

# El delito de Colusión: Un Tratamiento desde la óptica extranjera y nacional y sus componentes típicos

por Rocci Fiorella Bendezú Barnuevo\*

---

**SUMARIO:** I.- Legislación Comparada. II.- El Bien jurídico protegido III.- Sujetos: Sujeto activo y pasivo IV.- Conducta Típica V.- Consumación y tentativa VI.- Penalidad VII.- Fases Negativas del Delito. VIII.- Concurso de delitos IX.- Finalidad Político Criminal del Delito de Colusión Ilegal X.- La posición de garante del Funcionario. XI.- Bibliografía.

## I.- LEGISLACIÓN COMPARADA

### 1.1.- Legislación extranjera

#### a) Argentina

*Art. 265: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.”*

En la legislación argentina la consumación del delito requiere tan sólo la presencia del interés ilícito del funcionario en el contrato u operación. Tal

como señala Fontan Balestra, “es un delito formal o más conocido modernamente como de simple de actividad y de peligro”<sup>1</sup>.

El tipo penal argentino contiene algunas modalidades de comisión que la peruana no contempla de forma expresa: directamente, mediante persona interpuesta o por acto simulado. De igual modo se extiende la autoría a los designados en la norma, lo que obvia las dificultades de interpretación que se presentan en el modelo peruano de ampliación de tipicidad.

La norma contenida en el art. 265, párrafo 1º del código penal argentino tiende a eliminar cualquier factor de perturbación de la imprescindible equidistancia que debe guardar el funcionario en los contratos y operaciones en que intervenga la Administración, evitando incluso la simple sospecha de parcialidad, a la vez que procura poner coto a su codicia personal que puede verse favorecida por la calidad en que actúan en aquellos negocios jurídicos; en tanto que el párrafo 2º del artículo extiende la protección a situaciones que, si bien no entrañan peligro para bienes de la Administración, sino de los particulares, las especiales facultades de los posibles autores los colocan en situaciones equiparadas a quienes desempeñan funciones públicas, con lo cual sus deberes de fidelidad e imparcialidad adquieren las mismas dimensiones que los que tienen los funcionarios<sup>2</sup>.

El delito se consuma con la acción de interesarse, es decir, cuando se produce en cualquiera de las formas previstas por la ley, la intervención como parte privada del funcionario en el contrato u operación que se viene a sumar a su intervención funcional; o sea, cuando se produce la yuxtaposición de ambas calidades respecto de la misma negociación. No constituye tal intervención la sola manifestación del interés, sino la

---

\* Estudiante de la Escuela de Derecho, X ciclo, de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

<sup>1</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*, tercera edición, Lima, editorial Grijley, 2002, p. 291.

<sup>2</sup> Cfr. CREUS CARLOS y BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Derecho Penal. Parte Especial 2*. Séptima edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, p. 326.

asunción del carácter de parte. Pero es diferente cual de las dos cualidades preexista: tan típica es la conducta de quien, siendo funcionario y actuando en la operación, despliega después en ella la conducta de interesarse, como la de quien, siendo ya parte privada en el negocio, adquiere luego la calidad de funcionario con facultades decisorias o de complementación legal respecto de aquel, y no aparta de éste su interés particular y tampoco elude su actuación funcional en él (no se inhibe de actuar como funcionario). Pese a que la cuestión ha sido discutida, no parece que se pueda rechazar la posibilidad de tentativa<sup>3</sup>.

La legislación argentina al igual que la legislación peruana prevé únicamente la colusión dolosa (o como ellos llaman negociaciones incompatibles dolosas) exigiendo en el agente el conocimiento de la intervención que le cabe en el contrato u operación como funcionario competente y la voluntad de tomar intervención como parte privada en ellos<sup>4</sup>.

## **b) España**

*Artículo 436: “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, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años”.*

La situación española es particularmente clara al momento de referirse a la consumación del tipo, opinión que es refrendada por diversos autores, y es que la consumación se produce cuando se ponen de acuerdo funcionario e interesados o cuando se usa de cualquier artificio, persiguiendo defraudar

---

<sup>3</sup> Cfr. CREUS CARLOS y BUOMPADRE, Jorge Eduardo, Ob.cit., p. 328-329.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

a la entidad pública, no siendo imprescindible o necesario la efectiva defraudación o la causación del perjuicio al ente<sup>5</sup>.

En este sentido el tipo penal previsto en la legislación española es un delito de peligro<sup>6</sup>.

La autoría es limitada a funcionarios o autoridades que intervengan en la operación por razón de su cargo. Mientras que el extraneus responde como partícipe del delito cometido por el funcionario.

## II.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La cuestión del bien jurídico protegido por los delitos funcionarios no es actualmente pacífica. Sobre todo es discutible si los tipos penales protegen un bien jurídico único o si, por el contrario cada tipo o grupo de tipos se refieren a bienes distintos<sup>7</sup>. En la primera edición de su Lehrbuch (1881) V. Liszt pensaba que esta categoría de delitos como grupo unitario estaba condenada a desaparecer.

En principio estos delitos tienen como objeto de sanción, la infracción de un deber propio de la función pública desempeñada *“Tal empleo delictivo del poder público contradice siempre un deber especial de funcionario”*. Sin embargo, una caracterización que se limitara a la infracción de deber sería evidentemente inadecuada, ya que no toda infracción de los deberes que incumben a los funcionarios públicos son o deber ser al mismo tiempo delictivas, es decir, amenazadas con penas del derecho criminal. De lo contrario, la diferenciación

---

<sup>5</sup> Cfr. VIVES ANTON, Tomás S., ORTS BERENGUER, Enrique y otros. *Derecho Penal. Parte Especial*, tercera edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p.774.

<sup>6</sup> En cuanto a la participación, los artículos 436 y 437 del código español son delitos especiales propios, es decir, son tipos que no tienen correspondencia con un delito común, de modo que sólo pueden ser autores quienes tienen unas condiciones especiales de autoría... normalmente el funcionario competente en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos (art. 436), o el competente para exigir derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada (art.437). Cfr. MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. Barcelona, editorial Bosch, 2000, p. 331.

<sup>7</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique. *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*. 2da edición, Madrid, Akal ediciones, 1994, p. 446.

entre infracciones disciplinarias administrativas y delitos en sentido estricto sería totalmente imposible. Por este motivo la teoría ha tratado de descubrir qué elemento o elementos deben integrar los delitos de funcionarios públicos además de la infracción del deber propio de la función<sup>8</sup>.

Son diversas las opiniones referente a los bienes jurídicos protegidos por delitos de funcionarios, sin embargo – a consideración de Enrique Bacigalupo- son básicamente dos los sentidos que abordan estas opiniones. Un grupo de opiniones destaca como componente de lo ilícito de estos delitos el *abuso del poder público*<sup>9</sup>.

Welzel es de la opinión que “la esencia de los delitos de funcionarios consiste en que los hechos punibles son cometidos abusando del poder público como lesión del deber propio del cargo- agregando que no es la calidad de funcionario lo que convierte al hecho en un delito de funcionario, pues también este puede cometer las defraudaciones, lesiones corporales o privaciones de libertad corrientes. Es la lesión del deber propio del cargo lo que caracteriza a los delitos de funcionarios (...) pero sólo las lesiones del deber del cargo que se dirigen contra bienes jurídicos de la comunidad o de los particulares son amenazados con pena criminal”<sup>10</sup>.

El otro grupo de opiniones generaliza el bien jurídico protegido en la protección de la “*confianza pública en la pureza del ejercicio de la función pública*”. Octavio Toledo, es de la opinión que una caracterización basada en la infracción del deber exclusivamente “implica una visión estatalista y autoritaria de las normas que las contienen”, y propone como bien jurídico de estos delitos “*la legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa*” o más específicamente “*el correcto ejercicio de la potestad*” atribuida a la Administración y ejercida por el funcionario<sup>11</sup>.

No obstante, si se tiene en cuenta que la legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa o el correcto ejercicio de la potestad administrativa

---

<sup>8</sup> Ibídem, p. 446

<sup>9</sup> Ibídem.

<sup>10</sup> Ibídem, p. 446-447

<sup>11</sup> Ibídem.

dependen de su ejercicio en forma adecuada a los deberes del funcionario, debe concluirse que la infracción al bien jurídico se producirá cada vez que el funcionario infrinja uno de tales deberes; así la definición del bien jurídico que se propone no alcanzará a diferenciarse de las definiciones que se reducen a la infracción de los deberes propios del cargo<sup>12</sup>.

