

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO

CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES



TESIS

“Colusión: Conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú”

**PARA OBTENER EL GRADO ACADEMICO DE MAESTRA EN DERECHO CON
MENCION EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL**

Investigadora:

Roque Soplapuco, Paulina del Rocío

Asesor:

Dr. Cevallos de Barrenechea, Carlos

Lambayeque, 10 de enero de 2024

“Colusión: Conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú”.



Paulina del Rocío Roque Soplapuco
Autora



Dr. Cevallos de Barrenechea, Carlos Antenor
Asesor

Tesis presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para obtener el grado académico de: MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

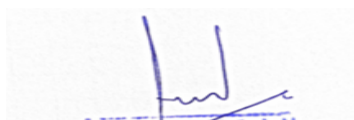
Aprobado por:



Dr. Ezequiel Baudelio Chávarry Correa
Presidente del jurado



Dr. Leopoldo Yzquierdo Hernández
Secretario del jurado



Dr. Nicolas Mondoñedo Valle
Vocal del Jurado

Lambayeque, 10 de enero 2024

Acta de sustentación

Siendo las 12:30 horas del día DIEZ de ENERO del año Dos Mil VEINTI CUATRO, en la Sala de Sustentación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, se reunieron los miembros del Jurado, designados mediante Resolución N° 277-2023-EPG de fecha 22 DE MARZO 2023 conformado por:

DY. EZEQUIEL BARRERO CHAVARRA CORREA PRESIDENTE (A)
Mg. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNÁNDEZ SECRETARIO (A)
Dr. AMADOR NICOLAS MONTEÑERO VALLE VOCAL
Mg. CARLOS HANUEL ANTONIO CAVALLA DE BARRONECHA ASESOR (A)


Con la finalidad de evaluar la tesis titulada COLUSIÓN: CONSPIRACIÓN COLUSORIA Y COLUSIÓN DESLEAL EN EL PERÚ.


presentado por el (la) Tesista PAULINA DEL ROJO RIVERA SOTAPUCCO sustentación que es autorizada mediante Resolución N° 013-2024-EPG de fecha 09 DE ENERO DE 2024.

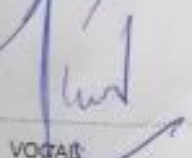
El Presidente del jurado autorizó del acto académico y después de la sustentación, los señores miembros del jurado formularon las observaciones y preguntas correspondientes, las mismas que fueron absueltas por el (la) sustentante, quien obtuvo 17 puntos que equivale al calificativo de BUENO.


En consecuencia el (la) sustentante queda apto (a) para obtener el Grado Académico de: MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.

Siendo las 13:37 horas del mismo día, se da por concluido el acto académico, firmando la presente acta.


PRESIDENTE


SECRETARIO


VOCAL

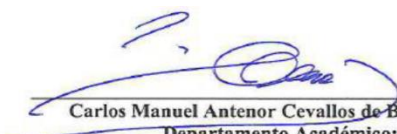

ASESOR

Declaración jurada de originalidad

Yo, Paulina del Rocío Roque Soplapuco investigadora principal, y el Dr. Carlos Manuel Antenor Cevallos de Barrenechea del trabajo de investigación titulado: “Colusión: Conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú” presentado para la obtención del grado de maestro en Derecho, declaramos bajo juramento que este trabajo no ha sido plagiado, ni contiene datos falsos.

En caso se demostrará lo contrario, asumo responsablemente la anulación de este informe y por ende el proceso administrativo, a que hubiera lugar, el mismo que pueda conducir a la anulación del grado o título emitido como consecuencia de este informe.

Lambayeque, 04 de marzo de 2024



Carlos Manuel Antenor Cevallos de Barrenechea
Departamento Académico:
DNI: 17415271
ASESOR



Paulina del Rocío Roque Soplapuco
Autora

Dedicatoria

A Dios, en quien me amparo para sobrepasar los obstáculos, porque su luz me muestra el camino a seguir y por darme la oportunidad de seguir viviendo.

A mi madre María Adelaida Soplapuco Montalvo, hermanos (Roxana, Lyly y Manuel) y a John Franklin Yumpo Vargas quienes me han dado la motivación e impulso para sobresalir y lograr el éxito y a los demás miembros de mi familia, porque en los momentos más difíciles han estado a mi lado.

Agradecimiento

A mi Asesor, por el apoyo en la elaboración en el presente trabajo de investigación y a todas las personas que han contribuido de diferentes formas, al logro de una de mi más preciada meta.

Índice General

Acta de sustentación.....	iii
Declaración jurada de originalidad	iv
Dedicatoria.....	v
Agradecimiento	vi
Índice General	vii
Índice de Tablas.....	x
Índice de Figuras	xii
Índice de Anexos	xiii
 Resumen.....	 xiv
Abstract	xv
Introducción.....	1

Capítulo I

Diseño teórico

1.1. Realidad Problemática.....	5
1.2. Formulación del Problema.	7
1.3. Objetivos.....	8
1.4. Antecedentes de la Investigación.	8
1.5. Base teórica	13
1.5.1. Teorías relacionadas a la colusión.	13
1.5.1.1. Teoría convencional de los delitos de peligro abstracto	13
1.5.1.2. Teoría normativa del peligro.....	13
1.5.1.3. Teoría del peligro concreto	14
1.5.1.4. Teorías subjetivas del peligro	14
1.5.2. Delito de Colusión.....	14

1.5.2.1. Alcances Típicos.....	15
1.5.2.2. Elementos habituales de colusión simple y colusión agravada, considerando la nomenclatura actual del Código Penal.....	21
1.5.3. Jurisprudencia respecto a los alcances típicos del delito de colusión.....	39
1.5.3.1. Tipicidad Objetiva	39
1.5.3.2. Elementos comunes del delito de colusión simple y colusión agravada	41
1.5.3.3. Diferencias entre la colusión simple y la colusión agravada	47
1.5.4. Defraudación estatal	50
1.5.4.1. La defraudación estatal en la doctrina	50
1.5.4.2. La defraudación estatal según las interpretaciones realizadas por la Corte Suprema	51
1.6. Hipótesis/Supuesto	57

Capítulo II

Métodos y Materiales

2.1. Tipo de Investigación.....	59
2.2. Métodos de investigación.	60
2.3. Diseño de Contrastación	61
2.4. Población y Muestra.	62
2.5. Técnicas Instrumentos, Equipos y Materiales de Recolección de Datos	62
2.6. Procesamiento y análisis de datos.	63

Capítulo III

Resultados

Resultados.....	65
------------------------	-----------

Capítulo IV

Discusión

Discusión	104
------------------------	------------

Conclusiones.....	112
Recomendaciones	114
Referencias Bibliográficas	115
Anexos	121

