusiones y recomendaciones, comprenden las conclusiones en función de los objetivos propuestos y las sugerencias producto de estas conclusiones.

Asimismo, en el trabajo de investigación se consideran las referencias bibliográficas y los anexos respectivos, que contribuyen a una mejor comprensión del mismo.

RESUMEN

La presente investigación titulada: “*El tratamiento penal del delito de colusión y la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.*”, está orientada a analizar la incidencia del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019. La hipótesis que se ha formulado es la siguiente: El tratamiento del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019. La investigación es de tipo básica, diseño no experimental, transversal secuencial, de nivel descriptiva – explicativa, método mixto, cuyo método lógico inductivo, permite el razonamiento partiendo de casos particulares, a conocimientos generales. Para el levantamiento de la información se aplicó el cuestionario, la entrevista y la ficha de análisis como instrumentos de medición; los cuales permitieron recoger información, y medir las variables de estudio. La muestra estuvo conformada por 217 profesionales de derecho. Los resultados obtenidos permitieron establecer que: El tratamiento del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.

Palabras Clave:

Tratamiento penal, delito, colusión, tipificación, impunidad, sentencia, carga procesal.

ABSTRACT

The present investigation entitled: “The criminal treatment of the crime of collusion and impunity in the judicial district of Tacna, 2017-2019.”, Is aimed at analyzing the incidence of the crime of collusion established in article 384° of the Penal Code on impunity in the judicial district of Tacna, 2017-2019. The hypothesis that has been formulated is the following: The treatment of the crime of collusion established in article 384° of the Penal Code directly affects impunity in the judicial district of Tacna, 2017-2019. The research is of a basic type, non-experimental design, sequential cross-sectional, descriptive-explanatory level, mixed method, whose logical inductive method allows reasoning based on particular cases, to general knowledge. To collect the information, the questionnaire, the interview and the analysis sheet were applied as measurement instruments; which allowed to collect information and measure the study variables. The sample was made up of 217 legal professionals. The results obtained allowed establishing that: The treatment of the crime of collusion established in article 384° of the Penal Code directly affects impunity in the judicial district of Tacna, 2017-2019.

Keywords:

Criminal treatment, crime, collusion, criminalization, impunity, sentence, procedural burden.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1 Planteamiento del problema

En la actualidad en el contexto actual que atraviesa el país, los ciudadanos han conocido de una red de corrupción al más alto nivel, el ejecutivo y los funcionarios que dependen de este poder del Estado, se han visto envueltos en una serie de actos de corrupción, donde se ha venido concertando y comprando a políticos y funcionarios, mediante grandes sumas de dinero; en tal sentido, el derecho en general y sobre todo el derecho penal en particular, tiene que dar una respuesta definitiva frente al alarma social que se genera, cuando ocurren estos delitos, en los cuales se afecta al Estado de grandes sumas de dinero, perjudicando a todos los ciudadanos.

En tal sentido, el jus puniendi estatal, tiene que ir de la mano con las modalidades delictivas que van surgiendo, pues evidente que sólo mediante la norma jurídica, el Estado puede responder a este flagelo delictivo, sancionando a quienes han cometido estos actos delictivos.

Surgiendo, entonces diversas conductas delictivas, entre las que se encuentra la colusión, que consiste en un acuerdo clandestino entre dos o más personas, para defraudar o perjudicar al Estado; delito que se encuentra tipificado en el artículo 384° del Código Penal, el mismo que, de acuerdo a las innumerables modalidades delictivas, ha ido sufriendo una serie de modificaciones, siendo la última la que contiene el Decreto Legislativo N° 1243, que no corresponden a los fundamentos de política criminal, las cuales genera confusión, cuya estructura genera controversia y desconcierto en los operadores de justicia.

En el período 2017-2019, en el distrito judicial de Tacna, la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna investigó a las autoridades y funcionarios de Tacna, detenidos por los presuntos delitos de colusión, las que luego de ser sometidos a investigación fueron puestos en libertad, por la Segunda Instancia Judicial. Casos como estos ocurren frecuentemente, al no poderse comprobar los delitos, de acuerdo a lo que indica la norma, generando impunidad y desidia en los delitos de colusión en el distrito judicial de Tacna.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema general:

¿Cómo incide el tratamiento del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019?

1.2.2 Problemas específicos:

- a) ¿Cómo incide la tipificación del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019?
- b) ¿Cómo incide los fundamentos políticos criminales establecidos en el artículo 384° del Código Penal en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019?
- c) ¿Cómo incide la estructura del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019?

1.3 Justificación e importancia de la investigación

La investigación permitirá determinar la incidencia del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal en la impunidad en el distrito judicial de Tacna.

La relevancia teórica del presente trabajo es el estudio de la estructura del delito de colusión, el cual reviste un desarrollo particular y denota una fuerte imposición del desarrollo dogmática de la teoría del delito desarrollada por la doctrina para el derecho penal. El delito de colusión, vigente no responde al fin del derecho y su máximo valor justicia y proporcionalidad, probablemente requiere de una reforma a efectos de cautelar de manera adecuada el bien jurídico que es objeto de tutela.

Con respecto a la relevancia jurídica, este trabajo servirá para que los abogados, magistrados, docentes y alumnos de la especialidad del Derecho Penal puedan tener un mayor conocimiento de la problemática y de esta manera propiciar medidas legislativas correctivas para el caso de estudio.

En cuanto, a la relevancia social servirá para que los casos de colusión que afectan a la administración pública y al Estado, puedan alcanzar la equidad de justicia y la protección de los derechos humanos.

Asimismo, la presente investigación servirá de guía a futuros investigadores que quieran investigar sobre la problemática de los delitos contra la administración pública.

1.4 Objetivos de la investigación

1.4.1 Objetivo general

Analizar la incidencia del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.

1.4.2 Objetivo específicos

- a) Determinar la incidencia de la tipificación establecido en el artículo 384° del Código Penal del delito de colusión en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.
- b) Explicar la incidencia de los fundamentos políticos criminales establecidos en el artículo 384° del Código Penal en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.
- c) Establecer la incidencia de la estructura del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del estudio

En la búsqueda de antecedentes se ha encontrado trabajos de investigación relacionados al trabajo de investigación: El tratamiento penal del delito de colusión y la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019; que a continuación se presenta:

2.1.1 Nacional

Ferrer, K. (2019). *“Deficiencias en la imputación necesaria en los delitos de colusión, e implicancias en el sistema anticorrupción del distrito de Junín 2013-2017”*, Universidad Continental, Huancayo, concluye lo siguiente:

“En el presente trabajo de investigación, el objetivo general “Identificar la existencia de deficiencias en la imputación necesaria, en los delitos de colusión en el sistema anticorrupción del Distrito Judicial de Junín en el período 2013-2017”, mientras que, como objetivos específicos, se planteó: Determinar cómo afecta las deficiencias de la imputación necesaria en los delitos de colusión en el sistema anticorrupción del Distrito Judicial de Junín, al derecho de la defensa, identificar cómo afecta las deficiencias de la imputación necesaria, al sistema de justicia, en su vertiente de no generar impunidad, y, determinar, la falta de una imputación necesaria, cómo influye en las sentencias condenatorias que pueden ser injustas. Que luego de formulado los objetivos, llegamos a demostrarlo con las diferentes encuestas, así como con el análisis de los expedientes; por lo que consideramos que

el problema propuesto fue demostrado, al igual que la hipótesis. En las conclusiones, proponemos, no solo que se capaciten a jueces y fiscales en la construcción y sustento de la teoría del caso, en su variante de redactar una imputación necesaria seria, sino que, como castigo, a dicha deficiencia, se puedan declarar fundada de oficio la excepción de improcedencia de acción”.

Chávez, Y. (2018). *“La imputación y prueba en el delito de colusión con respecto a la impunidad en las entidades públicas del Perú”*, Universidad Nacional de Ancash “Santiago Antúnez de Mayolo”, Huaraz, concluye lo siguiente:

“La presente tesis tuvo como objeto de investigación, el estudio del delito de colusión y las deficiencias en su contenido normativo debido al estándar probatorio que exige la imputación necesaria en el delito en comento y que trajo como consecuencia, la impunidad generada en las entidades públicas del Estado peruano. En este extremo, el derecho penal no se ha mantenido ajeno frente a tales irregularidades y ha venido sancionando las conductas delictivas, que está regulado en el artículo 384° del Código Penal, que según los doctrinarios y juristas peruanos habría sido redactada con una inadecuada técnica legislativa, porque está condicionada a la concertación y contiene innecesarias repeticiones de sus elementos normativos (contratos, suministros, licitaciones, concurso de pecios, liquidaciones, etc), elementos que lo hacen inaplicable en la realidad, causando la impunidad de los autores de este delito. Se propuso contribuir identificando las principales causas que no permitían sancionar de manera eficaz el delito de colusión, esto en razón de la exigencia que amerita el principio de imputación necesaria debido a su alto estándar de dimensión probatoria”.

Calixto & Salazar. (2018). *“La inadecuada tipificación del delito de colusión y su aplicación en Huánuco 2016 – 2017”*, Universidad Hermilio Valdizán, Huánuco, concluye lo siguiente:

“El siguiente trabajo de investigación se considera que la redacción del tipo de colusión no es la correcta, y obedece a un apresuramiento por parte del

legislador, que ha tipificado el tipo de colusión base y agravado, sin embargo al analizar la norma, en puridad corresponde al tipo intentado y consumado, por ende afecta la adecuada tipificación, generando espacios de impunidad, que deben ser superados, en este contexto, previo al desarrollo de la investigación nos formulamos el siguiente problema general: Para el desarrollo de esta investigación hemos empleado el método deductivo, dogmático y sociológico, el tipo de investigación fue cuantitativo, con un nivel descriptivo y diseño no experimental, se contó con una muestra de 10 jueces, 10 fiscales y 10 abogados penalistas de esta ciudad y 41 expedientes judiciales por colusión, tramitados en Huánuco durante el 2016. Luego de haberse aplicado los instrumentos a la muestra se ha logrado obtener los resultados y contrastar la hipótesis general: La tipificación actual del delito colusión es inadecuada, lo que afecta su aplicación, Huánuco 2016; en los siguientes términos El Art. 384° del CP; que tipifica el delito de colusión, modificado por la Ley N° 30111, contiene defectos en su tipificación, por ende es inadecuada, pues al definir entre colusión simple y agravada, de acuerdo al primer y segundo párrafo del citado artículo, la primera conducta contiene como verbo rector que el sujeto activo debe concertar con los interesados para defraudar al Estado, lo que en puridad es un tipo de colusión en grado de tentativa, así lo ha definido el 100.0% de la muestra conformada por jueces, fiscales y abogados; y el tipo agravado, contiene en su verbo rector la conducta desplegada por el sujeto activo, que corresponde al tipo consumado; como lo ha considerado el 100.0% de la muestra conformada por jueces, fiscales y abogados. En este sentido, de modo correcto para el 90.0% de la muestra conformada por jueces, fiscales y abogados, que también corresponde a la posición de los investigadores, la diferencia entre la colusión simple y agravada no debe redundar en el tipo en grado de tentativa y el consumado, sino de acuerdo al monto de lo defraudado o en la cualidad del agente”.

Mandujano, J. (2017). *“Problemas de imputación y prueba en el delito de colusión”*. Universidad de Huánuco, Perú, concluye lo siguiente:

“La presente tesis aborda el delito de colusión previsto en el artículo 384° del ordenamiento jurídico penal peruano, con el objetivo de mostrar sus deficiencias estructurales con respecto a la norma jurídico penal que lo contiene, y sus implicancias al operador de derecho, siendo ello la principal causa de las deficiencias funcionales y ende generador del mayor índice de impunidad con respecto a este delito, por ello se pretende contribuir identificando las principales causas y posibles solución que permitan sancionar por la comisión de este delito, y asimismo, contribuir con la política pública de protección al correcto uso de bienes y erario de las entidades públicas peruana que a la fecha viene siendo menguada en el ámbito de la contratación pública”.

Vásquez, L. (2015). *“Estructura y legitimación del delito de colusión e impunidad en el distrito judicial de Huánuco”*, Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Huánuco, Perú, concluye lo siguiente:

“El delito de colusión es un tipo penal especial, que exige para la determinación correcta de imputación el conocimiento de normas extrapenales para configurar el ilícito, sin embargo, debido a la complejidad de las normas previas a la tipificación del delito de colusión, y la necesidad de punibilidad este tipo de delitos que afecta gravemente el normal desarrollo del sistema financiero público del Estado, el legislador ha tenido de recurrir a un conjunto de modificatorias legales que como resultado ha generado que la actual fórmula legal que regula el delito de colusión previsto en el artículo 384° del Código Penal, no se encuentra estructura en el marco de su delitos fuentes como son los delitos de infracción de deber, y asimismo, no es legítima en razón que se pretende sancionar comportamientos peligrosos dejando de lado los principios de ultima ratio y subsidiaria que inspirar el Código Penal peruano, es por ello, que al finalizar la presente investigación demostraremos que la regulación del Delito de Colusión a la fecha es solo una muestra de medida desesperada pero no real de solución y freno a los actos de corrupción cometidos en las adquisiciones y contrataciones del

Estado, hecho que conlleva a la impunidad y desconfianza en el sistema normativo de contratación pública peruano”.

Porras, V. (2015). *“La atipicidad del delito de colusión: Análisis de la conducta típica y el bien jurídico protegido estudio realizado en el juzgado de investigación preparatoria de Ayacucho 2011 -2012”*, Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, Ayacucho, Perú, concluye lo siguiente:

“La tesis que presentamos se ocupa del estudio y análisis de la política criminal y la dogmática de la tipicidad del delito de colusión; en ella se aborda el estudio de los aspectos generales del delito, la tipicidad y su forma de realización conocido como el juicio de tipicidad, los conceptos de atipicidad, tipo penal y tipificación. El delito de colusión y el juicio de tipicidad del delito de colusión, en la que se realiza un análisis de su estructura normativa (elementos subjetivos y objetivos). se ha desarrollado los aspectos metodológicos de la investigación (hipótesis, variables, indicadores, población, definición de la muestra y el objeto de estudio); luego en función de la hipótesis planteada se ha realizado el procesamiento y análisis de las variables, efectuando el juicio de tipicidad del delito de colusión con los datos obtenidos en el trabajo de campo y con los resultados se proyectó un cuadro de frecuencias, para conocer e interpretar la incidencia de nuestras variables independientes (la conducta típica y el bien jurídico protegido). Finalmente se llega a demostrar que la conducta típica y bien jurídico protegido del delito de colusión son causas de atipicidad para la configuración del delito de colusión en los casos tramitados por el juzgado de investigación preparatoria de Ayacucho en los años 2011 y 2012; es decir, el delito de colusión es inaplicable en la realidad, porque su tipificación está pensado para la impunidad”.

2.1.2 A nivel internacional

Artaza, O., & Belmonte, M., Acevedo, G. (2018). *“El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo”*, Universidad de Talca, Santiago de Chile, concluye lo siguiente:

“El presente artículo ofrece una propuesta interpretativa de la conducta prohibida del delito de colusión descrito en el artículo 62° del D.L. N° 211 chileno. Para esta parte de la base que el legislador chileno ha incorporado a nuestro ordenamiento lo que se conoce como un delito de peligro abstracto a través del cual se prohíbe la celebración, organización o ejecución de aquellos acuerdos anticompetitivos que han sido considerados como especialmente graves (los carteles duros). Con todo, se detecta una serie de dificultades a la hora de delimitar qué es aquello que realmente ha prohibido el legislador. Con el objeto de resolver este problema se procede al análisis de sus elementos constitutivos y la constatación de la complejidad asociada, en primer lugar, a qué es lo debiera entenderse por un acuerdo en este ámbito y al problema posterior relativo a cuándo tal acuerdo se debe comprender como anticompetitivo”.

Cifuentes, J. & Frenck, J. (2018). *“La persecución penal de la colusión en Chile análisis desde la libre competencia y Derecho Penal del nuevo delito introducido por la Ley 20.945”*, Universidad de Chile, concluye lo siguiente:

“La presente investigación tiene por objeto estudiar el nuevo tipo penal por delitos de colusión introducido por la Ley 20.945, bajo la perspectiva de dos grandes ramas involucradas: la libre competencia y el Derecho Penal. En el capítulo primero haremos referencia a conceptos previos que son necesarios para contextualizar cabalmente la presente investigación. En el capítulo segundo, resumiremos los principales fundamentos que la doctrina ha desarrollado para efectos de criminalizar el delito de colusión. En el capítulo tercero, abordaremos el

tratamiento comparado que algunas legislaciones le han otorgado al delito de carteles. Por su parte, en el capítulo cuarto haremos mención al origen e historia de la criminalización de las prácticas colusorias en nuestro país. Luego, en el capítulo quinto, analizaremos el tipo penal de colusión desde el punto de vista del derecho penal, es decir, cuál es el bien jurídico protegido y cuáles son los elementos del tipo y los principales desafíos que presenta la nueva regulación. Por último, sintetizaremos las principales conclusiones que alcanzamos a lo largo del presente trabajo”.

Zúñiga, L. (2017). *“Los acuerdos colusorios en los procedimientos competitivos de régimen común previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”*, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, concluye lo siguiente:

“El presente trabajo aborda la temática de los acuerdos colusorios en los procedimientos competitivos de régimen común previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los cuales vulneran no solo el Derecho de Competencia sino que se constituyen en sí mismos en un obstáculo para el Estado en su objetivo de adquirir bienes, servicios y obras de manera eficiente, con proveedores que compitan activa y genuinamente para ofrecer aquello que se requiere en las mejores condiciones; según estudios internacionales los precios en los procesos en los que ha existido colusión pueden incrementarse en más de un 20%. En este contexto, si bien la detección de estas prácticas en ocasiones se torna compleja, pues los pactos entre los proveedores que las realizan se mantienen ocultos, se requieren normas, disposiciones y elementos diseñados para ayudar a las entidades contratantes a garantizar una competencia legítima; por ende un acercamiento a este tema permite dotar tanto a la administración pública como a la ciudadanía en general de herramientas que les permitan identificarlas, lo cual favorecerá, por añadidura, a generar alertas y coadyuvar al inicio de investigaciones administrativas que terminen por sancionarlas y erradicarlas. El trabajo se sustenta en un análisis eminentemente práctico de evaluar la normativa actual y su

congruencia con el combate de la colusión, unidos a la conciencia de los riesgos y costos que generan los acuerdos colusorios, los mecanismos para reducirlos en el diseño de los pliegos del proceso, así como los procedimientos a adoptarse frente a presunciones de su existencia, planteando posibles soluciones que permitan combatirlos e intensificar la sana competencia que redundará en beneficio no solo de las entidades contratantes sino más bien del colectivo en general”.

Artaza, O. (2017). *“La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación”*, Universidad de Talca, Santiago de Chile, concluye lo siguiente:

“El artículo tiene por objeto detectar y analizar ciertos problemas asociados a la justificación de la criminalización de la colusión, al menos en lo que se refiere a la satisfacción de los requisitos que deben entenderse impuestos por el principio de lesividad como límite al ejercicio del ius puniendi. Para esto se ahondará en el problema de los intereses afectados por la colusión que podrían ser jurídico-penalmente relevantes de acuerdo con la función y límites del Derecho Penal Económico y en las consecuencias que la resolución de tal problema podría traer para la delimitación de las conductas que debieran ser sancionadas por esta rama del Derecho”.

Galvis, D. (2016). *“La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas”*, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, Bogotá, concluye lo siguiente:

“El presente artículo constituye un acercamiento al tema de los acuerdos colusorios desde la perspectiva del derecho de la competencia, da una mirada a la interrelación entre la libre competencia y la contratación estatal, y destaca precisamente cómo el terreno público es el escenario en el que los acuerdos colusorios exhiben sus efectos más nocivos y por ende, cómo las normas de competencia pueden constituir una herramienta eficaz para la lucha contra este

flagelo, todo ello en el marco de un adecuado equilibrio entre los principios de libre competencia y selección objetiva. La metodología empleada en esta investigación ha partido de un exhaustivo análisis de las principales resoluciones sobre la violación del artículo 9° del Decreto N° 2153 de 1992 expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, y de algunos pronunciamientos sobre colusión, contratación estatal, acuerdos restrictivos de la competencia, libre competencia y derecho administrativo sancionador expedidos tanto por la jurisprudencia constitucional como por la administrativa, con especial mención de las normas legales aplicables a estas materias. Así mismo, se ha realizado un barrido general respecto de la doctrina nacional e internacional sobre estas materias, y de algunos de los estudios de organismos nacionales e internacionales sobre colusión, manipulación de licitaciones, transparencia y corrupción”.

Tapia, M. (2014). *“Colusión en compras públicas y sus impactos en la economía del estado y los efectos socioeconómicos causados a los ecuatorianos en el año 2012”*, Universidad Central del Ecuador, Quito, concluye lo siguiente:

“La presente investigación académica, pretende resaltar la importancia de controlar, detectar, prevenir y castigar, además de la sanción pecuniaria la penalización de la colusión en las compras públicas, para evitar la pérdida de recursos, la asignación ineficiente, la concentración de las riqueza en pocas manos y los efectos socioeconómicos que sufre los ciudadanos al realizarse este ilícito; puesto que, la contratación pública es uno de los sectores más susceptibles de colusión y corrupción, debido que, es en este campo donde se concentra una gran cantidad de los dineros aportados por los contribuyentes para cumplir con los fines del estado; es decir, satisfacer las necesidades y otorgarle un grado de bienestar a la colectividad. En la actualidad se habla de derechos para acceder al buen vivir o a una vida digna, que se traduce en alimentación, salud, educación, vivienda, trabajo, seguridad, infraestructura, entre otros, esto es servicios y bienes de calidad que el Estado como representante de la sociedad está obligado a proporcionar a sus habitantes, pero lamentablemente los sobrepagos o pagos injustificados y

excesivos ocasionados por los acuerdos entre proveedores o entre compradores y proveedores limitan y frenan el cumplimiento de esos fines, retrasando el desarrollo económico y social de país”.

2.2 Bases teórica científica

2.2.1 El tratamiento penal del delito de colusión

2.2.1.1 Antecedentes

“El delito de colusión y que en otras legislaciones recibe las denominaciones de “negociaciones incompatibles”, “fraude a la administración pública”, “celebración indebida de contratos” o “fraude contra el Estado”, tiene su antecedente más reciente en el artículo 344° del Código Penal derogado de 1924. El original artículo 384° del Código Penal de 1991, tipificaba esta conducta como delito de concertación ilegal con interesados, describiendo la conducta delictiva de la siguiente manera; 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, fue concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de quince años”. (Bendezú, 2015).

“El delito, que ahora lo conocemos como colusión se configuró como un delito especial propio; es decir, solo podía ser cometido por un sujeto que tenía una cualidad especial (funcionario o servidor público) en ejercicio de sus funciones o servicio que presta a favor del Estado; por otro lado, el delito se configuró como un delito de resultado, por ende para la consumación del mismo el sujeto activo debía defraudar al Estado o a una entidad u organismo estatal; es decir, causar perjuicio económico y, además la modalidad de la comisión del delito era mediante la realización del verbo rector de concertar”. (Bendezú, 2015).

“Posteriormente este artículo fue modificado en su contenido por la Ley N° 29703 del 10 junio de 2011, centrando el tipo penal en la figura de la colusión según en el texto siguiente: El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según Ley, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni menor de quince años”.(Díaz, 2016).

“La modificación del citado tipo penal fue importante porque se habló por primera del delito de colusión como tal, pero además si bien se siguió manteniendo como un delito especial propio por la condición del sujeto activo (funcionario o servidor público), en ejercicio de sus funciones o por designación para una comisión específica, la norma modificatoria estableció la conducta de modo más genérico al establecer que tal colusión podía ocurrir en las contrataciones o negocios públicos, a diferencia del artículo anterior que era más específico; por otro lado, la modificatoria introduce una nueva acepción al verbo rector cuando expresa la concertación ilegal, es decir aquella que se encuentra fuera del marco de la Ley, que linde con lo delictivo; y tal expresión causó polémica a nivel doctrinal y jurisprudencial en el sentido si podría haber una concertación legal en las contrataciones o negocios públicos; por otro lado, respecto al resultado la modificatoria es más específica cuando exige que la conducta del sujeto activo, debe causar una defraudación pero patrimonial, no de cualquier tipo de perjuicio. Esta norma luego de una fuerte presión pública fue derogada en parte, por la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011, la misma que se modificó en los siguientes términos”:(Salinas, 2016).

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo en cualquiera 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 la libertad no menor de tres ni mayor de seis años”. (Salinas, 2016).

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo en cualquiera etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados para defraudar patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según Ley, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.(Chávez, 2018).

“Respecto a ésta modificación, se advierte que el tipo penal sigue siendo un delito especial propio, pues sólo puede ser cometido por personas que tienen una cualidad, la de ser funcionarios o servidores públicos; respecto a la conducta típica no es necesario que el autor intervenga de modo directo ya que el tipo penal, también se configura frente a una intervención indirecta, respecto a las modalidades para su comisión la concertación puede darse en cualquiera de las etapas de la adquisición o contratación pública ya sea de bienes obras o servicios; es decir, el tipo penal es más puntal y específico que admite varias formas desde las cuales el autor puede desplegar la conducta; no obstante a ello ha creado otra situación que ha generado una serie de polémicas, pues no hace referencia respecto a la conducta que desplegaría el extraneus es decir una persona que carece de la cualidad especial, pero que sin embargo interviene en la concertación e incluso se va a beneficiar de la misma, así como tampoco ha sido claro al definir entre la colusión simple de la agravada; pues lo que se consigna en el primer párrafo, que el legislador considera como colusión simple, ha centrado el verbo rector en “concertar para defraudar”, es decir el sujeto crea una situación de riesgo concreto para el patrimonio del Estado, que en puridad es una tentativa; mientras que en segundo párrafo que corresponde a una colusión agravada, se exige el resultado verificado en la defraudación patrimonial, que es el delito consumado”. (Chávez, 2018).

“Mediante la Ley N° 30111 del 05 de noviembre del 2013, se vuelve a modificar el tipo penal, pero mantiene la misma estructura del delito e incorpora la pena multa para los delitos cometidos por los funcionarios públicos y con la última modificación mediante el Artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1243 del 22 de octubre del 2016, es estableció la pena de inhabilitación para los delitos cometidos

por los funcionarios públicos. “El delito de colusión exige que el funcionario público de fraude al Estado concertándose fuera de la Ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales; que, propiamente, la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en el perjuicio patrimonial potencial o real para la Administración, de manera casi unánime vienen denominando a la infracción en estudio como delito de colusión ilegal y de manera particular como colusión fraudulenta”. (Vásquez, 2015a).

“Finalmente, la última modificatoria del delito de colusión que alcanzó se encuentra en el (*) Artículo modificado por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 octubre 2016”, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 384°. Colusión simple y agravada

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

(*) “De conformidad con el Acápite vi del literal b) del artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1264, publicado el 11 diciembre 2016, se dispone que no

podrán acogerse al Régimen temporal y sustitutorio del impuesto a la renta, los delitos previstos en el presente artículo; disposición que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2017”.

2.2.1.2 Concepto.

“Colusión es “convenio o contrato hecho entre dos o más personas en forma clandestina, con el objeto de defraudar o perjudicar a alguien”; se trata aquí de un sinónimo del término concertación y consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la Ley no permita. 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 fraude”. (Rojas, 2017).

2.2.1.3 Clases de colusión:

a) Colusión simple

“Se realiza esta conducta cuando el sujeto activo en su condición de funcionario público o servidor público, al intervenir de manera “directa” o “indirectamente” en cualquiera etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, acuerda o concierta con los interesados con el objeto de defraudar al Estado en la operación. Constituye de esta manera un delito de peligro en relación al perjuicio patrimonial efectivo y de mera actividad dado que, no sería punible la tentativa, siendo obtuso pensar que debe ser punible el empezar a realizar los actos preparatorios, como citar a uno de los postores de la licitación pública. En este tipo penal solo se consuma con el acto de concertación, ni una ventaja indebida por parte del interesado al funcionario o servidores públicos”. (Rojas, 2017).

b) Colusión agravada

“Es el hecho punible que se configura cuando el agente siempre en su condición de funcionario o servidor público interviene directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición de bienes, servicios públicos o cualquier tipo de operaciones a cargo del Estado, mediante un acto de concertación con los particulares defrauda patrimonialmente al Estado. Las figuras delictivas de colusión ilegal simple y agravada se diferencia por los verbos rectores como se mencionó en líneas iniciales de este texto, en el caso de la simple con el verbo “concertar” y la forma agravada con el “defraudare”, sin embargo se puede notar otra diferencia, que recae sobre el perjuicio potencial o real producido con la conducta colusoria al patrimonio del Estado, en la simple, el peligro de afectación al patrimonio es no potencial, en tanto que en la agravada, el perjuicio es real y efectivo”. (Roca, 2014).

2.2.1.4 Justificación político criminal del delito de colusión ilegal

“El delito de colusión ilegal busca sancionar a los funcionarios públicos que concertan con los interesados en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas, u otra operación en la que interviene en razón de su cargo o comisión especial. El ámbito de cobertura de la infracción es prohibir los comportamientos defraudatorios de naturaleza patrimonial cometidas en el ejercicio de un cargo. La frecuencia de su aplicación 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 ha aumentado de manera paradigmática peor aun cuando las diversas entidades del estado para cumplir sus necesidades y la finalidad a la que atienden se ven obligados a salir al mercado, exigiendo la prestación de bienes y servicios. Ello ha llevado, incluso, a

la aparición de una especialidad denominada el derecho de contratación administrativa”. (Roca, 2014).

“También influye en la proliferación del delito el incremento decisivo de la actividad empresarial del estado, el aumento considerable de obras públicas y la aparición de nuevas actividades económicas en las que participa el Estado. El objetivo político criminal de esta infracción es sancionar al funcionario que defrauda los intereses del Estado en una operación económica determinada. El modo comisivo es la concertación con los interesados”.(Díaz, 2016a).

“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, suministros, licitaciones, concursos de precios subastas, u otra operación semejante. La norma busca evitar que los funcionarios se coludan con los particulares que ofrecen bienes y/o servicios al Estado en detrimento del patrimonio o de los intereses económico patrimoniales de éste”.(Salinas, 2016a).

“Desde el punto de vista preventivo general se aspira que los funcionarios solo velen y 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 pertenecen. Se trata de un comportamiento que atenta contra el patrimonio del fisco desde dentro de la organización estatal, dado que es realizado por funcionarios públicos que deben actuar en representación de la entidad pública”. (Minaya, 2015).

“Las cuotas y posibilidades de la lesión del patrimonio estatal 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 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 de manera directa; de allí que se valgan de agentes públicos para obtener beneficios del patrimonio. Son estos malos funcionarios los

que finalmente los terminan favoreciendo. 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 respectiva atención que despierta por parte de los tribunales de justicia”. (Rojas, 2017).

“En el Perú a diferencia de otras latitudes en donde expresamente se reconoce la escasa aplicación práctica del delito, o de figuras similares por parte de la judicatura los fraudes en la contratación estatal adquieren cuotas notablemente elevadas lo que demuestra una realidad criminológica bastante cruda y clara en cuanto a la proclividad de los funcionarios para afectar el patrimonio del Estado valiéndose del concierto con los proveedores de bienes del Estado. Asimismo, es destacable la ineficiencia de los actos de control por parte de las agencias encargadas y fundamentalmente las enormes pérdidas económicas del erario público, situación que reviste una particular característica si es que se contempla los escasos recursos del estado peruano y la limitación de medios que dispone”. (Hermoza, 2016).

“Una posición de política criminal judicial debería llevar a las agencias de control estatal en especial el Ministerio Público y el Poder Judicial a ser conscientes del 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 concertación 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, imponer penas privativas de la libertad efectivas o aumentar las reparaciones civiles”. (Salinas, 2016).

“De todos modos debe haber consciencia 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 escaso patrimonio estatal”. (Salinas, 2016).

“Si bien se entiende que en el delito de colusión se afecta el patrimonio estatal dicha afectación se concreta normalmente a la vulneración de la partida

presupuestal asignada a una determinada entidad pública. El patrimonio estatal, entendido de manera abstracta y general, solo se ve afectado en razón que el comportamiento incide en el patrimonio de la institución u órgano público al que se le asigna un determinado presupuesto o una específica cantidad de dinero o de bienes”. (Roca, 2014).

“Por otro lado, si bien todos 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 del encargo o la delegación normativa que reciben por ley o de otro funcionario desde que asumen el cargo; hay funcionarios que por la concreta función que desempeñan en una situación ya sea porque deriva de su propio cargo o de una comisión especial se encuentran ante una obligación jurídica normativa reforzada de custodiar y proteger los intereses patrimoniales del Estado cuando intervienen en determinados negocios jurídicos (contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante) que suponen la contratación de bienes y servicios”. (Vásquez, 2015).