Pues bien, la tendencia más difundida en la actualidad, define al bien jurídico protegido por los delitos de funcionarios, desde una doble perspectiva, por un lado se trata del *ejercicio de la función pública de acuerdo al deber*, pero además, del “interés del Estado en la imagen de un aparato administrativo adecuado a los principios del Estado de Derecho”, o de las “instituciones de la Administración estatal o de la Administración de justicia en sus condiciones de funcionamiento interno o externo”, o de “principios del estado de Derecho en el ejercicio del servicio público”<sup>13</sup>.

En síntesis, los tipos penales de los delitos de funcionarios deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, importen un **ejercicio contrario al deber de la función pública**, pero además importen una **lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de Derecho**. Esto sin perjuicio de que el legislador pueda en cada caso concreto configurar los tipos penales como tipos de lesión o de peligro, dependiendo siempre de la forma específica como el legislador considere que debe protegerse este interés en cada caso concreto<sup>14</sup>.

## 2.1.- El bien jurídico protegido en la legislación peruana

El tipo penal de colusión desleal<sup>15</sup> se encuentra ubicado en la mayoría de legislaciones del mundo en el apartado de los delitos perpetrados contra la

---

<sup>12</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, 2da edición, Madrid, Dykinson, 1988, p. 1195.

<sup>13</sup> *Ibíd*em, p. 448.

<sup>14</sup> *Ibíd*em, .p. 449

<sup>15</sup> Aunque cabe recordar que la denominación de colusión desleal es unívoca y particular del Perú. Al respecto es preciso señalar que entorno a la denominación “colusión desleal” han surgido una serie de discusiones doctrinarias. Así se tiene que un sector de la doctrina peruana- entre ellos principalmente Abanto Vásquez- manifiestan su rechazo y

Administración Pública, lo cual conlleva *a priori*, que muchos juristas vinculen automáticamente el objeto de protección del tipo penal con los intereses de la Administración Pública, sin embargo al respecto conviene hacer una serie de precisiones que nos permitan realmente determinar cual es la materia o bien jurídico protegido en este tipo penal.

Así algunos autores señalan que el tipo penal previsto en el art. 384 protegería el patrimonio administrado por la administración pública, abarcando esta protección también la legalidad del ejercicio funcional<sup>16</sup>.

Otros convienen en señalar que el tipo penal de colusión desleal buscaría asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, sancionando penalmente la trasgresión de los roles especiales de negociación y representatividad pública de los funcionarios y servidores públicos que participan en las adquisiciones estatales<sup>17</sup>.

---

desaprobación a la denominación de colusión ilegal, en función a que el funcionario no debe nunca coludirse con los privados; resultando repetitivo decir “colusión ilegal”, proponiendo en cambio como término más descriptivo de la conducta ilícita la palabra fraude que a diferencia de las defraudaciones comunes aquí se produce en el marco del desempeño de la actividad funcional pública; planteándose así la denominación de origen español: “fraude a la administración pública”, y que es recogida mayoritariamente por legislaciones como la chilena, argentina boliviana y otras.

<sup>16</sup> Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos contra la administración pública en el código penal Peruano*, Lima, Palestra Editores, 2003, p. 309; ROJAS VARGAS, ob.cit., p.406; En relación al derecho penal español, CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el recurso del nuevo Código penal*, Barcelona, Bayer, 1999, p. 307.

<sup>17</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, ob.cit., p. 407. asimismo señala: “El objeto específico de la tutela penal, esto es, el bien jurídico penal protegido en concreto, está representado por dos intereses gravitantes para la administración pública: primero, la vigencia y preservación de los deberes funcionales de lealtad y profesionalismo en la representación en la representación contractual estatal; y segundo, los intereses patrimoniales del Estado (en sentido amplio, para comprender también a los organismos públicos autónomos, gobiernos locales y empresas públicas). Esto no ha sido suficiente para despertar el debido interés de los penalistas peruanos como de la jurisprudencia nacional, para profundizar en el estudio del delito de colusión”. Con propios matices CRESPO BARQUERO, Pedro, “Delitos contra la Administración Pública” en *Código Penal de 1995. (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada, Editorial Comares, 1999, p. 1732-1733, quien considera que el bien jurídico genéricamente protegido es “la capacidad prestacional de la Administración en términos de imparcialidad y eficacia (...) con ello se quebranta el deber de imparcialidad que incumbe a todos los funcionarios para poder servir con objetividad a los intereses generales. Asimismo Crespo, señala que en los delitos de fraudes y exacciones ilegales a semejanza de lo que ocurre con el delito de malversación, en los fraudes cometidos por funcionario público dicha Administración o los entes a través de los que opera aparecen directamente como sujeto pasivo de la acción, en cuanto que la perturbación de su integridad se concreta precisamente en el propósito de despojarle de parte de su riqueza en interés privado, en este caso, además, mediante operaciones de naturaleza fraudulenta; En igual sentido, la ejecutoria suprema R.N.N° 2029-2005- Lima del 24 de mayo de 2006, señala que “en el delito de colusión dos son los

De estas perspectivas señaladas el bien jurídico penalmente protegido podría verse de dos maneras distintas, por un lado, como un tipo penal cuyo objeto de protección es el “patrimonio confiado a la Administración” y por otro como el cumplimiento y vigencia “de los deberes esenciales de representatividad pública de los funcionarios”.

En refuerzo de la segunda posición, se señala además que el bien jurídico penalmente protegido por el delito de colusión desleal, al igual que en todos los delitos de funcionarios, encuentra su fundamento en **los deberes especiales atribuidos a los funcionarios públicos**<sup>18</sup>, y si bien podría decirse que el tipo penal apunta **a proteger el patrimonio del Estado**, 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<sup>19</sup>.

En nuestra opinión, consideramos que el delito de colusión desleal tiene su fundamento en estos deberes especiales, pero teniendo además como dato relevante el hecho de que su objeto de protección se circunscribe también entorno al patrimonio del Estado<sup>20</sup>.

Ahora bien, respecto a lo manifestado, y específicamente al bien jurídico patrimonio de la administración, es pertinente realizar ciertas precisiones, y es que en el delito de colusión no se protege el patrimonio estatal de todo daño y de cualquier afectación, sino se protege únicamente lo que se realiza en la **complejidad del proceso de contratación estatal**, de este modo la lesión al patrimonio estatal que se ejecute con otros medios o a través de otros mecanismos

---

bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional”.

<sup>18</sup> Cfr. JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 266 y ss.

<sup>19</sup> Cfr. CRESPO BARQUERO, Pedro, ob. cit., 1732; GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luís. *El delito de colusión*, Lima, Grijley, 2008, p. 21-22.

<sup>20</sup> Lo cual podría razonablemente sancionarse en grado a tentativa. Particularmente se considera que adelantarse a la sanción en momentos o actos preparatorios constituye un exceso del ejercicio del poder punitivo del Estado. Existiendo otras sanciones totalmente idóneas para impedir la presencia reiterada de malos funcionarios en la Administración, tales como la “inhabilitación” (penas limitativas de derechos), recogida en nuestro Código Penal en sus artículos 31°, 36°, 37°, 38°, 39°, 40°.

defraudatorios no se encuentran amparados ni protegidos por el bien jurídico ni por el ámbito de protección de la norma (criterio de imputación objetiva<sup>21</sup>)<sup>22</sup>.

Asimismo, no se protege solo el proceso de contratación del Estado entendido como gasto público o reparticiones presupuestales, también se tutela cuando la concertación y defraudación recaída 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, permute o se entregue en concesión<sup>23</sup>.

Así debe manifestarse que en la legislación peruana el delito de colusión es una **infracción de resultado material** que se consuma cuando se realiza un **perjuicio al patrimonio público**. La defraudación como evento material forma parte indiscutible del injusto penal, debiéndose comprobar en la práctica para que el hecho se entienda consumado<sup>24</sup>.

Finalmente conviene señalar 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.