Índice de Tablas

Tabla 01: Operacionalización/Categorización.....	57
Tabla 02: ¿Qué es la conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado?	65
Tabla 03: ¿Un acto preparatorio de colusión constituye la conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado?	67
Tabla 04: ¿La sola concertación para defraudar constituye el delito de conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado?	68
Tabla 05: ¿La defraudación al Estado o entidad u organismo del Estado es un elemento indispensable en la conspiración colusoria?	70
Tabla 06: ¿La conspiración colusoria es un delito de peligro abstracto?	71
Tabla 07: ¿Considera que el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal prevé el delito de conspiración colusoria o la colusión simple?	73
Tabla 08: ¿Qué prevé la doctrina nacional respecto al delito de conspiración colusoria?	74
Tabla 09: ¿Qué prevé la jurisprudencia nacional respecto al delito de conspiración colusoria?	75
Tabla 10: ¿La conspiración colusoria es un acto preparatorio entre los funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al estado y es un delito de peligro abstracto?	76
Tabla 11: ¿Qué es la colusión desleal entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar patrimonialmente al Estado?	81
Tabla 12: ¿La sola concertación para defraudar constituye el delito de colusión desleal?	82
Tabla 13: ¿La defraudación patrimonial al Estado o entidad u organismo del Estado es un elemento indispensable en la colusión desleal?	83
Tabla 14: ¿La colusión desleal es un delito de peligro concreto?	84
Tabla 15: ¿Considera que el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal prevé el delito de colusión desleal o la colusión agravada?	86
Tabla 16: ¿Qué prevé la doctrina nacional respecto al delito de colusión desleal?	87
Tabla 17: ¿Qué prevé la jurisprudencia nacional respecto al delito de colusión desleal?	88
Tabla 18: ¿La colusión desleal es la concertación con los interesados concretando una defraudación patrimonial al Estado y es un delito de peligro concreto?	89

Tabla 19: ¿Es viable la tipificación de un mismo tipo penal como delito de peligro abstracto y concreto en un solo artículo de la norma?	92
Tabla 20: ¿Es viable legalmente proponer la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal?	93
Tabla 21: ¿Cuáles son los beneficios de proponer la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal? .	95
Tabla 22: ¿Cuáles son las diferencias de la conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú?	99

Índice de Figuras

Gráfico 1: ¿La sola concertación para defraudar constituye el delito de conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado?	69
Gráfico 2: ¿La defraudación al Estado o entidad u organismo del Estado es un elemento indispensable en la conspiración colusoria?	71
Gráfico 3: ¿La conspiración colusoria es un delito de peligro abstracto?	72
Gráfico 4: ¿La conspiración colusoria es un acto preparatorio entre los funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al estado y es un delito de peligro abstracto?	77
Gráfico 5: ¿La defraudación patrimonial al Estado o entidad u organismo del Estado es un elemento indispensable en la colusión desleal?	84
Gráfico 6: ¿La colusión desleal es un delito de peligro concreto?	85
Gráfico 7: ¿La colusión desleal es la concertación con los interesados concretando una defraudación patrimonial al Estado y es un delito de peligro concreto?	90
Gráfico 8: ¿Es viable la tipificación de un mismo tipo penal como delito de peligro abstracto y concreto en un solo artículo de la norma?	93
Gráfico 9: ¿Es viable legalmente proponer la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal?	95

Índice de Anexos

Anexo 1: Matriz de consistencia	121
Anexo 2: Instrumentos de Recolección de Datos	122
Anexo 3: Validación de juicio de Expertos.....	124

Resumen

En la investigación titulada “*Conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú*”, el problema abordado fue ¿Cuáles son las diferencias de la conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú, 2023?, tuvo como objetivo general establecer las diferencias de la conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú; investigación básica y descriptiva, metodología cualitativa, que se sustentó en las técnicas de fichaje, análisis documental, y entrevista. La población fueron los Fiscales especializados en delitos de Corrupción de Funcionarios - Derecho Penal, el lugar de estudio fue el Distrito Fiscal de Lima. Se analizó la percepción de 10 magistrados respecto a la tipificación de los casos que han conocido con la denominación de colusión simple y agravada. Se analizó la conspiración colusoria evidenciándose que es un delito de peligro abstracto. De igual modo, se analizó la colusión desleal entre funcionarios o servidores y los interesados mediante concertación y se evidenció que es un delito de peligro concreto que requiere el perjuicio patrimonial. Se propone la modificatoria del art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal. Se ha confirmado la hipótesis de investigación: La conspiración colusoria es un acto preparatorio entre los funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado y es un delito de peligro abstracto a diferencia de la colusión desleal que es la concertación con los interesados concretando una defraudación patrimonial al Estado y es un delito de peligro concreto.

Palabras Clave: Conspiración Colusoria, Colusión Desleal, Defraudación, Peligro Abstracto, Peligro Concreto.

Abstract

In the research entitled "Collusive conspiracy and unfair collusion in Peru", the problem addressed was: What are the differences between collusive conspiracy and unfair collusion in Peru, 2023? The general objective was to establish the differences between collusive conspiracy and unfair collusion in Peru; basic and descriptive research, qualitative methodology, which was based on the techniques of file recording, documentary analysis, and interview. The population was made up of prosecutors specialising in criminal law, and the place of study was the Public Prosecutor's District of Lima. The perception of 10 magistrates was analysed with respect to the criminalisation of the cases they have heard under the denomination of simple and aggravated collusion. Collusive conspiracy was analysed, showing that it is a crime of abstract danger. Similarly, unfair collusion between officials or civil servants and interested parties by means of concertation was analysed and it was shown that it is a crime of concrete danger that requires financial damage. An amendment to art. 384 of the Peruvian Penal Code is proposed, specifying the figures of collusive conspiracy and unfair collusion. The research hypothesis has been confirmed: Collusive conspiracy is a preparatory act between officials or civil servants and interested parties to defraud the state and is a crime of abstract danger as opposed to unfair collusion which is the concertation with interested parties concretising a patrimonial defrauding of the State.

Keywords: collusive conspiracy, unfair collusion, fraud, abstract danger, concrete danger.

Introducción

La tesis está encauzada a establecer las diferencias de la conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú, 2023. El trabajo se ha realizado a partir de la observación de la realidad del sistema penal peruano, y se utilizó el análisis documental y la entrevista. Los principales antecedentes del estudio datan del año 2017, siendo la Casación N° 542-2017/Lambayeque, la que sustentó que el artículo 384° del Código Penal no regula ni una “colusión simple” ni una “colusión agravada”, sino dos delitos afines. El trabajo se realiza porque es necesario dilucidar los tipos penales y su adecuada configuración, dado que en el derecho penal prima el principio de legalidad, y es la última ratio para sancionar los hechos contrarios a la Ley. El alcance del trabajo es el año 2023, considerando que es un análisis exegético e interpretativo. El trabajo se tituló “Colusión: Conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú”, en el cual se desarrolla el problema referido a la tipificación de la colusión y las diferencias entre la conspiración colusoria y colusión desleal, ello porque a la fecha la norma penal prevé dos tipos penales dentro de un mismo artículo, siendo el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal de peligro abstracto y el segundo párrafo de peligro concreto, sin que estos tengan una relación de tipo y agravante, como erróneamente lo ha desarrollado la doctrina. El problema que se evidenció es la tipificación de dos tipos penales, de peligro abstracto y concreto referidos a la colusión, en un único artículo, el 384° del Código Penal, cuando estos deben considerarse de forma independiente. Es problema porque a la fecha se les considera como colusión simple y agravada, cuando no corresponde esta clasificación, tornando inadecuada la tipificación, se permite la inacción y casi nula probabilidad de sanción al agente infractor.