“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 ostentan un deber jurídico intensificado de proteger los intereses y el patrimonio del Estado al negociar con particulares, con personas jurídicas sean de derecho público o privado, nacionales o extranjeras vigilando los acuerdos más convenientes y útiles, tanto en precio y en calidad, para la entidad a la que representan”. (Vásquez, 2015).

“Desde el punto de vista normativo tienen el deber de actuación más óptimo y adecuado en cuanto al control, vigilancia y preservación del patrimonio estatal”.

2.2.1.5 Tipificación

“El tipo penal de colusión desleal como muchos otros, padece de grandes defectos debido a una errada y constante técnica de importación de las figuras

penales a nuestro sistema, no obstante, lo cierto es que muchos de estos vicios o desperfectos pueden salvaguardarse con una correcta interpretación del tipo, de allí la importancia del análisis de la conducta típica del delito de colusión desleal”.(Bendezú, 2015).

2.2.1.5.1 Tipicidad objetiva

“En cuanto a la tipicidad objetiva del delito de colusión, según lo dispuesto por el artículo 384° del Código Penal Peruano, puede afirmarse que son tres los elementos conformadores de este tipo: El acuerdo colusorio (el cual a consideración de un sector de la doctrina debe además ser clandestino) entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, la defraudación a un tercero, en este caso al Estado; y finalmente la ejecución a través de las diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial”. (Bendezú, 2015).

“Como vemos la tipicidad objetiva del delito de colusión desleal presenta diversos elementos que hacen a la figura delictiva, una de estructura compleja, para comprender su contenido es necesario analizar cada uno de los elementos de la tipicidad objetiva, cometido que se desarrollará a continuación:”(Díaz, 2016).

A) Acuerdo colusorio: concertación del agente público con los interesados.

“Un elemento que se encuentra de modo explícito en la norma penal es el referido al “acuerdo colusorio”, que constituye además el elemento básico y esencial para la verificación de este tipo penal, pues de nada serviría la comprobación de la defraudación al Estado, si es que antes no se ha verificado que esta defraudación es consecuencia de la existencia de un acuerdo colusorio ilegal.”(Sanz, 2016).

“La conducta típica de “concierto” implica puesta de acuerdo de voluntades, concordancia de pareceres, convergencia de actuaciones entre las partes de una negociación. En este caso, las partes concordantes son la autoridad o funcionario,

de un lado, y los interesados particulares, de otro. Es decir, concertarse equivale a acuerdo o pacto entre el funcionario y el interesado”. (Sanz, 2016).

Según García citado por (Díaz, 2016) que: “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 la finalidad de defraudar los intereses del Estado”.

Puig (2010) señala que: “La concertación no es otra cosa que el ponerse de acuerdo el funcionario con el interesado, la conjunción de voluntades con la finalidad de defraudar al ente público, no bastando la mera solicitud o proposición dirigida a obtener un acuerdo, sino que es preciso que efectivamente se haya logrado el mismo”.

“Se colige claramente que el primero y cardinal elemento objetivo del delito de colusión desleal, es la concertación, elemento del que es menester asimismo realizar algunas precisiones”. (Díaz, 2016)

“Es necesario distinguir el acuerdo colusorio de las simples propuestas o solicitudes. En efecto, estas últimas son actos unilaterales a diferencia del acuerdo colusorio que siempre implica la actuación de dos o más partes, de lo que se desprende que es un delito de convergencia, pluripersonal, plurisubjetivo dado que para su realización es necesaria la unión de dos o más voluntades: la de funcionarios o servidores públicos de un lado, y la de los interesados particulares por el otro lado”.(Cienfuegos, 2015).

“Asimismo, es necesario resaltar que la concertación es en un primer momento lícita, dado que resulta comprensible que un funcionario o servidor público concierte para contratar con los interesados antes de celebrar un contrato, pero esta debe realizarse respetando y defendiendo los intereses del Estado y de acuerdo con los límites que establece la Ley. El agente público debe cumplir con sus deberes funcionales o institucionales a favor del Estado”. (Salinas, 2016).

“Salinas opina que no se trata de castigar cualquier concertación, sino únicamente la que perjudica o que trae consecuencias económicas nocivas para el Estado, ya sea, como sucede por lo general, porque se paga más por un producto de una determinada calidad o porque se paga un precio determinado por un bien de menor calidad, habiendo concierto entre las partes”.(Salinas, 2016).

“Las consecuencias nocivas que pueda haber producido la contratación para la administración pública, la mala negociación realizada por un funcionario público no puede calificarse inmediatamente de colusión desleal, sino, en todo caso, de una infracción administrativa sancionable con las medidas disciplinarias previstas por la Ley; de este modo, si se demuestra solamente que la contraprestación del Estado no resultó proporcional con lo recibido, lo único que quedará demostrado es que el funcionario público negoció mal, pero no qué existió un acuerdo colusorio en detrimento de los intereses del estado”. (Salinas, 2016).

“Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la “concertación” debe entenderse como un “acuerdo clandestino entre dos o más partes”, enfatizando de esta forma la nota de clandestinidad del acuerdo colusorio. Sin embargo- al igual que Requejo Sánchez compartimos la opinión que ello no es del todo cierto pues el presupuesto de la clandestinidad del acuerdo colusorio se dará respecto de terceros o de la entidad u organismo del Estado, pero no necesariamente entre los que se coluden”.(Bendezú, 2015).

“La colusión tiene, por lo general, un carácter oculto en el que se busca disfrazar la operación con visos de legalidad; el exigir una maniobra engañosa, implicaría dejar al margen del tipo penal los casos de colusión desnudos o abiertos, en los que no se ofrece siquiera una operación aparentemente acorde con el derecho”.(Córdova, 2018).

“Por otro lado, es necesario acotar que el tipo penal de colusión desleal requiere además que acuerdo entre el funcionario público y el particular resulte defraudatorio de los intereses del Estado, lo cual significa que el acuerdo al que se arrije con el particular, debe ser idóneo para perjudicar el patrimonio del Estado.

Por tanto, no puede sustentarse la tipicidad de una conducta únicamente con el dato objetivo 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”. (Córdova, 2018). Para poder considerar defraudatoria la actuación de un funcionario público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular, resulta necesario que acuerde con el particular la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de las que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación, estas condiciones podrían ser por ejemplo: elevar el precio de la contraprestación privada, aceptar bienes de menor calidad, omitir el cobro de penalidades, pactar y cobrar comisiones ilegales para la adjudicación de la buena pro”. (Córdova, 2018).

Según Salinas, citado por, (Vivanco, 2018) dice que: “La concertación solamente puede realizarse por comisión, debido a que no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante actos de omisión, el agente, necesariamente y de manera activa, debe concertar o ponerse de acuerdo con los interesados en negociar con el estado”. (Vivanco, 2018).

Según García citado por (Díaz, 2016) sostiene que: “La conducta de un funcionario público de un comité de selección de no hacer nada ante una licitación arreglada por otros miembros, no es equiparable a una concertación con los interesados tal como exige el tipo penal, en todo caso aquel funcionario público omitente podrá ser imputado del delito de omisión de denuncia u omisión de deberes funcionales, pero no por el delito de colusión desleal. Se propugna esta posición, pues a fin de cuentas el acuerdo implica necesariamente un comportamiento activo, siendo imposible que actos omisivos impliquen o representen acuerdo o concertación alguna”. (Díaz, 2016).

Rojas citado por (Bendezú, 2015), afirma que: “En el supuesto de existir un colegiado de negociadores públicos para una operación contractual, el silencio o la omisión de denunciar que adopte uno o varios de ellos ante la conducta ilícita asumida por los demás, dada la especial posición de garante que asumen dichos

funcionarios, puede configurar un estado de coautoría en el delito con base a una omisión impropia o comisión por omisión, de conformidad con lo indicado en el artículo 13° del Código Penal, pero sí la omisión le es atribuida a cualquier otro funcionario o servidor público que no estaba vinculado funcionalmente, entonces se configurará el delito de omisión de denuncia; no compartimos esta opinión, debido a que el guardar silencio no se semeja, desde el punto de vista normativo y estructural, a la concertación exigida por el tipo penal, la concertación es una acción esencialmente activa, por tanto quien guarda silencio, no está concertándose para perjudicar al estado, sino únicamente realiza un comportamiento omisivo que facilita la comisión del delito por otros.”(Bendezú, 2015).

“Ahora bien, teniendo en claro que la concertación ilegal debe realizarse entre el funcionario público y los interesados, es imperioso aquí, desarrollar qué implica el término interesados al que hace alusión la norma penal. El término “interesados” es una locución que engloba a todos quienes contratan (vía las diferentes negociaciones u operaciones nominadas o innominadas establecidas en el tipo) con el Estado, sean estos contratistas extraneus absolutos (extraños a la Administración Pública) o relativos, en este último caso cuando los contratistas son empresas estatales o mixtas.”(Córdova, 2018).

“Los interesados pueden ser las empresas privadas ya sean nacionales o internacionales, aunque también en determinados casos de selección pueden ser sujetos particulares, que se presentan a las convocatorias públicas de licitaciones para realizar obras de interés nacional, regional, municipal; de igual forma, pueden ser las firmas comerciales que intentan proveer vía licitaciones, adjudicaciones directas o de menor cuantía- de bienes diversos a las distintas entidades de la administración pública, así como todos aquellos que participen con sus propuestas en los remates públicos de bienes, como los que acudan a concursos públicos para brindar servicios o consultorías.” (Córdova, 2018).

“Naturalmente, la noción jurídico penal de “interesados” sólo podrá ser aplicada a quienes hayan calificado y obtengan los acuerdos que siguen a los

procesos de selección a través de las licitaciones, suministros, concursos públicos, subastas y otras operaciones semejantes; no comprendiéndose en dicho componente del tipo de colusión defraudatoria, quienes en general, pese a participar en las convocatorias no resultan beneficiados con los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, pues en tal supuesto no será susceptible de producirse defraudación a los intereses patrimoniales.” (Córdova, 2018).

“Por último, es muy debatible que puedan comprenderse dentro del tipo penal las contrataciones no patrimoniales, así como la contratación de personal, debido a que en las mismas es difícil percibir o verificar el perjuicio defraudatorio al Estado. En este sentido, no se encuentran comprendidos dentro del tipo penal, los concursos públicos para cubrir plazas, vía nombramiento de Magistrados, Fiscales, profesores, ejecutores coactivos, etc., procesos técnicos entre otros, que se reconducen vía normativa especial y propia, tal como lo establece el Art. 2.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.” (Vivanco, 2018).

B.- Defraudación

“Un primer significado que tiene el término “defraudar” es el que le atribuye la Real Academia Española la que lo define como “el privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho”, así también puede entenderse como el “frustrar, desvanecer la confianza o la esperanza que se ponía en alguien o en algo”. (Vivanco, 2018).

“En la misma línea un sector de la doctrina sostiene que defraudar, estafar o timar al estado significa el quebrantamiento del rol especial asumido por el agente y la violación del principio de confianza en él depositado, con el consiguiente engaño al interés público, al comportarse el sujeto activo en su beneficio, asumiendo roles incompatibles a las expectativas del Estado”.(Sanz, 2016).

“Esta definición conlleva a entender a la defraudación en un sentido básicamente abstracto e ideal; es decir, como una infracción a los deberes del cargo o como la defraudación a las expectativas que el ordenamiento jurídico y el Estado

tiene, por medio de la entidad concreta, respecto a la actuación del funcionario. De este modo, bastaría entonces con la verificación de que el funcionario incumplió sus deberes funcionales o no respetó el procedimiento administrativo exigido para la contratación estatal, para entender consumado el ilícito de colusión desleal, no siendo necesario comprobar el perjuicio económico causado al Estado, pues basta demostrar que se ha defraudado las expectativas y las normas estatales”. (Sanz, 2016).

“Además, por diversas resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, la cual en diversos casos conceptuó a la defraudación como el quebrantamiento de la confianza depositada en el funcionario público o el incumplimiento de los deberes funcionales, siendo únicamente necesario para entender consumado el ilícito la verificación de la defraudación a las expectativas y las normas estatales”. (Sanz, 2016).

“Al respecto, debe señalarse que no se considera correcta esta posición, debido a que en estricto una definición de defraudación como la antes esbozada, no permite diferenciar el ilícito penal de meras irregularidades o infracciones administrativas en las que también se infringen deberes funcionales. Más aún, una posición como la señalada transgrediría principios constitucionales básicos del Derecho Penal como el Principio de Fragmentariedad, que es una vertiente del Principio de Intervención mínima, provocando finalmente una descomunal intervención punitiva del Derecho Penal”. (Sanz, 2016).

“El segundo sentido que se asigna al término “defraudar” es como símil de perjuicio patrimonial, así Cabanellas señala que la defraudación, significa en sentido amplio cuanto perjuicio económico se infiere abusando de la ajena buena fe. Raúl Goldstein sostiene que defraudar es privar a otro con abuso de confianza o con infidelidad de aquello que en derecho le corresponde. De igual modo Castillo Alva refiere que “defraudar más que poseer un sentido espiritual, a modo de infracción de deberes funcionales, significa que la concertación causa un daño al patrimonio del Estado, menoscabándolo. Se entiende que defraudar como sinónimo

de perjuicio patrimonial o menoscabo económico que se causa al patrimonio de la entidad pública, asimismo esta postura permite armonizar mejor la relación del delito de colusión con los principios constitucionales de lesividad y de mínima intervención que inspiran y fundamentan la base de nuestro ordenamiento penal”. (Córdova, 2018).

“Debe añadirse también que esta posición no implica la impunidad de los casos en los que no se cause efectivamente un perjuicio patrimonial a la entidad estatal, pues aún se tendrá la posibilidad de recurrir al Art. 16° del Código Penal y castigar la conducta a título de tentativa”. (Millán & Castro, 2017).

b.1. Perjuicio

Según Rojas citado por (Sanz, 2016), señala que: “El perjuicio es un elemento intrínseco a la defraudación, es un componente material que lo objetiviza y diferencia del simple engaño”.

“Tal como hemos desarrollado en la definición sobre defraudación, el perjuicio es un elemento que se encuentra comprendido dentro de la “defraudación”, el cual debe entenderse como aquel daño o menoscabo causado a los intereses del Estado como consecuencia de la contratación entre el funcionario público e interesado”. (Millán & Castro, 2017).

Salinas considera que: “El perjuicio es un elemento intrínseco de la defraudación, que se manifiesta como un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales”. (Salinas, 2016).

James citado por (Salinas, 2016), quien: “Sostiene que la exigencia del perjuicio resulta discutida en la medida que no se encuentra explícitamente indicada en el tipo penal. Al respecto, debe señalarse que, si bien el perjuicio no se encuentra expresamente comprendido en el tipo penal, este se infiere de una correcta interpretación del vocablo “defraudar”.

“Por su parte la jurisprudencia peruana a través de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso de nulidad N° 3611-2002, ha

señalado que para el delito de colusión desleal "... es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos que son a) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, b) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado, c) mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial". (Salinas, 2016).

"El perjuicio al Estado tiene que ser consecuencia del concierto confabulatorio con los interesados, el perjuicio realizado por acto propio del sujeto activo sin nexo de concertación con el contratista no es típica de este delito, como tampoco lo es la sola concertación entre funcionarios públicos que deciden defraudar, así el Juez tiene la obligación, pese a que la defraudación material haya sido acreditada, de verificar que ésta sea resultado de la concertación ilegal entre el funcionario público vinculado y el particular interesado y no resultado de irregularidades administrativas, negligencias del negociador o de fuerza mayor, etc". (Millán & Castro, 2017).

"Así, entre la concertación y el perjuicio efectivo debe existir una vinculación objetiva, vinculación que no puede ser puramente causal, sino que conforme a la teoría de la imputación objetiva se exige un nexo normativo entre la conducta colusoria y el perjuicio ocasionado al Estado, de este modo el perjuicio al Estado debe ser la realización del riesgo creado por la infracción del deber del funcionario público coludido. Es necesario precisar también que el perjuicio debe interpretarse en clave exclusivamente patrimonial, en cuanto detrimento o daño económico sufrido por la entidad estatal en concreto, como resultado del acto ilícito de la concertación, lo cual lleva a excluir del ámbito de protección de la norma otra clase de daños, como el daño al prestigio estatal, a las simples expectativas de mayor utilidad o a un supuesto daño moral".(Bendezú, 2015).

"El perjuicio que se cause al Estado puede consistir en pérdidas directas o en la privación de un lucro legítimo, así por ejemplo cuando el Estado realice un pago, un acto de disposición patrimonial, una prestación de servicios a la que no estaba obligado, y por la que no se le paga suma alguna o pagándolo no se trata de

monto un equitativo y justo, o se estipule un contrato en condiciones económicas poco ventajosas para la entidad estatal. En este sentido la afectación patrimonial del estado puede recaer en actos de compraventa y adquisición de bienes como de prestación de determinados servicios”. (Bendezú, 2015).

“Conviene añadir que “el perjuicio patrimonial estatal no sólo puede provenir de una sobrevaluación del bien o del servicio o una cotización atípica, sino también posee como causa productora el derroche de recursos públicos contratando 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 externo”.(Córdova, 2018).

“Debe también descartarse la idea de que el perjuicio debe ser interpretado como el rechazo a la oferta más económica, pues en las contrataciones no sólo se evalúan los datos económicos, sino una serie de variables (como calidad, duración, mantenimiento) que al final determinarán cuál es el verdadero precio del producto o servicio”. (Córdova, 2018).

“Por otro lado, se discute también en la doctrina y jurisprudencia, si es necesaria o no, la materialización del perjuicio para la consumación del tipo penal o basta sólo la configuración de un perjuicio potencial o un peligro de perjuicio. Así existen hasta tres posturas que intentan dar solución a esta disyuntiva”: (Díaz, 2016).

a. Perjuicio potencial

“Un sector importante de la doctrina y jurisprudencia nacional, considera que el perjuicio en el tipo penal de colusión desleal, requiere únicamente ser potencial, el que debe ser entendido como la generación de un peligro concreto de perjuicio, esto es, que en el caso específico, hayan concurrido todos los factores necesarios para la realización del perjuicio, sin importar si el perjuicio efectivamente se materializó o no, pues el tipo penal se habría consumado al configurarse esa peligro potencial de perjuicio. El delito de colusión constituiría un delito de peligro concreto, en el que deberán verificarse dos cuestiones, en primer

lugar que la concertación sea ilegal y defraudatoria, y en segundo lugar que la afectación al patrimonio estatal no se produjo por casualidad”. (Cienfuegos, 2015).

“Esta posición fue adoptada además en algunas resoluciones de la Corte Suprema, así en la R. N. N° 350-2005- Tumbes se establece “que el delito de colusión importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo se concierta con los interesados defraudando al Estado (...) que la defraudación, en tanto medio comisivo, ha tenido como objetivo afectar el gasto público a través de un proceso licitatorio indebido, el cual incluso- como una exigencia adicional a la consumación típica, que sólo requiere peligro potencial- en el presente caso resultó dañado. De igual modo, en el Exp. N° 20-2003 -A.V.- Lima, se señala “en su ámbito objetivo, el delito de colusión desleal incorpora dos elementos necesarios: i) la concertación (...) ii) En cuanto a la defraudación, la conducta que la define está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal”. (Cienfuegos, 2015).

“El peligro potencial que se requiere, es que deben darse ciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos. No se considera acertada esta tesis, pues ésta no se condice al tenor del tipo penal, el cual hace referencia a la situación objetiva de “defrauda al Estado”, lo cual supone la materialización de un perjuicio patrimonial a la entidad pública y refleja una situación actual, no ulterior ni potencial. Totalmente distinto sería si nuestra legislación en lugar de “defrauda” hubiese incluido la expresión “para defraudar”, como lo hace la legislación española, en cuyo caso no sería necesario la verificación de un perjuicio real o efectivo”. (Díaz, 2016).

b. Perjuicio efectivo

“El delito de colusión es un delito de resultado. En los delitos de resultado es imaginable teóricamente- y por ello distan de los de mera actividad- la existencia de una distancia espacio-temporal entre movimiento corporal y resultado material. La comprobación del perjuicio efectivo al patrimonio estatal como elemento

constitutivo del tipo penal de colusión, es también una posición que de manera frecuente ha asumido la Corte Suprema. En tal sentido, la Ejecutoria R. N. N° 310-2003- Apurímac, establece “el tipo objetivo del delito de colusión desleal exige que el funcionario o servidor público, en el ejercicio de su cargo, ilegalmente, acuerde de modo subrepticio, con los interesados, determinadas adquisiciones, servicios o negociaciones en perjuicio patrimonial de una entidad del Estado. El perjuicio importa un atentado efectivo al patrimonio estatal”. (Sanz, 2016).

“La ausencia de perjuicio efectivo para el patrimonio del Estado, no generará tampoco impunidad, sino que podrá castigarse a título de tentativa si es que se demuestra la configuración de un acuerdo colusorio entre funcionario público y particular interesado, que finalmente no produjo un perjuicio efectivo, por causas no atribuibles a los partícipes. Asimismo, es preciso resaltar la importancia y necesidad de la práctica de una pericia contable o de otro tipo, en la prueba o comprobación del delito de colusión desleal, pues a través de ella podrá acreditarse que existió de manera objetiva y tangible un perjuicio económico al patrimonio del Estado, lo cual aunado a la verificación de la conexión del perjuicio con los acuerdos ilícitos entre funcionario y particular interesado, permitirán demostrar irrefutablemente la consumación del delito de colusión”. (Vidal, 2016).

“Por último y como ya se ha señalado, en igual sentido que Castillo Alva, consideramos que esta posición concuerda mejor con principios constitucionales de enorme valor como es el principio de lesividad y el principio de intervención mínima”.(Vivanco, 2018).

c. Opción mixta

“Finalmente debe agregarse, que existe también otra postura respecto al elemento “perjuicio”, la cual se recoge en diversas ejecutorias de la Corte Suprema, así en la R. N. N° 238-2005 se señala “Que la conducta de los citados encausados fue tipificada en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, que sanciona al funcionario o servidor público- delito especial- que con ocasión, entre otros, de subastas en la que intervengan por razón de su cargo o comisión especial

defraudan al Estado o entidad u organismo del Estado concertando con los interesados; que como premisa fluye que se trata de un injusto penal de resultado cuyo núcleo rector típico es defraudar al Estado real o potencialmente”.(Díaz, 2016b).

“Asimismo en la R.N. N° 3250-2005- Ayacucho, la Sala Penal Permanente señaló “En lo atinente al delito de concusión en su modalidad de colusión, previsto y normado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código sustantivo, es de puntualizar que esa figura penal se caracteriza porque el núcleo rector del comportamiento ilícito es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por este, mediante la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, entendiendo el fraude como el “perjuicio patrimonial” potencial o real para la administración. De igual modo en la R.N. N° 3017-2004, expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria en la que se establece “que el delito de colusión previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, es un tipo penal especial propio de resultado, que busca proteger el patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión perjudica al Estado, constituyendo el fraude el perjuicio patrimonial potencial o real para la administración”. (Díaz, 2016b).

“No consideramos acertada esta postura, pues si postulamos y defendemos que el delito de colusión desleal es un delito de resultado material, debe exigirse hasta al final la comprobación del perjuicio patrimonial a la entidad estatal, sin vacilar en dicho fin, y proponer tesis como la aquí comentada, que no define cuál es su orientación, creando finalmente una situación de incertidumbre sobre el momento consumativo del ilícito penal”.(Córdova, 2018).

C.- Diversas modalidades contractuales: contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas u operación semejante

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

empresas proveedores, con la finalidad de favorecerlos indebidamente con el otorgamiento irregular de tratos de provisión en menoscabo del patrimonio estatal”.(Córdova, 2018).

“La intervención del funcionario público, en estas específicas áreas de actuación de gestión económica puede realizarse en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública. La descripción típica- como acertadamente comenta Polaino Navarrete- hace un exagerado alarde superfluo y contraproducente pleonismo legislativo, bastando únicamente una alusión a la intervención en “contrataciones públicas”, no teniendo sentido indicar las “modalidades” de la contratación como si de ellas derivara alguna relevancia penal, el inoportuno circunloquio legal contribuye sólo a problematizar la determinación del sentido de la norma y la delimitación de la materia de la prohibición”. (Vivanco, 2018).

De este modo, en el tipo penal se hace alusión a los actos jurídicos o modalidades contractuales, en los cuales el Estado es parte.

a)“Contratos, son acuerdos escritos formalizados que celebra el Estado con los particulares para la ejecución de obras, provisión de bienes, prestación de servicios, entre otros”.(Cienfuegos, 2015).

b) “Suministros, son acuerdos a los que llega la entidad estatal con los particulares para que estos se encarguen de proporcionarle prestaciones de bienes y/o servicios. En este contrato, el particular, mediante una remuneración pagada por la administración, se encarga de proporcionar prestaciones mobiliarias, así por ejemplo, combustibles para vehículos del Estado, alimentos para un regimiento, armas, ropas, mercaderías, u otras”. (Vivanco, 2018).

c) “Licitaciones, se trata de un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad o conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras”. (Cienfuegos, 2015).

“La utilidad de las licitaciones reside en que permite elegir al proveedor particular que ofrece las condiciones económicas más ventajosas, prescindiendo de consideraciones de otra naturaleza; la licitación se realiza atendiendo a las condiciones incluidas en las bases publicadas por el organismo licitante y con sujeción a dos principios fundamentales, el principio de publicidad, que debe mantenerse en toda la convocatoria, y el principio de solemnidad del acto de licitación; de este modo la administración pública invita a los interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, planteen sus propuestas, de las cuales se elegirá la más favorable”. (Cienfuegos, 2015).

“Se señala asimismo que, a través de la licitación pública, se protege el interés público, esto en razón a que la licitación es un procedimiento complejo que permite evaluar la mejor propuesta en beneficio del Estado. Así la licitación como procedimiento complejo supone además una serie de actos sucesivos: autorización, publicación de pliego de condiciones y convocatoria, prestación de propuestas, garantías, apertura de propuestas, otorgamiento de la buena pro, adjudicación y aprobación”.(Córdova, 2018).

d) “Concurso de precios, el término “concurso” es entendido como la convocatoria o llamamiento público, para que se proceda posteriormente a la elección de la mejor oferta de costos. Como la denominación misma indica el énfasis administrativo de la locución está situado en el mejor precio que presente la oferta dirigida a la administración pública, oferta que se realiza previa invitación cursada por la entidad estatal que convoca al concurso”. (Córdova, 2018).

e) Subastas: “son actos de venta pública de bienes al mejor postor, puede hacerse judicial o administrativamente. La subasta pública es de carácter judicial cuando se realiza por orden de la autoridad jurisdiccional competente, y es administrativa, cuando la llevan a cabo entes estatales sin necesidad de la autorización o presencia del Juez o autoridad judicial”.(Mendoza, 2018).

f) Operación semejante: “el tipo penal deja la posibilidad que otra operación similar a las antes mencionadas en la cual el Estado u organismo estatal sea parte,

se constituya en objeto del delito de colusión desleal, no obstante, estas operaciones están condicionadas a que necesariamente sean bajo una colusión o concertación ilegal”. (Mendoza, 2018).

“En los procesos de selección y contratación pública para las adquisiciones del Estado, de este modo podrían incluirse otros procesos de selección no mencionados expresamente en el tipo penal, como sería el caso de la adjudicación directa o la adjudicación de menor cuantía, no pudiendo aplicarse este delito a cualquier tipo de operación económica que realice el Estado a través de sus funcionarios, pues esta extensión del ámbito de aplicación del tipo penal implicaría salirse de lo establecido por el artículo 384° del Código Penal”. (Salinas, 2016b).

Rojas, citado por (Salinas, 2016) sostiene que: “Situaciones donde se aduzca que no se ha contratado, así por ejemplo una expropiación, un secuestro, embargo, incautación de bienes, comiso, etc., u otras operaciones tales como la concesión de uso de bienes del dominio público, liquidaciones de empresas públicas u otras, así como diversos contratos de riesgo (exploración- prospección de probables asientos petroleros, implementación de planes pilotos, etc.), quedan comprendidas bajo la frase “cualquier otra operación semejante”.

2.2.1.5.2 Tipicidad Subjetiva: Elemento subjetivo: dolo

A. Dolo directo u otro

“El delito de colusión es una infracción eminentemente dolosa. Un sector de la doctrina nacional, considera posible su comisión solo con una forma particular de dolo como es el dolo directo, en virtud de las características propias del tipo penal, lo que se infiere de la exigencia de conocer y querer los elementos “concertar”, “ilegalidad” y “fraude” que evidencian la intencionalidad del autor; señalándose asimismo que el concierto para defraudar, resulta impensable con dolo eventual”.(Mendoza, 2018).

Rojas citado por (Salinas, 2016) refiere que: “Se trata de un delito donde el dolo del funcionario o servidor público necesariamente deberá ameritar una intención defraudatoria a los intereses estatales, esto es, requerirá del dolo directo para poder perfeccionar la relevancia penal del supuesto hecho, dolo que además deberá existir en quienes sean imputados a título de cómplices”.

Castillo, citado por (Díaz, 2016) sostiene que: “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 concreta de la lesividad de la conducta respecto al perjuicio”.

Según Castillo citado (Díaz, 2016) afirma que: “Los alcances de su intervención en los actos concretos de contratación estatal, debiéndose acreditar cuestiones tales como si el autor conocía las circunstancias, la sobrevaluación, la mala calidad de los productos y otros supuestos, no siendo suficiente que el autor o partícipe intervenga objetivamente en el contrato estatal, es necesario que se pruebe su actuación en las maniobras colusorias y en el caso que se trate de probar su condición de cómplice, deberá demostrarse que conocía la sobrevaloración, la baja calidad de los bienes, su deterioro o que estos nunca ingresaron al almacén”. (Díaz, 2016).

“Al respecto, no compartimos la posición de Castillo, quien resalta el conocimiento de la capacidad de lesividad de la conducta respecto al perjuicio, el cual es un factor importante en la comisión de este ilícito, sin embargo, obvia destacar el conocimiento que debe tenerse sobre la concertación, la cual además constituye el principal elemento típico de la colusión desleal y es y debe ser la causa del consecuente perjuicio que se cause a la administración pública. Y sobre tal elemento no cabe otra clase de dolo más que el dolo directo”. (Díaz, 2016).

“En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha destacado la necesidad de que se pruebe el dolo de la concertación, de modo que, si no se llega a probar el conocimiento y la voluntad respecto al concierto desleal, no se configurará el delito de colusión desleal. Similar criterio se observa en la sentencia

de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Junín, del 12 de septiembre de 1996, en la que se establece que “al aprovechar un funcionario público su intervención en los procesos de adquisición de bienes y servicios (...) para concertar dolosamente, esto es, conscientemente y con voluntad, con los proveedores, de manera secreta y para defraudar al Estado, constituye delito de colusión desleal”. (Díaz, 2016).

“Se menciona también que el comportamiento doloso está sujeto al conocimiento de las diversas variables y condicionamientos del mercado, sin embargo existen situaciones en las que resulta sumamente difícil el conocimiento de la sobrevaloración de precios, así sucedió por ejemplo en la ejecutoria de fecha 20 de mayo del 2005 (Recurso de Nulidad N° 1070-2004) expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia la cual señaló lo siguiente: “Que, coadyuvando al dicho del procesado obran las pericias (...), que concluyen que la responsabilidad por la constatación de la calidad de los bienes adquiridos corresponde al Jefe del Almacén, quien era el servidor al cual le competía informar si dichos productos no cumplían con las condiciones necesarias. Y en cuanto a la sobrevaluación concluye que se trata de una irresponsabilidad de tipo administrativo, ante la inexistencia de un registro de proveedores en la institución agraviada, quienes debían presentar en forma permanente sus listas de precios debidamente actualizadas, ya que durante el periodo comprendido entre mayo y diciembre de mil novecientos noventa y uno el país pasaba por una inestabilidad económica como consecuencia del cambio de moneda, mal puede entonces, requerírsele al procesado un conocimiento cabal de los estándares del precio del mercado; de esta forma la inexistencia de estos documentos permiten aseverar que obra en autos duda respecto a la conducta desplegada por el procesado, duda que en aplicación del principio constitucional del in dubio pro reo, compele al juzgador a emitir sentencia absolutoria, por lo cual la resolución venida en grado se encuentra arreglada a Ley.”(Hermoza, 2016).