Por lo tanto, no sólo la contratación administrativa es protegida por el bien jurídico, sino también otra clase de contratación en la medida que posee un unívoco sentido económico. Tanto se puede concertar y perjudicar al Estado en

---

<sup>21</sup> La imputación objetiva, es una teoría relativamente nueva que aporta una serie de criterios que permiten discriminar una serie de conductas que podrían haber sido consideradas como típicas, pero con análisis concienzudo y la utilización de estos criterios nos permite despenalizar este tipo de conductas ya sea como porque no supera el riesgo permitido, se ejecutó la acción bajo el principio de confianza, o prohibición de regreso, o sencillamente la conducta supera el alcance normativo del tipo penal. Respecto al criterio del ámbito de protección de la norma- explica Roxin- es aquel criterio donde “pese a haberse dado un aumento de riesgo, la imputación objetiva puede ser negada, si el resultado acaecido no era aquel que la norma quería evitar”. ROXIN, Claus, *Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Lima, Edensa, 1997, p. 26.

<sup>22</sup> Opinión compartida por GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luís, ob.cit., p. 77-78.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Incluso, en las legislaciones en donde la regulación del delito de colusión es un delito de peligro abstracto se llega a reconocer que se protege el patrimonio de los entes públicos que se pone en peligro por la acción ilegítima del funcionario. Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, Editorial Dykinson, 1996, p.836; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier “Fraudes y exacciones ilegales” en *Delitos contra la administración pública*, Bilbao, Instituto vasco de Administración pública, 1997, p. 207.

los contratos administrativos como en los procesos de contratación de otro orden, pero en definitiva *procesos de contratación*.

La nota característica de la infracción estriba en que la protección del patrimonio estatal depende y se condiciona a la aparición de un concreto modo típico de conducta: **la concertación que se realiza en el complejo entramado del proceso de contratación estatal.**

### **III.- SUJETOS: SUJETO ACTIVO Y PASIVO.**

#### **3.1- Sujeto Activo**

El sujeto activo del delito de colusión fraudulenta o desleal es aquel que tiene la función específica de intervenir en los contratos públicos y la autoridad para llevarlos a cabo y comprometer el patrimonio estatal<sup>25</sup>.

Solo puede ser autor del delito de colusión ilegal el funcionario que actúa en razón al cargo o en base a una comisión especial. No puede ser autor quien carece de esta calidad especial<sup>26</sup>.

Se trata de un delito especial propio, cuya configuración típica se fundamenta en la infracción por parte del funcionario de los deberes específicos derivados del cargo en lo que concierne a la adecuada gestión de los intereses y bienes públicos<sup>27</sup>.

#### **a) Funcionario Público**

---

<sup>25</sup> Cfr. MURO ROJO, Manuel. *El código penal en su jurisprudencia*. Lima, Gaceta Jurídica, 2007, 400; R.N.º 342-2004-Puno; ROJAS VARGAS, Fidel, ob.cit., p.89, este jurista sostiene que es autor de delito de colusión “el funcionario o servidor público que en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante interviene por razón de su cargo o comisión especial defraudando al Estado, concertándose con los interesados, en los convenios, ajustes, liquidaciones y suministros”.

<sup>26</sup> Por ejemplo el asistente administrativo de la oficina de planificación.

<sup>27</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luís, ob.cit., 90.

En primer lugar, para que pueda hablarse de funcionario público a efectos penales tiene que haberse dado una incorporación en la persona en cuestión a la actividad pública, por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, aunque bien pueden reducirse estas tres fuentes a solo una<sup>28</sup>. En este sentido todo el que realice funciones públicas, careciendo de este requisito, no es funcionario a efectos penales, así por ejemplo, el particular que auxilia a un funcionario agredido o que ejerce arbitrariamente funciones públicas no es funcionario<sup>29</sup>.

En segundo lugar, es necesario que el sujeto en cuestión participe en funciones públicas. La complejidad de la actividad administrativa y su injerencia en el ámbito privado hace difícil conceptuar a veces lo que se entiende por función pública. Función pública es la proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales. Funciones públicas son las actividades económicas centrales, autonómicas, provinciales y locales, las sanitarias, comunicaciones, enseñanza, etc. De todos modos no hay inconveniente en considerar que a efectos penales también es funcionario público (o autoridad) quien participa en una actividad pública a través de una sociedad con forma de derecho privado, pero participada por la Administración; y el personal contratado, laboral, etc., siempre que participe del ejercicio de la función pública<sup>30</sup>.

El concepto de funcionario público, o en su caso el de autoridad, es ante todo un concepto funcional que debe extraerse del ámbito de cada tipo delictivo en concreto, teniendo en cuenta para ello la finalidad político-criminal perseguida por el legislador con la creación del precepto<sup>31</sup>.

### **a.1.- Responsabilidad disciplinaria y política del funcionario**

---

<sup>28</sup>Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 14ª edición, Valencia, Tirant to Blanch, 2002, p. 930.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 931.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 932.

Debe tenerse en cuenta que respecto al funcionario público, la responsabilidad penal en esta materia, corre paralela con una responsabilidad disciplinaria, dado el carácter de infracción del oficio público que estos delitos tienen. Esta responsabilidad disciplinaria puede ser incluso más grave que la penal, pudiendo llegar en los casos de infracciones muy graves, como el caso de la legislación española por ejemplo, incluso hasta la separación definitiva del servicio.

De este modo se infringe el principio *ne bis in idem* y se produce una subversión de valores, poniéndose una vez más en nuestro Ordenamiento la gravedad de la sanción administrativa por encima de la gravedad de la sanción penal.

El tribunal constitucional español en diversas resoluciones (30 de enero de 1981, 3 de octubre de 1983) ha establecido una dependencia, en cuanto a los hechos probados, de la sanción disciplinaria respecto a la sanción penal, pero mantiene la posibilidad de ambas sanciones cuando además de un delito la acción del funcionario afecta al servicio público<sup>32</sup>.

En el Perú la situación actualmente es clara, la Corte Suprema en un precedente vinculante de fecha siete de junio del 2007, estableció que “la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos distintos”<sup>33</sup>. Sin embargo, el tema de la infracción al *ne bis in idem* respecto a la coexistencia en un mismo caso de una sanción administrativa de carácter disciplinaria paralela a una sanción penal, es un tema que a nivel doctrinario aun no es pacífico y menos aun que haya quedado zanjado.

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 933-934.

<sup>33</sup> Cfr. NIEVES-CHERO, Justo Edward. *Plenos Jurisdiccionales en materia civil y Acuerdos Plenarios y sentencias vinculantes en materia penal*. Lima, Editorial Grijley, 2008, p. 101-103.

Distinto es el caso, de la responsabilidad penal y de la responsabilidad disciplinaria de la responsabilidad política, que suele plantearse con frecuencia cuando se dan casos relacionados con los delitos de los que aquí se trata en los que pueden estar involucradas autoridades políticas<sup>34</sup>. La responsabilidad penal no exime la responsabilidad política, como tampoco la política tiene que eximir la penal. Ambas van por derroteros distintos y no tienen por qué excluirse o impedirse mutuamente. La trascendencia social y política de estos hechos, es lo que, de todos modos, explica el que algunos de los delitos aquí tipificados (infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales y las negociaciones prohibidas a los funcionarios) sean enjuiciados por otros Tribunales, tal como es caso en España, de los Tribunales de Jurado<sup>35</sup>.

#### **b) La participación del no funcionario**

Estos delitos pertenecen al grupo de los delitos especiales, por cuanto exigen en los sujetos activos determinadas cualidades personales. La doctrina suele distinguir entre delitos especiales impropios y propios, según el tipo tenga correspondencia con uno común (p.ej. malversación/apropiación indebida) o no (prevaricación).

En los impropios se resuelve la cuestión de la participación de extraños- al menos en lo que respecta a la legislación española, aplicando el art. 65 del C.P- de forma que el funcionario respondería por el delito especial y el extraño por el común, independientemente de cual haya sido su contribución al hecho concreto; mientras que en los propios, sólo se excluye la coautoría y la autoría mediata del extraño, pero no la hipótesis de participación *stricto sensu* (inducción y cooperación necesaria o no) <sup>36</sup>. En el

---

<sup>34</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, ob.cit., p. 934.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 934

<sup>36</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. ob.cit., p. 932.

Perú por ejemplo el privado responde a título de partícipe del delito de colusión, es decir, se aplica la regla de la accesoriedad.

Francisco Muñoz Conde es de la opinión que la solución en los delitos impropios debe ser también la regla general de la accesoriedad de la participación y la unidad del título de imputación: el partícipe (inductor o cooperador) debe responder, por tanto, del delito cometido por el autor, ya que los delitos especiales impropios de los funcionarios no son meras cualificaciones de tipos básicos comunes (el hurto o la apropiación indebida respecto a la malversación) sino delitos autónomos y distintos<sup>37</sup>.