Respectos a los antecedentes se cita a nivel internacional, en Chile, a Contreras y Saldivia (2021) en el artículo científico “Colusión y regulación, una visión histórica (1973-2018): el caso de Chile”; en Colombia, a Santibáñez (2020) en el artículo científico “Colusión, contrariedades de su tipificación con relación al estándar de prueba y los fines del derecho de la competencia”; García (2019) en la tesis “La colusión en Colombia una práctica desleal frente a la libre competencia”. A nivel nacional, en Puno, a Choque (2023) en la tesis “Participación del *extraneus* y el pacto colusorio en delitos de colusión simple en el distrito judicial de Puno, periodo 2020-2022”; en Tacna, a Aquino (2021) en su tesis titulada: “El tratamiento penal del delito de colusión y la impunidad en el Distrito Judicial de Tacna, 2017-2019”; en Huánuco, a Mandujano (2017) titulada: “Problemas de imputación

y prueba en el delito de colusión”; en Lima, a Mejía (2022) en el “Informe Jurídico sobre la Casación N° 542-2017, Lambayeque”; a Alvarado (2021) en el Informe Jurídico sobre el R.N. N° 109-2017; y en Lima, Cano (2021) en el “Informe Jurídico sobre la Casación N°542-2017 - Lambayeque”; Vidal (2018) en su tesis de maestría titulada “La Ilegitimidad del delito de Colusión”; y a nivel local, Montalvo (2023) en su tesis: “La determinación correcta del término defraudar”; y Valdera (2022), en su tesis “La presunción de la concertación en el delito de colusión agravada”.

Pese a los estudios realizados, no se ha generado una modificatoria al art. 384 del Código Penal. Para el desarrollo del trabajo se recurrió al repositorio de Alicia, a fin de conocer los antecedentes, a las bases de datos de Scopus y Web of Science, así como Latindex se buscó información en libros de autores reconocidos, y se solicitó la participación de fiscales anticorrupción que son los encargados de la acción penal. La principal limitación o problema presentado fue la poca información respecto al tema.

En el presente caso se propone como alternativa la modificatoria del artículo 384, pues la conspiración colusoria es un acto preparatorio entre los funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado y es un delito de peligro abstracto a diferencia de la colusión desleal que es la concertación con los interesados concretando una defraudación patrimonial al Estado y es un delito de peligro concreto; en consecuencia, deben tipificarse individualmente.

El objetivo general fue: Establecer las diferencias de la conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú. Los objetivos específicos: 1. Analizar la conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado; 2. Analizar la colusión desleal entre funcionarios o servidores y los interesados mediante concertación defraudando patrimonialmente al Estado; y 3. Proponer la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal. La hipótesis postulada en el estudio fue La Conspiración Colusoria es un acto preparatorio entre los funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado y es un delito de peligro abstracto a diferencia de la colusión desleal que es la concertación con los interesados concretando una defraudación patrimonial al Estado y es un delito de peligro concreto.

A efectos verificar la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación se ha considerado la entrevista a 10 fiscales especializados en delitos de Corrupción e Funcionarios y de derecho penal, así como la Casación 542-2017/Lambayeque que evidencia los dos tipos existentes en el artículo 384° del Código Penal – en adelante CP. Tal es así, que los Magistrados Prado y Quintanilla niegan que en la identificación del delito de Colusión se haya incluido el perjuicio material o concreto, pues para los antes mencionados, lo que se reprimiría penalmente es la deslealtad del funcionario (Casación N°542-2017- Lambayeque, 2019), e incluso señalan que la denominación “colusión simple” y “colusión agravada”, es incorrecta, pues se tratan de dos tipos penales distintos e independientes y no de un tipo penal básico y otro agravado, proponiendo que la nomenclatura a utilizar sea la de **conspiración colusoria** (párrafo 1) y **colusión desleal** (párrafo 2). (Casación N°542-2017- Lambayeque, 2019).

El resultado de esta interpretación es que en la Sentencia Casatoria N°542-2017 – Lambayeque, los jueces en mención, votaron por que se declaren INFUNDADOS los recursos de casación interpuestos por los procesados contra la Sentencia de Vista que los condenó por el delito de colusión agravada. En esta misma Casación, también se desarrolla la interpretación realizada a la colusión por las Juezas Supremas Barrios Alvarado, Castañeda Otsu y Pacheco Huancas, a la cual se adhirió el voto del Magistrado Castañeda Espinoza, advirtiéndose que es contradictoria a la esbozada por los Magistrados Prado Saldarriaga y Quintanilla Chacón. Barrios en la Casación N°542-2017 - Lambayeque, señala que en el tipo penal de Colusión en las modalidades simple y agravada, se sanciona por incumplimiento del deber o incumplimiento del cargo por funcionarios, transgresión a los principios constitucionales de la la Carta Magna y deberes funcionales positivos especiales previstos en relación con los contratos públicos y, además, la idoneidad en perjuicio de los intereses patrimoniales públicos (simple colusión) o daño efectivo al patrimonio público (colusión agravada).

Para García (2021), las interpretaciones que ha realizado la Corte Suprema en sus sentencias casatorias y ejecutorias, respecto al delito de Colusión, adolecen de la ausencia de la definición del tipo penal, pues en algunas señala que en la modalidad simple, puede entenderse como transgresión a la transparencia, o lealtad del funcionario, mientras que en otras afirma que deberá ponerse en peligro el patrimonio estatal; por lo tanto, según la exégesis que sigan los órganos jurisdiccionales de menor rango, para algunos magistrados,

los actos serán típicos, mientras que para otros, estos mismos actos, pueden ser no punibles o impunes. En ese sentido, analizar la forma en que se tipifica el delito de colusión es trascendental porque permitirá conocer la efectividad de estos criterios en la protección de los bienes jurídicos tutelados en el tipo penal de Colusión.