“Asimismo un sector de la doctrina extranjera considera que existe un elemento subjetivo adicional aparte del dolo, como es, el ánimo de lucro por parte

del sujeto activo, no obstante la doctrina peruana sostiene en unanimidad que el “ánimo de lucro” ya sea propio o ajeno, no es elemento del tipo penal, pese a que frecuentemente esté presente en el sujeto activo y sus colaboradores. De igual modo, se mantiene una opinión similar respecto al “ánimo defraudatorio”, exigido también por una parte de la doctrina extranjera. Pero bien, en atención a lo antes expuesto es menester precisar que no sólo es necesario un conocimiento respecto a la concertación, sino que es preciso el conocimiento efectivo de cada uno de los componentes de la tipicidad objetiva debido a que la falta de conocimiento de cualquiera de estos elementos conduciría a una cancelación de la punibilidad”. (Hermeza, 2016).

2.2.1.5.3 Bien jurídico protegido

“Todo desarrollo sistemático requiere como punto de partida su base fundamental de actuación, manifestada a través de la existencia del bien jurídico; en este sentido bien sostiene Donna, que la Constitución es la norma que contiene las decisiones valorativas fundamentales para poder elaborar un concepto de bien jurídico, previo a la Ley Penal, que sea obligatorio para ella. En relación a la base constitucional corresponde al Derecho Penal la protección de la sociedad frente a cualquier conducta dañosa que pueda poner en peligro el estado de derecho, por lo que sus fines están orientados a la protección preventiva de bienes jurídicos. Con relación al bien jurídico, para un sector de la doctrina lo que el legislador ha buscado proteger en el delito de colusión es el patrimonio administrado por la administración pública, abarcando en ella la legalidad del ejercicio funcional, para otro sector, el objeto de protección no puede basarse en un solo punto de vista, sino que este resulta múltiple: por un lado, preservar el patrimonio público, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que se desprenden de la función pública y el mantenimiento de la lealtad institucional. Finalmente, para otro sector de la doctrina regida bajo la línea funcionalista, los efectos de dicha prohibición no se encuentran amparados en la existencia de un perjuicio al Estado, sino que el sustento recae en el irregular desempeño funcional del funcionario público”.(Roca, 2014).

2.2.1.5.4 Estudio del bien jurídico en los delitos de colusión y negociación incompatible

2.2.1.5.4.1 Posiciones doctrinales en torno al bien jurídico protegido

“Los bienes jurídicos específicos de los delitos bajo estudio, la doctrina ha identificado diversos. En el caso de la colusión, un sector ha identificado como bien jurídico específico al patrimonio público puesto en riesgo en el marco de contrataciones estatales; el sector mayoritario, en cambio, considera al patrimonio

como uno de los bienes específicos a proteger, pero agrega que el tipo también protege los deberes de lealtad, la legalidad del ejercicio funcional, el carácter público de la función, entre otros. En cuanto al delito de negociación incompatible, la doctrina ha identificado diversos bienes jurídicos específicos, entre los que se encuentran: el deber de lealtad y probidad de los funcionarios, la imparcialidad, la preservación normativa de la administración pública, la imagen de la administración e incluso, el patrimonio del estado.”(Chávez, 2018).

2.2.1.5.4.1.1 La infracción de deberes funcionales

“El profesor García sostiene que los delitos contra la administración pública encuentran su fundamento en los deberes especiales atribuidos a los funcionarios públicos. De ello desprende, analizando el delito de colusión, que “el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio al estado o al sistema económico, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario público. Según el autor, el deber positivo específico que infringe el funcionario público en el delito de colusión consiste en “disponer del patrimonio estatal para la adquisición de los bienes o servicios necesarios de forma beneficiosa para el Estado, excluyéndose acuerdos con particulares que resulten perjudiciales para el Estado”. Desde su punto de vista, entonces, el tipo penal apunta a proteger el patrimonio del Estado, pero la relación normativa que da sentido a dicha protección es el mencionado deber de disponer del patrimonio en beneficio del aquel. Aunque el autor no ha trabajado el delito de negociación incompatible, se desprende de su argumentación que este también protegería un deber positivo específico que vincule al funcionario público con los fines del Estado”.(Roca, 2014)

“Perspectivas como la expuesta han sido materia de dos críticas que compartimos. En primer lugar, autores como Demetrio Crespo sostienen que “la infracción del deber se trata de un criterio meramente formal que nada dice sobre el contenido, y que carece por tanto de cualquier capacidad limitadora a la potestad punitiva del Estado”. Bajo la infracción de deberes funcionales, entonces, bien

podrían tipificarse conductas que deben ser protegidas por el Derecho Administrativo o que carecen de cualquier tipo de lesividad”. (Rojas, 2017).

“El segundo cuestionamiento ha venido de la mano de Octavio de Toledo y Ubieto. Para este autor, la postura expuesta “supone una visión del funcionario solamente en interés del Estado, de la administración, olvidando que la Administración justifica su existencia por la actividad que despliega en beneficio de los ciudadanos, de la sociedad, a la que no representa, sino que sirve. Sumado a estos cuestionamientos, Méndez Rodríguez ha puesto de relieve la dificultad que se plantearía para la sanción de particulares que participen en la comisión de delitos contra la administración pública. Si estos no forman parte de la relación normativa que da sentido a la protección penal, entonces no podrían ser sancionados a pesar de su colaboración en la conducta delictiva. ”.(Roca, 2014).

2.2.1.5.4.1.2 El correcto funcionamiento de la administración pública y su contenido: la actividad prestacional dirigida al interés público y la integración de principios de actuación.

“La doctrina peruana ha asumido mayoritariamente que el bien jurídico genérico o categorial que agrupa a los delitos contra la administración pública es el correcto funcionamiento de la administración pública. En ese contexto, entiende que en cada tipo penal deberá identificarse el/los bienes jurídico específicos (también denominados “objetos del bien jurídico directamente atacados”) pasibles de lesión o puesta en peligro. Por ejemplo, el correcto funcionamiento de la administración pública es un bien jurídico colectivo, genérico e institucionalizado constituido por diversas condiciones ideales o mínimas de funcionamiento del sistema público, orientados al logro de los fines del Estado. En un estudio reciente, el mismo autor agrega que el aseguramiento de la correcta marcha de la administración pública, implica entender a esta última como “aquel conjunto sistemático y eficiente de funciones y servicios públicos que el Estado proyecta a la sociedad, para construir Estado y para dar calidad de vida a los pobladores de la sociedad”. (Rojas, 2017).

“En línea similar, Reyna reconoce que la amplitud del bien jurídico requiere que en sede penal se identifiquen bienes jurídicos específicos en cada tipo en particular. Para el autor, del correcto funcionamiento de la administración pública pueden desprenderse aspectos de muy variada índole, entre ellos, la regularidad (continuidad) y desenvolvimiento normal del ejercicio de la función pública, el prestigio y dignidad de la función pública, el prestigio y honradez de los funcionarios o servidores públicos y la protección del patrimonio del Estado; sin embargo, no todos estos aspectos reciben protección jurídico-penal”.(Minaya, 2015).

“Salinas, en igual sentido, considera que los delitos contenidos en el Título XVIII del Código Penal Peruano buscan proteger penalmente el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública orientada al logro del bien común, añadiendo que en cada tipo penal deberá identificarse un bien jurídico específico”.(Bendezú, 2015).

“Para Abanto, el correcto funcionamiento de la administración pública, entendido como los servicios que distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos, encuentra correlato con el concepto de Estado Social y Democrático de Derecho en el que debe enmarcarse el Derecho Penal. A su parecer, la intervención penal debe ceñirse al aspecto servicial de la administración y no a sus asuntos de índole o manejo interno. Como el resto de los autores citados, Abanto considera que debe identificarse un bien jurídico específico en cada delito”.(Hermoza, 2016).

“Con ello, la definición de correcto funcionamiento de la administración pública se identifica como un concepto amplio e incluso, multidimensional, motivo por el cual se hace necesario que esta ratio legis se materialice en bienes jurídicos específicos. En cuanto a la definición de la razón del legislador, los autores la identifican con la actividad prestacional o servicial del Estado y su búsqueda del interés público”.(Roca, 2014).

“De esta forma, en concordancia con la doctrina extranjera, se ha establecido que al Derecho Penal le importa la actividad prestacional que desarrolla

la administración pública en cuanto organización vicaria; es decir, “subordinada al servicio de la comunidad, en relación con la consecución de los intereses generales previamente definidos, que pasan a constituir el objeto y finalidad propios de esta”, derivándose de ello, que el Derecho Penal no podrá intervenir para la protección de la administración en sí misma. Cabe señalar que de un tiempo a esta parte, un sector minoritario de la doctrina peruana apunta a caracterizar este bien jurídico categorial recurriendo además a principios de actuación propios de la administración pública. Probablemente esta tendencia tenga que ver con la influencia de la doctrina y jurisprudencia española que integra los principios reconocidos en la regulación constitucional de ese país. Recuérdese que de acuerdo al artículo 103° numeral 1) de la Carta de 1978, “la administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. (Vásquez, 2015).

“De esta disposición constitucional, la doctrina española ha entendido que “el bien jurídico general protegido en los delitos del título XIX CP es el buen funcionamiento de la administración pública, entendido como la imparcialidad, legalidad y objetividad, o atención a los intereses generales de la sociedad en la actuación administrativa (aquí lo fundamental es la relación entre el funcionario y ciudadanos o administrados), en conexión con lo establecido por los arts. 103° y 106° de la Constitución española”. De esta forma, el correcto funcionamiento de la administración pública no sólo requiere que la actividad prestacional o servicial del Estado se dirija a la obtención del interés público, sino que en ese camino, aquella deberá respetar ciertos principios de actuación reconocidos en la Constitución”.(Bendezú, 2015).

“Al respecto, Rodríguez ha destacado la importancia de tres cuestiones: el servicio a los intereses generales de la administración pública, el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y la consagración del principio de objetividad en el cumplimiento de sus fines. En su opinión, el Derecho Penal debe intervenir frente a conductas que vulneren los principios de legalidad y objetividad mas no para

vulneraciones a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, de carácter estrictamente organizativo”.(Mendoza, 2018).

“Por su parte, para el Tribunal Supremo Español “el bien jurídico protegido es el recto y normal funcionamiento de la administración, con sujeción al sistema de valores instaurado en la CE y en consideración a los arts. 103° y 106° que sirven de punto de partida para cualquier actividad administrativa”. (Mendoza, 2018).

“A partir de lo anterior, el Tribunal Supremo ha enfatizado en las STS 25 mayo 1992 y STS 14 julio 1995 que “el bien jurídico recto y normal funcionamiento de la administración pública- con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución, obliga a tener en consideración los artículos 103° y 106° de dicho texto fundamental, que sirve de plataforma esencial a toda actuación administrativa, estableciendo el primero la obligación de la administración pública de servir con objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo al mismo sometimiento al principio de legalidad de la actuación administrativa y de esta a los fines que la justifican”.(Trujillo & Salazar, 2018).(Sanz, 2016).

“En Perú se ha planteado la caracterización del correcto funcionamiento de la administración pública a través de ciertos principios de actuación a pesar que estos no han sido especificados en la Constitución. Guimaray Mori sostiene, por ejemplo, que “el bien jurídico de relevancia penal en los delitos del Título XVIII del Código Penal es la “correcta administración pública”, entendida como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales”. (Mendoza, 2018).

“Aunque los artículos 39° y 44° de la Constitución Peruana no hacen alusión expresa a la objetividad y la legalidad como principios que guían la actuación de la administración pública, el autor los incorpora a su definición del bien jurídico. Entendemos que ello es así porque la administración pública no puede desarrollar

correctamente su actividad prestacional si escapa de estos principios. La lógica nos hace intuir que incluso si la actividad realizada por el Estado beneficia a los ciudadanos, este beneficio no puede obtenerse a toda costa. No sería legítimo o por lo menos coherente, que un Estado plantee una lucha frontal contra la corrupción pero con el argumento de beneficiar materialmente a la población, realice prácticas deshonestas para la obtención de aquellos beneficios”. (Sanz, 2016).

“Recientemente, Novoa ha integrado principios de actuación en la definición del bien jurídico categorial identificándolo con el principio de buen gobierno. Para la autora, este principio se depende del artículo 39° de la Constitución peruana; según el cual, todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación; así como, del artículo 44°, que contempla como deberes primordiales del Estado, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”.(Córdova, 2018).

“El principio de buen gobierno implica “el adecuado y responsable ejercicio del poder y del cumplimiento de los deberes de función estatal, garantizando la realización de los derechos humanos y la protección del interés público, proveyendo marcos institucionales transparentes y participativos para el eficaz funcionamiento del aparato estatal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, como medio para asegurar el desarrollo de todos los miembros de la sociedad en condiciones dignas y de igualdad”.(Bendezú, 2015).

“Según la autora, del principio de buen gobierno se derivan una serie de sub-principios, entre los cuales se encuentran la corrección, transparencia, participación, rendición de cuentas y eficacia que pueden ser bienes jurídicos específicos de cada tipo de corrupción, entonces, no basta calificar al correcto funcionamiento de la administración pública como una actividad correcta y legal pues la corrupción supone la vulneración de las obligaciones provenientes del buen gobierno”.(Hermeza, 2016).

2.2.1.5.4.1.3 Excursus: La atribución de contenido al correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico único

“Conviene señalar que el profesor Castro ha publicado un libro titulado “Corrupción en la contratación pública en Europa”. En su texto, aborda el injusto típico de diversos delitos contra la administración pública que considera pueden ser practicados en el marco de un procedimiento de contratación. El autor considera que los delitos materia de su estudio no protegen un bien jurídico genérico o categorial y un bien jurídico específico. A su parecer, si sólo este último puede ser lesionado o puesto en peligro, entonces debe ser considerado bien jurídico del delito; mientras el primero se convierte en mera razón de la tipificación de aquel”. (Vásquez, 2015).

“Castro sostiene que el auténtico bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la administración pública entendido bajo los lineamientos del artículo 103º numeral 1) de la Constitución Española. Es decir, la actividad prestacional de la administración pública resultará óptima sólo cuando se respeten los principios contenidos en la Constitución y se persiga el interés público”.(Castillo, 2016).

“Desde este planteamiento de base constitucional, el autor pretende dotar de contenido penal al bien jurídico. Con ello, busca demostrar que el correcto funcionamiento de la administración pública, a pesar de ser un bien jurídico colectivo, puede ser lesionado o puesto en peligro. En otras palabras, no sería necesario que además de este se identifique un bien jurídico inmediato o intermedio en cada tipo penal. Ciertamente, desde el Derecho Administrativo se distinguen principios de organización y principios sustanciales de la administración pública. Los primeros tienen impacto dentro de la propia administración y permiten que ésta funcione internamente; los segundos, en cambio, tienen un impacto externo, por lo que inciden en la relación administración-administrados, que es la que interesa al Derecho Penal. Dentro de estos últimos se encuentran la legalidad, objetividad y eficacia”.(Vásquez, 2015).

“Con esta delimitación de principios, el autor analiza la lesividad de las conductas propias de los delitos contra la administración pública señalando lo siguiente”:

- “Frente a los delitos cuyo injusto se centra en la violación del principio de objetividad, la administración pública será lesionada cuando se haya proferido una actuación administrativa que viole este principio, mientras que será puesta en peligro si esta actuación no se produce pero la conducta del sujeto activo tiene la aptitud de generarla”.(Hermoza, 2016).

(...)

- “Frente a los delitos cuyo injusto se centra en la violación del principio de legalidad (prevaricación y conductas que tipifican las irregularidades en los procesos de contratación en Colombia, México y Brasil), todos ellos lesionan de manera efectiva la administración pública, pues requieren para su comisión una actuación administrativa que afecte el principio de legalidad”.(Hermoza, 2016).

(...)

- “Frente a los delitos cuyo injusto se centra en la violación del patrimonio público como presupuesto para la eficiencia de la administración pública es necesario distinguir, pues mientras que en la malversación se requiere una lesión del patrimonio público a través de una actuación administrativa y por tanto se trata de un delito de lesión, en el fraude funcional solamente se requiere la concertación o el desarrollo de un artificio por el funcionario público, por ello solamente se pone en peligro el patrimonio público.”(Hermoza, 2016).

“Sin embargo, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico se identifica con la lesión o puesta en peligro de los principios que lo integran. Entonces, cabe preguntarse para qué referirse al primero si lo realmente determinante son los principios sustanciales de la administración pública”.(Hermoza, 2016).

“Esta constatación acarrea además otro inconveniente: la diferencia siempre compleja entre el ámbito administrativo y penal respecto de la actuación de la administración pública. Como se dijo, un primer límite al Derecho Penal radica en la imposibilidad de sancionar conductas vinculadas a la relación administración-funcionarios. Sin embargo, el derecho administrativo bien puede sancionar conductas referidas a la actuación servicial de la administración para con los administrados, y es ahí cuando se producen conflictos con el ámbito penal”.(Vásquez, 2015).

“Al respecto, el autor ha señalado que la determinación de la relevancia penal de la conducta requiere el examen de imputación objetiva. Si se trata de conductas que han creado un riesgo prohibido para el bien jurídico, se estará ante un delito dependiendo de la descripción del tipo; por el contrario, si la conducta encaja en alguno de los supuestos de ausencia de creación de un riesgo prohibido, será atípica”.(Chávez, 2018).

“No obstante, estos criterios no ayudan a determinar las diferencias en el caso concreto. En realidad, infracciones administrativas y delitos implican la creación de un riesgo prohibido para el bien jurídico, que en el caso de esta propuesta, está representado por los principios de legalidad, objetividad y eficacia”.

“El autor sólo ha propuesto una diferencia clara en este ámbito: el principio de objetividad. A su consideración, aquel permite que las decisiones administrativas se ajusten a la norma y no a motivaciones personales. De ello deduce, que la protección de este principio le interesa al Derecho Penal a diferencia de lo que sucede con el principio de imparcialidad”. (Chávez, 2018).

“Este último obliga a que los funcionarios actúen sin la intención de beneficiar intereses distintos a los de la administración pública o en perjuicio de esta; por ello, se trataría de un principio vinculado al funcionamiento interno de las instituciones y su protección le compete al Derecho Administrativo. Finalmente, con esta propuesta queda la duda de cómo resolver el conflicto entre principios. Bien puede suceder que en la búsqueda de la eficiencia de la administración pública

se lesione el principio de legalidad o imparcialidad, o viceversa, que alguno de ellos sea óbice para el desarrollo eficiente de las actividades públicas”. (Chávez, 2018).

2.2.1.5.4.1.4 Los bienes jurídicos específicos identificados en los delitos de colusión y negociación incompatible

“La doctrina peruana ha identificado unánimemente como bien jurídico categorial de los delitos contra la administración pública a la actividad prestacional dirigida al interés público o, en versión más reciente, le ha añadido principios de actuación. Con ello, ha procedido a identificar diversos bienes jurídicos específicos en los delitos de colusión y negociación incompatible, que pasamos a revisar”.(Díaz, 2016).

2.2.1.5.4.1.5 El patrimonio público como bien jurídico específico del delito de colusión

“Castillo, el bien jurídico protegido por el delito de colusión es el patrimonio estatal, pero no frente a cualquier ataque, sino frente a comportamientos defraudatorios entre funcionarios públicos y particulares, interesados en procedimientos de contratación del estado. A consideración del autor, hacer referencia al mero patrimonio del Estado es una premisa que peca de genérica, pues delitos como el peculado o la malversación tutelan el mismo bien jurídico. Por ello, enfatiza que “la particularidad del delito de colusión ilegal reside en el hecho de que la protección del patrimonio estatal se produce a partir de la tutela de la contratación administrativa, u otros modos de contratación (civil, laboral, comercial, etc.) de naturaleza económica, en la que se proscribe toda forma de concertación, acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación (perjuicio) al Estado. Castillo desprende que el delito no protege el patrimonio estatal fuera de la concertación que se realiza en el marco de un procedimiento de contratación. Finalmente, añade que “no se protege solo el proceso de contratación del Estado entendido como gasto público o erogaciones presupuestales. También se tutela cuando la concertación y defraudación recae en

los casos donde el estado ingresa al mercado de bienes y servicios para prestar un servicio o enajenar un bien, ya sea que se alquile, venda, permite o se entregue en concesión”. (Díaz, 2016).

“La definición presentada por Castillo, asume en parte la posición de la doctrina española mayoritaria, aunque esta no tiene mayor problema en identificar como bien jurídico específico del delito de fraude al patrimonio estatal. Como señaláramos en el Capítulo 1, el delito de colusión fue modificado tomando como base el delito de fraude contenido en el artículo 436° del Código Penal Español, que sanciona a “la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público”.(Salinas, 2016).

“Mir Puig identifica como bien jurídico específico del delito al patrimonio de un ente público Etxebarria Zarrabeitia, por su parte, remarca que “el artículo 436° recoge conductas de fraude contra el patrimonio público realizadas “desde dentro” del ente público, precisamente por quien tiene la obligación de actuar en nombre y en interés del mismo”.(Minaya, 2015).

“Aunque rechaza al patrimonio estatal como bien jurídico protegido por el delito de colusión, incluiremos en este grupo la posición de Guimaray, por vincular el bien jurídico al manejo de los recursos públicos. El autor parte de la siguiente premisa: el patrimonio estatal no merece protección mayor o especial frente al patrimonio de cualquier ciudadano, por ello, la colusión no puede tenerlo como bien específico protegido”.(Rojas, 2017).

“En realidad, sostiene, “el bien jurídico específicamente protegido en el delito de colusión desleal es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este”. (Minaya, 2015).

“Ello sería así, porque “la administración de recursos del Estado se ve reflejada en la entrega de servicios públicos. Estos 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 ciudadanos”.(Chávez, 2018).

2.2.1.5.4.1.6 La diversidad de bienes jurídicos protegidos por el delito de colusión

“La doctrina peruana ha entendido mayoritariamente que el delito de colusión no protege un único bien jurídico. Junto con el patrimonio estatal, se han identificado otros bienes específicos, convirtiendo al delito de colusión en un delito pluriofensivo. Para Rojas, el delito de colusión tiene por finalidad “conminar a los funcionarios y servidores públicos a que observen el rol especial que han asumido en los negocios, contrataciones y demás operaciones en los que participan a nombre del Estado y de dicho modo aseguren los intereses patrimoniales de la administración pública”. (Chávez, 2018).

“De lo anterior, el autor deriva que el objeto de tutela penal en el delito de colusión es múltiple e identifica los siguientes intereses: preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones que a nombre del Estado efectúan los negociadores oficiales; garantizar la intangibilidad de los roles especiales inherentes a la función pública; y, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional”.(Díaz, 2016).

“Para Vásquez, “el objeto del bien jurídico directamente atacado tiene evidentemente un contenido patrimonial. Es decir, se atenta contra el patrimonio administrado por la administración pública en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado. También interesa proteger la legalidad del ejercicio funcional. Y por último, como la colusión del

funcionario usualmente tendrá por motivación un soborno, también se quiere mantener el carácter público de la función”. (Salinas, 2016).

“Por su parte, Cáceres y Carrión citado por (Salinas, 2016) : “Considera que la colusión comprende dos bienes jurídicos: uno responde a un criterio cualitativo (infracción de deberes funcionales) y el otro, a un criterio cuantitativo (afectación al patrimonio del Estado). Por ello, sostienen que “la base sobre la cual se materializa el delito de colusión es el patrimonio del Estado, cuya defraudación o no, además ocasionará, ya sea, una falta de lealtad institucional, un irregular desempeño funcional, o una falta de legalidad del ejercicio funcional, o, en su caso, el incorrecto desempeño del funcionario en el campo de acción de sus actividades”. (Salinas, 2016).

“Salinas expresa, inicialmente, que el bien jurídico específico del delito de colusión se encuentra en “la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores público”.(Salinas, 2016)

2.2.1.5.4.1.7 El bien jurídico en la jurisprudencia peruana

“Para la jurisprudencia peruana, los delitos contra la administración pública poseen un bien jurídico categorial que aglutina todos los tipos contenidos en el Título XVIII del Código Penal; a su vez, reconoce que en cada tipo deberá identificarse un bien jurídico específico. El Poder Judicial, a través de sus distintas instancias, ha identificado como bien jurídico categorial al correcto funcionamiento de la administración pública. Refiriéndose al delito de cohecho ha señalado, por ejemplo, que “el interés a cuya protección se ha tipificado el delito, en términos genéricos, es el funcionamiento normal de la administración, que puede verse amenazado por la sola existencia de venalidad”. (Roca, 2014).

“Haciendo alusión al delito de enriquecimiento ilícito, se ha identificado como bien jurídico categorial a la administración pública, definiéndola en base a las múltiples dimensiones que abarca: “ejercicio de funciones y servicios públicos,

observancia de los deberes de cargo o empleo; continuidad y desenvolvimiento normal del ejercicio; prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes; y protección del patrimonio público, de los símbolos y distintivos estatales.”(Hermoza, 2016).

“Por su parte, respecto al delito de peculado se ha sostenido que “siguiendo a la doctrina y partiendo de la protección penal del título, puede decirse que el objeto de tutela es la regularidad y eficiencia de la función pública, concebida en su sentido más extenso. A la identificación del bien jurídico categorial hecha por el Poder Judicial, debe agregarse la posición del Tribunal Constitucional Peruano, que a través de la Sentencia de Inconstitucionalidad N° 00017-2011-PI/TC se ha referido a los fines de índole constitucional que sustentan la persecución de los delitos contra la administración pública”.(Córdova, 2018).

“Al respecto, partiendo de considerar que desde el Derecho Penal la persecución de estos delitos se fundamenta en el correcto funcionamiento de la administración pública, ha establecido que “de modo genérico los delitos contra la administración pública 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.”(Vivanco, 2018).

“Pasando a la identificación de los bienes jurídicos específicos, el Poder Judicial ha postulado diversos bienes para el delito de colusión. Se ha señalado, por ejemplo, que “el bien jurídico tutelado por la norma penal es la actuación conforme al deber que impone el cargo y asegurar la imagen institucional, por parte de funcionarios o servidores públicos”. (Sanz, 2016).

“De otra parte, se ha identificado al patrimonio como bien jurídico específico. Al respecto, se ha señalado que “el bien jurídico protegido en dicho delito, concretamente, es el patrimonio administrado por la administración pública”

y, en otros casos se ha añadido que la colusión “busca proteger el patrimonio del estado cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al estado, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real a la administración”.(Sanz, 2016).

“Se ha señalado también que el delito de colusión protege “el desarrollo de la administración pública, que se ve afectada cuando el funcionario infringe los deberes de lealtad, probidad e imparcialidad que deben guardar en la gestión de la función pública”.(Díaz, 2016).

“Desde otra perspectiva, se ha considerado que en el delito de colusión “el bien jurídico tutelado lo encontraríamos en la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, expresado en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales de parte de los funcionarios o servidores públicos. Este razonamiento, expuesto por la Sexta Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima en julio del 2013, se basa -según ella misma explica- en tres –de entre otros- criterios reiterados por la Corte Suprema de Justicia del Perú a lo largo de su jurisprudencia, que la resolución extrae de dos sentencias específicas”.(Mendoza, 2018).

“En primer lugar, el Recurso de Nulidad N° 2029-2005 de 24 de mayo del 2006, en el que la Corte Suprema establece que el bien jurídico tutelado en el delito de colusión es la actuación conforme al deber que importa el cargo y el aseguramiento de la imagen institucional. En segundo lugar, de la Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente N° 1296-2007 de 12 de diciembre de 2007, en la cual, la Corte expresa que el bien jurídico tutelado en el delito, se constituye en el patrimonio administrado por la administración pública”.(Trujillo & Salazar, 2018).

“Por su lado, el Tribunal Constitucional ha señalado que el bien específico protegido por el delito de colusión es “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 (Artículo 76° de la Constitución). En este

sentido, la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal (Artículo 384° del Código Penal) tiene por objeto proteger estas condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores.”(Mendoza, 2018).

“En el caso del delito de la negociación incompatible, alguna sentencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, “si bien el referido tipo penal está comprendido entre los delitos contra la administración pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos que intervienen, directa o indirectamente”.(Bendezú, 2015).

“Para la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, en cambio, “el objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado) que anteponen sus intereses a ella. Consecuentemente, lo que se incrimina es el peligro determinado por el interés particular que compromete los fines exclusivos de la administración”.(Hermosta, 2016).

“El bien jurídico protegido en este delito está constituido por el interés del estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En este sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la administración pública- y en sujeción a los intereses públicos”.(Roca, 2014).

2.2.1.6 Fundamentos políticos criminales

“El delito de colusión ilegal busca sancionar a los funcionarios públicos que concertan con los interesados en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas, u otra operación en la que interviene en razón de su cargo o comisión especial. El ámbito de cobertura de la infracción es prohibir los

comportamientos defraudatorios de naturaleza patrimonial cometidas en el ejercicio de un cargo. La frecuencia de su aplicación 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 ha aumentado de manera paradigmática peor aun cuando las diversas entidades del Estado para cumplir sus necesidades y la finalidad a la que atienden se ven obligados a salir al mercado, exigiendo la prestación de bienes y servicios. Ello ha llevado, incluso, a la aparición de una especialidad denominada el derecho de contratación administrativa”.(Salazar & Calixto, 2018).

“También influye en la proliferación del delito el incremento decisivo de la actividad empresarial del estado, el aumento considerable de obras públicas y la aparición de nuevas actividades económicas en las que participa el Estado. El objetivo político criminal de esta infracción es sancionar al funcionario que defrauda los intereses del estado en una operación económica determinada. El modo comisivo es la concertación con los interesados. 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, suministros, licitaciones, concursos de precios subastas, u otra operación semejante. La norma busca evitar que los funcionarios se coludan con los particulares que ofrecen bienes y/o servicios al estado en detrimento del patrimonio o de los intereses económicos patrimoniales de éste. Desde el punto de vista preventivo general se aspira que los funcionarios solo velen y 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 pertenecen. Se trata de un comportamiento que atenta contra el patrimonio del fisco desde dentro de la organización estatal, dado que es realizado por funcionarios públicos que deben actuar en representación de la entidad pública”. (Aquino, 2018).

“Las cuotas y posibilidades de la lesión del patrimonio estatal 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 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 de manera directa; de allí que se valgan de agentes públicos para obtener beneficios del patrimonio. Son estos malos funcionarios los que finalmente los terminan favoreciendo”.(Minaya, 2015).

“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 respectiva atención que despierta por parte de los Tribunales de Justicia”.(Rojas, 2017).

“En el Perú a diferencia de otras latitudes en donde expresamente se reconoce la escasa aplicación práctica del delito, o de figuras similares por parte de la judicatura los fraudes en la contratación estatal adquieren cuotas notablemente elevadas lo que demuestra una realidad criminológica bastante cruda y clara en cuanto a la proclividad de los funcionarios para afectar el patrimonio del Estado valiéndose del concierto con los proveedores de bienes del Estado. Asimismo, es destacable la ineficiencia de los actos de control por parte de las agencias encargadas y fundamentalmente las enormes pérdidas económicas del erario público, situación que reviste una particular característica si es que se contempla los escasos recursos del Estado Peruano y la limitación de medios que dispone. Una posición de política criminal judicial debería llevar a las agencias de control estatal en especial el Ministerio Público y el Poder Judicial a ser conscientes del 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 concertación 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, imponer penas privativas de la libertad efectivas o aumentar las reparaciones civiles”.(Rojas, 2017).

“Si bien se entiende que en el delito de colusión se afecta el patrimonio estatal dicha afectación se concreta normalmente a la vulneración de la partida presupuestal asignada a una determinada entidad pública. El patrimonio estatal, entendido de manera abstracta y general, solo se ve afectado en razón que el comportamiento incide en el patrimonio de la institución u órgano público al que se le asigna un determinado presupuesto o una específica cantidad de dinero o de bienes”.(Vásquez, 2015).

“Por otro lado, si bien todos 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 del encargo o la delegación normativa que reciben por Ley o de otro funcionario desde que asumen el cargo; hay funcionarios que por la concreta función que desempeñan en una situación ya sea porque deriva de su propio cargo o de una comisión especial – se encuentran ante una obligación jurídica normativa reforzada de custodiar y proteger los intereses patrimoniales del Estado cuando intervienen en determinados negocios jurídicos [contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante] que suponen la contratación de bienes y servicios. 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 ostentan un deber jurídico intensificado de proteger los intereses y el patrimonio del Estado al negociar con particulares, con personas jurídicas sean de derecho público o privado, nacionales o extranjeras vigilando los acuerdos más convenientes y útiles, tanto en precio y en calidad, para la entidad a la que representan”.(Salazar & Calixto, 2018).

2.2.1.6.1 La política criminal en relación a los delitos contra la administración pública

“Los comportamientos lesivos por los agentes públicos contra la administración pública, ha estado caracterizada por una especial política de control penal relativamente constante, desde la dación del primer código punitivo nacional (1863). Hasta el presente ha sido una escasa criminalización y baja penalidad con tendencia a un leve endurecimiento represivo en los quantums de penas para determinados delitos. El endurecimiento de la pena se ha registrado últimamente en este tipo de delitos, incrementando los extremos mínimos y máximos de la pena privativa de libertad y en otros casos ha agregado circunstancias de mayor injusto a los tipos penales, en base a la gran corrupción de los funcionarios públicos”.(Aquino, 2018).