### 3.2.- Sujeto Pasivo

“Es el estado como titular del bien jurídico tutelado”<sup>38</sup>. El delito de colusión en la medida que supone la concertación defraudatoria de los intereses patrimoniales de la administración afecta, como titular del bien jurídico al Estado, a las municipalidades, al Gobierno regional o la concreta dependencia estatal a nombre de quién se celebra y/o ejecuta el contrato o la operación económica<sup>39</sup>.

La ley señala precisamente como sujeto pasivo “al Estado o entidad u organismo del Estado”.

---

<sup>37</sup> Ibídem, p. 933-934. El criterio de la “infracción del deber”, según el cual el funcionario es siempre autor es siempre en estos delitos cualquiera que haya sido su contribución material al hecho, debe rechazarse por cuanto ni el artículo 28 del Código penal Español, ni los concretos tipos delictivos lo acogen de un modo general, salvo en algunos supuestos específicos. Eso quiere decir que sólo en aquellos casos en los que se equiparan el hacer activo del funcionario y el simple consentir que el extraño realice la conducta activa puede aceptarse la teoría de los “delitos consistentes en la infracción de un deber”. Respecto a la intervención del particular en estos delitos, muchas veces el inconveniente ha sido resuelto expresamente elevando a la categoría de delito independiente contra la Administración Pública la conducta del particular (tal como sucede por ejemplo con el art. 418 del CP español, donde se sanciona al particular que se aprovecha de la información privilegiada suministrada por el funcionario o autoridad, o en el art. 423 del mismo código que castiga al particular que intenta corromper a las autoridades o funcionarios públicos; o en el art. 429 que castiga al particular que influyere en un funcionario o autoridad); pero cuando no es así, y sólo hay un tipo penal, deben aplicarse las reglas generales de la participación respondiendo también el particular por el delito especial, aunque quizás sería aconsejable de lege ferenda que se le impusiera una pena menos grave que la del autor en sentido estricto.

<sup>38</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, ob.cit., p. 88

<sup>39</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, 2da edición, Madrid, Dykinson, 1988, p. 1196.

#### IV.- CONDUCTA TÍPICA

Una opinión compartida por la doctrina nacional e inclusive extranjera es que el delito de colusión desleal constituye un abanico abierto de figuras penales<sup>40</sup>. Así Crespo Barquero citando al Tribunal Supremo Español, concretamente la Sala Segunda señala “en este tipo se recogen figuras muy abiertas de contornos poco definidos y, en consecuencia, merecedoras de algún reproche desde la perspectiva del principio de legalidad”<sup>41</sup>.

Sin duda alguna, el tipo penal de colusión desleal como muchos otros, padece de grandes defectos debido a una mala y reincidente 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.

De los elementos normativos del tipo según lo dispuesto por el 384° del Código Penal Peruano, puede afirmarse que son tres los elementos conformadores de este tipo: El acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; el perjuicio a un tercero, en este caso al Estado; y finalmente otro elemento es que el delito debe cometerse mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Son de esta opinión Manuel Abanto Vásquez, García Cavero, José Castillo Alva, Carlos Creus, Joan Queralt Jiménez, y otros, respectivamente en los libros citados en el presente artículo.

<sup>41</sup> CRESPO BARQUERO, Pedro, ob. cit., p. 1733. Asimismo conviene señalar que en España surge una situación muy particular, en cuanto a la regulación del delito de fraudes y exacciones ilegales, en la medida que el hecho de “interesarse” el funcionario en el negocio particular pasa a integrarse, al menos parcialmente, en el delito de negociaciones prohibidas del art. 439 del Código Penal Español, estableciéndose así una distinción entre los supuestos en los que el funcionario actúa abusando de su cargo y guiado por un evidente ánimo de lucro, pero no necesariamente en detrimento inmediato del patrimonio público que gestiona la Administración Pública y éste caso del art.436, en el que sí se exige esa intención de defraudar directamente a cualquier ente público, obviamente con el objetivo de hacer presa en su activo patrimonial.

<sup>42</sup> Asimismo conviene señalar que el jurista español Orts Berenguer, señala como elementos de la colusión: “1) Sujeto activo es el funcionario público o autoridad que interviene en el hecho en el ejercicio de sus funciones; 2) la intervención del funcionario o autoridad ha de realizarse en alguna de las materias señaladas en el Código 3) el núcleo de la conducta delictiva puede consistir en concertarse con los interesados o en usar cualquier otro artificio; 4) tales acciones

## A) La acción Típica: Interesarse

El elemento típico normativo de “interesarse en una contratación” no es un elemento que se encuentre previsto en nuestro Código Penal, como si ocurre en legislaciones como la argentina que lo contemplan expresamente; y pese a la ausencia de este elemento en nuestra legislación, es un elemento que intrínsecamente en delitos de esta naturaleza se encuentran presentes, y que deben sin duda alguna desarrollarse, no concibiéndolo como un elemento subjetivo, sino propiamente como un elemento objetivo del tipo penal.

En este sentido la conducta punible es la “interesarse” en el contrato u operación, o sea, la de hacer intervenir en ellos un interés propio y particular, situarse ante ellos no sólo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la Administración (por eso se habla de un *desdoblamiento* del agente)<sup>43</sup>.

Interesarse es pues- bajo este contexto tal como señala Creus- “*volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros. No basta con ser parcial; es menester que se intervenga como parte; el agente que se limita a ser parcial en su actuación funcional en el negocio, pero no interviene en el como parte- aunque sea ocultamente, como veremos-, cometerá una falta administrativa u otros delitos del título argentino, pero no el de negociaciones incompatibles*<sup>44</sup>.

---

han de realizarse para defraudar a cualquier ente público”. ORTS BERENGUER, Enrique, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 773.

<sup>43</sup> Cfr. CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo. ob. cit., p. 326.

<sup>44</sup> *Ibíd*em, p. 327.

La mayor parte de la doctrina argentina sostiene que el interés que tiene que informar la intervención de parte en el negocio por el funcionario debe tener un contenido económico; su pretensión tiene que ser de carácter patrimonial; pero no se trata de una opinión uniforme, porque otros, siguiendo la doctrina italiana, sostienen que basta la injerencia de un interés particular, cualquiera que sea su naturaleza; es suficiente con que sea una finalidad ajena a la Administración, aunque no sea estrictamente económica (Sabatini).

Pero es prácticamente imposible sostener la existencia de un contrato u operación que no tenga alguna trascendencia de índole económica, al menos en la esfera administrativa, por lo cual parece indispensable, típicamente, que el interés particular insertado en el negocio tenga, a su vez, contenido económico, cualquiera que sea la ulterior finalidad que haya perseguido el autor (que puede no ser puramente económica, como política, afectiva, etcétera).

No es indispensable que el interés particular tenga que aparecer como contrapuesto al de la Administración; es más, se dará igualmente el delito aunque el interés esté constituido por una pretensión que beneficie de manera rotunda a aquella (p.ej. que el funcionario intervenga con su interés particular para otorgar, de modo simultáneo, ventajas a la Administración).

## **B) La configuración del acuerdo colusorio**

La conducta típica del delito de colusión desleal requiere que el funcionario público competente 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<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, ob. cit., p. 212.

Como puede apreciarse, el primer elemento de la conducta típica es la concertación, lo que significa, en el contexto de la colusión desleal, la exclusión de 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.

En este sentido, debe enfatizarse que la mala negociación realizada por un funcionario público no podrá calificarse por colusión desleal, sino, en todo caso, de una infracción administrativa sancionable con las medidas disciplinarias previstas por la ley<sup>46</sup>; 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<sup>47</sup>.

El tipo penal de colusión desleal requiere además que el acuerdo entre el funcionario público y el particular resulte defraudatorio de los intereses del Estado. Esta particularidad significa que el acuerdo al que se llega con el particular debe ser idóneo para perjudicar el patrimonio

---

<sup>46</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, ob.cit., p. 413.