La presente investigación proporciona el desarrollo de categorías jurídicas y base teóricas las cuales se encuentran estructuradas de la siguiente manera en el capítulo I se desarrolló el diseño teórico, considerando tesis de maestría y doctorado como antecedentes, base teórica respecto a la colusión, el bien jurídico protegido, la tipicidad, la colusión simple y agravada y sentencias relevantes que se pronuncian sobre la colusión, La realidad problemática que es la inadecuada regulación de la colusión en consecuencia las contradicciones en su interpretación, los objetivos del estudio, que buscan establecer las diferencias de la conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú, así también la hipótesis. En el Capítulo II, se desarrolló los métodos y materiales, considerando tipo básico, método cualitativo, diseño de investigación no experimental, población los fiscales especializados en corrupción de funcionarios del Distrito Fiscal de Lima, muestra 10 fiscales en actividad y muestreo no probabilístico y por conveniencia, así como técnicas del fichaje, análisis documental y entrevista; se detalla el procesamiento de datos. En el Capítulo III se presentan los resultados ordenados por cada uno de los objetivos, considerando trabajo de gabinete y de campo lo cual demuestra la realización adecuada del estudio y la ética en la investigación. En el Capítulo IV se presentan y se discuten los resultados considerando para ello los antecedentes utilizados en el estudio, resaltando el afianzamiento en la jurisprudencia y magistrados especialistas en delitos de corrupción de funcionarios. Finalmente se exponen las conclusiones y recomendaciones, las cuales son coherentes con cada objetivo propuesto.

Capítulo I

Diseño teórico

1.1. Realidad Problemática.

El panorama actual del Perú en cuanto a técnica legislativa no resulta alentador, tal es así, que las normas del Código Penal vienen siendo reformadas de acuerdo con la coyuntura política y social que se atraviesa, pero sin mayor análisis respecto a su coherencia y con una gran dosis de populismo.

El delito de Colusión dentro de los ilícitos penales contra la Administración Pública, es el que más se ha establecido como imputación en los casos emblemáticos, ya sea de alcance nacional, como el caso “ODEBRECHT” y a nivel local, en la provincia de Chiclayo, en el caso “Limpios de la corrupción”, lo que ha obligado a la Corte Suprema, a desarrollar doctrina jurisprudencial acerca de los componentes típicos de este delito, para ajustarlos a las nuevas modalidades de corrupción. Sin embargo, en ese afán se ha puesto en evidencia las contradicciones que existe entre los propios magistrados de esta instancia, respecto a los alcances interpretativos de la defraudación estatal en las modalidades de la Colusión.

A nivel doctrinario, no hay concordancia entre lo que regula los primeros párrafos del tipo de Colusión, pero la mayoría de autores han coincidido en señalar que en primero se regula la “**colusión simple**”, para lo cual, la norma penal utiliza los términos “para defraudar al Estado”, en estricto, se refiere a metas subjetivas futuras intermedias o inmediatas o tendencias internas trascendentes que determinan la conducta corrupta de los funcionarios públicos; por lo tanto, este delito no requiere daño a la propiedad estatal, mientras que el segundo párrafo constituiría la “**colusión agravada**”, cuyo verbo rector “defraudación”, significa: “engaño al interés público”, requiere de “un efectivo perjuicio patrimonial al erario público”. El tema de investigación se centra en analizarla nomenclatura correcta a los dos tipos colusorios tipificados en el artículo 384, dado que uno corresponde a un delito de peligro abstracto y otro al peligro concreto, siendo que deben tipificarse de forma separada.

A nivel jurisprudencial, entre los integrantes de la Corte Suprema tampoco existe consenso respecto a lo que regulan los primeros párrafos del artículo 384° del

Código Penal – en adelante CP. Tal es así, que los Magistrados Prado y Quintanilla niegan que en la identificación del delito de Colusión se haya incluido el perjuicio material o concreto, pues para los antes mencionados, lo que se reprimiría penalmente es la deslealtad del funcionario (Casación N°542-2017 - Lambayeque, f. noveno, 2019), e incluso señalan que la denominación “colusión simple” y “colusión agravada”, es incorrecta, pues se tratan de dos tipos penales distintos e independientes y no de un tipo penal básico y otro agravado, proponiendo que la nomenclatura a utilizar sea la de **conspiración colusoria** (párrafo 1) y **colusión desleal** (párrafo 2). (Casación N°542-2017 - Lambayeque, f. décimo primero, 2019).

El resultado de esta interpretación es que en la Sentencia Casatoria N°542-2017 – Lambayeque, los jueces en mención, votaron por que se declaren INFUNDADOS los recursos de casación interpuestos por los procesados contra la Sentencia de Vista que los condenó por el delito de colusión agravada. En esta misma Casación, también se desarrolla la interpretación realizada a la colusión por las Juezas Supremas Barrios Alvarado, Castañeda Otsu y Pacheco Huancas, a la cual se adhirió el voto del Magistrado Castañeda Espinoza, advirtiéndose que es contradictoria a la esbozada por los Magistrados Prado Saldarriaga y Quintanilla Chacón.

Barrios en la Casación N°542-2017 - Lambayeque, señala que en el tipo penal de Colusión en las modalidades simple y agravada, se sanciona por incumplimiento del deber o incumplimiento del cargo por funcionarios, transgresión a los principios constitucionales de la la Carta Magna y deberes funcionales positivos especiales previstos en relación con los contratos públicos y, además, la idoneidad en perjuicio de los intereses patrimoniales públicos (simple colusión) o daño efectivo al patrimonio público (colusión agravada).

Para García (2021), las interpretaciones que ha realizado la Corte Suprema en sus sentencias casatorias y ejecutorias, respecto al delito de Colusión, adolecen de la ausencia de la definición del tipo penal, pues en algunas señala que en la modalidad simple, puede entenderse como transgresión a la transparencia, o lealtad del funcionario, mientras que en otras afirma que deberá ponerse en peligro el patrimonio estatal; por lo tanto, según la exégesis que sigan los órganos jurisdiccionales de menor rango, para algunos magistrados, los actos serán típicos, mientras que para otros, estos mismos actos, pueden ser no punibles o impunes.

En ese sentido, analizar la forma en que se tipifica el delito de colusión es trascendental porque permitirá conocer la efectividad de estos criterios en la protección de los bienes jurídicos tutelados en el tipo penal de Colusión.

La existencia de criterios discrepantes sobre la interpretación del delito de Colusión con resultados contradictorios respecto al fallo en la Casación N°542-2017 - Lambayeque, causó gran preocupación en la investigadora porque siendo la Corte Suprema de Justicia de la República (CSJR), la última instancia de la jurisdicción ordinaria, las interpretaciones que realizan a los dispositivos penales, son las bases sobre las que se sostienen las decisiones de todos los órganos jurisdiccionales de nuestro país, por lo tanto, deben ser claras, y estar orientadas a dotar de seguridad y uniformidad a nuestro sistema jurídico.

El estudio se justifica teóricamente en las teorías del peligro, así también es necesario analizar la Casación N°542-2017 – en relación a los alcances típicos, del delito de Colusión, además de identificar los métodos de interpretación normativa (literal, histórico, teleológico y sistemático). En la práctica beneficiará a magistrados, abogados y población en general al delimitar los tipos penales de conspiración colusoria y colusión desleal, ahora tipificados en el artículo 384 del Código penal, proponiendo así una reforma a la actual redacción del delito de colusión, en el que se delimite la existencia de dos tipos penales, uno de peligro abstracto y otro de peligro concreto. Desde el punto de vista metodológico, la presente investigación ha seguido la ruta cualitativa.