“Montoya indica que aquellas modificaciones que se dan en los delitos contra la administración pública, como las que se han dado en la Ley N° 29703, no deben apuntar al endurecimiento de las penas ni mucho menos pretenden incidir en el sentido de los supuestos de hecho de las figuras delictivas, lo cual a la larga producirán efectos negativos a la lucha contra la corrupción: no solo para aquellos actos de corrupción a posterior, también para los que han ocurrido con anterioridad a la vigencia de la misma. Bajo esta última afirmación sobre la incidencia en los supuestos devendría en la despenalización de ciertas conductas, lo cual alentaría a los procesados a recurrir al principio constitucional de retroactividad de la Ley Penal más favorable; de esta manera se acogerían a la nueva norma que considera que su actuar no es relevante penalmente y no habría sanción alguna; punto que no comparto en su totalidad considerando la realidad jurídica peruana que, no se encuentra preparada para la despenalización de conductas, debiéndonos centrar en la prevención de delitos y la reparación del daño del bien jurídico. Algo que se debe agregar es que el endurecimiento de las penas no es sinónimo ni señal de una correcta política criminal de prevención, ya que no ataca el núcleo del problema que es la conducta en sí, solo crea una disconformidad entre pena y delito. Nuevamente, la minimización de los efectos negativos de este tipo de reformas se encuentra, sobre todo, en manos de los operadores del sistema de justicia (jueces y fiscales). Son ellos los que pueden mantener una interpretación óptima de los tipos

penales relacionados con la administración pública y así evitar espacios de impunidad en el futuro y en los procesos por corrupción en curso”. (Sanz, 2016).

“A su vez, el endurecimiento de la pena de privación de libertad iría contra los fines del Derecho Penal, debido a que podría dar lugar a la vulneración de varios aspectos, tanto del principio de proporcionalidad como del principio de humanización de las penas y, a su vez, del principio de resocialización de la pena privativa de libertad. En la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano se acordó en su V Encuentro la “exclusión de penas privativas de libertad de larga duración o perpetuas, así como de excepciones al límite superior general de la pena en base a la previsión de circunstancias agravantes particulares”.(Minaya, 2015).

“Es por este motivo que este grupo de delitos merece especial atención en cuanto afectan tanto al desarrollo de la sociedad como a sus integrantes. Sin embargo, su regulación se encuentra dispareja en varios aspectos: mientras algunos delitos se encuentran marcados por una excesiva pena que no concuerda con el delito, otros están redactados de tal manera que raya la generalidad, lo cual demuestra tendencias a favorecer a los posibles sentenciados o a una pena altísima que no concuerdan con el delito. Una mayor pena no resulta en la reparación del daño causado, debiendo este ser un objetivo a la par que se castiga el delito y claramente no permite ejercer un mayor control de la criminalidad al cual solo le da la apariencia; siendo así que la protección que merece el patrimonio público, el que administra el funcionario de acuerdo al principio constitucional de eficacia, queda desperdigada y solo se cumple en parte el objetivo”. (Aquino, 2018).

“Una política criminal, basada en ciencias correlacionadas al tema, debe atacar cada momento de la criminalidad a fin de disminuir o eliminar aquellas actividades lesivas contra el equilibrio de la sociedad. Con ese fin en mente, no solo debemos desarrollar una política criminal basada en nuestra normativa, debemos tener en cuenta que hay tanto tratados como grupos internacionales especializados

en el tema de combatir la corrupción pública; considerando que no solo afecta a nuestro país y puede afectar a otros países en el proceso”.(Aquino, 2018).

2.2.1.7 Estructura del delito

2.2.1.7.1 Elementos típicos del delito de colusión

“El delito de colusión alude a dos elementos normativos esenciales: la concertación y la defraudación. Ciertamente, el tipo base sanciona al funcionario que se concierta para defraudar; mientras la agravante sanciona al funcionario que defrauda patrimonialmente al estado”.(Díaz, 2016).

2.2.1.7.1.1 Concertación

“El concepto de concertación en la jurisprudencia peruana ha oscilado en torno a su consideración como un “acuerdo ilícito”. Ciertamente, se le ha definido como el “acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito con perjuicio de un tercero” y en sentido similar, se le ha considerado un pacto “subrepticio y no permitido por la Ley, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados y de los principios que informan la actuación administrativa”.(Hermeza, 2016).

“Al mismo tiempo, una noción un poco más normativa considera que “cuando se hace alusión a una concertación anclamos en un concepto privativo de la codelinquencia, cuando dos o más personas pactan realizar un acto antijurídico, dirigido a lesionar o poner en peligro un bien jurídico penalmente tutelado. De acuerdo ilícito o antijurídico se fundamenta en el incumplimiento de deberes encomendados al funcionario, en la búsqueda de un fin distinto al público o en la vulneración de un bien jurídico que podría ser el patrimonio público, el correcto funcionamiento de la administración pública, la fidelidad del funcionario para con la administración u otro, en tanto la jurisprudencia peruana no ha establecido.

Además de ello, las sentencias revisadas parecen requerir ciertas características para que el acuerdo sea típico, entre ellas, que se trate de un pacto subrepticio, oculto o clandestino y que implique maniobras de engaño”.(Rojas, 2017).

“En la doctrina nacional también se reconoce que la concertación requerida por el tipo implica un pacto ilícito. Dicha característica se deriva del perjuicio a los intereses estatales perseguido por el funcionario público y el particular. La licitud del acuerdo, pero como en la posición citada, consideran que la concertación propia del delito de colusión sanciona “toda negociación entre las partes (el Estado y los particulares) de manera tal que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado”. (Roca, 2014).

“A su vez, algún sector de la doctrina considera que la concertación debe realizarse subrepticamente y a través de maniobras de engaño. Sobre este último punto, algunos autores consideran que no puede requerirse el engaño porque el tipo penal peruano, a diferencia del español, no hace alusión al uso de un artificio distinto a la concertación. Desde otra óptica, Castillo Alva cuestiona la necesidad de este elemento pues considera que dicha posición confunde la realización de negociaciones contra los intereses estatales con la ejecución de un acto engañoso”(Salinas, 2016).

“En cuanto a la doctrina española, siguiendo el precedente establecido en las Sentencias del Tribunal Supremo del 2 de febrero de 1994, 14 de mayo de 1994 y 16 febrero de 1995 entiende por concertación el acto de ponerse de acuerdo. Se ha establecido que la concertación implica el acuerdo de voluntades entre el funcionario y la persona interesada, con la finalidad de defraudar al ente público. De ello se ha derivado que se trata de un delito de participación necesaria “en el que preceptivamente deben intervenir dos sujetos, llevando a cabo cada uno de ellos una conducta distinta, pero tendente a la obtención de una misma finalidad, en este caso, defraudar a cualquier ente público”. (Salinas, 2016).

“A partir de ello, la doctrina española ha entendido que la concertación se constituye en un medio específico para defraudar al Estado, mientras la alusión del tipo a cualquier otro artificio es una cláusula abierta que ha sido interpretada por

algunos, como el despliegue de cualquier medio engañoso, maquinación o simulación; mientras otros, consideran se trata de toda maniobra fraudulenta o engañosa del funcionario siempre que ésta no requiera la intervención del particular beneficiario de la misma”.(Vivanco, 2018).

“Con este panorama conviene poner en orden algunas ideas. En primer término, la concertación requerida por el artículo 384° del Código Penal Peruano sanciona, sin duda, al acuerdo entre el funcionario público y el particular siempre que se realice para defraudar al Estado. Consideramos que la concertación que pone en peligro el bien jurídico es el pacto parcializado del funcionario a favor de los intereses propios o del particular pero en ningún caso de la administración pública. En esa medida, más que de una concertación ilícita debe hablarse de una concertación parcializada en contra de los intereses de la administración pública. A partir de ello, se ha defendido que “la concertación, al exigir una conjunción de voluntades o pacto, se erige en un delito de participación necesaria” o de encuentro, toda vez que tanto el funcionario como el particular se ponen de acuerdo para defraudar al Estado”. (Díaz, 2016).

“Ahora bien, un segundo punto que debemos analizar es si dicho pacto parcializado debe realizarse de manera clandestina y si implica maniobras de engaño. Al respecto, nos parece absolutamente posible que la concertación sea llevada a cabo sin ningún tipo de clandestinidad, y es que, como ha apuntado una reciente sentencia, la concertación puede ser “conocida o pública dentro de la entidad estatal o el circuito económico”.(Hermoza, 2016).

“En realidad, lo importante de la concertación típica de la colusión es que a través de ella se persiga defraudar al Estado o se le defraude patrimonialmente, en el caso de la agravante del tipo”. (Díaz, 2016).

“En cuanto a que la concertación requiere maniobras de engaño, queda claro que dicho requerimiento no se deriva de la descripción típica del delito, como sí sucede en el caso del Código Penal Español. En esa medida, exigir elementos no especificados para la configuración del tipo, vulnera el principio de legalidad penal.

“Ciertamente, para Abanto es imaginable que la defraudación sea producto de una gama de conductas que no se reducen a la concertación, tal como, “cualquier

maquinación, simulación o engaño que tenga por objeto defraudar”; sin embargo, nuestro tipo penal no hace alusión a la cláusula abierta que posee el delito de fraude español, por lo que no puede ser exigida. Por lo demás, cabe señalar que si es el funcionario con capacidad de decidir el que acuerda con un particular su favorecimiento en un contrato público y al mismo tiempo, es quien se lo concede, resulta difícil pensar que ha existido alguna maniobra engañosa. Si desde otra perspectiva, se apunta a que más allá de la concertación dada entre funcionario y particular, el primero realiza maniobras de engaño ante otro funcionario a fin de que se beneficie al particular pero no al ente público, consideramos que estos podrían constituir indicios de la concertación típica de la colusión o de otro delito, como la negociación incompatible”. (Chávez, 2018).

“En esa medida, si nos encontramos frente a la elevación del precio de la contraprestación privada, la aceptación de bienes o servicios de menor calidad, el otorgamiento de un reintegro a los privados, la formulación de precios simulados sobrevaluados o subvaluados-, etc., todo ello sin ninguna justificación estaremos frente a indicios como estudiaremos más adelante de una concertación parcializada contra los intereses públicos. Cabe señalar, a fin de ir terminando este punto, que en la jurisprudencia y doctrina peruana se viene discutiendo si la concertación puede ser realizada en comisión por omisión. Al respecto, debe señalarse que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre algunos casos pero no ha establecido un criterio. Así, a propósito de una denuncia interpuesta contra un alcalde que formó parte del comité de adquisición de insumos en el que ocurrieron diversas irregularidades; la Corte absolvió al funcionario por considerar que mediante una resolución delegó funciones en los otros miembros del comité. En efecto, a pesar que tenía la obligación de observar y denunciar las mencionadas irregularidades, su omisión no equivale –según el fallo- a la concertación típica del delito de colusión. Por su parte, en una Ejecutoria Suprema del 11 de octubre de 2005 se sancionó por colusión a dos ingenieros encargados de dar la conformidad de una obra, quienes a pesar de haber formulado en un primer momento observaciones a la misma, otorgaron su conformidad aun cuando dichas observaciones no fueron subsanadas. Si bien los procesados alegaron haber firmado el acta de conformidad en tanto

fueron informados de la subsanación de las observaciones, se les condenó por considerar que tenían la obligación de verificar la correspondencia de la obra con los requisitos exigidos por el expediente técnico. Dicha omisión permitió inferir a la Sala la concertación entre los ingenieros y la empresa contratista. En ese marco, autores como Rojas Vargas parecen admitir que actos omisivos equivalgan a la concertación típica del delito. Ciertamente, el autor señala que “lo que se niega o viola por parte de los sujetos activos con su comportamiento, que puede ser activo u omisivo, es la necesaria parcialidad estatal en la gestión, convirtiéndola en parcialidad personal o de los interesados, lo cual es incompatible con el cargo o comisión y que implica afectar los intereses económicos del Estado o de los organismos sostenidos por este”. (Rojas, 2017).

“Sin embargo, el sector mayoritario de la doctrina peruana considera que “el agente, necesariamente y de manera activa, debe concertar o ponerse de acuerdo con los interesados en negociar con el Estado. Es imposible que actos omisivos impliquen o representen acuerdo o concertación alguna”.(Salinas, 2016).

“A nuestra consideración, no debe cerrarse la posibilidad de que el delito sea cometido en comisión por omisión. Ello dependerá, como ha señalado oportunamente García Cavero, de que “la omisión más grave de un funcionario público pueda equipararse penalmente con una concertación defraudatoria. Lo que sí debemos agregar, es que en muchos casos las omisiones realizadas por el funcionario público pueden denotar junto con otros elementos de juicio, que ha existido una concertación entre este y el particular. Por ello, dichas omisiones deberán ser analizadas con el conjunto del caso ya que dependiendo del contexto en que se realicen, podrán conformar indicios razonables de la comisión del delito y no meramente, el tipo de omisión de deberes funcionales contenido en el artículo 377° del Código Penal Peruano. Por lo demás, en el caso de delegación de funciones de alguno de los miembros de un órgano colegiado, deberá analizarse el contexto en el que se realiza la delegación porque no necesariamente la ausencia de participación le absuelve del hecho. Habrá que analizarse por ello, la actuación anterior y posterior al acto o actos que hayan realizado los demás miembros del comité”. (Salazar & Calixto, 2018).

2.2.1.7.1.2 Defraudación

“Sobre el concepto de defraudación se han ofrecido por lo menos dos líneas argumentativas en la jurisprudencia peruana. Por una parte, se le ha entendido como perjuicio patrimonial o de otra índole en contra del Estado, considerándolo su componente material intrínseco. En ese marco, la defraudación implica un perjuicio a los intereses estatales, que en la mayoría de los casos se concreta en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas, entre otras”. (Díaz, 2016).

“Por otra parte, se ha sostenido que la defraudación implica en realidad el quebrantamiento de la función o el deber encomendado al funcionario público y por tanto, la violación del principio de confianza en él depositada”.(Vásquez, 2015).

“Todas estas definiciones, que sin duda toman como premisa distintos bienes jurídicos en la base del delito de colusión, han sido también recogidas por el Tribunal Constitucional del Perú. En efecto, este órgano constitucional autónomo señala que “es posible entender que defraudar implica traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo, en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencial. Como puede observarse, el concepto de defraudación en el ámbito jurisprudencial ha partido de identificar como bien jurídico protegido al patrimonio estatal o al incumplimiento de deberes funcionales reflejado en el quebrantamiento de la confianza otorgada por el Estado. El Tribunal Constitucional, por su parte, pareciera tomar como base ambos elementos en su definición”. (Mendoza, 2018).

“En el plano doctrinal, el contenido atribuido a la defraudación se ha centrado en el aspecto patrimonial del delito. De ese modo, para Hugo Álvarez, Castillo Alva, Rojas Vargas, García Cavero y Abanto Vásquez, la defraudación hace referencia al perjuicio económico real o potencial del Estado”.(Chávez, 2018).

“En el mismo sentido, para Salinas Siccha “defraudar o timar al Estado significa engaño al interés público y, como consecuencia de ello, un efectivo perjuicio patrimonial al erario público”.(Salinas, 2016).

“Desde otra perspectiva, Portocarrero Hidalgo sostiene que “la defraudación implica siempre el perjuicio público”; sin embargo, sin explicar el alcance de este, sólo añade que “no es indispensable el beneficio del agente, que puede existir, como también no, cuando por ejemplo actúa motivado por amistad o venganza, caso en el que sin obtener provecho va a ocasionar daño a su representada”. (Chávez, 2018).

“De ese modo, autores como Morillas se adhieren a lo resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo el 16 de febrero de 1995, fallo en el cual se entendió la defraudación como equivalente a perjudicar económicamente el patrimonio de la entidad a la que el funcionario presta sus servicios. Por su parte, para autores como Corcoy Bidasolo “la defraudación consiste siempre en el quebrantamiento de una especial relación de confianza y suele vincularse con un perjuicio económico respecto de la entidad para la que el funcionario presta sus servicios (STS 19-05-1998 propuestas de créditos incobrables que no se ajustan a la realidad; SAP Madrid 21-02-00)”.(Salazar & Calixto, 2018).

“Con todas estas definiciones, conviene que tomemos partido por alguna de ellas o apostemos por un nuevo concepto. En ese marco, vamos a referirnos primero a aquellas posiciones que definen la defraudación como perjuicio económico”.

“Al respecto, debe señalarse que el tipo base del delito de colusión no hace expresa alusión al elemento patrimonial. Si este pretende ser deducido de la agravante, cabe argumentar que la especial protección al patrimonio gestionado por la entidad pública en el segundo párrafo del artículo 384º del Código Penal, en modo alguno implica que se olvide la puesta en peligro de la actividad contractual del estado”.(Chávez, 2018).

“Todas estas definiciones, que sin duda toman como premisa distintos bienes jurídicos en la base del delito de colusión, han sido también recogidas por el Tribunal Constitucional del Perú. En efecto, este órgano constitucional autónomo señala que “es posible entender que defraudar implica traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo, en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencial”.(Bendezú, 2015).

“Como puede observarse, el concepto de defraudación en el ámbito jurisprudencial ha partido de identificar como bien jurídico protegido al patrimonio estatal o al incumplimiento de deberes funcionales reflejado en el quebrantamiento de la confianza otorgada por el Estado. El Tribunal Constitucional, por su parte, pareciera tomar como base ambos elementos en su definición”.(Mendoza, 2018).

En el plano doctrinal, el contenido atribuido a la defraudación se ha centrado en el aspecto patrimonial del delito. De ese modo, para Hugo Álvarez, Castillo Alva, Rojas Vargas, García Cavero y Abanto Vásquez, la defraudación hace referencia al perjuicio económico real o potencial del Estado”. (Rojas, 2017).

“En el mismo sentido, para Salinas Siccha “defraudar o timar al Estado significa engaño al interés público y, como consecuencia de ello, un efectivo perjuicio patrimonial al erario público. Desde otra perspectiva, Portocarrero Hidalgo sostiene que “La defraudación implica siempre el perjuicio público”; sin embargo, sin explicar el alcance de este, sólo añade que “no es indispensable el beneficio del agente, que puede existir, como también no, cuando por ejemplo actúa motivado por amistad o venganza, caso en el que sin obtener provecho va a ocasionar daño a su representada”.(Salinas, 2016).

“Según Cuevas citado por (Díaz, 2016) afirma que: “La defraudación consiste siempre en el quebrantamiento de una especial relación de confianza y suele vincularse con un perjuicio económico respecto de la entidad para la que el funcionario presta sus servicios (STS 19-05-1998 propuestas de créditos incobrables que no se ajustan a la realidad; SAP Madrid 21-02-00)”.

“Con todas estas definiciones, conviene que tomemos partido por alguna de ellas o apostemos por un nuevo concepto. En ese marco, vamos a referirnos primero a aquellas posiciones que definen la defraudación como perjuicio económico. Al respecto, debe señalarse que el tipo base del delito de colusión no hace expresa alusión al elemento patrimonial. Si este pretende ser deducido de la agravante, cabe argumentar que la especial protección al patrimonio gestionado por la entidad pública en el segundo párrafo del artículo 384º del Código Penal, en modo alguno implica que se olvide la puesta en peligro de la actividad contractual del Estado”.(Rojas, 2017).

“De ese modo, si bien la protección del patrimonio público resulta importante no es este únicamente o en todos los casos el bien jurídico protegido por los delitos contenidos en el Título XVIII del Código Penal Peruano. De ese modo, como ha señalado alguna sentencia, “defraudar al Estado no debe entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente, a estos efectos, la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio, entendiéndolo, atento al principio de lesividad”. De ello se deriva que el concepto de defraudación puede responder a un bien jurídico distinto (o añadido) al patrimonio, como sería la actividad contractual del Estado, según la posición que defendemos”. (Bendezú, 2015).

“Respecto al entendimiento de la defraudación como el quebrantamiento de expectativas de mejoras o ventajas, consideramos que la alusión a estas puede normativizar en extremo el debate. Ciertamente, la defraudación sería equivalente a la infracción de la norma toda vez que esta, en el lenguaje de Jakobs, establece expectativas de comportamiento que permiten la confianza institucional de los ciudadanos en el sistema social establecido por el legislador”.(Trujillo & Salazar, 2018).

“Por su lado, esta definición parte de considerar que la colusión, más que un bien jurídico, protege el cabal cumplimiento de los deberes encomendados a los trabajadores del estado, vale decir, su fidelidad al mandato en ellos recaído. En efecto, se entiende como actos contrarios al deber del cargo a aquellos que se encuentran en contraste con las normas que regulan el ejercicio de las actividades funcionariales. De ese modo, el incumplimiento de las normas que establecen dichos deberes, poseen la entidad suficiente para incurrir en delito y es que, existe una relación de fidelidad o lealtad que el funcionario debe a la Administración. Sin embargo, cabe recordar que la infracción del deber como fundamento de la sanción penal es, en primer término, una noción demasiado amplia ya que cualquier mínimo incumplimiento puede ser considerado delito, lo que sin duda, vulnera el principio de intervención mínima del derecho penal”. (Bendezú, 2015).

“Por estas razones, consideramos que partiendo de nuestra definición de bien jurídico protegido en el tipo base de colusión, debe entenderse por

defraudación a la obtención de un beneficio de cualquier índole en favor del funcionario o el particular. De ese modo, a través de la concertación parcializada los involucrados persiguen obtener un beneficio propio a costa de una actividad llamada a satisfacer necesidades públicas. La consecución de ese fin, que el tipo no exige, es justamente el que determina la distinta configuración entre el delito de colusión y las infracciones administrativas contenidas en el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, Reglamento de Infracciones y Sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control. El delito no sanciona meros incumplimientos que vulneran el principio de imparcialidad, sino aquellos acuerdos parcializados que tengan como fin ulterior un perjuicio de cualquier naturaleza contra la actividad contractual del Estado”. (Trujillo & Salazar, 2018).

2.2.1.7.2 La configuración del delito de colusión

“Establecido el alcance de los términos “concertación” y “defraudación”, nos avocaremos ahora a su aplicación en cada una de las conductas sancionadas por el artículo 384° del Código Penal. Como se ha adelantado, el actual delito de colusión comprende dos conductas: la primera de ellas, que constituye la conducta básica de colusión sanciona al funcionario o servidor público que “se concerta con los interesados para defraudar al Estado”. A partir de esta redacción, la prohibición radica en la concertación para defraudar, configurándose el tipo base en un delito de peligro abstracto para la actividad contractual del Estado. Por su parte, la conducta agravada sanciona al funcionario o servidor público que “defraudare patrimonialmente al Estado”. De esta manera, se trata de un delito pluriofensivo que coloca en peligro abstracto a la actividad contractual del Estado y lesiona al patrimonio público”. (Córdova, 2018).

2.2.1.7.2.1 El tipo base: Delito de peligro abstracto

“El tipo base del artículo 384° describe dos actos: en el primero, el funcionario se concerta con los interesados y, con esa concertación, se persigue la finalidad de defraudar al estado”.(Díaz, 2016).

“La descripción hecha por el legislador nos presenta un tipo penal portador de un elemento subjetivo adicional, representado por el fin de defraudar. En efecto, mientras el dolo de concertar conecta con la primera conducta, la intención de defraudar se vincula al segundo acto perseguido, pero no exigido por el tipo para su configuración”.(Salazar & Calixto, 2018).

“Como ha señalado alguna sentencia, “este delito consiste básicamente en el comportamiento del funcionario o servidor público –que intervenga por razón de su cargo o comisión especial orientado a la producción de un menoscabo 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 jurídicos. De ese modo, se trata de un delito mutilado de dos actos en el que la intención del autor al ejecutar la acción típica se dirige a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto, pero que no debe verificarse para determinar la realización del delito”. (Díaz, 2016).

“De lo anterior se deriva, que el tipo base de colusión requiere la concertación entre el funcionario y el particular con fines defraudatorios, vale decir, con la intención de perjudicar a la actividad contractual del Estado en el caso concreto. Este segundo acto no es exigido para la configuración del tipo por lo que su realización fáctica no debe ser acreditada”. (Minaya, 2015).

“En realidad, esta construcción permite determinar que el tipo base de colusión plantea un delito de peligro abstracto en el que se sanciona la vulneración al principio de imparcialidad a través de una concertación que pone perjudica la objetividad de la actividad contractual, poniéndola en riesgo. En ese sentido, alguna sentencia ha señalado que “la concertación constituye la fuente generadora de riesgo y la única conducta incriminada apta para provocar un perjuicio. En ese marco, comentando el tipo penal español similar al nuestro, Etxeberria considera que se trata de un tipo de peligro abstracto, delimitado a un campo concreto de la

gestión pública y referida a la actuación de los funcionarios públicos que intervienen deslealmente en tal gestión”. (Minaya, 2015).

“En esa medida, el delito se perfecciona con el acuerdo parcializado entre el funcionario y el interesado siempre que este tenga como finalidad la obtención de beneficios para estos, en el marco de un procedimiento de contratación estatal”.

“Salinas consideran que la colusión simple se constituye en un delito de peligro concreto, aunque no explica por qué. Sin embargo, debemos recordar que los delitos de peligro abstracto se distinguen de los delitos de peligro concreto en que el radio de la acción peligrosa no pone en riesgo efectivo al bien jurídico, sino que lo coloca ante una amenaza potencial de lesión”.(Salinas, 2016).

“En otras palabras, mientras “los delitos de peligro concreto requieren que la acción produzca un resultado de concreto peligro de lesión inmediata o próxima para algún bien jurídico; en los delitos de peligro abstracto basta con que la conducta sea peligrosa en general, aunque no llegue a poner en peligro de lesión inmediata o próxima al bien jurídico”. (Minaya, 2015).

“A partir de ello, a nuestro parecer la vulneración del principio de imparcialidad que persigue defraudar al Estado, es decir, dirigido a anteponer intereses privados sobre los públicos, implica un riesgo potencial a la actividad contractual del Estado, pero no se trata de un peligro inmediato o próximo pues resulta difícil que un solo acto tenga dicho efecto sobre tal actividad”.(Chávez, 2018).

“Por ello, el análisis para determinar la relevancia penal de la conducta no requiera únicamente la existencia de una concertación, sino que esta debe tener la intención de obtener una ventaja indebida mediante el aprovechamiento del procedimiento de contratación. Como ha señalado la doctrina española unánimemente, estamos ante un delito de simple actividad y de peligro abstracto que se consuma cuando se ponen de acuerdo funcionario e interesados persiguiendo defraudar al ente público, sin que sea necesaria la efectiva causación de un perjuicio, ni la obtención de una ventaja por el funcionario tal como señalan las sentencias del Tribunal Supremo del 5 de abril de 1990, 18 de enero de 1992, 2 de febrero de 1994, 19 de mayo de 1998. Cabe señalar que el uso de la teoría de la

imputación objetiva para el análisis de este delito de peligro abstracto no es nuevo en la jurisprudencia peruana. Aunque partiendo de postulados distintos a los defendidos en este trabajo, el Tribunal Constitucional ha señalado que “si el funcionario público 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 patrimonial”. (Chávez, 2018).

2.2.1.7.2.2 La acreditación de la concertación para defraudar: La prueba indiciaria

“Un tema importante para la configuración del delito de colusión simple o base, radica en la acreditación objetiva de la concertación para defraudar en el marco del proceso penal. En los términos que hemos planteado con anterioridad, se trata de acreditar cuando estamos frente a un acuerdo parcializado entre el funcionario y el particular que persigue defraudar al estado, es decir, que posee la capacidad de poner en peligro abstracto la actividad contractual del Estado. Al respecto, una reciente sentencia ha señalado con razón que la acreditación del tipo deberá girar en torno a los hechos objetivos del caso que nos permitan razonablemente argumentar la presencia de una concertación típica”. (Rojas, 2017).

“Ciertamente, en abril del 2013 la Sala Penal de Apelaciones de Lima destacó que la prueba del acuerdo colusorio no siempre podía ser directa, sino que en muchos casos se sustenta en “factores objetivos tales como la simulación de la contratación pública, esto es, dando una apariencia de cumplimiento u omitiendo los requisitos legales. En dicha sentencia, la Sala consideró que a efectos de acreditar la concertación requerida para la configuración del tipo, debían tenerse en cuenta entre otros indicios, los siguientes: “La concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos, precios sobrevaluados o subvaluados, inexperiencia comercial de los postores, plazo de la garantía de los postores, admisión de

calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores respectivamente a los requeridos, celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección, falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta, la no correspondencia de la calificación técnica económica con la experiencia o especialización del postor, inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas, la no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas, apariencia de ejecución de la contratación, reintegro a los terceros interesados, ampliaciones innecesarias de objeto de la contratación primigenia, etc.”(Díaz, 2016).

“Las afirmaciones anteriores, que pueden resultar evidentes, no han sido tenidas en cuenta por todas las instancias judiciales siendo que parecen exigir la prueba directa del acuerdo ilícito, considerando los indicios de este como meras infracciones administrativas”.(Chávez, 2018).

“En esa línea, el Recurso de Nulidad N° 1730-2011 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú absolvió al Presidente y la Secretaria de la Comisión Especial Permanente de una Municipalidad por la presunta comisión del delito de colusión por el aparente favorecimiento a una empresa telefónica”.(Díaz, 2016).

2.2.1.7.3 El tipo agravado: Delito pluriofensivo

“El tipo agravado de colusión presenta un delito de peligro abstracto contra la actividad contractual del Estado y un delito de lesión respecto al patrimonio público que, como se ha señalado, sólo puede ser producto de la concertación parcializada contra los intereses del Estado”. (Chávez, 2018).

“A partir de ello, la colusión agravada “se consuma en el momento en que llega a perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado por medio de los acuerdos colusorios materializados con aquel fin”.(Vásquez, 2015).

“En esa medida, si bien la configuración de la agravante se centra en el perjuicio económico al Estado, no puede olvidarse que este debe ser producto de la

concertación parcializada entre el funcionario y el particular, por lo que dicho acuerdo se constituye en el medio necesario para la realización del delito que debe acreditarse en el proceso. En ese extremo, nos remitimos a lo expresado en el punto anterior”.(Hermoza, 2016).

“Ahora bien, debemos detenernos en el cuestionamiento que se ha realizado contra la agravante en relación a la exigencia del perjuicio económico. Ciertamente, en sede legislativa como jurisprudencial se ha considerado que dicha exigencia resulta contraria a la Convención Interamericana contra la Corrupción”.(Roca, 2014).

“El 17 de mayo del 2012 se presentó un Proyecto de Ley que armoniza los delitos contra la administración pública del Código Penal con las Convenciones Internacionales de Lucha contra la Corrupción y que perfecciona su tipificación. Dicho proyecto solicitó la modificación de la redacción actual del delito de colusión en el sentido que sólo contenga un tipo de peligro abstracto y no de lesión al patrimonio, aumentando la pena en el primer caso de entre seis a quince años de pena privativa de libertad”. (Hermoza, 2016).

“Ciertamente, partiendo de lo establecido en el artículo 3º de la Convención Interamericana contra la Corrupción, según la cual, su aplicación no está supeditada a que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado; se considera que la alusión hecha por la agravante resulta innecesaria y coloca trabas a la sanción de actos de corrupción”. (Salazar & Calixto, 2018).

“Por su parte, en la Sentencia de Inconstitucionalidad Expediente N° 00017-2011-PI/TC de fecha 12 de mayo del 2012, el Tribunal Constitucional Peruano emitió pronunciamiento a propósito de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra algunas disposiciones de la Ley N° 29703 que modificaron el artículo 384º (delito de colusión) del Código Penal”.(Salazar & Calixto, 2018).

En esa oportunidad, el Tribunal consideró que: “La introducción del término “patrimonialmente” puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los 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. A propósito de lo anterior, se plantea cuál es la relación entre el tratado internacional de lucha contra la corrupción y la norma penal nacional que sanciona esta clase de actos. Cabe preguntarse si la normativa estatal debe ser una suerte de copia de los lineamientos o si, por el contrario, tiene la autonomía para regular menos de lo acordado”.(Artaza, 2018).

“En ese contexto, el Estado Peruano recoge la preocupación político criminal del tratado al querer sancionar delitos de peligro pues entiende que en casos como la colusión, la exigencia de un perjuicio efectivo puede resultar contraproducente en la lucha contra la corrupción. Sin embargo, comprendiendo que también existirán situaciones de detrimento patrimonial, agrava la pena en estos supuestos respondiendo al principio de proporcionalidad”. (Artaza, 2018).