<sup>47</sup> Una cuestión que es importante precisar es que en muchas resoluciones judiciales se ha establecido, como elemento típico no escrito, que “la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño”. Esta afirmación llevaría a la conclusión de que la colusión desleal tendría cierto parentesco con la estafa, constituyendo no más que un supuesto específico de esta última. Así la ejecutoria R. N.N°956 -2005- Junín de veintiséis de octubre del 2005, la cual señala textualmente lo siguiente: “que, sin embargo, esa conducta no puede ser subsumida en el tipo del injusto de estafa, en tanto si bien fluye la existencia del engaño y la disposición patrimonial-denota un aparente concurso de leyes- por el principio de especialidad dicha conducta debe ser subsumida únicamente en el delito de colusión ilegal (como delito especial) pues comprende todos los elementos del tipo legal de estafa más algunos elementos adicionales- el autor del ilícito es un funcionario público, el ámbito típico del negocio jurídico concertado es un contrato, el sujeto pasivo solamente puede estar constituido por el Estado”. Sin embargo la posición de esta jurisprudencia no resulta, sin embargo del todo correcto, pues la disposición estatal no se produce como consecuencia de un error, sino más bien, de una colusión con el funcionario público. Si bien es cierto que la colusión tiene, por lo general, un carácter oculto y 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. Esto además llevaría consecuentemente a reconducir estos casos a través del delito de peculado, lo cual presentaría el inconveniente de castigar estos supuestos con un marco penal máximo considerablemente inferior, es decir con un máximo de pena privativa de libertad de 8 años, en lugar de 15 años previstos para el delito de colusión. Por lo demás una relación de concurso con el delito de estafa solamente se producirá si resulta necesario un engaño para conseguir la defraudación al Estado, por ejemplo, si hay que engañar a otro funcionario público para conseguir la disposición patrimonial.

del Estado. No obstante, 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 está conducta tuvo lugar su peligrosidad resulta socialmente intolerable<sup>48</sup>.

Por lo tanto, en el delito de colusión resulta necesario que se 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 correcta<sup>49</sup>.

### **C) El perjuicio típico**

Otro de los elementos típicos del delito de colusión desleal es el perjuicio a los intereses del Estado como consecuencia de la contratación entre el funcionario público y el interesado. La exigencia de este elemento resulta discutida, en la medida que no se encuentra expresamente indicado en el tipo penal. Así Abanto Vásquez ha señalado que el delito de colusión tipificado en el art. 384° del Código Penal es un delito de mera actividad<sup>50</sup>.

La consecuencia práctica de esta afirmación es que para comprobar la consumación del hecho, sólo será preciso examinar la concurrencia de la propia acción del autor.

---

<sup>48</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luís, ob.cit., p. 38-41.

<sup>49</sup> En este sentido la adquisición de bienes o servicios de los particulares solamente podrá considerarse defraudatoria de los intereses del Estado si el funcionario público acuerda con los particulares establecer condiciones más desfavorables de las que podría haber alcanzado para el Estado en ese concreto momento mediante un proceso de negociación. En el salvataje financiero del Banco Wiese Limitado se discute precisamente si dicha operación alcanzó el nivel de peligrosidad para los intereses del Estado que la haga típica. Si se tienen en cuenta los estudios económicos que analizaron el contexto económico específico del salvataje financiero, podrá concluirse que la intervención del Estado a través de sus funcionarios públicos se hizo con la finalidad de disminuir el riesgo creado por la situación de debilidad patrimonial del Banco Wiese en la segunda mitad de la década de los noventa. En este sentido, con la intervención de los funcionarios competentes para asegurar las condiciones regulares del sistema financiero, la situación patrimonial del Estado se vio de alguna forma mejorada, sobre todo si se tiene en cuenta los costos que le habría demandado la intervención del Banco Wiese por la SBS y el efecto dominó en el sistema financiero. Los desembolsos económicos del Estado (por ejemplo para adquirir acciones preferentes) no pueden considerarse per se como idóneos para perjudicar al Estado, pues en ese momento esa disposición patrimonial era la mejor solución al menor costo posible.

<sup>50</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, ob.cit., p. 317.

Siguiendo esta posición, el delito de colusión se consumaría simplemente con la sola concertación entre el funcionario público y el interesado para defraudar al Estado. La defraudación al Estado sería entonces un elemento subjetivo de tendencia sin ninguna necesidad de plasmación en la parte objetiva del delito<sup>51</sup>.

La calificación del delito de colusión desleal como delito de mera actividad trae, como consecuencia dogmática necesaria, que no se puede afirmar una tentativa de este delito, pues la realización de la conducta típica trae ya consigo la consumación del delito. Esta conclusión, sin embargo, no se desprende de una regla general, sino de la particular consideración de la concertación como conducta típica del delito de colusión desleal. La consumación en los delitos de mera actividad coincide únicamente con la tentativa acabada, lo que no impediría la aceptación de supuestos de tentativa inacabada en estos delitos<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> En nuestro país existen aislados pronunciamientos judiciales. Así por un lado la ejecutoria suprema R.N.N° 1464-04-Cusco de diecisiete de febrero de dos mil cinco, dice textualmente lo siguiente: “El delito se consumaría con la simple colusión o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario. Solamente se necesitaría la idoneidad del acto de colusión”. Así también la R.N.N° 3250-2005 de tres de febrero de dos mil seis, en su fundamento octavo señaló: “(...) en lo atinente al delito de colusión en su modalidad de colusión (art.384) (...) esa figura 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, entendiéndose al fraude como el perjuicio patrimonial potencial o real para la administración; que no puede haber fraude si este perjuicio no formara parte de la concertación más que ésta sea indebida; que, empero, esto no quiere decir que se necesite la producción efectiva del perjuicio para que el delito se consume, dado que el tipo penal mismo dice que ese fraude debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública, que el tipo legal en cuestión es un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la concertación no habría aparentemente nada; que este delito se consuma con la simple colusión o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, solamente se necesitará la idoneidad de acto de colusión (...)”.

<sup>52</sup> Así, por ejemplo, cabría perfectamente una tentativa en un delito de mera conducta de dos actos, en donde solamente se ha realizado uno de los actos típicos. Sin embargo está claro que en un tipo penal de mera conducta que se configura con la acción típica de “concertarse” difícilmente podrá descomponerse dicha acción en varios actos como para dar pie a una tentativa inacabada del delito. Sin embargo es necesario admitirse que en un tipo penal de mera conducta que se configura con la acción típica de “concertarse”, difícilmente podrá descomponerse dicha acción en varios actos como para dar pie a una tentativa inacabada del delito.

Otro sector de la doctrina se inclina- básicamente expuesto por juristas tales como José Castillo Alva, Fidel Rojas Vargas<sup>53</sup>- entienden que la colusión desleal es un delito de resultado, de manera tal que no basta la sola concertación para perjudicar los intereses del Estado, sino que esa conducta debe traer consigo un perjuicio o un peligro concreto de perjuicio para el Estado. La jurisprudencia nacional se ha adherido a esta lógica interpretativa del tipo penal de colusión ilegal, con el término “perjuicio potencial”<sup>54</sup>.

En efecto, el carácter potencial podría entenderse en el sentido de idoneidad general de perjudicar al Estado, lo que llevaría el tipo penal a la suerte de una lógica del peligro abstracto. De este modo el perjuicio potencial al que hace mención la jurisprudencia nacional debe ser comprendido en este contexto como la generación de un peligro concreto de perjuicio, es decir que en el caso concreto se han presentado todos los factores para la materialización del perjuicio, pero éste no se ha producido por razones fortuitas. Se trataría entonces, de un delito de resultado en su modalidad de peligro concreto, por lo que no será suficiente una concertación de defraudatoria, sino que **deberá determinarse además que en el caso concreto la afectación al patrimonio estatal no se ha producido por casualidad** (el resaltado es nuestro)<sup>55</sup>.

Finalmente podríamos concluir en que la consumación del delito de colusión se produce cuando se ponen de acuerdo funcionario e interesados o cuando se usa cualquier artificio, persiguiendo defraudar a un ente público, no precisándose, por tanto, de la efectiva defraudación o de la causación del perjuicio al ente<sup>56</sup>.

## D) Modalidades Contractuales

---

<sup>53</sup> Confrontar páginas 5 y 6 del presente artículo.

<sup>54</sup> Al respecto la sentencia de la Sala Permanente R.N.N° 1480-2003 Arequipa del 22 de julio de 2004.

<sup>55</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luís, ob.cit., p. 45-47.

<sup>56</sup> Cfr. ORTS BERENGUER, Enrique, ob.cit., p. 774.