Las principales limitaciones al estudio fueron la inexistencia de investigaciones en las que se analice la colusión, considerando el aporte de la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema, la misma que se ha venido desarrollando desde hace más de una década, la cual revela falencias en la tipificación de las normas.

1.2. Formulación del Problema.

¿Cuáles son las diferencias de la conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú, 2023?

Los problemas específicos que permiten abordar el problema principal son:

1. ¿Cuáles son las características de la conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado?
2. ¿Cuáles son las características de la colusión desleal entre funcionarios o servidores y los interesados mediante concertación defraudando patrimonialmente al Estado?
3. ¿Es necesaria la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal?

1.3. Objetivos.

Objetivo General

Establecer las diferencias de la conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú.

Objetivos Específicos

1. Analizar la conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado
2. Analizar la colusión desleal entre funcionarios o servidores y los interesados mediante concertación defraudando patrimonialmente al Estado.
3. Proponer la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal.

1.4. Antecedentes de la Investigación.

A nivel internacional, en Chile, Contreras y Saldivia (2021) en el artículo científico “Colusión y regulación, una visión histórica (1973-2018): el caso de Chile”, cuyo propósito fue evidenciar como se ha presentado la colusión en el país de Chile, utilizó la metodología cualitativa de revisión documental. Concluyó que el comportamiento colusorio se define como un acuerdo entre agentes económicos que actúan con la intención de obtener una ventaja a expensas del Estado. Como ya se ha mencionado, tales prácticas abusivas causan un daño económico y moral significativo a los consumidores, pero también tienen un impacto en las empresas

involucradas debido a la imagen negativa que tales corporaciones están ganando en la imaginación del público desde lo social y ético. Incluso la propia percepción de la nación sobre su capacidad para controlar y regular las prácticas utilizadas para protegerse y/o prevenir tales eventos.

En Colombia, Santibáñez (2020) en el artículo científico “Colusión, contrariedades de su tipificación”, tuvo como objetivo comprender la transgresión a la libre competencia por prácticas colusorias. Utilizó la metodología cualitativa, documental, técnica del gabinete, población normatividad colombiana. Concluyó que sólo estamos ante una pena teórica si la intención de castigar a los responsables de la colusión con prisión efectiva fue disuadir a quienes después de la publicación de la Ley optaron por este derrotero.

Asimismo, en Colombia, García (2019) en la tesis “La colusión en Colombia”, cuyo propósito fue identificar la colusión en la contratación colombiana, utilizó la metodología cualitativa, documental, técnica del gabinete, población normatividad colombiana. Concluyó que se denomina colusión a los acuerdos o acciones coordinadas entre los denominados cárteles o mafias de contratación estatal, donde los contratos resultantes de la contratación pública están amañados para favorecer a ciertos licitadores sobre otros.

A nivel nacional, en Puno, Choque (2023) en la tesis “Participación del *extraneus* y el pacto colusorio”, cuyo propósito fue analizar la colusión desde su pacto. Utilizó la metodología básica y cualitativa. La población fueron los abogados del Distrito Judicial de Puno, considerando a 15 participantes. Concluyó que es un desafío realizar investigaciones exhaustivas sobre denuncias de colusión y delitos contra la Administración Pública porque es difícil probar un hecho oculto, como un acuerdo colusorio entre dos personas (*intraneus* y *extraneus*), así como indagaciones y la carga procesal de los fiscales especializados en corrupción oficial.

En Lima, Mejía (2022) en el “Informe Jurídico sobre la Casación N° 542-2017, Lambayeque”, cuyo fin fue analizar la figura de conspiración colusoria, utilizó la ruta cualitativa de revisión documental, diseño estudio de caso. La muestra fue la Casación N° 542-2017, Lambayeque, la doctrina y jurisprudencia. Concluyó que la colusión simple se diferencia de la colusión agravada en que solo requiere un acuerdo

entre un funcionario público y un tercero para defraudar al Estado. De otro extremo, en el caso de colusión agravada, el acuerdo por sí solo es insuficiente para constituir un delito; en cambio, también debe haber un daño real y sustancial. Por ello, el tipo simple sería un delito de mera actividad, mientras que el tipo agravado sería un delito de resultado. La autora revela que en el caso en estudio se está frente a una conspiración colusoria, la cual constituye el delito de colusión simple.

En Lima, Alvarado (2021) en el Informe Jurídico sobre el R.N. N° 109-2017, Lima, cuyo propósito fue analizar el referido recurso de nulidad, utilizó la metodología cualitativa de revisión documental, diseño estudio de caso. La muestra fue el R.N. N° 109-2017, la doctrina y jurisprudencia. Concluyó que según el art. 384 del CP, existen dos tipos de delitos de colusión: simple y agravado. La justificación principal es que existe una violación mayor porque se produce un daño real y sustancial a los bienes del Estado frente a la mera colusión, que sólo implica un daño potencial o hipotético.

En Tacna, Aquino (2021) en su tesis titulada: “El tratamiento penal del delito de colusión y la impunidad”, utilizó metodología cualitativa, diseño no experimental. Concluyó que el grado de impunidad para la comisión de este tipo penal se ha visto directamente afectado por la forma en que se ha tipificado el delito de colusión. La criminalización es deficiente, la falta de políticas penales, una determinación de colusión deslucida y muy pocas condenas son solo algunos de los factores que tienen un impacto en el expediente. La tesis ha permitido comprender la eficacia normativa del delito de colusión para establecer la responsabilidad en procesos judiciales, llegando a la conclusión de que la redacción actual del tipo penal en cuestión favorece la impunidad.

En Lima, Cano (2021) en el “Informe Jurídico sobre la Casación N°542-2017 - Lambayeque”, cuyo fin fue analizar el tipo penal de colusión como infracción de deber. Utilizó la metodología cualitativa y el método de caso a la Casación N° 542-2017 – Lambayeque. Concluyó que el fallo de quienes integran el voto mayoritario y minoritario es completamente contradictorio, concluyó que los Magistrados de la Corte Suprema no arriban a criterios diferentes. En cuanto la colusión, transgrede la imparcialidad en la actividad contractual del Estado y que el precepto legal contiene dos tipos penales distintos. En la colusión simple, es necesario que exista además un

fraude estatal potencial, mientras que, en la colusión agravada, el fraude estatal debe ser efectivo y cuantificable. Continúa diciendo que el voto mayoritario del caso específico obliga a que el daño patrimonial se establezca mediante el uso de la prueba. Además de reseñar las posiciones asumidas por los jueces de la Corte Suprema respecto del alcance normativo, el informe jurídico destaca hechos procesalmente sólidos y los hechos jurídicamente significativos del Caso Pacora.