2.2.1.7.4 La relación entre tipo base y agravado: ¿Mismo iter criminis?

Según Salinas citado por (Córdova, 2018), señala que: “El tipo base y agravado del delito de colusión, conviene preguntarnos si debido a su descripción constituyen un mismo iter criminis. En la doctrina peruana que antes de que la colusión agravada se consume con el perjuicio patrimonial no hay tentativa, ya que la concertación ilícita que realice configurará el tipo base”.

“A mayor precisión, el autor señala que “antes de aquel momento (defraudación patrimonial) no hay tentativa. Esto es así debido a que si antes que el sujeto público logre perjudicar de modo efectivo al patrimonio del Estado, voluntariamente se desiste o las agencias de control lo descubren, su conducta será tipificada en el primer párrafo del artículo 384° del Código Penal, esto es, como colusión simple, pues estaremos frente a una concertación con la finalidad de defraudar el patrimonio público. A nuestro parecer es cierto que el tipo base y agravado del delito de colusión constituyen un mismo iter criminis pues ambos inciden en la actividad contractual del Estado. La diferencia radica en que en el primer caso, se coloca en peligro potencial dicho bien jurídico mediante el acuerdo parcializado entre el funcionario público y el particular”. (Córdova, 2018).

2.2.1.8 El perjuicio como elemento del tipo penal de colusión

“En el delito de colusión deberá necesariamente producirse la defraudación a los intereses patrimoniales del Estado, para que se halle consumado”.(Hermosta, 2016).

“Que justamente por su carácter patrimonial, el perjuicio debe ser valorable y cuantificable económicamente, lo que supone que su determinación deba ser objeto de prueba en el proceso penal en miras a la efectiva comprobación de la existencia de la acción típica. El bien jurídico inmediato de protección del tipo de colusión ilegal viene a ser el patrimonio del Estado”. (Roca, 2014).

“La lesión al patrimonio del Estado a través de actos fraudulentos constituye el elemento indispensable de la parte objetiva del delito de colusión ilegal. Así, sólo a través del perjuicio patrimonial puede vulnerarse el bien jurídico (inmediato) protegido, afectando además el correcto funcionamiento de la administración pública”. (Rojas, 2017).

“La concertación debe darse mediante maniobras de engaño, debiendo señalarse, como lo hace la doctrina nacional en general, que en el fraude se manifiesta el perjuicio patrimonial potencial o real para la administración. La punición del delito de colusión exige que se produzca un resultado y que este resultado represente precisamente la realización del riesgo provocado por el autor”. (Díaz, 2016a).

2.2.1.9 Colusión en el derecho comparado.

a) Chile

“En este país, el Artículo 239° del Código Penal ha tipificado el delito de colusión, como un delito de fraude al Estado Chileno, pero con una tipificación muy distinta a nuestro Código Penal, pues no contiene el verbo rector concertar para defraudar o defraudar mediante el concierto previo; pues el texto normativo hace referencia a lo siguiente: “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”.(Bendezú, 2015).

“Por ende el verbo rector en el delito chileno es defraudar al Estado; es decir, causar la pérdida o priva de un lucro legítimo, en las operaciones que intervenga por parte en el artículo 240°, tipifica el delito de negociación incompatible, se interesa de los “negociado” entre 58 empleados públicos y tercero, previo acuerdo dinerario o de otros beneficios para suscribir contratos o acuerdos con el Estado”.

b) Argentina

“No ha tipificado el delito de colusión como sucede en el caso peruano ni en el caso chileno, pero si en el Art. 265° de su Código Penal tipifica el delito de negociación incompatible con una redacción parecida a nuestra legislación en el siguiente sentido con una redacción parecida a la de nuestro país, al hablar del interés indebido del funcionario público, en forma directa o indirecta, por acto simulado se interesa para su provecho o de tercero por cualquier contrato u operación en la cual interviene por razón de su cargo”.(Vásquez, 2015a).

c) Colombia

“Tampoco se ha tipificado el delito de colusión, pero en el artículo 145° de su Código Penal, también ha tipificado el delito de negociación incompatible, en caso muy similar al chileno”. (Chipana, 2017).

d) España

“En este país, el artículo 436° del Código Penal, ha tipificado al delito de colusión como delito de fraude a la administración pública, pero con una redacción similar al de nuestra Ley penal precisando que se encuentra en el siguiente contexto la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público”.

“Por ende contiene el elemento típico del verbo rector concertar para defraudar, es decir este acuerdo previo con la finalidad de defraudar, como un delito de peligro concreto”. (Bendezú, 2015).

2.2.2 La impunidad en el delito de colusión

2.2.2.1 Actos que realiza el funcionario o servidor público para incurrir en delito de colusión (comportamiento típico) comportamiento delictivo (núcleo rector típico).

“El núcleo del comportamiento ilícito es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por éste mediante la concertación o acuerdo con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, que se realicen en una entidad. Este comportamiento de defraudar los intereses del Estado concertando con quienes el estado negocia implica una flagrante violación de los deberes inherentes al cargo o a los encargos de la comisión especial confiada a los funcionarios y servidores públicos”. (Ibarra, 2016).

“Lo que se viola por parte de los funcionarios o servidores (sujetos activos) con su comportamiento”. (Vásquez, 2015b).

“Es la parcialidad en la gestión, convirtiéndola en parcialidad personal o de los interesados, lo que afecta los intereses económicos del estado. Defraudar al estado es quebrantar el rol especial asumido y la violación del principio de confianza depositado, con el consiguiente engaño al interés público, al comportarse el funcionario o servidor asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado”. (Chávez, 2018).

“La concertación del funcionario o servidor público con los interesados (postores, contratistas, proveedores, etc.) implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio de los intereses estatales en juego”.

“Se puede concertar ilícitamente para presentar precios simulados, para admitir calidades inferiores a las requerirles o para directamente derivar de las operaciones ventajas o intereses particulares. Toda concertación ilegal vulnera el deber de lealtad para con el Estado -que es un deber funcional del funcionario y servidor público- y defrauda expectativas especiales”. (Rojas, 2017).

2.2.2.2 Defraudación patrimonial y la impunidad en los delitos de colusión.

“Uno de los elementos típicos del delito de colusión desleal, conforme se desprende de la norma penal es la defraudación, término que tiene diversas y singulares interpretaciones; un primer significado es el que le atribuye la Real Academia Española la que lo define como el privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho. Esta definición hace ver a la defraudación en un sentido básicamente abstracto, es decir, como una infracción a los deberes del cargo o como la defraudación a las expectativas que el ordenamiento jurídico y el Estado le otorgó al funcionario infractor”.(Ibarra, 2016).

“El segundo sentido que se asigna al término defraudar es como símil de perjuicio patrimonial, así Cabanellas señala que la defraudación, significa en sentido amplio cuanto perjuicio económico se infiere abusando de la ajena buena fe”. (Winter, 2013).

“Desarrollados los alcances conceptuales de la defraudación en el delito de colusión, debemos mencionar que el elemento perjuicio es el protagonista de la consecuencia negativa que tiene el delito en mención frente a las entidades estatales; es necesario precisar que el perjuicio debe interpretarse exclusivamente de forma patrimonial, en cuanto detrimento o daño económico sufrido por la entidad estatal en concreto, como resultado del acto ilícito de la concertación. El perjuicio que se cause al Estado puede consistir en pérdidas directas o en la privación de un lucro legítimo, así por ejemplo cuando el Estado realice un pago, un acto de disposición patrimonial, una prestación de servicios a la que no estaba obligado, y por la que no se le paga monto alguno o si se paga no se trata de monto equitativo y justo, o se estipule un contrato en condiciones económicas que evidencian desventajas para el estado”. (López, 2012).

“Ahora bien, tanto en doctrina como en jurisprudencia nacional, podremos observar la existencia de 3 posturas que pretenden dilucidar si la materialización o no del perjuicio para la consumación del delito de colusión”:

a) Perjuicio potencial: “Un sector importante de la doctrina y jurisprudencia nacional, considera que el perjuicio en el tipo penal de colusión desleal, requiere únicamente ser potencial, el que debe ser entendido como la generación de un peligro concreto de perjuicio, esto es, que en el caso específico, hayan concurrido todos los factores necesarios para la realización del perjuicio, sin importar si el perjuicio efectivamente se materializó o no, pues el tipo penal se habría consumado al configurarse ese peligro potencial de perjuicio. Esta posición fue adoptada además en algunas resoluciones de la Corte Suprema, así en la R. N. N° 350-2005-Tumbes se establece “que el delito de colusión importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo se concierta con los interesados defraudando al Estado (...) que la defraudación, en tanto medio comisivo, ha tenido como objetivo afectar el gasto público a través de un proceso licitatorio indebido, el cual incluso -como una exigencia adicional a la consumación típica, que sólo requiere peligro potencial- en el presente caso resultó dañado no sólo (...).”(Álvarez, 2017).

b) Perjuicio efectivo: “Según esta tesis, el delito de colusión es un delito de resultado. En los delitos de resultado es imaginable teóricamente- y por ello distan de los de mera actividad- la existencia de una distancia espacio-temporal entre movimiento corporal y resultado material. La comprobación del perjuicio efectivo al patrimonio estatal como elemento constitutivo del tipo penal de colusión, es también una posición que de manera frecuente ha asumido la Corte Suprema. En tal sentido, la Ejecutoria R. N. N° 310-2003-Apurímac, establece “el tipo objetivo del delito de colusión desleal exige que el funcionario o servidor público, en el ejercicio de su cargo, ilegalmente, acuerde de modo subrepticio, con los interesados, determinadas adquisiciones, servicios o negociaciones en perjuicio patrimonial de una entidad del Estado. El perjuicio importa un atentado efectivo al patrimonio estatal”. (Roca, 2014).

c) Opción Mixta: “Finalmente debe agregarse, que existe también otra postura respecto al elemento perjudicial, la cual se recoge en diversas ejecutorias de la Corte

Suprema, así en la R. N. N° 238-2005 se señala “Que la conducta de los citados encausados fue tipificada en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, que sanciona al funcionario o servidor público delito especial que con ocasión, entre otros, de subastas en la que intervengan por razón de su cargo o comisión especial defraudan al estado o entidad u organismo del estado concertando con los interesados; que como premisa fluye que se trata de un injusto penal de resultado cuyo núcleo rector típico es defraudar al estado, real o potencialmente”.(Chávez, 2018).

2.2.2.3 Impunidad

2.2.2.3.1 Concepto

“El concepto de impunidad ha cobrado especial relevancia en la comunidad internacional, debido a las graves violaciones de los derechos humanos acontecidas a lo largo de la historia y que han quedado sin castigo. En la actualidad este concepto ya no se relaciona únicamente con la ausencia de castigo, sino con la existencia del estado de derecho y la eficacia de los órganos jurisdiccionales.”(Ibarra, 2016).

2.2.2.3.2 Origen del concepto impunidad

“El concepto impunidad se utiliza por diversas razones, casi siempre asociadas a la falta de castigo por la violación de los bienes jurídicos tutelados, o simplemente por la ausencia de justicia. El problema por combatir la impunidad de los graves crímenes cometidos por los estados empezó a tomar relevancia y popularidad a raíz de la Segunda Guerra Mundial, cuando la Comunidad Internacional inició el trabajo de encontrar un mecanismo que justicIALIZARA las atrocidades cometidas por las partes en conflicto”. (Ibarra, 2016).

“A raíz de la experiencia de los Tribunales de Núremberg y Tokio se empiezan a concretar los esfuerzos internacionales para evitar la impunidad, sin embargo, el término no se acuña hasta años después, luego de que Naciones Unidas

decide darle importancia a la lucha contra la impunidad. Es hasta los años 90's con el informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías titulado "La Administración de Justicia y los Derechos Humanos de los Detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos", elaborado por Louis Joinet, que se logra introducir en un instrumento internacional la definición de impunidad desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Joinet en su informe identifica cuatro etapas que marcan la toma de conciencia de la opinión pública internacional respecto a los pilares de la lucha contra la impunidad. Estas etapas son": (López, 2012).

1. Primera etapa. "A lo largo de los años 70, las organizaciones no Gubernamentales, los defensores de los derechos humanos y los juristas, así como, en el caso de ciertos países, la oposición democrática -en la medida en que ésta pudo expresarse- se movilizaron en favor de la amnistía para los prisioneros políticos. Esta evolución es característica de los países de América Latina entonces sometidos a regímenes dictatoriales. Entre los pioneros cabe citar los Comités por la amnistía nacidos en Brasil, el Secretariado Internacional de Juristas por la Amnistía en Uruguay (SIJAU) y el Secretariado por la Amnistía y la Democracia en Paraguay (SIJADEP). La amnistía, en cuanto símbolo de libertad, se revelará como tema movilizador de amplios sectores de opinión, lo que facilitará progresivamente la unificación de múltiples iniciativas de resistencia pacífica o de lucha contra los regímenes dictatoriales de la época". (Winter, 2013).
2. Segunda etapa. "Se trata de la relativa a los años 80. La amnistía, símbolo de libertad, aparece cada vez más como una especie de "prima a la impunidad" con el surgimiento, y después la proliferación, de las leyes de auto-amnistía, autoproclamadas por las dictaduras militares en declive, preocupadas por organizar su sistema de impunidad en tanto en cuanto

hubiera tiempo aún. Estas desviaciones provocan vivas reacciones por parte de las víctimas, quienes reforzarán entonces su capacidad de auto organización para que "la justicia pase", tal y como lo atestigua, en América Latina, el auge tomado por el movimiento de Madres de Plaza de Mayo y, posteriormente, por la Federación de Asociaciones de Familiares de Detenidos y Desaparecidos, de América Latina (FEDEFAM), cuya irradiación se extendería después a otros continentes". (Winter, 2013).

3. Tercera etapa. "Con el término de la guerra fría, simbolizado por la caída del muro de Berlín, se inician, marcando este período, numerosos procesos de democratización o de vuelta a la democracia, o incluso acuerdos de paz que venían a poner término a conflictos armados internos. Ya se tratará de diálogo nacional o de negociaciones de paz, la cuestión de la impunidad será el centro del debate entre dos partes a la búsqueda de un equilibrio inasible entre la lógica del olvido, animada por el antiguo opresor, y la lógica de la justicia, a la que apela la víctima". (Winter, 2013).
4. Cuarta etapa. "Esta etapa marca la toma de conciencia por parte de la Comunidad Internacional de la importancia que reviste la lucha contra la impunidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, considera, a través de una novedosa jurisprudencia, que la amnistía otorgada a los autores de violaciones graves de derechos humanos es incompatible con el derecho que toda persona tiene a que su causa sea conocida equitativamente por un tribunal imparcial e independiente. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos (junio 1993) viene a reforzar esta evolución en su documento final titulado "Declaración y Programa de Acción de Viena". (Winter, 2013)

2.2.2.3.3 Definición del concepto impunidad

“Se ha mencionado, que el objetivo del presente trabajo es profundizar en los alcances del concepto de impunidad desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por ser un término de uso frecuente y se podría decir que hace parte del vocabulario jurídico general, por lo que se ha considerado necesario conocer su significado y lo que la palabra en sí representa”.(Álvarez, 2017).

“Ossorio la impunidad se define como: “Es definida por el diccionario de la academia como falta de castigo, así como impune es lo que queda sin castigo. La sola lectura de ambas acepciones ya dice claramente su importancia en relación con el Derecho Penal. Escriche establece que impunidad es “la falta de castigo; esto es, la libertad que un delincuente logra de la pena en que ha incurrido”. Los motivos o circunstancias que pueden llevar a esa situación aparecen claramente señalados por Cabanellas cuando dice que la causa más común, porque es la que más hiere la sensibilidad colectiva, está representada por aquellos casos en que, siendo conocidos los autores, no se los persigue por razones de orden político, siempre abusivas y propias de Estados en los que la libertad ha sido cercenada, la prensa amordazada, los tribunales prostituidos y el poder entregado en manos de una minoría sostenida por la coacción, el miedo y la cobardía general. A estas palabras del precitado autor, cabría añadir que la posibilidad del poder público, especialmente del ejecutivo, de mantener impunes delitos que sirven un interés político, es mucho mayor en aquellos países en que la falta de oralidad de los juicios, y en que se veda toda facultad a los particulares de mantener la acusación privada y aun la popular, confiándola tan sólo al ministerio fiscal, órgano estatal frecuentemente vinculado con el poder ejecutivo”.(Tayler, 2016).

“Para Villa la impunidad es: “La falta de castigo se trata de la falta más grave de cualquier sistema jurisdiccional porque el delito sin sanción fomenta la venganza, exalta a los verdugos y humilla a las víctimas, atribuye responsabilidades colectivas y no individuales, e impide la reconciliación y la paz”

“García la define como: “La impunidad implica la falta de sanción por un delito, un “escaparse a la acción de la justicia”

Según Tayler al respecto dice: “En su versión literal, impunidad significa ausencia de castigo. Ante la existencia de una violación de los derechos humanos, el sistema judicial penal diseñado para llevar a juicio y castigar a los responsables se encuentra ausente o no entra en funcionamiento.”(Tayler, 2016).

2.2.2.3.4 Dimensiones de la impunidad:

“Para Tayler en el caso de las violaciones a los derechos humanos, el concepto de impunidad comprende al menos tres dimensiones diferentes, pero estrechamente relacionadas con la ausencia de justicia, estas son”:

1. “Existe impunidad cuando las víctimas y la sociedad no alcanzan a conocer la verdad sobre la extensión y las razones de los abusos que han sufrido”. (Tayler, 2016).
2. “Para que las violaciones de los derechos humanos no queden impunes, las víctimas de las mismas deben recibir reparación. Lo que conlleva a que las víctimas sean acreedores de una compensación económica por los daños sufridos y que tengan acceso a una rehabilitación para sobrellevar las secuelas con el fin de que se restablezca la situación previa a la comisión de los abusos”. (Tayler, 2016).
3. “Finalmente, para terminar con la impunidad deben tomarse todas las medidas de prevención para que no se repitan las violaciones de los derechos humanos. Construir y respetar el andamiaje legal”. (Tayler, 2016).

“Para Bartolomei, citado por Uprimny y Guzmán, la impunidad tiene al menos dimensiones políticas, económicas, sociales, éticas y culturales. Para la Comisión Internacional de Juristas, las dimensiones son políticas, sociales y jurídicas al igual que las menciona”.(Chipana, 2017).

2.2.2.3.5 Clases de impunidad:

“El castigo es entonces la posible consecuencia de la comisión del delito y su necesidad responde a la conservación del orden social por el cual los individuos han entrado a un contrato cediendo una parte de su autonomía, colocándose al Estado como principal obligado de proveer este orden”. (Chipana, 2017).

Según (Chipana, 2017). La ausencia del castigo de la comisión de un delito puede darse en dos circunstancias distintas:

1. “La primera es aquella en que el delito no se hace del conocimiento de las autoridades y las mismas no tienen ningún indicador para saber de la perpetración del mismo”;
2. “La segunda es aquella en que, a pesar de existir un conocimiento del delito por parte de las autoridades, el mismo no es investigado para lograr la determinación del culpable y el conocimiento de la verdad de las circunstancias en que se cometió el delito o siendo investigado no es castigado por las autoridades sea en virtud de un acto de legislación que exima de responsabilidad penal al culpable o en virtud de una Ley personal (sentencia o resolución) por medio de la cual se exime de la misma responsabilidad al culpable sin un fundamento jurídico válido”.
3. “Las anteriores son conocidas respectivamente como impunidad de hecho e impunidad de derecho y responden a un concepto mayor de impunidad general”. (Chipana, 2017).

2.2.2.3.6 Impunidad de hecho

Según Tyler: “La impunidad “de hecho” deriva de la debilidad de las instituciones, en especial de los poderes judiciales, alimentada por actos que obstaculizan la marcha de los procesos o corroen la independencia y la imparcialidad de la justicia. Muchas veces se traduce en la negativa de las fuerzas de seguridad de proporcionar las pruebas necesarias para identificar a los autores de los abusos contra los derechos humanos, en la resistencia de los funcionarios presuntamente implicados a declarar ante los tribunales, en la falsificación de registros públicos, o en la intimidación y la amenaza a las víctimas, jueces, abogados y testigos. El informe “Los Jueces de la impunidad” de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala explica: “Existe una impunidad de hecho, que se presenta ante la falta de actuación o actuación deficiente por incapacidad o falta de voluntad- de los entes encargados de la investigación, persecución y juzgamiento ante la comisión de un hecho ilícito. Bernaldo citado por, (Chipana, 2017), señala como: “Impunidades de hecho las siguientes: crímenes que pasan, y pasarán siempre, más o menos desconocidos a los ojos de la justicia; crímenes que se conocen, pero cuyos autores escapan a la acción de la justicia por no haber sido determinada su personalidad o no haber podido ser aprehendidos; delitos cuyos autores son conocidos, pero que no se persiguen ni se penan, por excepción abusiva debida a la organización política y social propia de cada tiempo.” (Álvarez, 2017).

2.2.2.3.7 Impunidad de derecho

Para Kai Ambos: “La impunidad de derecho se da por falencias en la legislación, como puede ser la falta de tipificación de determinadas conductas, la provisión de amnistías o indultos o el establecimiento de penas desproporcionadamente bajas en relación con su gravedad.”(Ibarra, 2016).

“En el mismo sentido Tayler la define como: “La impunidad “legal” se traduce en forma de leyes, decretos o instituciones jurídicas que impiden que ciertas

personas que se han visto implicadas en las violaciones de los derechos humanos deban comparecer ante la justicia u otras instituciones que investigan los hechos. Así se dictan normas que disponen de antemano la inmunidad de los miembros de las fuerzas de seguridad, es decir que extienden “carta blanca” a aquellos funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, que en el ejercicio de sus tareas violen los derechos humanos. En otras ocasiones se elaboran leyes de amnistía.”(Vásquez, 2015).

Según Quirós, citado por (Álvarez, 2017), afirma que: “Las impunidades de derecho en el antiguo fue el derecho de asilo, afirmación que cabría extender al derecho actual, por lo menos con referencia a los países latinoamericanos; y con referencia al derecho moderno, menciona las siguientes: amnistía, indulto, perdón, prescripción y excusas absolutorias en que la Ley, por diversas razones y móviles, deja sin pena hechos que positivamente son delitos, puesto que ninguna causa de justificación ni de inimputabilidad los discrimina, como puede ser, entre otros, la exención de toda pena en favor de los ejecutores de los delitos de rebelión y sedición, cuando se someten a la autoridad antes de que ésta formule intimidación; la exención (en ciertas legislaciones) y finalmente la que resulta como consecuencia de la no acusación por el perjudicado, en aquellos delitos que sólo pueden ser perseguidos a instancia de parte.”

Diane Orentlicher la refiere desde dos vertientes:

- i. “la de limitación explícita de su enjuiciamiento y castigo en virtud de leyes de exoneración emanadas de parlamentos democráticos (impunidad normativa o legal- por acción); y
 - ii. “la de no anulación de dichas leyes (impunidad normativa - o legal- por omisión) ”.
- b) “De lo expuesto se observa que la impunidad se puede originar como resultado de una falta de denuncia, de una falta de investigación o de una falta de castigo; en este último caso no debe confundirse la impunidad con la declaración de inocencia puesto que ésta ciertamente constituye un

resultado jurídico desfavorable para la perspectiva del denunciante, sin embargo, no es más que el resultado justo de la investigación y juzgamiento al que está obligado el Estado. No siempre el Estado debe condenar, pues al hacerlo en relación a un inocente, no es más que otra forma de impunidad”.

- c) “La verdadera impunidad es la que deviene de una completa falta del cumplimiento de la obligación estatal de investigación con debida diligencia y/o la decisión sobre la culpabilidad del acusado en el contexto de un proceso que no esté dotado de las garantías básicas que asisten tanto al supuesto culpable como a la víctima”. (Tayler, 2016).

“La falta de castigo de un crimen es una circunstancia cuyas consecuencias se extienden más allá de la simple evasión de la justicia por parte del autor del delito o del violador de los derechos humanos. La impunidad crea un clima de ingobernabilidad que provoca la falta de confianza en las instituciones públicas que se encargan de la persecución penal y aumenta la voluntad del individuo para cometer un delito puesto que la limitante que presenta una potencial condena ya no se ve involucrada como un factor determinante en la decisión”. (Tayler, 2016).

“Afectando no sólo a la víctima de la violación de derecho, a sus familiares, sino a la misma sociedad. La importancia de la coercibilidad en el actuar de la comunidad crea una relación de importancia entre el fenómeno de la impunidad y los índices de violaciones a los derechos humanos”.(Vásquez, 2015).

2.2.2.3.8 La lucha contra la impunidad

“La impunidad por las violaciones graves y constantes a los derechos humanos, aunque era condenada, fue por mucho tiempo admitida casi que como un “mal necesario” por parte de varias instancias. A lo largo de varias décadas, dominó la idea de que la impunidad era el precio a pagar para asegurar la transición a la democracia, donde se justificaban las acciones horribles de regímenes militares o como necesaria para la superación de conflictos armados internos”.(Ibarra, 2016).

“Esta situación progresivamente fue modificándose y frente al discurso político de la impunidad como “mal necesario” fue naciendo una argumentación jurídica contra la impunidad con base en la teoría el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional. Esta argumentación fue el resultado de un proceso promovido tanto por la acción y movilización de las organizaciones no gubernamentales como por la doctrina y la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos, tanto de las Naciones Unidas, Sistema Europeo y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La impunidad constituye una infracción flagrante de las obligaciones internacionales de los Estados según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La obligación de luchar contra la impunidad se deriva directamente de obligaciones convencionales, adquiridas por los Estados como consecuencia de la ratificación de tratados internacionales y en el derecho consuetudinario”. (López, 2012).

“Las obligaciones estatales están establecidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Carta Africana de Derechos Humanos y de las Personas, específicamente bajo la obligación general de respetar los derechos humanos y el deber de adoptar medidas internas para garantizarlos, especialmente en relación con el derecho a las garantías judiciales y la protección judicial. Además existen tratados particulares que establecen, explícitamente, el deber de luchar contra la impunidad; es el caso de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, y sus Protocolos adicionales, del 8 de junio de 1977, y otros instrumentos de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario pertinentes, así como por la Declaración y Programa de Acción de Viena, en especial los párrafos 60 y 91 de la Parte II, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas”. (López, 2012).

“El esfuerzo más trascendental en la lucha contra la impunidad, ha sido el de la Organización de las Naciones Unidas al emitir el conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Los cuales han marcado un antes y un después en cuanto al trabajo por combatir la impunidad. En su primera versión, Joinet aborda la lucha contra la impunidad como una cuestión jurídica, política y ética. Afirmando que: “Desde el origen de la humanidad hasta la época contemporánea, la historia de la impunidad es la historia de un perpetuo conflicto y de una extraña paradoja: un conflicto que opone al oprimido al opresor, la sociedad civil al Estado, la conciencia humana a la barbarie; una paradoja del oprimido que, liberado de sus cadenas, asume a su vez la responsabilidad del Estado y se encuentra atrapado en el engranaje de la reconciliación nacional que va a relativizar su compromiso inicial de luchar contra la impunidad”.(Tayler, 2016).

“Los Principios internacionales de lucha contra la impunidad se estructuran a partir de la obligación general de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos, con una serie de enunciados derivados del marco jurídico vigente. Estos principios se organizan en torno a tres grandes categorías”:(Álvarez, 2017).

- a) “El derecho a saber (o el derecho a la verdad);
- b) El derecho a la justicia; y
- c) El derecho a obtener reparaciones”.

“Son un instrumento de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que reafirma, de manera específica y concentrada, las obligaciones existentes que tienen todos los Estados en materia de lucha contra la impunidad. Su sustento vinculante se encuentra en que todos los enunciados tienen respaldo en distintas fuentes del Derecho Internacional Público vigente (tratados, costumbre, principios generales de derecho, jurisprudencia y doctrina). Y han tenido un fuerte impacto en las actividades de lucha contra la impunidad, convirtiéndose en una referencia esencial para las decisiones de los órganos de supervisión como el de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, lo que a su vez ha inducido a los gobiernos nacionales a eliminar obstáculos aparentemente insalvables para la justicia. Las autoridades nacionales han invocado directamente los principios para justificar ciertas medidas de lucha contra la impunidad”. (Álvarez, 2017).

“En la elaboración de la doctrina de lucha contra la impunidad se ha declarado que las violaciones de derechos humanos son:” (Chipana, 2017).

1. Inamnistiables,
2. Imprescriptibles e
3. Inindultables,
4. No rigiendo en ellos tampoco la prohibición de double jeopardy (non bis in idem procesal, cosa juzgada) irretroactivas en cuanto a las disposiciones desfavorables”.

A. Razones de la doctrina contra la impunidad

“Las razones para la lucha contra la impunidad de las graves violaciones de los derechos humanos muestran, de entrada, un cierto formalismo, debido a que los tribunales constitucionales nacionales afirman que los Estados han de combatir la impunidad para cumplir con sus deberes internacionales. En relación con violaciones que constituyen crímenes internacionales, todos los Estados tienen la obligación de juzgar o extraditar (aut dedere aut judicare) a las personas responsables de estos actos”. (Chipana, 2017).

“Sin embargo, ello debe remitir necesariamente a una fundamentación de por qué las situaciones de impunidad (no persecución de hechos punibles; promulgación de leyes de exoneración; o, en particular, no anulación de estas últimas) vulneran los Convenios internacionales de derechos humanos. Es así como aparecen las razones materiales. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos alude a un “derecho de las víctimas a la justicia”, que se asocia a su derecho “a que se investigue, se identifique y se juzgue a los individuos

responsables”; a un “derecho a la verdad”, que se encuentra subsumido en el “derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”. Es por este motivo por el que se considera que las disposiciones exoneratorias darían lugar a una “indefensión de la víctima”. (Chipana, 2017).

“Las doctrinas de lucha contra la impunidad gozan de prestigio debido al ámbito concreto en que se han forjado: el de los delitos contra la humanidad y de los órganos que las han creado, como los tribunales internacionales y tribunales constitucionales que las han extraído de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos. Es una obligación basada en el derecho consuetudinario. En relación con violaciones que constituyen crímenes internacionales, todos los Estados tienen la obligación de juzgar o extraditar (aut dedere aut judicare) a las personas responsables de estos actos y hace parte de los principios generales del derecho internacional, en particular por su relación con la construcción y sostenimiento del Estado de derecho como una forma de gobernar y ejercer el poder. De este principio se derivan otros de gran trascendencia en la lucha contra la impunidad, tales como la prohibición del ejercicio arbitrario del poder y la independencia de la judicatura. Finalmente, cabe resaltar que la lucha contra la impunidad forma parte de los principios generales del derecho internacional, en particular por su relación con la construcción y sostenimiento del Estado de derecho como una forma de gobernar y ejercer el poder. La justicia en esencia se debe ver como un derecho que debe pertenecer a la propia naturaleza del ser humano. Como una obligación básica del Estado y nunca convertirse como una lucha permanente del administrado y en una prebenda o reconocimiento especial”. (Ibarra, 2016)

2.2.2.3.9 Elementos de la lucha contra la impunidad.

“Tyler al respecto identifica cuatro elementos esenciales para la lucha contra la impunidad, los cuales se traducen en obligaciones y compromisos legales que los Estados adoptan voluntariamente, estos son”:(Tyler, 2016).

- a. Se ha de construir y hacer respetar
 1. “el andamiaje legal y de garantías que amparan a los individuos cuando se encuentran ante una violación de derechos humanos.
- b. Los gobiernos deben:
 1. “Anunciar públicamente su más completa oposición a las violaciones de los derechos humanos.
 2. “Anunciar su disposición a castigar dichas violaciones”.

“Los cuatro elementos necesarios para combatir la impunidad, los cuales se encuentran profundamente interrelacionados, siendo estos: la justicia, la verdad, la compensación y la prevención”. :(Tyler, 2016)

“Según Joinet 1995, citado (Chipana, 2017), por en su informe menciona las medidas restrictivas justificadas por la lucha contra la impunidad, las cuales deben ser utilizadas sobre ciertas reglas de derecho con el fin de mejorar la lucha contra la impunidad y que no se conviertan en una prima de esta que impida la justicia estas medidas son”:

- a. “La prescripción.
- b. La amnistía.
- c. El derecho de asilo.
- d. La extradición.
- e. El proceso en ausencia.
- f. La obediencia debida.
- g. Las leyes de arrepentimiento.
- h. Los tribunales militares.
- i. Principio de inamovilidad de los jueces.”

“La lucha contra la impunidad incluye el derecho a la justicia, el derecho a la verdad, el derecho a la reparación y la garantía de no repetición. La implantación de una estructura judicial internacional y transnacional eficaz ha incrementado la capacidad de los Estados para juzgar los delitos cometidos en su propio territorio. Lo que ha mejorado visiblemente los esfuerzos nacionales para combatir la impunidad, como resultado de la adhesión de los Estados a los Tratados de Derechos Humanos y de su aceptación de los procedimientos facultativos de denuncia. De manera más general, las medidas prácticas de apoyo interestatal e internacional han potenciado considerablemente la capacidad nacional de algunos Estados para luchar contra la impunidad. Estas expresiones generales han sido ratificadas de manera específica por los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, en relación con la obligación de juzgar a los responsables de violaciones de derechos humanos y combatir la impunidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que”: (Chipana, 2017).