Todos los organismos del Estado para el cumplimiento de sus fines requieren de la adquisición de bienes y servicios y de recursos económicos. Estos bienes y recursos son variados y permanentes, estableciendo cada entidad un plan anual de adquisiciones o contrataciones<sup>57</sup>.

El delito de colusión desleal se configura a través de la concertación fraudulenta y el perjuicio ocasionado al Estado por parte del funcionario, la comisión del hecho ilícito precisamente se realiza a través de estos procesos de contratación estatal.

Todos los procesos de contratación y adquisición están regulados, así tenemos, los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, las licitaciones, concursos público, concesiones, etc.

Estas y otras operaciones análogas son a las que se refiere el art. 384° del Código Penal, siendo muy amplia en su interpretación, ya que admite multiplicidad de operaciones de todo tipo en que interviene el funcionario o servidor público por razón de su cargo o comisión especial. Por ejemplo pueden ser sujetos activos los miembros de la Comisión Especial de Privatizaciones (CEPRI), los negociadores de la deuda externa peruana, los asesores, etc., ya que ellos de alguna manera realizan funciones públicas<sup>58</sup>.

Pero también el art. 384 recoge el término “u otra cualquier operación semejante” al respecto conviene preguntarse *¿Cuál es la base sobre la que debe interpretarse la expresión: “otra cualquier operación” como criterio limitador para admitir una analogía permitida?*

Como se ha señalado anteriormente, el delito de colusión ilegal solo puede cometerse en el marco de la actuación de contratos, suministros, licitaciones concursos de precios subastas.

---

<sup>57</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal. Tomo I. Ejecutorias de la Corte Suprema 1996-1998*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 85.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 85-88.

Sin embargo la ley además, amplía la aplicación del delito a “cualquier otra operación semejante”. Ello supone, en primer lugar, que por expresa referencia legal los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios subastas no agotan la incriminación y el ámbito de cobertura de la infracción. Si bien dichos actos constituyen su centro de significación la norma intencionalmente extiende su centro de referencia a otros casos.

Pero entonces *¿la extensión aplicativa a “cualquier otra operación” se realiza de cualquier manera o queda de modo absoluto librado a la discrecionalidad del juez?* La propia ley se encarga de limitar y precisar sobre que base se debe interpretar la referencia a “cualquier otra operación” aludiendo a que dicha operación debe ser semejante, es decir, debe poseer un parecido nuclear a los actos y negocios que la ley describe expresamente<sup>59</sup>.

“La operación semejante constituye el eje que determina la aplicación de la analogía intraliteral en el delito de colusión ilegal”<sup>60</sup>. Por tanto cualquier operación que pretenda ingresar al ámbito típico de este delito debe parecerse o guardar semejanza normativa obligatoria a los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios o subastas. De faltar dicha semejanza por más dañina, gravosa que sea la operación no puede aplicarse el delito de colusión ilegal, sin quebrantar la vigencia del principio de legalidad en su variante de la prohibición de analogía in malam partem<sup>61</sup>.

El Código Penal Peruano en la regulación del delito de colusión ilegal se distingue claramente de la legislación española, regulación que no utiliza un elenco cerrado de modalidades típicas, sino por el contrario es sumamente abierta al no tomar como punto de partida una “operación

---

<sup>59</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luís, ob.cit., 167-168.

<sup>60</sup> GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luís, ob.cit., 167.

<sup>61</sup> Ibidem, 168-169.

semejante”, sino alude “o se usase de cualquier otro artificio para defraudar”<sup>62</sup>.

La relación de semejanza e identidad de razón debe necesariamente partir- como cualquier forma de analogía, en este caso de analogía permitida- de explicar la identidad normativa de los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios subastas. Ello implica buscar una base común o una relación interna de los actos o negocios jurídicos recogidos en la ley.

En la doctrina nacional hay quienes consideran que la referencia a una operación semejante alude a actividades que no implican necesariamente a un contrato, tales como una expropiación, negociaciones internacionales así podrían ser una renegociación de deuda, indemnizaciones, operaciones tributarias, etc.<sup>63</sup>.

De lo señalado anteriormente, es claro que la referencia “a cualquier otra operación semejante”, debe interpretarse sobre la base de los diversos negocios jurídicos en los que el Estado interviene como agente económico para la compraventa de bienes o la intermediación de servicios<sup>64</sup>. De no cumplirse esta característica, no estaremos propiamente ante un negocio jurídico en el que el Estado participa como agente económico, no pudiendo aplicarse por ende del tipo de colusión ilegal<sup>65</sup>.

La aplicación del delito de colusión a casos que se encuentran más allá del ámbito de protección del tipo y que desbordan en exceso la identidad de razón fijada en la ley supone incurrir en una analogía *in malam partem*

---

<sup>62</sup> El código penal español estipula en su art. 436: “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, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años”.

<sup>63</sup> Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel, ob.cit., p. 265.

<sup>64</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luís, ob.cit., p. 171.

<sup>65</sup> Cfr. CREUS CARLOS y BUOMPADRE, Jorge Eduardo, ob.cit., p. 327-328.

que por mandato constitucional se encuentra prohibida en Derecho Penal tal como lo prescribe la Constitución en su art. 139 inc.9: “El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos” y el artículo. 3 del Título Preliminar del Código Penal cuando estipula: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir el estado peligrosos o determinar la pena o medida de seguridad que le corresponda”.

## V.- CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

A consideración de Fidel Rojas Vargas, el delito de colusión es un delito de resultado, es decir, para la consumación del tipo requiere que se produzca la defraudación a los intereses del Estado u organismos sostenidos por él, que se de el perjuicio económico, lo que tendrá que establecerse técnicamente; no siendo imprescindible que el sujeto activo del delito obtenga un beneficio o ventaja para sí mismo<sup>66</sup>.

De opinión distinta es Abanto Vásquez quien tomando en referencia la doctrina española sostiene que el tipo penal de colusión es un delito de mera actividad, en razón a lo cual no se necesita que la administración pública sufra perjuicio económico, para que se configure la consumación del tipo<sup>67</sup>. Frisancho Aparicio comparte la misma opinión y considera que se trata de un delito de simple actividad, en que la consumación se adelanta al momento del pacto o acuerdo<sup>68</sup>.

En este sentido, quienes entienden que el delito de colusión ilegal es un delito de peligro o de mera actividad la sola producción de la concertación

---

<sup>66</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. ob. cit., p. 288.

<sup>67</sup> Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel, ob.cit., p. 270.

<sup>68</sup> Cfr. FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la administración pública: Doctrina-jurisprudencia aspectos procesales*, Lima, Editora FECAT, 2002, p. 287. Agrega además que para la perfección de la realización del tipo se requiere un concierto de voluntades entre el funcionario o servidor público y el interesado, y que se trata de un delito de participación necesaria, en el que perceptivamente 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 al Estado o cualquiera de sus entidades u organismos.

representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad de que la administración pública sufra un perjuicio<sup>69</sup>. Dicha situación hace difícil o hasta imposible la configuración de la tentativa la que se reconocería de manera excepcional cuando, por ejemplo, el funcionario cita a las partes para llegar a un arreglo y todos se reúnen en un lugar determinado<sup>70</sup>.

No obstante, consideramos correcto optar por la posición de que el delito de colusión ilegal es un delito de resultado, y en concreto de lesión, en la medida que es necesario que se genere un perjuicio material, real y tangible al patrimonio de la entidad pública concreta o del Estado, y en este sentido evitar una penalización excesiva, recordando siempre que el Derecho Penal es de ultima ratio, y sólo debe intervenir cuando los otros medios de control social hayan intentado fallidamente plantear propuestas de solución sin eficacia o resultado alguno. Tratándose además de un delito de resultado instantáneo y no de un delito de resultado permanente o continuado<sup>71</sup>.

De este modo, sería totalmente posible y viable las figuras de la tentativa acabada como inacabada, y cualquier forma imperfecta de ejecución del delito.

## **VI.- PENALIDAD**

Es la más alta de todos los delitos contra la administración pública de 3 a 15 años de privación de la libertad, a lo cual se suma la pena de inhabilitación de uno a tres años (art. 426°).

## **VII.- FASES NEGATIVAS DEL DELITO**

### **a) Atipicidad**

---

<sup>69</sup> En la doctrina nacional, encontramos ABANTO VASQUEZ, ob.cit., p. 270.

<sup>70</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GOMEZ, Alfonso, ob.cit., p. 1197.