En Lima, Vidal (2018) en el estudio “La Ilegitimidad del delito de Colusión” determinó que existe similitud entre los elementos y las penas impuestas en la colusión. Utilizó metodología cualitativa de revisión documental, diseño no experimental. Concluyó que la distinción entre un intento de colusión agravada y una colusión simple no está clara. Sugiere que se derogue el delito de colusión porque cree que los infractores pueden ser sancionados a través del delito de negociación incompatible, pero también agrega que se debe modificar este tipo legal para incluir el elemento “fraudulento” al interés del sujeto activo; en consecuencia, este delito penal podría cometerse en cualquier contrato. Para evitar ambigüedades en cuanto a las operaciones, se debe indicar explícitamente en el texto que son unilaterales. En consecuencia, si no existe prueba que incrimine al tercero, éste no beneficiaría al sujeto activo. Considera que el delito de Negociación incompatible comprende no sólo los fraudes cometidos unilateralmente sino también los acuerdos donde el funcionario será el autor y el extraño partícipe. Adicionalmente, permite la inclusión de circunstancias agravantes, tales como casos de daño real e interés fraudulento en acciones o procedimientos contractuales de ayuda o asistencia. Por la vulneración de otros bienes jurídicos, como los de la vida, la salud, la integridad o la seguridad pública, el daño en el primer caso no es únicamente contractual. La inclusión de la agravante estaría justificada por la necesidad de una respuesta más severa del código penal ante el daño real al patrimonio del Estado. Pero si el daño no es severo, habría un castigo mínimo.

En Huánuco, por Mandujano (2017) titulada: “Problemas de imputación y prueba en el delito de colusión”, determinó que las deficiencias en los alcances normativos del art. 384° del C.P., parten desde el título que recibe este tipo penal como colusión simple y agravada; asimismo, que, para la imposición de la pena, requiera que exista el acuerdo o concertación y además la defraudación estatal.

Utilizó la metodología cualitativa de revisión documental, muestra documental. Concluyó que debido a que no se ha definido claramente el bien jurídico protegido, se han hecho interpretaciones al respecto de acuerdo al tipo de delito. La protección de la libre competencia y la contratación ética en el mercado de contratación pública están claramente definidas como los derechos e intereses jurídicos que deben ser protegidos. Advirtió que el Perú carece de tecnología legislativa porque nuestros legisladores han adoptado modelos extranjeros sin considerar el alcance de la regulación interna. Por lo tanto, las formas penales del delito de colusión y el delito de negociaciones incompatible son comparables. Son dos delitos distintos los contemplados en el artículo 384 del Código Penal. Además, el sujeto activo debe cometer el fraude patrimonial para que el delito sea calificado como delito agravado por colusión. Los avances teóricos del autor permiten conocer las posiciones doctrinarias relativas al delito de colusión, así como las fallas en la redacción del tipo penal que impiden una exitosa persecución penal.

A nivel local, Montalvo (2023) en su tesis: “La determinación correcta del término defraudar”. Utilizó la metodología cuantitativa y el método exegético jurídico, sistemático jurídico, e inductivo. Población abogados penalistas y muestra 50 abogados. Concluyó en la importancia de utilizar la palabra "fraude" como verbo rector es reconocer que el fraude de la colusión simple no implica necesariamente un daño al patrimonio del Estado, sino que se refiere a la omisión de un funcionario de actuar de acuerdo con la probidad y lealtad.

Valdera (2022) en “La presunción de la concertación en el delito de colusión agravada”, cuyo objetivo fue comprender la afectación de la concertación y la responsabilidad penal. Utilizó metodología cuantitativa y el método exegético jurídico, sistemático jurídico, e inductivo. Población abogados penalistas y muestra 50 abogados. Concluyó que la única salvedad que puede hacerse sobre el marco legal del art. 384 se inserta utilizando la justificación del contexto en que se produce, señalando como simple colusión el “concierto” al que llegan y en su modalidad agravada, la “concertación” como elemento conducente al fraude patrimonial.

1.5. Base teórica

Respecto a las teorías aplicables al delito de colusión, se cita a Torío (1981) quien pregona diferentes teorías, tales como:

1.5.1. Teorías relacionadas a la colusión.

1.5.1.1. Teoría convencional de los delitos de peligro abstracto

La cual revela que el perjuicio no es constitutivo del mero legislador. El delito solo describe acciones peligrosas a juicio de la experiencia y para proteger los bienes jurídicos. El peligro es el motivo de la tipificación pero no la causa de la figura del delito. Esta teoría pregona también la descriminalización de algunos ilícitos, indicando la posibilidad del procesamiento en vía administrativa. Esta teoría señala que no se admite la prueba en contrario respecto a la peligrosidad de la conducta.

1.5.1.2. Teoría normativa del peligro

Desde el punto de vista penal, se trata específicamente de relacionar el peligro aparente ex ante y el peligro objetivo real. Dado que no todas las leyes de probabilidad se entienden en este momento en la ciencia, se deduce que hay algunos factores que actualmente son aleatorios para nosotros y de los cuales depende en una situación dada, incluso cuando somos conscientes de todas las demás circunstancias que están presentes. No importa si el resultado negativo se materializa. En consecuencia, la "probabilidad de daño a un bien jurídico delictivo" debe definirse como el concepto normativo de peligro para que sea válido en derecho penal. "La idoneidad de ese peligro para dañar el bien jurídico estará determinada inicialmente por el nivel de probabilidad necesario". El peligro no se produce simplemente; también se imputa objetivamente. Sin duda, en los delitos de especial peligrosidad, se debe utilizar el criterio de imputación objetiva para establecer el resultado de la peligrosidad (Cerezo, 2022).

Los delitos de peligro abstracto anteceden a los delitos de peligro concreto del mismo modo que implican una etapa anterior a la ocurrencia de la lesión. Los bienes jurídicos se salvaguardan en el interés superior de quienes, en el caso de los bienes individuales, son sus propietarios, y en el caso de los bienes colectivos, sus beneficiarios (Manalich, 2021).

1.5.1.3. Teoría del peligro concreto

“El bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de daño, y los delitos de peligro abstracto, en los que ese riesgo real no es necesario. Esto trae como inmediata consecuencia que en los delitos de peligro concreto la realización del tipo objetivo requiera la comprobación de la acción más el peligro concreto sufrido por el bien jurídico protegido, mientras que para los delitos de peligro abstracto es más que suficiente la comprobación de la acción típica por lo que no es necesario verificar la existencia de un resultado de lesión o de peligro al bien jurídico tutelado, y por tanto, tampoco cabe plantearse la cuestión de la imputación objetiva, lo cual es una característica de estos delitos de mera actividad, pues como dijimos, se cumplen con la realización de la acción solamente”.

1.5.1.4. Teorías subjetivas del peligro

Para llegar a una conclusión probabilística, las teorías subjetivas no solo no reconocen la existencia del peligro, sino que también lo definen en términos de la percepción subjetiva del observador. Si bien en todos los juicios de valor se utilizan parámetros subjetivos. Los criterios objetivos restringen el rango de percepción humana a la verificación de la concordancia de los parámetros que se definen, generando un ámbito de validez global.