“La investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad’. Además, este Tribunal ha indicado que el Estado ‘tiene la obligación de combatir [la impunidad] por todos los medios legales disponibles ya que [esta] propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares’. El Estado que dejara impune las violaciones de derechos humanos estaría incumpliendo, adicionalmente, su deber general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción.” (Ibarra, 2016).

“Los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos han dado pasos importantes en cuanto a la lucha contra la impunidad, siendo el sistema africano es el más débil de todos, ya que la subsidiariedad del mismo no ha podido ser aplicada desde el inicio, por la creación tardía de la Corte Africana. Existen tratados particulares que establecen, explícitamente, el deber de luchar contra la impunidad entre estos tenemos la Convención Interamericana para Prevenir y

Sancionar la Tortura y la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de derechos Civiles”.(Ibarra, 2016).

2.2.2.4 El delito de colusión en la legislación peruana.

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 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”.

2.2.2.5 El delito de colusión en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1243

El Decreto Legislativo N° 1243 en el artículo 2°, señala la modificación de los artículos 38°, 69°, 382°, 383°, 384°, 387°, 388°, 389°, 393-A, 397, 397-A, 398°, 400°, 401° y 426° del Código Penal. Modifícase los artículos 38°, 69°, 382°, 383°, 384°, 387°, 388°, 389°, 393-A, 397, 397-A, 398°, 400°, 401° y 426° del Código Penal en los siguientes términos(Artaza, 2018) .

"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 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; 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.(Diario Oficial El Peruano, 2016).

2.2.2.6 Marco situacional del delito de colusión.

“El delito de colusión, establece que además la conducta se va a sancionar a funcionarios o servidores públicos, con pena privativa de la libertad pues el Estado busca intimidar a quienes tienen deberes específicos en su función, creando una situación de sobre criminalización de conductas lesivas para la sociedad, que cometen las personas que tienen una cualidad especial desde el Estado, en este sentido el tipo penal se ha estructurado en la siguiente forma”:(Roca, 2014).

2.2.2.6.1 El bien jurídico penalmente tutelado

“El bien jurídico genérico es el normal y recto funcionamiento de la administración pública que resulta manifestación material del Estado. En tanto 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 públicos. 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 desleal”. (Hermoza, 2016).

“Como en todos los delitos contra la administración pública, el bien jurídico mediato es el normal y recto funcionamiento de la administración pública que resulta manifestación material del Estado, en tanto el bien jurídico protegido inmediato 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 por parte de los funcionarios o servidores públicos; la conducta desleal del funcionario o se orienta hacia la producción de un menoscabo al desempeño de las funciones públicas, lo que ocasiona la deficiencia de la función. Esta deficiencia es el producto de la defraudación que ha sufrido el Estado en los diferentes procesos de selección o contratación que realiza con los particulares a través de los concursos públicos. Por lo tanto, consideramos que quedan excluidos del ámbito de protección de la norma los actos contractuales que posean un contenido diferente al económico patrimonial”. (Hermoza, 2016).

“La posición de la Corte Suprema de Justicia considera que el bien jurídico protegido en el delito de colusión es a) La actuación conforme al deber que importe el cargo y b) asegurar la imagen institucional, considerando como sujetos activos de este a los funcionarios o servidores públicos. No consideramos correcto el entender como bien jurídico protegido el cautelar la imagen de la Administración Pública y/o de sus funcionarios, pues el Derecho Penal no puede tutelar mera apariencias o estimaciones eufemísticas, máxime, si entendemos al Derecho Penal se rige por los principios de subsidiariedad y fragmentariedad. Ello es así toda vez que el delito de colusión tiene como propósito el conminar a los funcionarios o servidores públicos que observen el rol específico que han asumido al participar en

nombre del Estado en todos los niveles de las modalidades de contrataciones, adquisiciones y demás operaciones públicas”. (Córdova, 2018).

“La diferencia del delito de colusión con el de peculado en cuanto al bien jurídico protegido, radica en lo siguiente: "el delito de colusión dos son los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) La actuación conforme al deber que importa el cargo, y b) asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de este a los funcionarios o servidores público; en tanto que el delito de peculado el bien jurídico protegido es el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, que debe entenderse del punto de vista de garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, y evitar el abuso de poder del funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.(Sanz, 2016).

2.2.2.6.2 Tipicidad objetividad

“En cuanto a la tipicidad objetiva del delito de colusión, según lo dispuesto por el artículo 384° del Código Penal Peruano, puede afirmarse que son tres los elementos conformadores de este tipo: El acuerdo colusorio (el cual a consideración de un sector de la doctrina debe además ser clandestino) entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, la defraudación a un tercero, en este caso al Estado; y finalmente la ejecución a través de las diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial”. (Hermeza, 2016).

“Un elemento que se encuentra de modo explícito en la norma penal es el referido al “acuerdo colusorio”, que constituye además el elemento básico y esencial para la verificación de este tipo penal, pues de nada serviría la comprobación de la defraudación al Estado, si es que antes no se ha verificado que esta defraudación es consecuencia de la existencia de un acuerdo colusorio ilegal”. (Sanz, 2016).

“Para poder considerar defraudatoria la actuación de un funcionario público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular, resulta necesario que acuerde con el particular la imposición de condiciones contractuales menos

ventajosas para el Estado de las que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación, estas condiciones podrían ser por ejemplo: elevar el precio de la contraprestación privada, aceptar bienes de menor calidad, omitir el cobro de penalidades, pactar y cobrar comisiones ilegales para la adjudicación de la buena pro”.(Salazar & Calixto, 2018).

a) Colusión Simple.

“Se realiza esta conducta cuando el agente (sujeto activo) siempre en su condición y razón del cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, concierta con los interesados para defraudar al Estado”.(Roca, 2014).

“El tipo penal mismo dice que ese "fraude" debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública, siendo un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la "concertación" no habría aparentemente nada; que el delito se consuma con la simple "colusión" o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un efectivo perjuicio patrimonial, ni que se verifique materialmente la obtención de ventaja del funcionario”.(Salinas, 2016a).

b) Colusión Agravada.

“El hecho punible que se configura cuando el agente siempre en su condición y razón del cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado, esto es, causare perjuicio efectivo al patrimonio estatal”. (Chávez, 2018).

“El término “perjudicare” debe entenderse como la exigencia de un perjuicio patrimonial al Estado, perjuicio real que supera a una presunción de potencialidad –como en el caso del término “defraudar” en el tipo de colusión simple-. Para fines de tipicidad no es relevante que el agente haya tenido no un provecho patrimonial, este provecho será tomado en cuenta para la individualización de la pena”. (Salinas, 2016a).

“Otro de los elementos típicos del delito de colusión desleal, conforme se desprende de la norma penal es la defraudación, término que tiene muy diversas y singulares interpretaciones, por lo que en principio conviene determinar cuál es el verdadero significado de la expresión defraudar”. (Chávez, 2018).

“Un primer significado que tiene el término “defraudar” es el que le atribuye la Real Academia Española la que lo define como “el privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho”, así también puede entenderse como el “frustrar, desvanecer la confianza o la esperanza que se ponía en alguien o en algo”.(Chávez, 2018).

c) Defraudar de la colusión simple

“Defraudar, estafar o timar al Estado significa el quebrantamiento del rol especial asumido por el agente y la violación del principio de confianza depositado, con el consiguiente engaño al interés público, al comportarse el sujeto activo en su beneficio, asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del estado”. (Díaz, 2016).

“El agente en su accionar colusorio busca ocasionar un perjuicio real o potencial al patrimonio del Estado u organismo estatal que ha negociado con los terceros interesados”. (Vásquez, 2015a).

“La conducta del agente de infringir sus deberes funcionales está dirigida a defraudar patrimonialmente al Estado. Para configurarse el delito de colusión simple, no es necesario que realmente con la conducta fraudulenta se ocasione perjuicio real al patrimonio del Estado. Basta verificar que la conducta colusoria tenía como finalidad defraudar el patrimonio del Estado”. (Díaz, 2016).

d) Defraudar de la colusión agravada

“Aún, cuando pareciera lo mismo “defraudar” y “defraudare” es totalmente diferente”.

“El término “defraudare” viene a constituir el verbo rector de la colusión agravada”. (Vásquez, 2015).

“Defraudare o timar al Estado significa engaño al interés público y, como consecuencia de ello, un efectivo perjuicio patrimonial al erario público. El agente público actúa asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado y como efecto inmediato los perjudica. Aquí, para efectos de tipicidad es irrelevante si finalmente el agente obtiene provecho patrimonial. Este aspecto solo tendrá repercusión al momento de individualizar la pena que le corresponde al agente público corrupto”. (Roca, 2014).

“La colusión agravada se perfecciona cuando el agente por medio de concertación con los terceros interesados defrauda el patrimonio del Estado. En este hecho punible, se configura con la propia defraudación que se produce al patrimonio del Estado, luego de la concertación. En cambio, como ya hemos indicado la colusión simple se configura con la simple concertación con los interesados con la finalidad de perjudicar el patrimonio público. En la agravada, se exige efectivo perjuicio al patrimonio de Estado; en tanto que, en la colusión simple, solo se exige la sola concertación con aquella finalidad. Esa es la diferencia entre ambas figuras delictivas”. (Vásquez, 2015).

e) Por razón del cargo

“Otro elemento importante del delito en hermenéutica jurídica (agravado como simple) lo constituye la siguiente circunstancia: El agente que realiza los actos de concertación y defraudatorios en perjuicio patrimonial del Estado tiene que actuar en razón de su cargo; es decir, el agente debe actuar directa o indirectamente (por intermedio de otra u otras personas) en el desarrollo de las atribuciones propias de su cargo establecidas ya sea en la Ley, Reglamentos o Directivas de la empresa u organismo estatal. El agente aprovecha en su beneficio personal de las atribuciones que el estado u organismo estatal le ha confiado para que lo represente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado”. (Roca, 2014).

“Ello significa que un hecho concreto, el funcionario o servidor público no estaba facultado o, mejor, no estaba dentro de sus funciones participa en representación del Estado, en concesiones, por ejemplo, el delito en análisis no se configura”. (López, 2012).

f) Concertar con los interesados.

“El siguiente elemento de la compleja estructura típica del delito de colusión lo representa el hecho que el agente, en abuso de su cargo, se pone de acuerdo, pacta, conviene o arregla con los interesados para o con la finalidad de defraudar al Estado u organismo estatal que representa. La concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la Ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa.” (Ibarra, 2016).

2.3 Definición de conceptos

Autoridad.

“Potestad que ejerce una persona sobre otra u otras, para ejercer una función o actividad que le otorga el poder coercitivo”. (Ibarra, 2016).

Contratación pública.

“Se denomina como tal a aquellas actividades que realiza el Estado, mediante sus entes propios, ya sea para adquirir bienes o servicios, ejecución de obras y otros”. (López, 2012).

Colusión

“Colusión es convenio o contrato hecho entre dos o más personas en forma clandestina, con el objeto de defraudar o perjudicar a alguien”. (Roca, 2014).

Colusión simple

“Se realiza esta conducta cuando el sujeto activo en su condición de funcionario público o servidor público, al intervenir de manera “directa” o “indirectamente” en cualquiera etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado”. (Roca, 2014).

Colusión agravada

“Es el hecho punible que se configura cuando el agente siempre en su condición de funcionario o servidor público interviene directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición de bienes, servicios públicos o cualquier tipo de operaciones a cargo del estado”. (Vásquez, 2015).

Estado

“Es el grupo de individuos establecidos sobre un territorio determinado y sujetos a la autoridad del mismo gobierno, debidamente organizado y dividido en Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial”.(Díaz, 2016a).

Delito

“Acción típica, antijurídica y culpable. Típica que corresponde a un tipo penal, antijurídica que no tiene justificación y culpable porque quien lo comete actúa en pleno uso de sus facultades mentales con intención (dolo) o culpa (descuido, negligencia) y merecedor de una pena”. (Vásquez, 2015a).

Delito de peligro

“Son los delitos en los que el sujeto no requiere la lesión del bien jurídico, sino que basta con que la conducta sea la puesta en peligro del mismo, la amenaza a éste”. (Salazar & Calixto, 2018).

Delito de colusión:

“El delito de colusión es considerado como el tipo penal que también tiene como elemento típico el ‘concierto defraudatorio’ o concierto para defraudar”. (Rojas, 2017).

Impunidad

“Se conoce como castigo, por otra parte, a la pena que se impone a aquel que ha cometido una falta o un delito; también se entiende la impunidad como la evasión o el escape de la sanción que implica una falta o un delito”. (Tayler, 2016).

Legitimidad del derecho penal

“El derecho penal como el objeto de las ciencias penales es la rama que regula norma jurídico penal, la teoría del delito y la sanción penal, la misma que se considera legítima si se sujeta los principios y fines de un Estado de Derecho”. (Minaya, 2015).

Principios políticos criminales

“Son los pilares y límites que sirven de control a la potestad punitiva del Estado, el mismo que se sub dividen en tres grupos como son: a) Principio de seguridad en la vida social, b) Principio de legalidad, y c) Principio de respeto a la dignidad”. (Minaya, 2015).

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

3.1 Formulación de la hipótesis

3.1.1 Hipótesis general

El tratamiento del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.

3.1.2 Hipótesis específicas

- a) La tipificación del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.
- b) Los fundamentos políticos criminales establecidos en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.
- c) La estructura del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.

3.2 Variables e indicadores

3.2.1 Identificación de la variable independiente

X= El tratamiento penal del delito de colusión

3.2.1.1 Indicadores

X1= Tipificación

X2= Fundamentos políticos criminales

X3= Estructura del delito

3.2.1.2 Escala para la medición de la Variable

Nominal

3.2.2 Identificación de la variable dependiente

Y= Impunidad en los delitos de colusión

3.2.2.1 Indicadores

Y1.1= Casos investigados

Y1.2= Casos archivados

Y1.3= Casos sentenciados

3.2.2.2 Escala para la medición de la variable

Nominal

3.3 Tipo de investigación

La forma de investigación es una investigación básica, busca el conocimiento de la realidad o de los fenómenos de la naturaleza, para contribuir a una sociedad cada vez más avanzada y que responda mejor a los retos de la humanidad.

3.4 Método y diseño de la investigación

3.4.1 Método de la investigación

El estudio corresponderá a una investigación jurídico-social, siendo de enfoque mixto, en tanto se recurrirá a métodos estadísticos y no estadísticos. El primero, se utilizará para la presentación de tablas y figuras, así como para la contrastación de las hipótesis planteadas.

Se aplicará el método lógico inductivo; el cual permite el razonamiento que, partiendo de casos particulares, se eleva a conocimientos generales. Este método permite la formación de hipótesis, investigación de leyes científicas, y las demostraciones.

3.4.2 Diseño de la investigación

El estudio corresponde a uno de diseño no experimental (ex post facto, en tanto no habrá manipulación de variables, sino que los datos serán recogidos después de ocurrido el hecho. Asimismo, corresponde a un diseño descriptivo – explicativo; es descriptiva, porque mide y describe las variables objeto de estudio, y es explicativa, porque busca determinar la causa y efecto entre las variables de estudio.

3.5 **Ámbito y tiempo social de la investigación**

Desde el punto de vista geográfico el presente trabajo de investigación es regional, dado que el estudio comprende los delitos de colusión en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.

3.6 **Unidades de estudio**

Las unidades de estudio la comprenden los profesionales del derecho en materia penal de Tacna; y los delitos de colusión en Tacna 2017-2019.

3.7 **Población y muestra**

3.7.1 **Población**

La población de estudio la comprenden los profesionales del derecho en materia penal de Tacna; y 60 delitos de colusión en Tacna 2017-2019.

Población	Número
Jueces	7
Fiscales anticorrupción	11
Abogados	480
Total	498

Fuente: Colegio de Abogados de Tacna

3.7.2 **Muestra**

Determinación de profesionales en materia de derecho penal:

Fórmula:

$$n = \frac{NZ^2}{4(n-1)e^2 + Z^2}$$

Donde:

N= Población

n= Muestra provisional

Z=Nivel de confianza

E= 0.05 (precisión o margen de error)

Procedimiento:

$$n = \frac{498 * 1.96^2}{4(498 - 1)0.05^2 + 1.96^2}$$

$$n = \frac{1913.11}{8.81}$$

$$n = 217.15$$

$$n = 217 \text{ profesionales del derecho}$$

b) Estratificación de la muestra:

Profesionales del derecho penal	Población	Muestra
Jueces	7	3
Fiscales anticorrupción	11	7
Abogados	480	207
Total	498	217

Fuente: Colegio de Abogados de Tacna, M.P. y CSJT.

3.7.3 Criterios de inclusión y exclusión

a) Criterios de inclusión

Se tomaron en consideración los casos de colusión, los magistrados y abogados penalistas.

b) Criterios de exclusión

Se excluyen a todos los que no están inmersos en el criterio anterior; y a los que por situaciones de contingencia no pudieron contestar el cuestionario.

3.8 Recolección de los datos

3.8.1 Procedimientos

Para la recolección de datos se recurrió a la aplicación del instrumento de medición de la Ficha de análisis documental, el cuestionario y la cédula de entrevista.

3.8.2 Técnicas de recolección de los datos

Como técnicas para el desarrollo de la investigación se utilizó el análisis documental, la encuesta y la entrevista.

3.8.3 Instrumentos para la recolección de los datos

Los instrumentos de medición que se aplicaron fueron: Ficha de análisis documental, el cuestionario y la cédula de entrevista.

3.8.4 Validación del instrumento

Para la aplicación de los instrumentos de medición se realizó la validación mediante juicio de expertos, los cuales fueron maestros en Derecho Penal y conocedores de metodología de la investigación, quienes hicieron llegar su opinión, cuyos resultados son los siguientes:

- 1) Experto 1: Mg. Lazo Cuadros, Naydú Elizabeth: Puntuación alcanzada 30/30
- 2) Experto 2: Mg. Córdova Salas, María Elena: Puntuación alcanzada 30/30
- 3) Experto 3: Mg. Gavilán Pariguana, Jesús Gregorio: Puntuación alcanzada 29/30

Alcanzando un promedio de 29 puntos, constituyendo de esta manera instrumentos válidos para su aplicación.

3.9 Procesamiento, presentación, análisis e interpretación de los datos

La información se procesó electrónicamente, utilizando para ello el programa Microsoft Excel, para presentar los Ítems mediante gráficas y, al mismo tiempo estimar las frecuencias absolutas y relativas de cada reactivo para describir la variable a estudio.

3.9.1 Presentación de datos

Se dio a conocer los datos en forma resumida, objetiva y entendible, en el presente trabajo se utilizó el método tabular: tablas, cuadros estadísticos y los gráficos que se utilizaron con fines comparativos para presentar cifras absolutas y/o porcentajes.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1 Descripción del trabajo de campo

- a) Para alcanzar los resultados y la discusión de estos, se aplicó el cuestionario, la ficha de análisis y la cédula de entrevista, como instrumentos de recolección de datos; los que fueron aplicados los días 4 al 13 de marzo del 2020, a la muestra determinada. Luego de obtener la información correspondiente se procedió a la tabulación, procesamiento y representación estadística de los datos, cuyos resultados se analizaron e interpretaron tanto descriptiva como estadísticamente.
- b) La verificación de hipótesis fue el aspecto culminante del trabajo de Investigación. Para ello, se procedió a comprobar las hipótesis específicas siendo debidamente comprobadas y aceptadas, por lo que la hipótesis General, en consecuencia, quedó comprobada y aceptada.
- c) Finalmente, se plantearon las conclusiones y recomendaciones, asimismo se presentaron los instrumentos de medición en los anexos que permitieron la realización del presente capítulo.

4.2 Diseño de la presentación de los resultados

Los resultados del cuestionario aplicado a los profesionales del derecho son presentados a continuación en las tablas y figuras del 1 al 8, con el análisis estadístico descriptivo correspondientemente. Asimismo, se presentó los resultados estadísticos sobre los delitos de colusión en las tablas y figuras 9 y 10.

4.3 RESULTADOS

4.3.1 Resultados del cuestionario aplicado a los profesionales del derecho

A) El tratamiento penal del delito de colusión

a) Tipificación

Tabla 1

Tipificación

N°	Tipificación	Definitivamente no		Probablemente no		Indeciso		Probablemente si		Definitivamente si	
		Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%
1.	La tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión en el Código Penal, permite diferenciar entre el tipo de colusión simple y agravada.	95	44	65	30	28	13	19	9	10	5
2.	El delito de colusión tipificado en el artículo 384° sobre el delito de colusión en el Código Penal, presenta defectos en su tipificación.	90	41	64	29	33	15	18	8	12	6
3	La tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión en el Código Penal, permite la protección adecuada del bien jurídico.	88	41	56	26	36	17	22	10	15	7
Porcentaje promedio		91,0	41,9	61,7	28,4	32,3	14,9	19,7	9,1	12,3	5,7

Fuente: Cuestionario aplicado

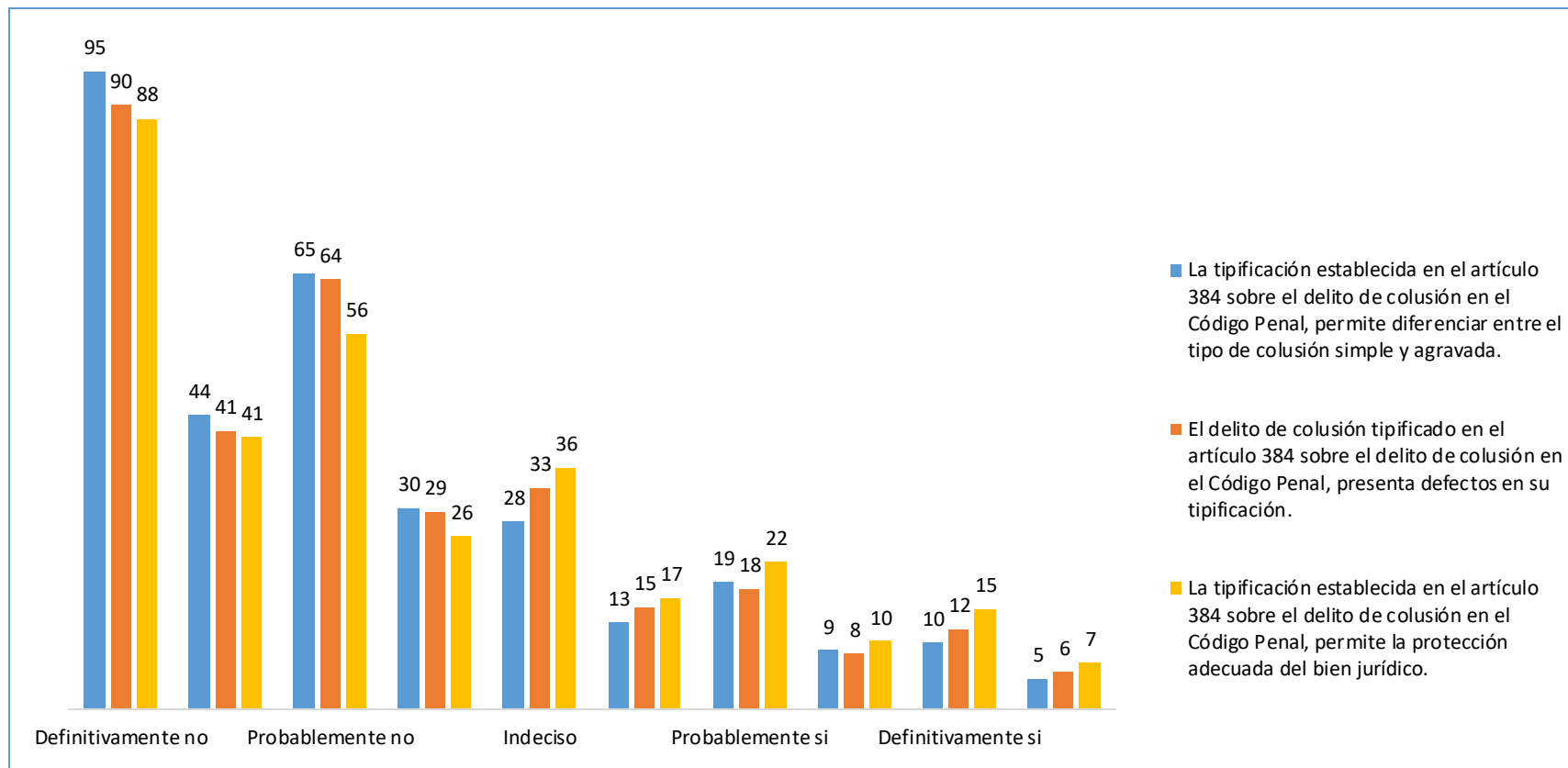


Figura 1: *Tipificación*
 Información tomada de la tabla 1

Comentario

El 44% de los encuestados señalan que “definitivamente no” la tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión en el Código Penal, permite diferenciar entre el tipo de colusión simple y agravada.; el 30% señala que “probablemente no”; el 13% señala que está “indeciso”; el 9% dice que “probablemente sí”; y, el 5% manifiesta que “definitivamente sí” la tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión en el Código Penal, permite diferenciar entre el tipo de colusión simple y agravada.

El 41% de los encuestados señalan que “definitivamente no” el delito de colusión tipificado en el artículo 384° sobre el delito de colusión en el Código Penal, presenta defectos en su tipificación ; el 29% señala que “probablemente no”; el 15% señala que está “indeciso”; el 8% dice que “probablemente sí”; y, el 6% manifiesta que “definitivamente sí” el delito de colusión tipificado en el artículo 384° sobre el delito de colusión en el Código Penal, presenta defectos en su tipificación.

El 41% de encuestados señalan que “definitivamente no” la tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión en el Código Penal, permite la protección adecuada del bien jurídico; el 26% señala que “probablemente no”; el 17% señala que está “indeciso”; el 10% dice que “probablemente sí”; y, el 7% manifiesta que “definitivamente sí” la tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión en el Código Penal, permite la protección adecuada del bien jurídico.

Por lo que se puede concluir que el 41,9% de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se aplica la tipificación en el tratamiento penal del delito de colusión.

Tabla 2
Fundamentos políticos criminales

N°	Fundamentos políticos criminales	Definitivamente no		Probablemente no		Indeciso		Probablemente si		Definitivamente si	
		Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%
5	La tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión, fundamenta adecuadamente la prohibición penal.	89	41	60	28	35	16	22	10	11	5
6	Los diversos criterios que se consideran en la configuración de los delitos de colusión han traído problemas al momento de su aplicación.	99	46	59	27	29	13	21	10	9	4
7	Los criterios contradictorios que se consideran en la configuración de los delitos de colusión han traído problemas al momento de su aplicación.	90	41	64	29	41	19	15	7	7	3
Porcentaje promedio		92,7	42,7	61,0	28,1	35,0	16,1	19,3	8,9	9,0	4,1

Fuente: Cuestionario aplicado

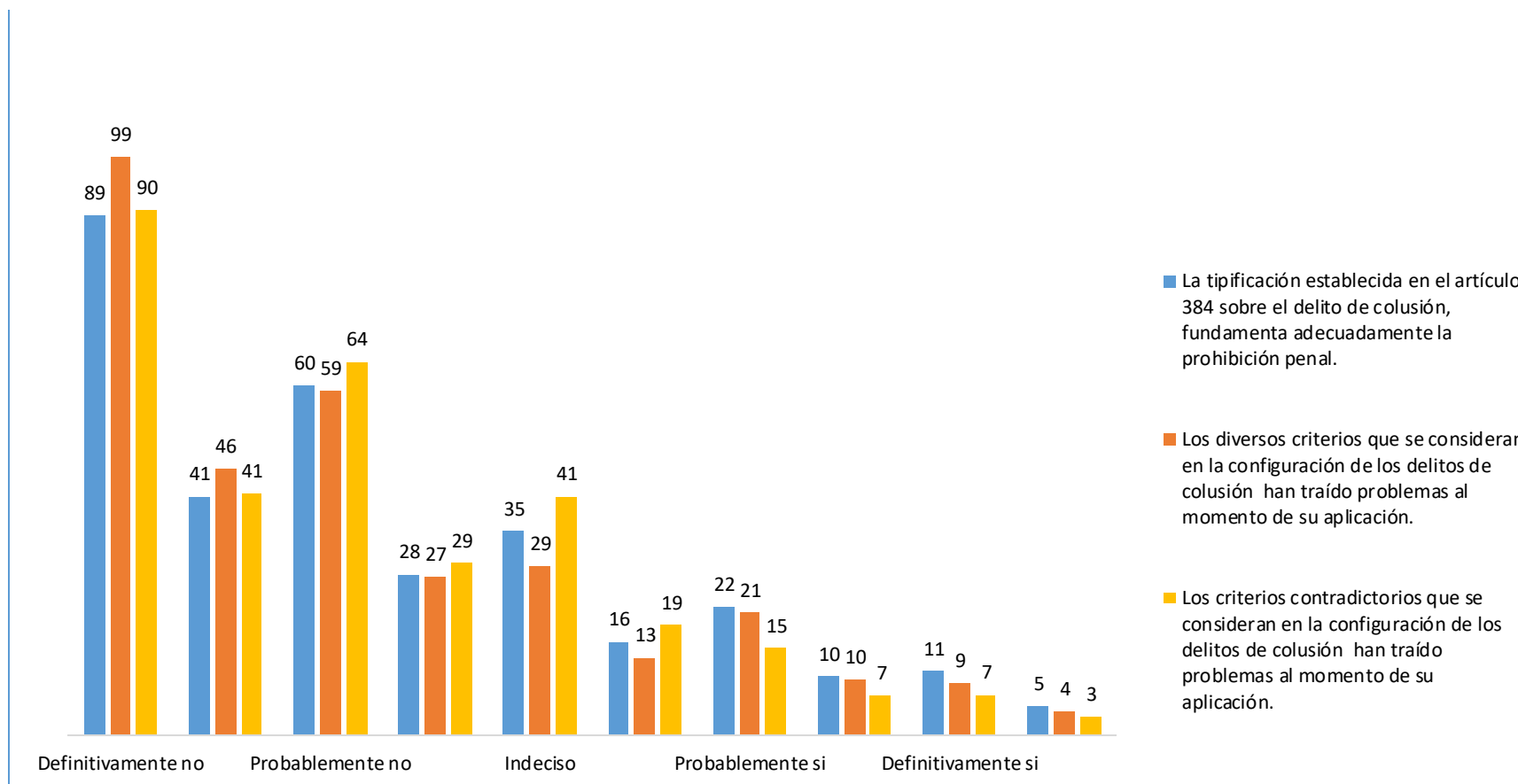


Figura 2: Fundamentos políticos criminales
 Información tomada de la tabla 2

Comentario:

El 41% de los encuestados señalan que “definitivamente no” se permite la tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión, fundamenta adecuadamente la prohibición penal.; el 28% señala que “probablemente no”; el 16% señala que está “indeciso”; el 10% dice que “probablemente sí”; y, el 5% manifiesta que “definitivamente sí” la tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión, fundamenta adecuadamente la prohibición penal.

El 46% de los encuestados señalan que “definitivamente no” se aplican los diversos criterios que se consideran en la configuración de los delitos de colusión han traído problemas al momento de su aplicación.; el 27% señala que “probablemente no”; el 13% señala que está “indeciso”; el 10% dice que “probablemente sí”; y, el 4% manifiesta que “definitivamente sí” se aplican los diversos criterios que se consideran en la configuración de los delitos de colusión han traído problemas al momento de su aplicación.

El 41% de los encuestados señalan que “definitivamente no” se aplican los criterios contradictorios que se consideran en la configuración de los delitos de colusión han traído problemas al momento de su aplicación.; el 29% señala que “probablemente no”; el 19% señala que está “indeciso”; el 7% dice que “probablemente sí”; y, el 3% manifiesta que “definitivamente sí” se aplican los criterios contradictorios que se consideran en la configuración de los delitos de colusión han traído problemas al momento de su aplicación..

Por lo que se puede concluir que el 42,7% de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se aplican los fundamentos político criminales en el tratamiento penal del delito de colusión.