<sup>71</sup> Como por ejemplo sería el caso del secuestro, tipificado en el art. 152 del Código Penal Peruano.

Son diversas las situaciones de atipicidad que pueden configurarse alrededor del delito de colusión, el jurista nacional Fidel Rojas Vargas las concretiza de forma clara en seis situaciones, señalando que existe atipicidad:

- Si es que no existe concierto defraudatorio<sup>72</sup>.
- Si el sujeto interviene en las operaciones al margen de su cargo. Su hecho podría subsumirse en otras figuras penales tales como estafa o defraudación, pero no de colusión ilegal<sup>73</sup>.
- Si el sujeto carece de facultades de decisión<sup>74</sup>
- Por inexistencia de prueba idónea<sup>75</sup>.
- Por actos cometidos sin dolo, por ligerezas o negligencias
- Por no existencia de perjuicio al Estado<sup>76</sup>.

## **b) Causas de Justificación**

---

<sup>72</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, ob.cit., p. 288. Rojas Vargas cita un caso de atipicidad por inexistencia de concierto para defraudar declarada judicialmente la cual se halla en la ejecutoria del 14 de mayo de 1998, Exp. N°4174-97- Lima, en la cual se absuelve al ex alcalde de Chorrillos quien había sido condenado por la Corte Superior de Lima por delito de colusión defraudatoria en agravio de la Municipalidad del mismo nombre, consideró la Corte Suprema que la reducción de la renta por merced conductiva a la empresa “Restaurante Salto del Fraile” acordada vía resolución de alcaldía está dentro de la competencia y atribuciones del Alcalde quien puede celebrar y acordar todos los actos y contratos necesarios para el ejercicio de su función, habiéndose negociado y ejecutado el referido contrato según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes.

<sup>73</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, ob.cit., p. 289. Ejecutoria Suprema de 31 de octubre de 1997, Exp. N° 3538-96-Lambayeque: Caso alcalde y regidores que suscriben contratos en su calidad de vecinos y no de funcionarios.

<sup>74</sup> Ejecutoria Suprema de 20 de marzo de 1998, Exp. N° 1522-97-Lima: “El procesado que en su calidad de administrador y que no tuvo al momento de los hechos poder de decisión en la celebración de los contratos cuestionados no comete delito de colusión defraudatoria”.

<sup>75</sup> Ejecutoria Suprema de 23 de octubre de 1997, Exp. N° 2395-96, Huánuco, que descarta la existencia de delito si de las resultas de la pericia contable y otra no se derivan la existencia del perjuicio al ente público.

<sup>76</sup> Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. *Jurisprudencia Penal 3. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2006, p. 454-455. La Corte Suprema en la R.N.N° 027-2004 manifiesta “(...) los elementos del delito de concusión- colusión desleal, según el art. 384 del Código Sustantivo viene a ser el acuerdo clandestino entre dos o mas agentes para lograr un fin ilícito, perjudicando a un tercero, al Estado, en este caso mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial (...) no se ha logrado acreditar la concurrencia de estos elementos objetivos y subjetivos en la conducta desarrollada por los encausados (...) toda vez que no se ha logrado acreditar perjuicio económico a la Municipalidad de Ayabaca (...)”. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3 edición, Lima, editorial Grijley, 2002, p. 289. En la ejecutoria Suprema de 5 de mayo de 1997 (Sala C), Exp. N° 4110-95-Arequipa de conformidad con el dictamen Fiscal Supremo: “No ha quedado acreditado la comisión de los delitos ni la responsabilidad penal de los acusados, puesto que si bien es cierto que se han adulterado documentos de la entrada y la salida de la carne y arroz, no se ha probado que tales adulteraciones fueran con la finalidad de sustraer víveres de los almacenes ni que se haya perjudicado al Estado, puesto que no existe ningún faltante de víveres y respecto de las compras en exceso, no está acreditado perjuicio para el Estado, toda vez que han sido consumidos en su totalidad”.

Es opinión compartida tanto por autores nacional como extranjeros que es sumamente difícil hallar una causa de justificación del comportamiento del agente, dado el dolo directo con el que debe actuar quien se colude con los interesados para defraudar los intereses públicos, mas aun cuando el funcionario o servidor asume por ley la posición de garante y le es obligatorio conocer el régimen de incompatibilidades.

Fidel Rojas Vargas precisa asimismo, que donde es usual hallar causas de justificación del comportamiento antijurídico es en los actos de los cómplices funcionales, esto es, en el personal administrativo que bajo supuestos de obediencia contribuyen a los actos del sujeto activo<sup>77</sup>.

## VIII.- CONCURSO DE DELITOS

El sujeto activo (funcionario o servidor) y los particulares, estos últimos en su calidad de cómplices, pueden incurrir, asimismo, en delitos contra la fe pública (falsificando o alterando documentos, arts. 426-427) o en estafas (art. 196). En el caso de los sujetos públicos, se pueden presentar figuras de corrupción pasiva (arts. 393-394) según reciba o solicite donativo, promesa o ventaja para hacer lo debido o indebido, o también de concusión (art. 382) de exigir el agente bienes o beneficios económicos<sup>78</sup>.

## IX.- FINALIDAD POLÍTICO CRIMINAL DEL DELITO DE COLUSIÓN ILEGAL

---

<sup>77</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, ob.cit., p. 290

<sup>78</sup> Conviene citar a Pedro Crespo Barquero, quien comenta la situación española, y señala "(...) precisamente por tratarse de un delito de mera actividad que deja fuera del ámbito típico objetivo el perjuicio patrimonial, la doctrina se ha preguntado si, de alcanzarse éste, habría de sostenerse la existencia de un concurso medial de delitos con la estafa. La respuesta es mayoritariamente afirmativa (ORTS, MUÑOZ CONDE, RODRIGUES DEVESA). El argumento de admisión del concurso es la diversidad de bienes jurídicos lesionados (así STSJ de Castilla- La Mancha de 12/12/89). Lo que resulta menos evidente es la aplicación a esa estafa subsecuente del mecanismo agravatorio por razón del sujeto activo que se contempla en el actual art. 438, como ha defendido algún autor (PUIG, al que cita MUÑOZ CONDE). Si este art. 436 ya incorpora al tipo penal la condición funcional del individuo ( y hasta, como se vio, arrastra la participación del particular) como motivo de aplicación de una determinada pena precisamente en función del mayor menoscabo para el bien jurídico protegido que procede de la conducta de quien por su empleo o cargo tiene atribuida la tarea de velar por él, puede dudarse de que la propuesta de aplicar el art. 438 al ulterior resultado fraudulento consumado no comporte una vulneración de la regla non bis in idem". SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, CRESPO BARQUERO, Pedro y otros. *Código Penal de 1995*, Granada, Editorial Comares, 1999, p. 1734-1735.

Cuando se habla de Política Criminal como disciplina práctica se le entiende como un conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad. La praxis de la política criminal- según Mir Puig en la doctrina extranjera y Hurtado Pozo en la doctrina nacional-“se integra del conjunto de actividades-empíricas- organizadas y ordenadas a la protección de individuos y sociedad en la evitación del delito”<sup>79</sup>.

Cada ordenamiento jurídico responde a una determinada orientación política criminal<sup>80</sup>, y es vital determinar cual es orientación de la política criminal en nuestro país sobre el delito de colusión.

El delito de colusión ilegal busca sancionar a los funcionarios públicos que conciertan 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 su cargo***<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*, Lima, Editorial Grijley, 2006, p.27.

<sup>80</sup> Existe cierta confusión en la determinación de la Política Criminal como una disciplina científica. Algunos autores consideran que se trata de una ciencia que tendría por objeto las críticas y propuestas de reformas del Derecho Penal vigente. Para otros, la política criminal no es una ciencia, sino más bien son lineamientos políticos generales. Por último algunos criminólogos pretenden que la Política Criminal sea una parte de la Criminología. La Política Criminal se ocupa, en primer término, de efectuar el estudio crítico y prospectivo de las normas penales y de las institucionales que se encargan de la oportuna y eficaz aplicación preventiva y represiva. Para ello, promueve las reformas legislativas adecuadas a las nuevas situaciones sociales, es decir, examina si corresponde o no tales mecanismos a las exigencias de la sociedad y propone las reformas correspondientes. Así según Labatut Gléna “surge un derecho penal dinámico, que va remozándose de acuerdo con los avances de la ciencia”. También otorga a los poderes públicos las programaciones científicas concretas, que elabora en la lucha contra la delincuencia, más adecuadas para el eficaz control del delito. Con los postulados de la Política Criminal se construye un sistema de conceptos de la dogmática penal y que, por lo tanto, cada programa de política tiene su sentido su sentido dogmático que funciona como instrumento adecuado para su realización. Sin embargo, también apoya sus demandas en las leyes empíricas de la Criminología para la mejora del Derecho Penal en vigor. De ahí que se establece que la Política Criminal también entre la Dogmática Penal y la Criminología. El derecho penal con relación a la Política Criminal cumple la función- como expresaba VON LISZT- de “barrera infranqueable”. Si la Política Criminal se convierte en un puro discurso, entonces se necesitará de un Derecho Penal que frene las campañas ideológicas, pues por tales necesidades políticas podrían arrasarse derechos constitucionales. Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, ob. cit, p.27-28.