1.5.2. Delito de Colusión

Salinas Siccha (2021) respecto a colusión, sostiene que en otros ordenamientos jurídicos recibe las denominaciones “negociaciones incompatibles, fraude a la administración pública, celebración indebida de contratos o fraude contra el Estado o fraude en contrataciones y liquidaciones” (p. 47). La colusión es un delito de participación necesaria porque requiere el acuerdo de múltiples partes para llevarse a cabo y se requiere el actuar tanto del particular como del funcionario o servidor público.

1.5.2.1. Alcances Típicos

- *Bien jurídico-penal*

A nivel doctrinario no existe consenso respecto al bien jurídico protegido en el delito de Colusión, razón por la cual, en la presente investigación recogemos las diferentes posturas.

Entre los doctrinarios que defienden la postura que el bien jurídico protegido es el patrimonio podemos citar a Espinoza (2017) quien consideró que la voluntad del legislador no sólo es sancionar el actuar desleal del funcionario por la inobservancia de las obligaciones establecidas en los diferentes dispositivos legales en aras de lograr contrataciones públicas correctas, sino que también debe determinarse que su accionar ha causado perjuicio al erario público, comparte esta misma postura, Pariona (2017) señaló que el bien jurídico en el delito de colusión es pluriofensivo, porque protege la probidad, la lealtad y la imparcialidad cuando actúan en nombre del Estado, pero también el patrimonio de éste.

En el mismo sentido, Castillo (2017) señaló que el delito de colusión ilegal planteó la existencia de concertación y fraude, por lo tanto, no se encuentran dentro del radio de protección de la norma, los actos jurídicos que no posean contenido económico-patrimonial, como los convenios o los meros actos administrativos, resaltando que la incidencia económica del contrato estatal; si el acto jurídico tiene efectos económicos indirectos o remotos, no ingresa en el alcance del tipo penal.

Al mismo tiempo, acotó el ámbito de la protección de la colusión a los derechos establecidos por la ley y añade que la peculiaridad de este delito es que la tutela sólo tiene lugar en los contratos administrativos y toda clase de colusión, previo acuerdo. El fraude (daño) al Estado está prohibido. Esto aplica no solo al proceso de contratación pública, como gasto público o gasto presupuestario, sino que también protege al Estado de estar en una situación de expropiación de servicios o bienes, ya sea por arrendamiento, venta o permuta de bienes, o por contratación. mano de obra para la entrega.

El autor Cáceres (2011) siguió la misma línea teórica, enfatizando la función de la organización jurídica del delito, pues argumentó que dos criterios son consistentes en su aplicación: a) cualitativo (incumplimiento del deber) y b) cuantitativa (influencia del patrimonio nacional). Concluye que la consumación del delito queda probada cuando se pone en peligro la propiedad pública por mala conducta oficial, mientras que Mandujano (2017) señaló que en ambos tipos de cooperación penal se requiere un grado significativo de lesión de bienes jurídicos, que legitima la relevancia delictiva de la conducta y excluye el ámbito de la intervención delictiva, es decir, las simples violaciones de las normas contractuales.

De otro lado, los doctrinarios que niegan la protección a la propiedad estatal, se encuentra Martínez (2019) pues consideró que aceptarlo contravendría la función preventiva del Derecho Penal.

Lo que busca el Derecho Penal es que el funcionario actúe dentro de los parámetros de sus responsabilidades sin poner en peligro el crecimiento de la contratación pública; el bien jurídico tutelado es la transparencia en los proveedores potenciales.

Salinas Siccha (2019) autor que coincide con esta interpretación señaló que el delito de colusión está incluido en la lista de delitos de incumplimiento del deber. En consecuencia, el bien jurídico general es el buen y normal funcionamiento de la Administración Pública, pero el bien jurídico específico o particular protegido es el cumplimiento pleno de las obligaciones funcionales tanto de los funcionarios como de los servidores públicos, es decir, deben cumplir todas sus obligaciones.

En el mismo sentido se pronunció el autor Arismendiz (2018) cuando señaló que el propósito del legislador es lograr que los funcionarios o servidores actúen con imparcialidad y de manera eficiente en el ámbito de sus facultades, para ello deben observar los principios de objetividad e idoneidad

Peña Cabrera (2016) concordó con esta posición teórica al decir que el concepto de defraudación no tiene connotaciones de propiedad, por lo que no es necesario acreditar pérdidas económicas al Estado, pero el término defraudación

debe entenderse como servicios inadecuados, cuyas consecuencias son daños a la propiedad.

García (2020) al igual que estos autores, argumenta que el delito de colusión se fundamenta en un deber positivo específico impuesto a los funcionarios públicos y que, si bien su finalidad es proteger los bienes públicos, el apoyo de la prohibición no los perjudica, sino un incumplimiento del deber. De ello pudo deducirse que para este autor no es la violación de un rol general lo que puede ser sancionado, sino el incumplimiento de un deber específico al Estado.

Otro grupo de doctrinarios, planteó que el bien jurídico protegido en la colusión simple sólo es la correcta actuación de los funcionarios o servidores públicos, mientras que en la modalidad agravada se exige el daño patrimonial, tal es así que el Mendoza (2017) expone que el término "objeto de protección" se refiere a la expectativa de que, por un lado, las partes involucradas rindan cuentas por sus acciones y, por el otro, que el sujeto público no abuse de su posición al estar de acuerdo con los proveedores del Estado. La colusión es un tipo penal que ha sufrido numerosas modificaciones, con su división final en una modalidad básica y una modalidad agravada.

Esta expectativa es protegida en la colusión básica como en la agravada; sin embargo, si se daña el patrimonio del Estado, se configurará la modalidad agravada. En consecuencia, el patrimonio del Estado sirve como punto de comparación que permite distinguir entre colusión básica y agravada.

Núñez (2018) señala que en la colusión agravada, al contener el elemento "patrimonio público" como uno de sus componentes normativos, resultará razonable sostener que en este supuesto el legislador procuró velar por el patrimonio de la Administración Pública.

Desde la posición de la autora se concuerda que el bien jurídico privilegiado en ambas modalidades del delito de colusión (simple y agravada) es el cumplimiento de los deberes funcionariales específicos; pero sólo en la segunda modalidad debe verificarse que la consecuencia de la inobservancia de estos roles se ha producido un menoscabo al patrimonio estatal.

- ***Sujeto Activo***

En los casos de colusión, sólo es posible que funcionarios o servidores intervengan por méritos propios en un momento determinado de las prácticas de contratación del Estado.

Al respecto, García (2020) señaló que el delito de colusión solicita que el autor posea la condición de funcionario o servidor, pero no es una condición puramente formal, sino que debe intervenir “por su cargo” en un tiempo específico. Lo anterior porque el elemento típico de este delito es el incumplimiento del deber, por lo que los funcionarios deben imponer deberes positivos para proteger el interés nacional dentro del contrato, franquicia u operación de que se trate. Agregó que no era necesario identificar una relación funcional de la cual el funcionario público forme parte, pues lo esencial era que hubiera intervenido significativamente en la ejecución del contrato, concesión o actividad y realizado una función basada en una función pública, poderes administrativos, laborales o civiles.