Tabla 3*Estructura del delito*

N°	Estructura del delito	Definitivamente no		Probablemente no		Indeciso		Probablemente si		Definitivamente si	
		Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%
7	La tipificación del delito de colusión se consideran los elementos típicos estructurales del delito para su legitimación.	82	38	60	28	35	16	22	10	18	8
8	La tipificación del delito de colusión se consideran los límites que legitiman a la estructura del delito de colusión.	76	35	57	26	35	16	26	12	23	11
9	La tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión, estructura adecuadamente los tipos de colusión.	80	37	64	29	41	19	19	9	13	6
Porcentaje promedio		79,3	36,6	60,3	27,8	37,0	17,1	22,3	10,3	18,0	8,3

Fuente: Cuestionario aplicado

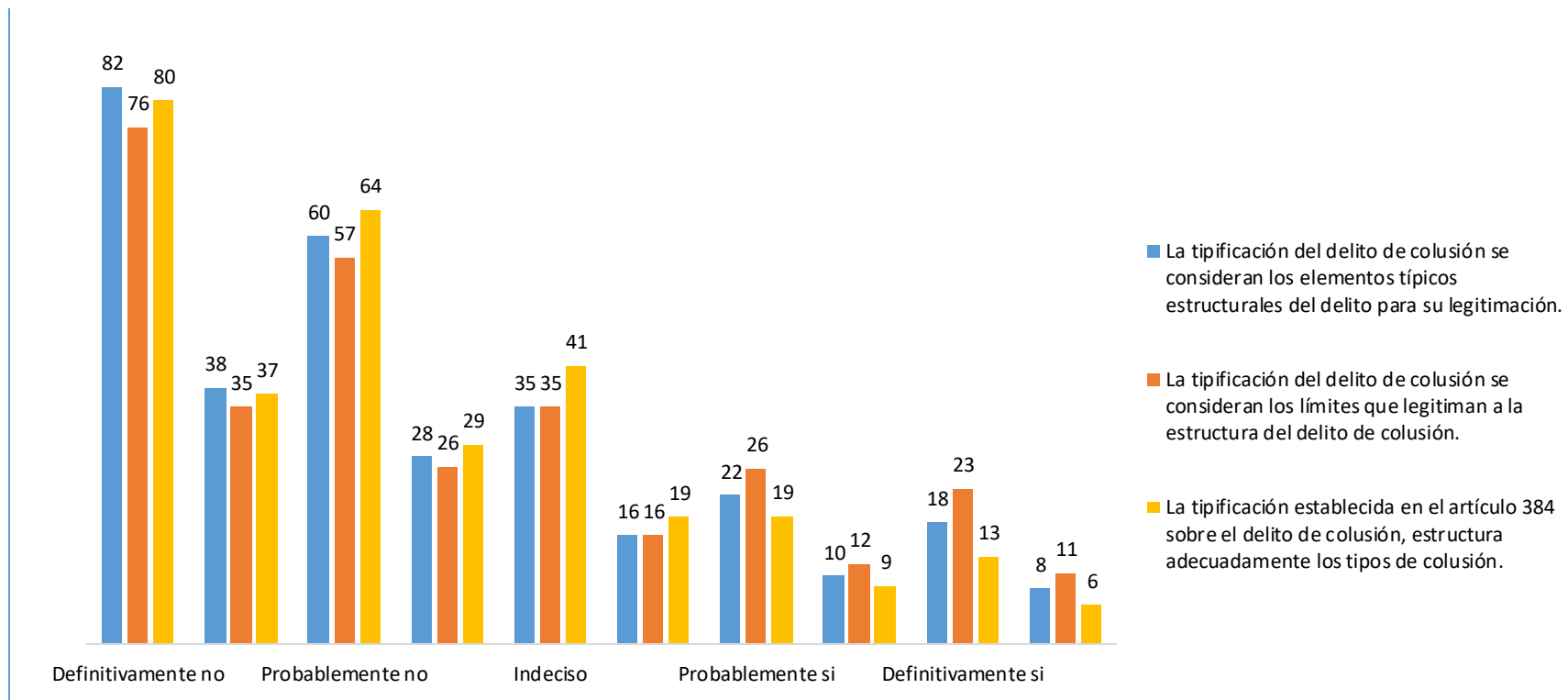


Figura 3: Estructura del delito
Información tomada de la tabla 3

Comentario:

El 38% de los encuestados señalan que “definitivamente no” se establece la tipificación del delito de colusión se consideran los elementos típicos estructurales del delito para su legitimación; el 28% señala que “probablemente no”; el 16% señala que está “indeciso”; el 10% dice que “probablemente sí”; y, el 8% manifiesta que “definitivamente sí” se establece la tipificación del delito de colusión se consideran los elementos típicos estructurales del delito para su legitimación.

El 35% de los encuestados señalan que “definitivamente no” se establece la tipificación del delito de colusión se consideran los límites que legitiman a la estructura del delito de colusión; el 26% señala que “probablemente no”; el 16% señala que está “indeciso”; el 12% dice que “probablemente sí”; y, el 11% manifiesta que “definitivamente sí” se establece la tipificación del delito de colusión se consideran los límites que legitiman a la estructura del delito de colusión.

El 37% de los encuestados señalan que “definitivamente no” se aplica la tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión, estructura adecuadamente en los tipos de colusión.; el 29% señala que “probablemente no”; el 19% señala que está “indeciso”; el 9% dice que “probablemente sí”; y, el 6% manifiesta que “definitivamente sí” se aplica la tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión, estructura adecuadamente en los tipos de colusión.

Por lo que se puede concluir que el 36,6% de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se considera la estructura del delito en el tratamiento penal de los delitos de colusión.

Tabla 4

Tratamiento penal de los delitos de colusión

Dimensiones	Respuesta	Promedio
Tipificación	Definitivamente no	41,9
Fundamentos políticos criminales	Definitivamente no	42,7
Estructura del delito	Definitivamente no	36,6
Promedio		40,4

Fuente: Cuestionario aplicado a los profesionales del derecho

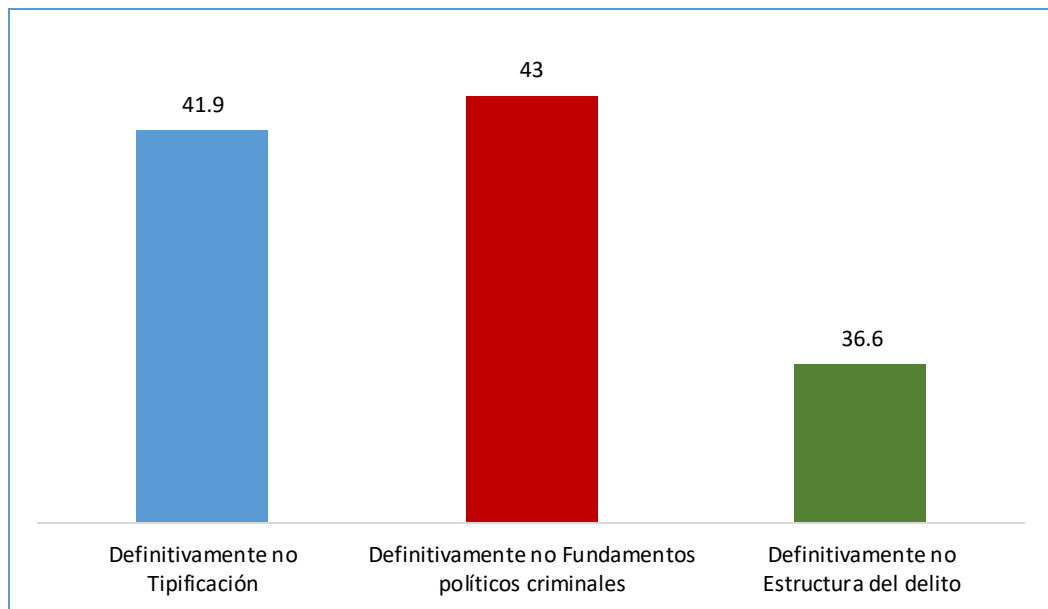


Figura 4:
Información tomada de la tabla 4

Comentario

El 41,9% de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” la tipificación en el tratamiento penal de los delitos de colusión es la adecuada para hacerle frente a la impunidad.

El 42,7% de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se los fundamentos políticos criminales establecidos en el artículo 384° del Código Penal son los adecuados.

El 36,6% de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” la estructura del delito es adecuada para hacer frente a los delitos de colusión.

Por lo que se puede concluir que el 40,4% de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” el tratamiento penal de los delitos de colusión no es adecuado para hacer frente a este tipo de delitos.

B) Impunidad en los delitos de colusión

a) Impunidad de hecho

Tabla 5

Impunidad de hecho

N°	Impunidad de hecho	Definitivamente no		Probablemente no		Indeciso		Probablemente si		Definitivamente si	
		Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%
10	Se investigan adecuadamente los delitos de colusión.	98	45	54	25	25	12	22	10	18	8
11	Existe un considerable porcentaje de delitos de colusión en el cual no se persiguen ni se penan, cuyo resultado es el archivo.	102	47	68	31	23	11	15	7	9	4
12	Existe un considerable porcentaje de delitos de colusión que alcanzan sentencia de acuerdo con la gravedad del hecho punible.	77	35	65	30	43	20	19	9	13	6
Porcentaje promedio		92,3	42,5	62,3	28,7	30,3	14,0	18,7	8,6	13,3	6,1

Fuente: Cuestionario aplicado

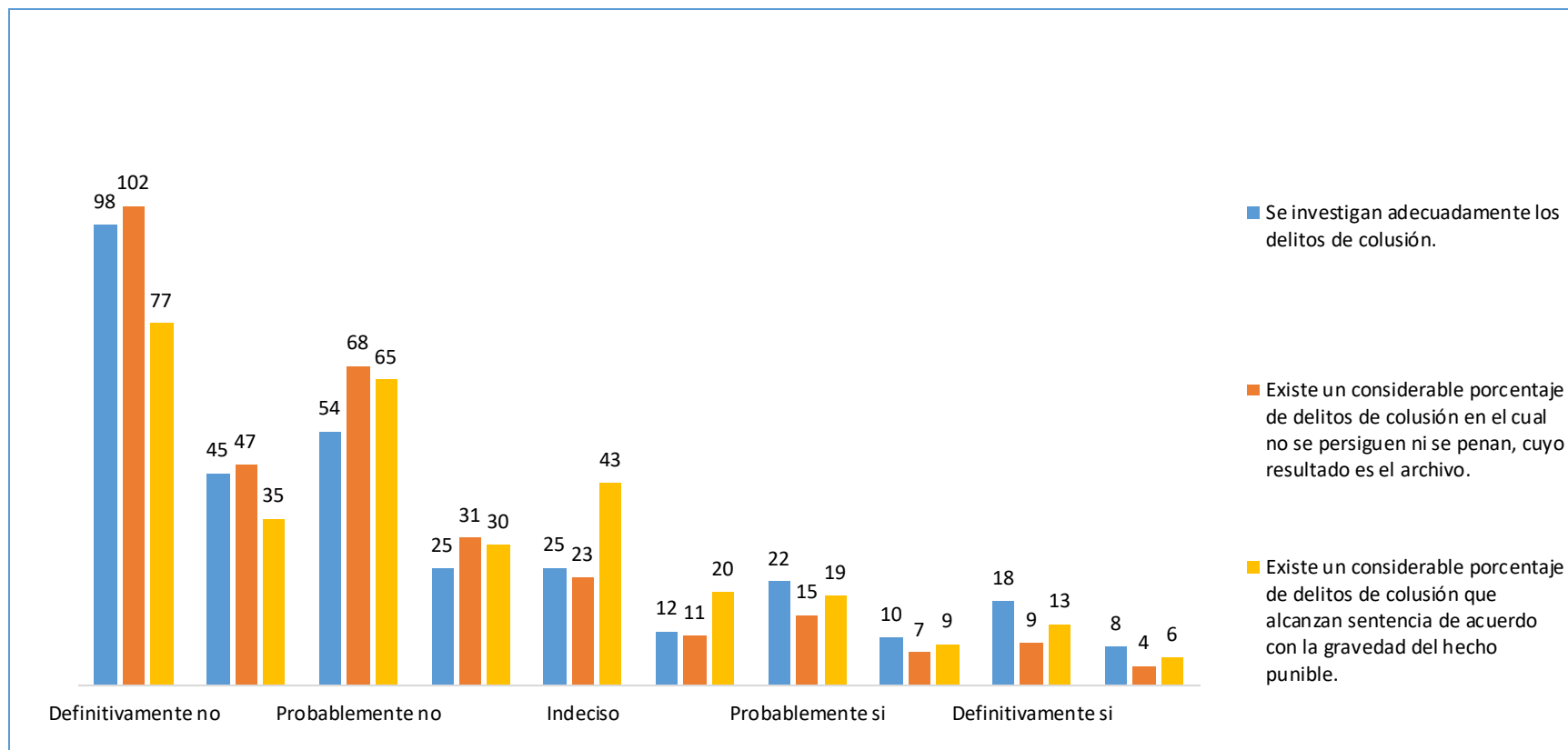


Figura 5: *Impunidad de hecho*
 Información tomada de la tabla 5

Comentario

El 45% de los encuestados señalan que “definitivamente no” se investigan adecuadamente los delitos de colusión; el 25% señala que “probablemente no”; el 12% señala que está “indeciso”; el 10% dice que “probablemente sí”; y, el 8% manifiesta que “definitivamente sí” se investigan adecuadamente los delitos de colusión.

El 47% de los encuestados señalan que “definitivamente no” existe un considerable porcentaje de delitos de colusión en el cual no se persiguen ni se penan, cuyo resultado es el archivo; el 31% señala que “probablemente no”; el 11% señala que está “indeciso”; el 7% dice que “probablemente sí”; y, el 4% manifiesta que “definitivamente sí” existe un considerable porcentaje de delitos de colusión en el cual no se persiguen ni se penan, cuyo resultado es el archivo.

El 35% de los encuestados señalan que “definitivamente no” existe un considerable porcentaje de delitos de colusión que alcanzan sentencia de acuerdo con la gravedad del hecho punible; el 30% señala que “probablemente no”; el 20% señala que está “indeciso”; el 9% dice que “probablemente sí”; y, el 6% manifiesta que “definitivamente sí” existe un considerable porcentaje de delitos de colusión que alcanzan sentencia de acuerdo con la gravedad del hecho punible.

Por lo que se puede concluir que el 42,5% de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se aplica la impunidad de hecho en el tratamiento penal de los delitos de colusión.

b) Impunidad de derecho

Tabla 6

Impunidad de derecho

N°	Impunidad de derecho	Definitivamente no		Probablemente no		Indeciso		Probablemente si		Definitivamente si	
		Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%
14	La inadecuada tipificación del delito genera impunidad en los delitos de colusión.	10	5	15	7	25	12	65	30	102	47
15	La falta del cumplimiento de la obligación estatal de investigación con debida diligencia genera impunidad en los delitos de colusión.	9	4	15	7	43	20	54	25	96	44
16	En los delitos de colusión, las penas emitidas son desproporcionales según la gravedad del delito cometido, generándose la impunidad de derecho.	7	3	12	6	40	18	69	32	89	41
Porcentaje promedio		8,7	4,0	14,0	6,5	36,0	16,6	62,7	28,9	95,7	44,1

Fuente: Cuestionario aplicado

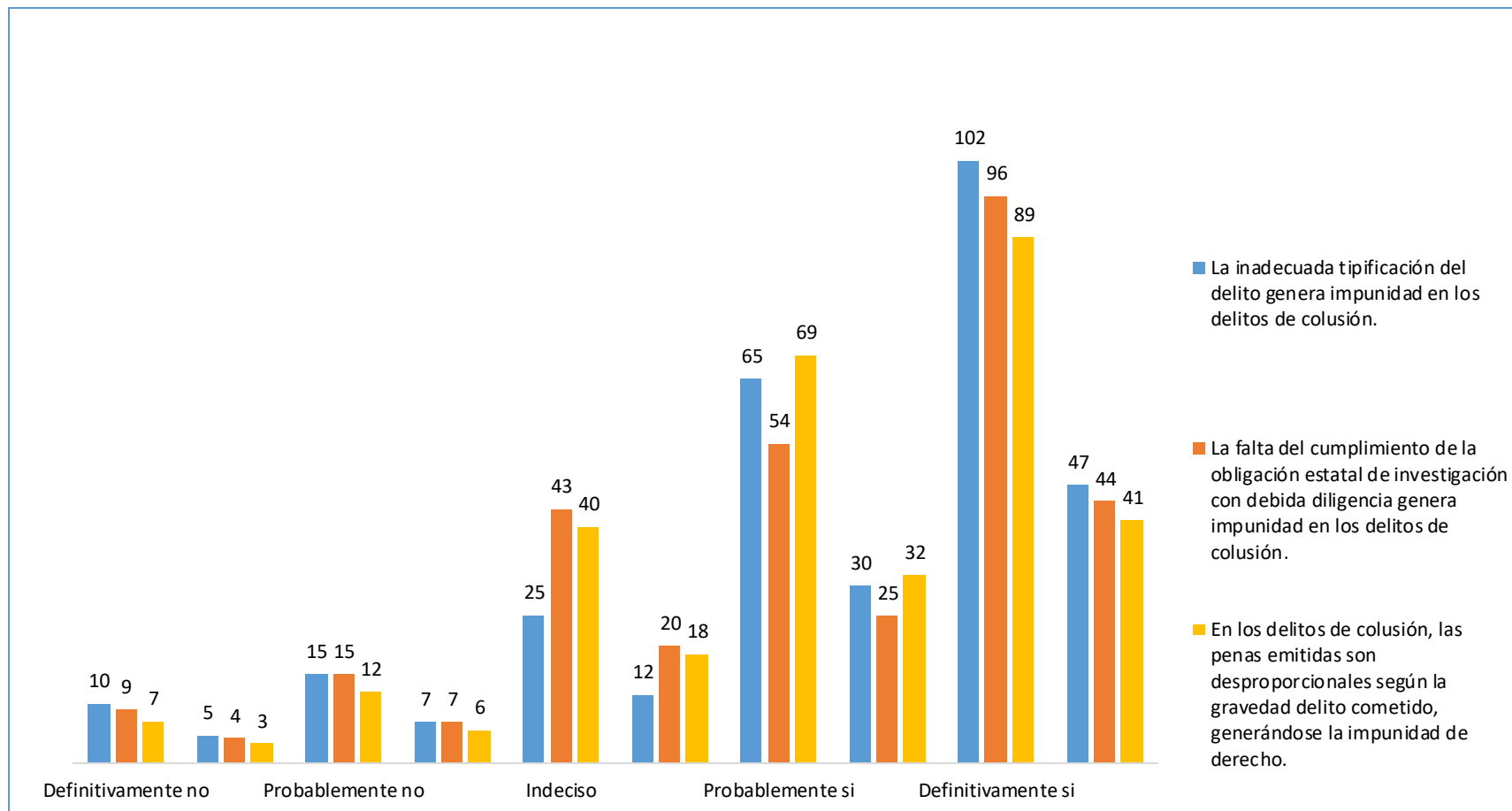


Figura 6: *Impunidad de derecho*
 Información tomada de la tabla 6

Comentario

El 5% de los encuestados señalan que “definitivamente no” existe la inadecuada tipificación del delito genera impunidad en los delitos de colusión; el 7% señala que “probablemente no”; el 12% señala que está “indeciso”; el 30% dice que “probablemente sí”; y, el 47% manifiesta que “definitivamente sí” existe la inadecuada tipificación del delito genera impunidad en los delitos de colusión.

El 4% de los encuestados señalan que “definitivamente no” hay falta del cumplimiento de la obligación estatal de investigación con debida diligencia genera impunidad en los delitos de colusión.; el 7% señala que “probablemente no”; el 20% señala que está “indeciso”; el 25% dice que “probablemente sí”; y, el 44% manifiesta que “definitivamente sí” hay falta del cumplimiento de la obligación estatal de investigación con debida diligencia genera impunidad en los delitos de colusión.

El 3% de los encuestados señalan que “definitivamente no” se aplican en los delitos de colusión, las penas emitidas son desproporcionales según la gravedad delito cometido, generándose la impunidad de derecho; el 6% señala que “probablemente no”; el 18% señala que está “indeciso”; el 32% dice que “probablemente sí”; y, el 41% manifiesta que “definitivamente sí” se aplican en los delitos de colusión, las penas emitidas son desproporcionales según la gravedad delito cometido, generándose la impunidad de derecho.

Por lo que se puede concluir que el 44,1% de los encuestados manifiestan que “definitivamente sí” se genera impunidad de derecho en el tratamiento penal de los delitos de colusión.

Tabla 7
Nivel de impunidad

N°	Nivel de impunidad	Definitivamente no		Probablemente no		Indeciso		Probablemente si		Definitivamente si	
		Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%	Fi	%
17	En los casos de delitos de colusión se genera la impunidad de hecho.	9	4	15	7	45	21	60	28	88	41
18	En los casos de delitos de colusión se genera la impunidad de derecho.	13	6	24	11	35	16	63	29	82	38
19	Se deben implementar adecuados mecanismos y normas para luchar contra la grave impunidad que se advierten en los delitos colusión.	9	4	16	7	35	16	69	32	88	41
Porcentaje promedio		10,3	4,8	18,3	8,4	38,3	17,7	64,0	29,5	86,0	39,6

Fuente: Cuestionario aplicado

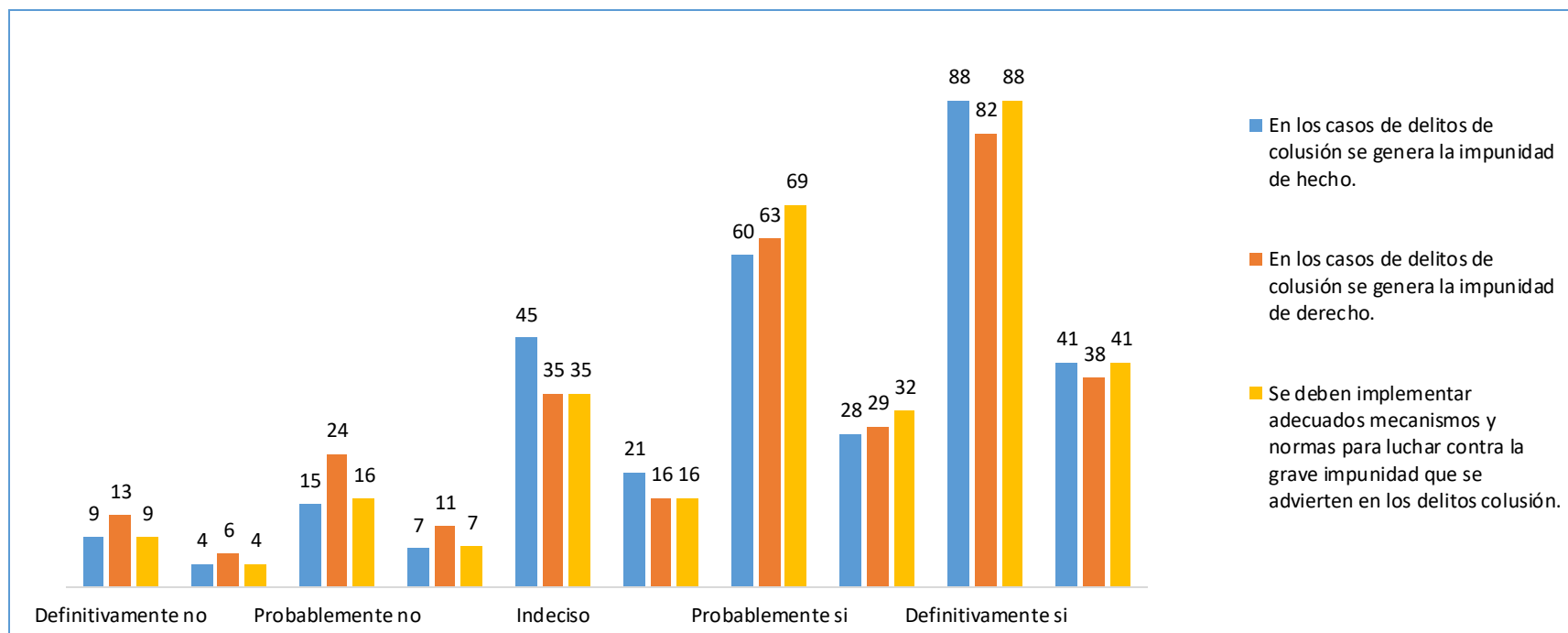


Figura 7: Casos investigados
 Información tomada de la tabla 7

Comentario

El 4% de los encuestados señalan que “definitivamente no” se aplica en los casos de delitos de colusión que genera la impunidad de hecho; el 7% señala que “probablemente no”; el 21% señala que está “indeciso”; el 28% dice que “probablemente sí”; y, el 41% manifiesta que “definitivamente sí” se aplica el nivel de impunidad en los casos de delitos de colusión se genera la impunidad de hecho.

El 6% de los encuestados señalan que “definitivamente no” se establece en los casos de delitos de colusión se genera la impunidad de derecho; el 11% señala que “probablemente no”; el 16% señala que está “indeciso”; el 29% dice que “probablemente sí”; y, el 38% manifiesta que “definitivamente sí” se establece el nivel de impunidad en los casos de delitos de colusión se genera la impunidad de derecho.

El 4% de los encuestados señalan que “definitivamente no” se deben implementar adecuados mecanismos y normas para luchar contra la grave impunidad que se advierten en los delitos colusión; el 7% señala que “probablemente no”; el 16% señala que está “indeciso”; el 32% dice que “probablemente sí”; y, el 41% manifiesta que “definitivamente sí” se deben implementar adecuados mecanismos y normas para luchar contra la grave impunidad que se advierten en los delitos colusión.

Por lo que se puede concluir que el 39,6% de los encuestados manifiestan que “definitivamente sí” existe un alto nivel de impunidad en el tratamiento penal de los delitos de colusión.

Tabla 8

Impunidad en los delitos de colusión

Dimensiones	Respuesta	Promedio
Impunidad de hecho	Definitivamente no	42,5
Impunidad de derecho	Definitivamente si	44,1
Nivel de impunidad	Definitivamente si	39,6
Promedio		42,1

Fuente: Cuestionario aplicado

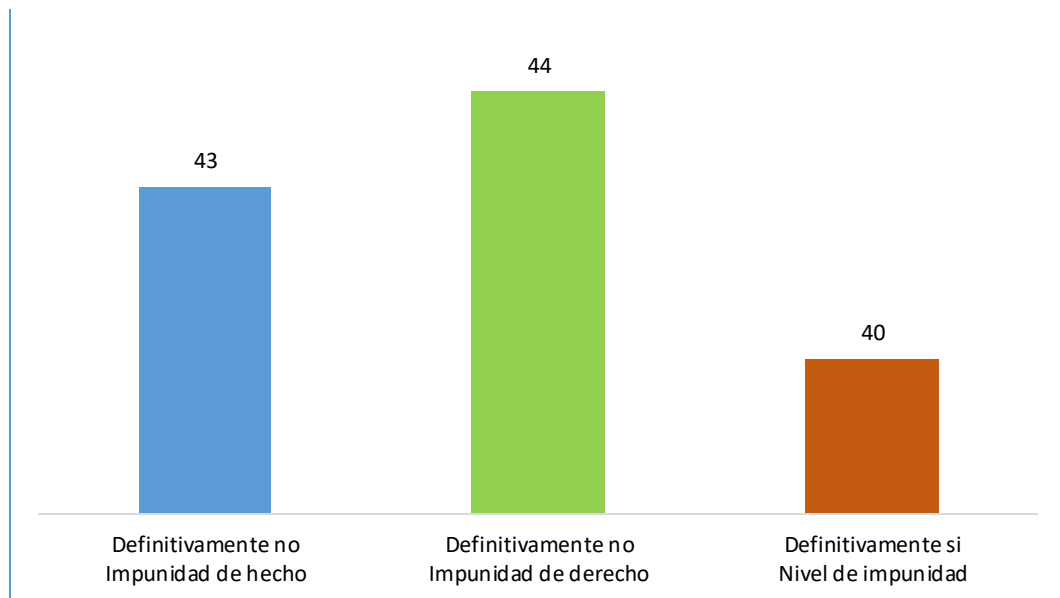


Figura 8: *Impunidad en los delitos de colusión*

Información tomada de la tabla 8

Comentario

El 42,5% de los encuestados manifiestan que “definitivamente no” se aplica la impunidad de hecho en los delitos de colusión.

El 44,1% de los encuestados manifiestan que “definitivamente sí” se aplica la impunidad de derecho en los delitos de colusión.

El 39,6% de los encuestados manifiestan que “definitivamente sí” existe el nivel de impunidad en el tratamiento penal en los delitos de colusión.

Por lo que se puede concluir que el 42,1% de los encuestados manifiestan que “definitivamente sí” se genera la impunidad en los delitos de colusión, al presentar impunidad de hecho, impunidad de derecho, lo que se refleja en el nivel de impunidad en los delitos de colusión.

Tabla 9*Carga por etapa sobre delitos de colusión 2017-2019*

Año	Preliminar		Preparatoria		Intermedia		Juzgamiento	
	f	%	f	%	f	%	f	%
2017	29	38	4	40	6	43	1	25
2018	26	34	5	50	0	0	1	25
2019	22	29	1	10	8	57	2	50
Total	77	100	10	100	14	100	4	100

Fuente: Fuente: Sistema de Gestión Fiscal (SGF)

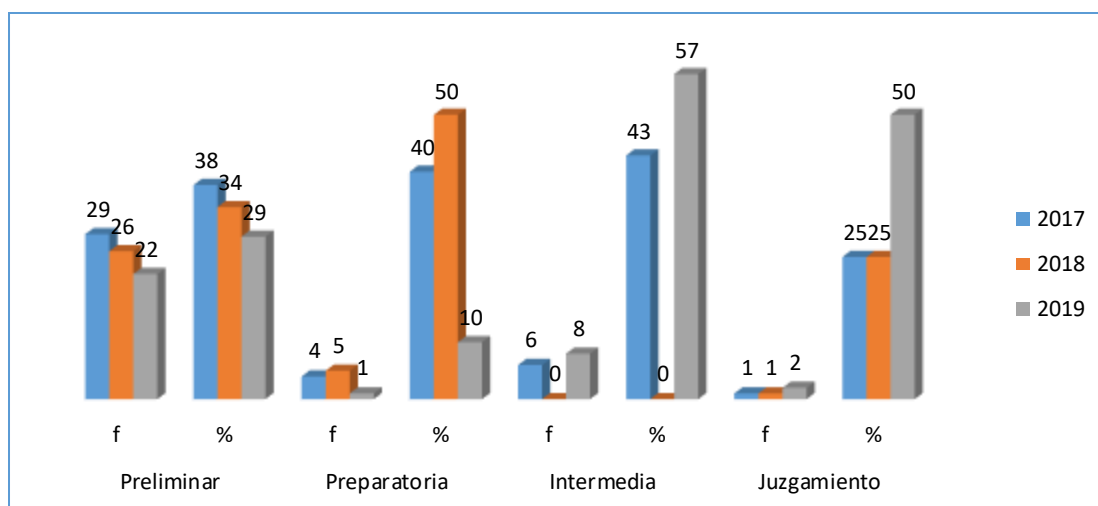


Figura 9: Resultados estadísticos de la carga por etapa sobre delitos de colusión 2017-2019

Información tomada de la tabla 9

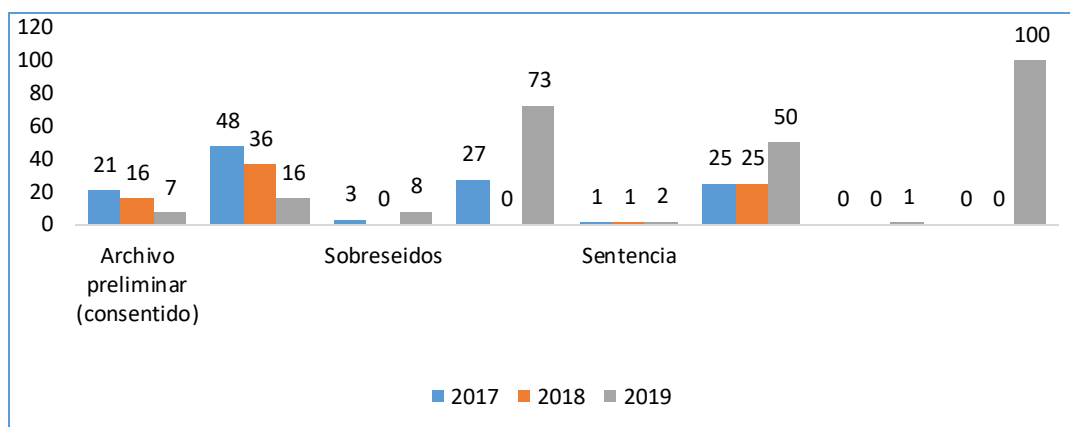
Comentario

La carga por etapa sobre delitos de colusión 2017-2019 es la siguiente: En el año 2017, el 38% de los casos corresponde a la etapa preliminar, 40% a la etapa preparatoria, el 43% a la etapa intermedia; y, el 25% a la etapa de juzgamiento. En el período 2018, el 34% de los casos corresponde a la etapa preliminar, el 50% a la etapa preparatoria, el 0% a la etapa intermedia; y, el 25% a la etapa juzgamiento. En el período 2019, el 29% de los casos corresponde a la etapa preliminar, el 10% a la etapa preparatoria, el 57% a la etapa intermedia; y, el 50% a la etapa de juzgamiento.