<sup>81</sup> Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier, ob.cit., p. 205.

La frecuencia de su aplicación por parte de los Tribunales de Justicia no ha sido la misma durante la historia. Conforme ha entrado 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 única, más 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<sup>82</sup>. Ello ha llevado, incluso, a la aparición de una especialidad denominada **“derecho de contratación administrativa”**.

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<sup>83</sup>.

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. No se castiga aquí al funcionario que invoca influencias o que se interesa en un contrato u operación económica, conductas que pueden ser subsumidas por el delito de tráfico de influencias (art. 400) o negociación incompatible (art. 399)<sup>84</sup>.

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

---

<sup>82</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, ob.cit., p. 1131.

<sup>83</sup> Cfr. GOMEZ MENDEZ, Alfonso y GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal de 2000*, 2da edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 307.

<sup>84</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luís, ob.cit., p. 83.

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<sup>85</sup>.

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<sup>86</sup>.

Las cuotas y posibilidades de la lesión del patrimonio estatal son mucho mayores cuando las acciones son desplegadas por los funcionarios públicos, ya sean porque manejan fondos públicos, pueden suscribir o negociar contratos públicos, poseen un nivel y poder de decisión determinado o su voluntad obliga a las diversas corporaciones públicas. Los particulares por su misma posición externa y ajena a la administración difícilmente pueden penetrar en el complejo entramado estatal de manera directa; de allí que se valgan de agentes públicos para obtener beneficios del patrimonio. Son estos funcionarios los que finalmente los terminan favoreciendo.

En el Perú basta hacer una retrospectiva de 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.

En el Perú- a diferencia de otras latitudes en donde expresamente se reconoce la escasa aplicación práctica del delito, o de figuras similares<sup>87</sup>, por parte de la judicatura- los fraudes en la contratación estatal adquieren cuotas notablemente elevadas lo que demuestra una realidad criminológica bastante dura 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.

---

<sup>85</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, ob.cit., p.120

<sup>86</sup> Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, ob.cit., p. 207.

<sup>87</sup> Expresamente para la realidad española, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, ob. cit., p. 212.

Asimismo, es destacable la ineficiencia de los actos de control por parte de las agencias encargadas y fundamentalmente las enormes pérdidas económicas del Estado, situación que reviste una particular característica si es que se contempla los escasos recursos del estado peruano y la limitación de los 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 para 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.

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, sin hacer un mayor esfuerzo por solucionar este problema perenne hasta la actualidad.

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.

## **X.- LA POSICIÓN DE GARANTE DEL FUNCIONARIO**

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<sup>88</sup> 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<sup>89</sup>.

El cumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos constituye una condición primordial para el regular funcionamiento de los servicios administrativos y la consiguiente realización de los intereses generales<sup>90</sup>. Si el funcionario deja de cumplir alguno de sus deberes puede por ese solo hecho, afectar la regularidad del servicio y de los intereses generales que tiene a su cargo la administración, e incurrir así en responsabilidad.

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.

---

<sup>88</sup> Cfr. GOMEZ MENDEZ, Alfonso y GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, ob. cit., p. 317. Ver ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº1016-2004 del 14 de febrero de 2005. Asimismo es necesario agregar que en lo que respecta a la responsabilidad de los funcionarios públicos, la doctrina distingue dos clases: la responsabilidad política y la responsabilidad jurídica. La responsabilidad política se relaciona fundamentalmente con una acción moral, en razón de haberse transgredido sus deberes políticos aunque también puede tener consecuencias jurídicas, como en la eventualidad de que recaiga inhabilitación de ciertos derechos. La responsabilidad jurídica acepta tres especies conocidas: administrativa, civil y penal.

<sup>89</sup> Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier, ob. cit., p. 207 para quien *“El funcionario que por su posición en el ente público interviene con facultad decisoria en esos procesos es el garante, y por ello responsable de la corrección de las decisiones que se producen en ese ámbito, una responsabilidad conforme al cometido que le compete, en cualquiera de los actos que forman parte del citado proceso, y que le permite determinar el resultado final del mismo”*.

<sup>90</sup> Cfr. FRISANCHO APARICIO, Manuel, ob. cit., p. 63.

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.

## **XI.- BIBLIOGRAFÍA**

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos contra la administración pública en el código penal Peruano*, Lima, Palestra Editores, 2003.
2. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, 2ª edición, Madrid, Editorial AKAL, 1994.
3. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Compendio de derecho penal: parte especial*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1998.
4. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José. *Derecho Penal. Parte Especial Tomo II*, 2ª edición, Madrid, Bosch, 2001.
5. CARO JOHN, José Antonio. *Diccionario de Jurisprudencia Penal*, Lima, Grijley, 2007.
6. CASTILLO ALVA, José Luís. *Jurisprudencia Penal 1. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Lima, Grijley, 2006.
7. CASTILLO ALVA, José Luís. *Jurisprudencia Penal 3. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Lima, Grijley, 2006.
8. CATALAN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el recurso del nuevo Código penal*, Barcelona, Bayer, 1999.
9. CESANO, JOSÉ Daniel. *La multa como sanción del derecho penal común: realidades y perspectivas*, Buenos Aires, Alveroni Ediciones, 1995.
10. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. *Manual Práctico de Derecho Penal. Parte Especial, Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
11. CRESPO BARQUERO, Pedro, “Delitos contra la Administración Pública” en *Código Penal de 1995. (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada, Editorial Comares, 1999.
12. CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial Tomo 2*, 6ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1997.

13. DONNA, Edgardo Alberto. “El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal” en *Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario*, Lima, Ara Editores, 2003.
14. DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2004.
15. ETXEARRIA ZARRABEITIA, Xavier “Fraudes y exacciones ilegales” en *Delitos contra la administración pública*, Bilbao, Instituto vasco de Administración pública, 1997.
16. FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2002.
17. FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la administración pública: Doctrina-jurisprudencia aspectos procesales*, Lima, Editora FECAT, 2002.
18. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luís. *El delito de colusión*, Lima, Grijley, 2008.
19. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, Editorial Dykinson, 1996.
20. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte especial*, 14ª edición, Valencia, Tirant to Blanch, 2002.
21. ORTS BERENGUER, Enrique, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
22. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho penal peruano*, Lima, Editorial Rodhas, 2004.
23. POLAINO NAVARRETE, *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, Sevilla, Editorial Aranzadi, 1999.
24. QUERALT JIMENEZ, Joan. *Derecho Penal Español. Parte Especial. 3era edición conforme al Código Penal de 1995*, 3ª edición, Barcelona, Editorial Universidad de Barcelona, 1996.
25. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín y otros. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 4ª edición, Navarra, Aranzadi, 2004.

26. REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de derecho penal económico: parte general y parte especial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002.
27. RIMONDI, Jorge Luis. *La problemática actual de la concusión (¿puede ser la calidad de funcionario público un atenuante en la extorsión?)*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.
28. RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, 2da edición, Madrid, Dykinson, 1988.
29. ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal. Tomo I. Ejecutorias de la Corte Suprema 1996-1998*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999.
30. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª edición, Lima, Grijley, 2002.
31. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Delitos contra la administración pública: Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores, 2004.
32. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal: parte especial*. 2ª edición, Lima, Grijley, 2007.
33. SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. *Código Penal de 1995*, Granada, Editorial Comares, 1999.
34. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos Jesús. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*, Lima, Grijley, 2001.
35. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, Lima, Editorial San Marcos, 2001.
36. VIVES ANTON, Tomás Salvador. *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.