Tabla 10*Carga resuelta sobre delitos de colusión 2017-2019*

Año	Archivo preliminar (consentido)		Sobreseídos		Sentencia			
	f	%	f	%	Absolutoria		Condenatoria	
	f	%	f	%	f	%	f	%
2017	21	48	3	27	1	25	0	0
2018	16	36	0	0	1	25	0	0
2019	7	16	8	73	2	50	1	100
Total	44	100	11	100	4	100	1	100

Fuente: Fuente: Sistema de Gestión Fiscal (SGF)

Figura 10: *Resultados estadísticos de la carga por etapa sobre delitos de colusión 2017-2019*

Información tomada de la tabla 10

Comentario

La carga resuelta sobre delitos de colusión 2017-2019 es la siguiente: En el año 2017, el 48% de los casos corresponde al archivo preliminar (consentido), el 27% han sido sobreseídos, el 25% a alcanzado sentencia absoluta; y, el 0% sentencia condenatoria. En el período 2018, el 36% de los casos corresponde al archivo preliminar (consentido), el 0% han sido sobreseídos, el 25% a alcanzado sentencia absoluta; y, el 0% sentencia condenatoria. En el período 2019, el 16% de los casos corresponde al archivo preliminar (consentido), el 73% han sido sobreseídos, el 50% a alcanzado sentencia absoluta; y, en sólo 1 caso alcanzó sentencia condenatoria.

4.3.2 Análisis e interpretación de resultados de la entrevista aplicada

Los resultados de la entrevista aplicada a los magistrados sobre los delitos de colusión, cuyas manifestaciones se muestran a continuación:

1. ¿Considera usted, que la tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión en el Código Penal, permite sancionar debidamente el delito? Fundamente.

Considero que la actual tipificación del delito de colusión es imprecisa para sancionar adecuadamente aquellas conductas que van en contra de la correcta administración pública. Podemos señalar que excluye a aquellos funcionarios públicos que, sin tener la condición especial para intervenir en los procesos de contratación y adquisición, al poseer poder jerárquico participan en el acto colusorio, e incluso lo lideran; lo mismo ocurre con los empresarios que conforman el otro lado del ilegal acuerdo, y que a pesar de jugar un papel importante se les atribuye un grado de complicidad.

2. ¿Considera usted, que la tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión en el Código Penal, contiene una debida estructuración del delito? Fundamente.

En concreto, en el referido tipo penal el sujeto activo no solo debe ser un funcionario público, sino también debe tener asignada la competencia y facultad necesaria para negociar y contratar a nombre del Estado; ello, excluiría a aquellos imputados que ostentando poder jerárquico de manera indebida participan en el acto colusorio, quedando relegados como instigadores o muchas veces fuera de proceso y de una sanción penal. Lo mismo ocurre respecto de los terceros (extraneus), a quienes se les otorga la condición de cómplices, pese a que su participación es necesaria en el delito de colusión, pues para existir un acuerdo ilegal existen dos

partes, el funcionario y el empresario, siendo el accionar de este último más que la prestación de una asistencia o auxilio.

3. ¿Considera usted que, los diversos criterios, algunos incluso contradictorios acerca de la configuración de los delitos de colusión, han traído múltiples problemas al momento de su aplicación? Fundamente.

A lo largo de los años el ilícito penal ha sufrido una evolución legal y jurisprudencial, lo cual ha traído también interpretaciones heterogéneas, como el anterior texto legal que no diferenciaba entre la colusión simple y agravada, a razón del perjuicio patrimonial al Estado. Podemos agregar, que los pronunciamientos como la Sentencia Casatoria N° 661-2016-Piura (11.JUL.2017) otorga pautas válidas e importantes para evitar problemas en la aplicación práctica de la investigación y la calificación de los hechos.

4. ¿Considera usted que, en los delitos de colusión se genera la impunidad de derecho? Fundamente.

Adicionalmente a los problemas anteriormente referidos, sobre lo improbable incorporación de aquellos funcionarios de mayor jerarquía como instigadores, y sobre el grado de participación de cómplice que se otorga a los extraneos, en la práctica es dificultoso lograr acreditar con prueba directa los acuerdos colusorios de los sujetos activos, lo cual conlleva a formular teorías del caso en base a prueba indiciaria, caso contrario se podría optar por otras calificaciones jurídicas (Delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo), y en el peor de los casos concluir que solo existen infracciones de carácter administrativo; estos problemas que se advierten conllevan a no tener una estrategia adecuada en la investigación, que se vea reflejada en las siguientes etapas del proceso, lo cual evidentemente generará sensación de impunidad en la sociedad.

5. ¿Considera usted que, en los delitos de colusión se genera la impunidad de hecho? Fundamente.

Una heterogénea interpretación del delito de colusión podría generar impunidad de hecho, dado que para que una persona obtenga la sanción penal que le corresponde se requiere la participación de diferentes operadores jurídicos (jueces, fiscales y abogados defensores), en consecuencia si ellos conocen de manera no poseen las herramientas claras para realizar su trabajo, realizaran una labor deficiente, que a su vez se verá traducida en la inacción u otros entes supervisores u obligados a denunciar este tipo de hechos.

6. ¿Cuál considera usted son las razones que inciden en el nivel de impunidad que alcanzan los delitos de colusión? Fundamente.

Las probables razones que indiquen en el nivel de impunidad del ilícito penal de colusión podrían ser: a) la restrictiva formulación de la doble condición especial del sujeto activo, b) No inclusión del empresario (extraneus) como autor del delito. c) Dificultad para acreditar el presunto acuerdo colusorio.

7. ¿Considera usted que urgen modificatorias en la tipificación del delito de colusión a fin de hacer frente a la impunidad que se genera en su aplicación?

Considero que podría modificarse la formulación restrictiva de la condición especial del sujeto activo, para que no solo abarque a los funcionarios públicos que intervienen directamente, sino también a aquellos funcionarios de igual o mayor rango jerárquico que actúan indebidamente y formar parte del acuerdo colusorio; por otro lado, agregar una formulación que permita castigar como autor al empresario, dado que es la contraparte en el delito de colusión, y no solo una figura que presta auxilio o asistencia en el presunto hecho punible.

4.4 Comprobación de hipótesis

La hipótesis del presente trabajo es: Las hipótesis específicas fueron comprobadas mediante la aplicación de los instrumentos de medición (cuestionario, entrevista y análisis documental); con la aplicación de método mixto e inductivo. Los resultados de su comprobación son detallados a continuación:

4.4.1 Comprobación de la primera hipótesis específica

La tipificación del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.

Correlación de Pearson

		Tipificación del delito de colusión	Impunidad en los delitos de colusión
Tipificación del delito de colusión	Correlación de Pearson	1	.791(**)
	Sig. (bilateral)		.000
	N	217	217
Impunidad en los delitos de colusión	Correlación de Pearson	.791(**)	1
	Sig. (bilateral)	.000	
	N	217	217

** La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

En conclusión, esto significa que existe una correlación directa entre los índices de la tipificación del delito de colusión y la impunidad en los delitos de colusión. Es decir que existe un 0,79% de probabilidad que la tipificación del delito de colusión; tenga una relación directa en la impunidad en los delitos de colusión.

Asimismo, estos resultados coinciden con los resultados de las estadísticas de carga resuelta sobre delitos de colusión 2017-2019 (tablas y figuras 9 y 10); y la entrevista aplicada a los magistrados.

Por lo que se puede rechazar la hipótesis H_0 , y aceptar la hipótesis de estudio, concluyéndose que: *La tipificación del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.*

4.4.2 Comprobación de la segunda hipótesis específica

Los fundamentos políticos criminales establecidos en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.

Correlación de Pearson

		Fundamentos políticos criminales	Impunidad en los delitos de colusión
Fundamentos políticos criminales	Correlación de Pearson	1	.750(**)
	Sig. (bilateral)		.000
	N	217	217
Impunidad en los delitos de colusión	Correlación de Pearson	.750(**)	1
	Sig. (bilateral)	.000	
	N	217	217

**La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

En conclusión, esto significa que existe una correlación directa entre los índices de fundamentos políticos criminales y la impunidad en los delitos de colusión. Es decir que existe un 0,75% de probabilidad que los fundamentos políticos criminales; tenga una relación directa en la impunidad en los delitos de colusión.

Asimismo, estos resultados coinciden con los resultados de las estadísticas de carga resuelta sobre delitos de colusión 2017-2019 (tablas y figuras 9 y 10); y la entrevista aplicada a los magistrados.

Por lo que se puede rechazar la hipótesis H_0 , y aceptar la hipótesis de estudio, concluyéndose que: *Los fundamentos políticos criminales establecidos en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.*

4.4.3 Comprobación de la tercera hipótesis específica

La estructura del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.

Correlación de Pearson

	Estructura del delito de colusión	Impunidad en los delitos de colusión
Estructura del delito de colusión	1	.720(**)
	Sig. (bilateral)	.000
	N	217
Impunidad en los delitos de colusión	.720(**)	1
	Sig. (bilateral)	.000
	N	217

**La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

En conclusión, esto significa que: existe una correlación directa entre los índices de estructura del delito de colusión y la impunidad en los delitos de colusión. Es decir que existe un 0,72% de probabilidad que estructura del delito de colusión; tenga una relación directa en la impunidad en los delitos de colusión.

Asimismo, estos resultados coinciden con los resultados de las estadísticas de carga resuelta sobre delitos de colusión 2017-2019 (tablas y figuras 9 y 10); y la entrevista aplicada a los magistrados.

Por lo que se puede rechazar la hipótesis H_0 , y aceptar la hipótesis de estudio, concluyéndose que: La estructura del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.

4.4.4 Comprobación de hipótesis general

El tratamiento del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.

Correlación de Pearson

		<i>El tratamiento penal del delito de colusión</i>	<i>Impunidad en los delitos de colusión</i>
<i>El tratamiento penal del delito de colusión</i>	Correlación de Pearson	1	.790(**)
	Sig. (bilateral)		.000
	N	217	217
<i>Impunidad en los delitos de colusión</i>	Correlación de Pearson	.790(**)	1
	Sig. (bilateral)	.000	
	N	217	217

**La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

En conclusión, esto significa que existe una correlación directa entre los índices del *tratamiento penal del delito de colusión* y la impunidad en los delitos de colusión. Es decir que existe un 0,79% de probabilidad que *el tratamiento penal del delito de colusión*; tenga una relación directa en la impunidad en los delitos de colusión.

Asimismo, estos resultados coinciden con los resultados de las estadísticas de carga resuelta sobre delitos de colusión 2017-2019 (tablas y figuras 9 y 10); y la entrevista aplicada a los magistrados.

Por lo que se puede rechazar la hipótesis H_0 , y aceptar la hipótesis de estudio, concluyéndose que: *El tratamiento del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.*

4.1 Discusión de resultados

La presente investigación tuvo como objetivo determinar la incidencia del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019. La hipótesis del presente trabajo fue: El tratamiento del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019, la cual contiene tres hipótesis específicas que son: a) **La tipificación del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019;** b) **Los fundamentos políticos criminales establecidos en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019;** c) **La estructura del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.**

Los resultados aplicados con el enfoque mixto – inductivo, descriptivo explicativo, en la investigación son los siguientes:

En las tablas y figuras del 1 al 10 se observan los resultados de los instrumentos aplicados; así como la comprobación de la hipótesis general, cuyo índice de correlación de 0,79%, y el análisis de estadísticas sobre delitos de colusión 2017-2019; y entrevistas aplicada a los magistrados, permiten comprobar las hipótesis enunciadas. Los resultados nos permiten inferir que: El tratamiento del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.

Estos resultados guardan relación con el estudio Calixto & Salazar. (2018). *La inadecuada tipificación del delito de colusión y su aplicación en Huánuco 2016 – 2017*, Universidad Hermilio Valdizán, Huánuco, quien señala que, “La tipificación actual del delito colusión es inadecuada, lo que afecta su aplicación, Huánuco 2016; en los siguientes términos: El Art. 384° del CP; que tipifica el delito de colusión, modificado por la Ley N° 30111, contiene defectos en su tipificación, por ende es inadecuada, pues al definir entre colusión simple y agravada, de acuerdo al primer y segundo párrafo del citado artículo, la primera conducta contiene como verbo rector que el sujeto activo debe concertar con los interesados para defraudar al Estado, lo que en puridad es un tipo de colusión en grado de tentativa, así lo ha definido el 100.0% de la muestra conformada por jueces, fiscales y abogados; y el tipo agravado, contiene en su verbo rector la conducta desplegada por el sujeto activo, que corresponde al tipo consumado; como lo ha considerado el 100.0% de la muestra conformada por jueces, fiscales y abogados”.

Asimismo, los resultados del presente estudio también guardan relación con el estudio de: Vásquez, L. (2015). *Estructura y legitimación del delito de colusión e impunidad en el distrito judicial de Huánuco*, Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Huánuco, Perú, quien señala que, “la actual fórmula legal que regula el delito de colusión previsto en el artículo 384° del Código Penal, no se encuentra estructura en el marco de sus delitos fuentes como son los delitos de infracción de deber, y asimismo, no es legítima en razón que se pretende sancionar comportamientos peligrosos dejando de lado los principios de ultima ratio y subsidiaria que inspiran el Código Penal peruano; es por ello, que al finalizar la presente investigación demostraremos que la regulación del Delito de Colusión a la fecha es solo una muestra de medida desesperada pero no real de solución y freno a los actos de corrupción cometidos en las adquisiciones y contrataciones del Estado, hecho que conlleva a la impunidad y desconfianza en el sistema normativo de contratación pública peruano”.

Adicionalmente, Chávez, Y. (2018). *La imputación y prueba en el delito de colusión con respecto a la impunidad en las entidades públicas del Perú*,

Universidad Nacional de Ancash “Santiago Antúnez de Mayolo”, Huaraz, quien señala que: “Según los doctrinarios y juristas peruanos habría sido redactada con una inadecuada técnica legislativa, porque está condicionada a la concertación y contiene innecesarias repeticiones de sus elementos normativos (contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, liquidaciones, etc), elementos que lo hacen inaplicable en la realidad, causando la impunidad de los autores de este delito”.

Finalmente, Artaza, O., & Belmonte, M., Acevedo, G. (2018). *El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo*, Universidad de Talca, Santiago de Chile, señala que, “el legislador chileno ha incorporado a nuestro ordenamiento lo que se conoce como un delito de peligro abstracto a través del cual se prohíbe la celebración, organización o ejecución de aquellos acuerdos anticompetitivos que han sido considerados como especialmente graves (los carteles duros). Con todo, se detecta una serie de dificultades a la hora de delimitar qué es aquello que realmente ha prohibido el legislador. Con el objeto de resolver este problema se procede al análisis de sus elementos constitutivos y la constatación de la complejidad asociada, en primer lugar, a qué es lo debiera entenderse por un acuerdo en este ámbito y al problema posterior relativo a cuándo tal acuerdo se debe comprender como anticompetitivo”.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

PRIMERA:

El tratamiento del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.

El índice de correlación de 0,79% indica que existe una correlación directa entre el tratamiento penal del delito de colusión y la impunidad en los delitos de colusión, al determinarse que la tipificación, los fundamentos políticos criminales y la estructura del delito de colusión inciden en el archivamiento y mínimas sentencias condenatorias alcanzadas.

SEGUNDA:

La tipificación del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.

El índice de correlación de 0,78% indica que existe una correlación directa entre la tipificación del delito de colusión y la impunidad en los delitos de colusión, al determinarse que el tratamiento penal del artículo 384° del Código Penal, los defectos en su tipificación, y, la protección del bien jurídico genera la impunidad en los delitos de colusión.

TERCERA:

Los fundamentos políticos criminales establecidos en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.

El índice de correlación de 0,75% indica que existe una correlación directa entre los fundamentos políticos criminales y la impunidad en los delitos de colusión, al establecerse que, el fundamento de la prohibición penal, los criterios diversos; y los criterios contradictorios en la aplicación de la legislación generan la impunidad en los delitos de colusión.

CUARTA:

La estructura del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en la impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.

El índice de correlación de 0,72% indica que existe una correlación directa entre la estructura del delito de colusión y la impunidad en los delitos de colusión, al determinarse que los elementos típicos estructurales que legitiman el delito de colusión; y los límites que legitiman a la estructura del delito de colusión, inciden en su impunidad.

5.2 RECOMENDACIONES

PRIMERA:

Los operadores del derecho deben presentar una propuesta legislativa formulando una inmediata modificatoria del artículo 384° del Código Penal, a efectos de evitar la impunidad en el distrito fiscal de Tacna, cuya fórmula legal sería la siguiente:

Artículo 384°. Colusión Simple y Agravada.

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los **interesados o realiza actos de interés a favor de los mismos** para defraudar o permitir que se defraude al Estado 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 concierta con los interesados o **realiza actos de interés a favor de los mismos** para defraudar 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.*

Cuando el valor de la defraudación patrimonial sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con cuatrocientos días-multa.

SEGUNDA:

Los operadores de justicia, deben considerar que el delito de colusión, es un tipo penal especial propio y de resultado material, es un delito especial propio, porque el tipo penal sólo puede realizarlo exclusivamente una persona cualificada, esto es un funcionario público quien además deberá estar vinculado funcionalmente con la contratación estatal; y es un delito de resultado material, pues no sólo basta la mera concertación sino que es preciso la materialización de la defraudación a los intereses patrimoniales del Estado, por ello es necesario disminuir el nivel de probanza con actos de interés en favor del extraneus que pueda efectuar el sujeto activo cualificado en desmedro del lucro o beneficio patrimonial del Estado.

TERCERA:

Los operadores del derecho deben uniformizar los criterios para para probar el delito de colusión, diferenciando de ser el caso la infracción del deber, la que basta con la irregularidad en un procedimiento administrativo, mientras que en colusión no basta una cercanía entre proveedor y funcionario del comité de selección, debe expresarse explícitamente lo que es la concertación; por lo que, si es difícil en vía preliminar y preparatoria acceder a lo que es el registro de llamadas, será más difícil probar un acercamiento con inferencias lógicas.

CUARTA:

Los operadores del derecho deben evaluar la actual estructura del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal, el cual genera lagunas legales especialmente concordados con normas complementarias a la Ley Penal y por ende impunidad, por ello es necesario revisar la estructura y legitimidad del citado delito a la luz de los fines y objetivos políticos criminales exigidos por el Estado Peruano.

PROPUESTA LEGISLATIVA
PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 384° DEL
CÓDIGO PENAL, SOBRE DELITOS DE COLUSIÓN

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la siguiente ley:

ARTÍCULO 1°.- Modificar el artículo 384° del Código Penal, sobre delitos de colusión:

Dice:

Artículo 384°. Colusión simple y agravada

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

Debe decir:

Artículo 384°. Colusión Simple y Agravada.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados o realiza actos de interés a favor de los mismos para defraudar o permitir que se defraude al Estado 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 concierta con los interesados o realiza actos de interés a favor de los mismos para defraudar 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.

Cuando el valor de la defraudación patrimonial sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con cuatrocientos días-multa.

ARTÍCULO 2°.- Reglamento.

Para el cumplimiento de la presente Ley, reglántese la misma en el plazo 60 días.

ARTÍCULO 3°.- Vigencia.

La presente Ley entrará en vigencia con la expedición de su reglamento.

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Proyecto de Ley tiene como objeto plantear la inmediata la modificatoria del artículo 384° del Código Penal, a efectos de evitar la impunidad en los delitos de colusión, en el marco de los principios políticos criminales previsto en los artículos I, II, IV, VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La aprobación de la modificación planteada no amerita ningún gasto al Tesoro Público, porque se trata de implementar una norma legal en el Código Penal, a fin de beneficiar a la sociedad peruana a través de la correcta y eficiente administración de los recursos del Estado Peruano.

III. EFECTOS EN LA LEGISLACIÓN

La presente propuesta tiene como finalidad erradicar la impunidad en los delitos de colusión.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, J. C. (2017). Impunidad, sistema de justicia, estado de derecho y democracia. ¿Es peor la impunidad que el crimen en sí mismo? 9.
- Aquino, E. (2018). Reglas de política criminal para combatir la corrupción pública en el Perú. 134.
- Artaza, O. (2018). El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo. *Ius et Praxis*, 24(2), 549-592. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122018000200549>
- Bendezú, R. (2015). Análisis típico del delito de colusión y su tratamiento jurisprudencial—Núm. I, Enero 2011—IUS. Revista de investigación de la facultad de derecho—Libros y Revistas—VLEX 425588490. <https://vlex.com.pe/vid/tipico-colusion-tratamiento-jurisprudencial-425588490>
- Castillo, I. D. (2016). El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano [Http://purl.org/dc/dc/mitype/Text, Universidad de Salamanca]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=53696>
- Chávez, C. (2018). La imputación y prueba en el delito de colusión con respecto a la impunidad en las entidades públicas del Perú. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/2341>

- Chipana, R. (2017). Impunidad en los delitos especiales de colusión y su logro gracias al andamiaje jurídico gestado desde el poder legislativo, en Lima Metropolitana. <http://200.37.135.58/handle/123456789/1641>
- Cienfuegos, D. (2015). La doctrina y la jurisprudencia. Reflexiones acerca de una relación indispensable. 27.
- Córdova, A. (2018). La ilegitimidad de la colusión. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/12791>
- Diario Oficial El Peruano. (2016). DECRETO LEGISLATIVO N° 1243 - Norma Legal Diario Oficial El Peruano. <https://elperuano.pe/normaselperuano/2016/10/22/1444966-1.html>
- Díaz, I. (2016a). El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano. <https://doi.org/10.14201/gredos.131865>
- Díaz, I. (2016b). El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano [Universidad de Salamanca]. <https://doi.org/10.14201/gredos.131865>
- Hermoza, F. (2016). Influencia de la valoración de la prueba en el delito de colusión. Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga. <http://repositorio.unsch.edu.pe/handle/UNSCH/1812>
- Ibarra, F. (2016). Contra la impunidad: Consideraciones sobre la prueba ilícita a partir del caso Lydia Cacho en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932009000200015&script=sci_arttext

- López, A. (2012). Corrupción e Impunidad. *La Revista de Derecho*, 33, 31-67.
<https://doi.org/10.5377/lrd.v33i0.1259>
- Mendoza, L. (2018). Archivo fiscal en denuncias por delitos de colusión: “Falencias en las diligencias preliminares para la obtención de elementos de convicción”. <http://209.45.73.22/handle/UNSCH/3297>
- Millán, I., & Castro, A. (2017). Apuntes de análisis comparativo de la legislación chilena y peruana en materia de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas | Advocatus.
<http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4578>
- Minaya, H. (2015). Fundamentos para la aplicación de la prescripción especial al extraneus en delitos de colusión desleal como medida para combatir las Organizaciones Ilícitas para delinquir en el Perú. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.
<http://repositorio.uancv.edu.pe/handle/UANCV/286>
- Roca, J. (2014). Delito de colusión simple y agravada.
<http://joserocanacion.blogspot.com/2013/11/delitos-de-colusion.html>
- Rojas, J. (2017). Los delitos de corrupción de funcionarios colusión artículo 384° del código penal y el estado de derecho en el Perú. Universidad César Vallejo. <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/14546>
- Salazar, M., & Calixto, E. (2018). La inadecuada tipificación del delito de colusión y su aplicación en Huánuco 2016—2017.
- Salinas, R. (2016a). El delito de colusión en el sistema penal peruano.
<http://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/#000/web/index.html>

- Salinas, R. (2016b). *Jurídica* | Diario Oficial El Peruano. <https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/682/web/index.html>
- Sanz, F. (2016). Evolución del tratamiento de la colusión en Chile dentro del marco de la defensa de la libre competencia | Sanz Salguero | *Ars Boni et Aequi*. <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/309>
- Taylor, W. (2016a). La problemática de la impunidad y su tratamiento en las naciones unidas notas para la reflexión. 24, 28.
- Taylor, W. (2016b). La problemática de la impunidad y su tratamiento en las naciones unidas. 24, 28.
- Trujillo, C., & Salazar, M. (2018). La inadecuada tipificación del delito de colusión y su aplicación en Huánuco 2016—2017. <http://repositorio.unheval.edu.pe/handle/UNHEVAL/3373>
- Vásquez, L. (2015a). Estructura y legitimación del delito de colusión e impunidad en el distrito judicial de Huánuco. *Gaceta Científica*, 1(2), 150-153.
- Vásquez, L. (2015b). Estructura y legitimación del delito de colusión e impunidad en el distrito judicial de Huánuco.
- Vidal, E. (2016). ELÍ SELAH VIDAL CÓRDOVA. 108.
- Vivanco, Y. F. M. (2018). La ilegitimidad de la colusión. 108.
- Winter, J. (2013). Derecho penal e impunidad empresarial en Chile. *Revista de Estudios de la Justicia*, 19, 91-125. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i19.36188>

ANEXOS

MATRIZ

TÍTULO: EL TRATAMIENTO PENAL DEL DELITO DE COLUSIÓN Y LA IMPUNIDAD EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TACNA, 2017-2019

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	POBLACIÓN Y MUESTRA	DISEÑO, TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN	INSTRUMENTO Y TÉCNICA
<p>PROBLEMA PRINCIPAL: ¿Cómo incide el tratamiento del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal en su impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL: Analizar la incidencia del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal en su impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL: Hi:El tratamiento del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en su impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019. Ho:El tratamiento del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal no incide directamente en su impunidad en el</p>	<p>V. Independiente X: El tratamiento penal del delito de colusión</p>	<p>X1: Tipificación</p>	<p>- Tratamiento penal del artículo 384° del Código Penal - Defectos en su tipificación - Bien jurídico protegido</p>	<p>POBLACIÓN 498 profesionales del derecho</p> <p>MUESTRA 217 profesionales del derecho</p>	<p>DISEÑO No experimental</p> <p>TIPO Básica</p> <p>Nivel Descriptivo explicativo</p>	<p>TÉCNICA Encuesta Entrevista Análisis documental</p>
				<p>X2: Fundamentos políticos criminales</p>	<p>- El fundamento de la prohibición penal</p>			

		distrito judicial de Tacna, 2017-2019..			- Criterios diversos - Criterios contradictorios			
PROBLEMAS ESPECÍFICO S: ¿Cómo incide la tipificación del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal en su impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019?	OBJETIVOS ESPECÍFICO S: Establecer la incidencia de la tipificación establecido en el artículo 384° del Código Penal del delito de colusión en su impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.	HIPÓTESIS ESPECIFICAS: Hi ₁ :La tipificación del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en su impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019. Ho ₁ :La tipificación del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal no incide directamente en su impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.		X3: Estructura del delito	- Elementos típicos estructurales que legitiman el delito de colusión. - Límites que legitiman a la estructura del delito de colusión			
¿Cómo incide los fundamentos políticos criminales establecidos en	Explicar la incidencia de los fundamentos políticos criminales	Hi ₂ :Los fundamentos políticos criminales establecidos en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en su	V. Dependiente Y:Impunidad en los delitos de colusión	Y1:Impunidad de hecho	- Actuación deficiente - Delitos que no se persiguen ni se penan			INSTRUMENTO Cuestionario

<p>el artículo 384° del Código Penal en su impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019?</p>	<p>establecidos en el artículo 384° del Código Penal en su impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.</p>	<p>impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019. Ho2: Los fundamentos políticos criminales establecidos en el artículo 384° del Código Penal no incide directamente en su impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019.</p>		<p>Y2: Impunidad de derecho</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Inadecuada tipificación del delito - Falta del cumplimiento de la obligación Estatal de investigación con debida diligencia 		<p>Cédula de entrevista Ficha de análisis documental</p>
<p>¿Cómo incide la estructura del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal en su impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019?</p>	<p>Determinar la incidencia de la estructura del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal en su impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019..</p>	<p>Hi3: La estructura del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal incide directamente en su impunidad en el distrito judicial de Tacna, 2017-2019. Ho3: La estructura del delito de colusión establecido en el artículo 384° del Código Penal no incide directamente en su impunidad en el</p>		<p>Resultados de atención de casos</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Casos investigados - Casos archivados - Casos sentenciados 		

		distrito judicial de Tacna, 2017-2019.						
--	--	--	--	--	--	--	--	--

ANEXO 02

CUESTIONARIO

**EL TRATAMIENTO PENAL DEL DELITO DE COLUSIÓN Y LA IMPUNIDAD
EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TACNA, 2018**

Estimado Sr (a), la presente encuesta tiene por finalidad la obtención de información acerca del tratamiento penal del delito de colusión y la impunidad. La presente encuesta es anónima, por favor responda con sinceridad, marcando con un aspa en el recuadro correspondiente a la alternativa que usted elija:

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

Años de experiencia:

Tipo de actividad laboral:

I. El tratamiento penal del delito de colusión

Proposición	Escala de Valoración				
	Definitivamente si	Probablemente si	Indeciso	Probablemente no	Definitivamente no
A. Tipificación					
1. La tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión en el Código Penal, permite diferenciar entre el tipo de colusión simple y agravada.					
2. El delito de colusión tipificado en el artículo 384° sobre el delito de colusión en el Código Penal, presenta defectos en su tipificación.					
3. La tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión en el Código Penal, permite la protección adecuada del bien jurídico.					
B. Fundamentos políticos criminales					

1. ¿Considera ud. que en la tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión, fundamenta adecuadamente la prohibición penal?					
2. ¿Considera ud, que los diversos criterios que se consideran en la configuración de los delitos de colusión han traído problemas al momento de su aplicación?					
3. ¿Considera ud, que los criterios contradictorios que se consideran en la configuración de los delitos de colusión han traído problemas al momento de su aplicación?					
C. Estructura del delito					
1. ¿Considera Ud., que en la tipificación del delito de colusión se consideran los elementos típicos estructurales del delito para su legitimación?					
2. ¿Considera Ud., que en la tipificación del delito de colusión se consideran los límites que legitiman a la estructura del delito de colusión?					
3. ¿Considera ud. que la tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión, estructura adecuadamente los tipos de colusión?					

II. Impunidad en los delitos de colusión

Proposición	Escala de Valoración				
	Definitiva mente si	Probabl emente si	Indec iso	Probabl emente no	Defini tivam

					ente no
A. Impunidad de hecho					
1. ¿Considera ud. que se investigan adecuadamente los delitos de colusión?					
2. ¿Considera ud. que existe un considerable porcentaje de delitos de colusión en el cual no se persiguen ni se penan, cuyo resultado es el archivo?					
3. ¿Considera ud. que existe un considerable porcentaje de delitos de colusión que alcanzan sentencia de acuerdo con la gravedad del hecho punible?					
B. Impunidad de derecho					
1. ¿Considera ud. que la inadecuada tipificación del delito genera impunidad en los delitos de colusión?					
2. ¿Considera ud. que la falta del cumplimiento de la obligación estatal de investigación con debida diligencia genera impunidad en los delitos de colusión?					
3. ¿Considera ud. que en los delitos de colusión, las penas emitidas son desproporcionales según la gravedad del delito cometido, generándose la impunidad de derecho?					
C. Nivel de impunidad.					
1. ¿Considera ud. que en los casos de delitos de colusión se genera la impunidad de hecho?					
2. ¿Considera ud. que en los casos de delitos de colusión se genera la impunidad de derecho?					

3. ¿Considera ud. que se deben implementar adecuados mecanismos y normas para luchar contra la grave impunidad que se advierten en los delitos colusión?					
--	--	--	--	--	--

Gracias por su gentil colaboración

FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL**Año:****Etapa Preliminar:****Etapa Preparatoria:****Etapa Intermedia:****Etapa de Juzgamiento:****Archivo:****Preliminar (consentido)****Sobreseídos :****Sentencia:**

- a) Absolutoria b) Condenatoria

ENTREVISTA

Señor (a), la presente entrevista tiene por finalidad la obtención de información acerca del tratamiento penal del delito de colusión y la impunidad, por lo que se sugiere contestar objetivamente las preguntas formuladas, fundamentando cada una de ellas.

8. **¿Considera ud. que la tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión en el Código Penal, permite sancionar debidamente el delito?
Fundamente**

2. **¿Considera usted, que la tipificación establecida en el artículo 384° sobre el delito de colusión en el Código Penal, contiene una debida estructuración del delito?
Fundamente.**

3. **¿Considera usted que, los diversos criterios e incluso contradictorios acerca de la configuración de los delitos de colusión, han traído múltiples problemas al momento de su aplicación? Fundamente.**

4. **¿Considera usted que, en los delitos de colusión se genera la impunidad de derecho?
Fundamente.**