Además, su intervención es necesaria para tener poder de decisión sobre cualquier aspecto discutible de la actuación estatal, en el sentido de que un funcionario no sería penalmente responsable por colusión si se limitara a ejecutar las decisiones de otro funcionario. Si tiene conocimiento de una colusión, en cualquier caso, puede ser acusado de omisión de denuncia o, si debe intervenir, de mala praxis.

Castillo (2017) por su parte argumentó que si bien el hecho de tener la condición de funcionario público habilita a una persona para delinquir como autor, la sola posesión de esta cualidad es insuficiente para juzgar si se cometió un hecho delictivo desleal, ya que para ello se requiere una especialización normativa específica de contratación pública. Destaca que entre las normas que validarían dicha relación funcional particular (competencia para intervenir en un proceso de contratación), existen leyes formales, reglamentos y actos administrativos (v. gr., resolución administrativa) el manual de clasificación que delimita facultades para intervenir en la contratación con el Estado.

Por lo tanto, la competencia funcional se establece a partir de la legislación de contratación del Estado (la Constitución y el reglamento de contratación pública) como también a través de otras disposiciones administrativas que regulan las distintas formas de contratación pública o las distintas competencias de los funcionarios públicos (Ley N° 27972). Lo antes mencionado permitió inferir que las funciones específicas dependen en la regulación legal inicial que fija las competencia y funciones de un funcionario público, no es indispensable que sea por conveniencia del servicio; asimismo, respecto a la delegación de funciones debe verificarse que sea lícita y dentro de los parámetros del derecho administrativo.

Con base en lo anterior, también se pueden admitir otro tipo de fuentes, tales como órdenes judiciales emitidas por autoridades o la práctica administrativa habitual, que no se opongan a la ley, ya que un funcionario público puede ser designado por nombramiento, pero también por anuncio, por lo que se debe asegurar que el funcionario tenga capacidades y facultades.

La delegación de competencia, a resultado de una posición jerárquica, puede ser formal o material, pues podría darse por razones de urgencia, de vacaciones etc. La función indelegable o no permitida por el ordenamiento jurídico ocasiona que el delegado no tenga la posición especial exigida por el tipo penal en caso se concerté con los particulares, en consecuencia su conducta se tendrá que subsumir en otros tipos penales como estafa, apropiación ilícita, pero si la función es delegable hay la posibilidad de que el delegado pueda ser agente idóneo de colusión ilegal, esta posición es compartida por Pariona (2017) pues señala que un funcionario o empleado público no es responsable de la colusión si no está autorizado o facultado para intervenir en las contrataciones públicas, por ley, por decisión administrativa o por función autorizada.

Según Martínez (2019) “todo funcionario o encargado especial con relación directa o indirecta con la contratación pública” es sujeto activo por las funciones que integran las fases contractuales públicas.

Para el jurista Salinas (2019) el autor también puede tener la facultad de supervisión a las compras, pero Abanto (2003) agrega que si el funcionario

cometiera el delito en un proceso de licitación supervisado por otro funcionario (sin conocimiento de este), no cometerá el delito, sino el de usurpación de funciones del artículo 362 o de patrocinio ilegal del artículo 385, agregando que no es necesaria la pertenencia del funcionario a la entidad a la que quiere perjudicar

Según Rojas Vargas (2017) debe existir una especial conexión funcional entre el objeto de la acción y el objeto del delito. Los funcionarios - que por razón de su cargo interfieren en los asuntos públicos - es decir, personas que conforme a la ley están obligadas a contratar, intervenir en comités de contratación, comités que tienen a su cargo la ejecución de obras o supervisar su ejecución. y también se le encomienda debidamente la negociación (principalmente en contratos de especialización de alta tecnología), es decir organismos públicos o funcionarios autorizados le encomiendan esta función.

- ***Sujeto Pasivo***

Es sin duda el Estado, pues según García Caveró (2015) el titular de los intereses patrimoniales y la colusión entre funcionarios públicos y particulares apunta a sus actividades fraudulentas. Si bien el término "Estado" puede usarse de manera genérica, debe hacerse referencia a instituciones u organismos estatales específicos. Según el autor, la defensa penal no se limita a determinadas instituciones del Estado, por lo que puede ser tanto una institución relacionada con los poderes estatales, así como con el gobierno central, regional o local, agregando a esta idea, el autor Frisancho Aparicio (2015) quien señala que la interpretación para los partícipes debe ser amplia, pues incluye contratos y diversas actividades económicas que perjudican directamente el presupuesto del Estado y por ende pueden lesionar sus intereses inherentes.

- ***Conducta Típica***

Según Espinoza (2017), constituye delito un acuerdo o pacto ilegal entre un particular y un funcionario público con la intención de defraudar al Estado, en el marco de una contratación pública, o en cualquier otra transacción jurídica o comercial.

1.5.2.2. Elementos habituales de colusión simple y colusión agravada, considerando la nomenclatura actual del Código Penal

- **La concertación**

Concertarse, según Jimenez (2018) es llevar a cabo un proceso de comunicación donde son necesarios al menos tres componentes: la fuente, el mensaje y el destinatario o decodificador. Además, el contenido del mensaje debe ser defraudatorio e involucrar a dos partes: el funcionario y el interesado. La concertación entre el funcionario público y el interesado en los contratos estatales es, por tanto, el elemento fundamental del delito de colusión., conforme lo señala Mendoza (2017) quien además precisa que si éste representa un peligro de afectación al patrimonio estatal, es colusión básica, pero si la afectación al patrimonio estatal es real, estaremos en la modalidad agravada de la colusión.

El concierto ilícito no respeta los principios institucionales en los que se basa la contratación pública: libre consulta y competencia, equidad, apertura y transparencia. La violación de estos principios simboliza que los funcionarios públicos no pueden defender el interés público que se les ha encomendado.

Por su parte Beteta (2017) señala que:

De acuerdo con el proceso de tipificación, el delito de colusión (artículo 384 del CP) posee una estructura compleja, cuyos elementos descriptivos, normativos y subjetivos, componen las exigencias del tipo penal en él desarrollado (...) “La concertación no aparece como un elemento descriptivo, sino un elemento normativo, sobre la cual, para tenerse como existente requiere de una previa valoración a partir de elementos jurídicos, culturales o subjetivos” (p.145).

El acuerdo ilegal o concertación ilegal entre un funcionario público y una o más personas interesadas en perjudicar o defraudar al Estado constituye el delito de colusión, según esta definición. Dicho ilícito penal hace notar que la función pública ha sido distorsionada para lograr un objetivo contrario u adverso a la administración pública, un objetivo que se centra en los intereses diferentes a los estatales. Este es el motivo por el cual se denomina "delito de participación

necesaria", requisito de que dos sujetos realicen comportamientos dispares desde posiciones disímiles para lograr el mismo objetivo: defraudar al Estado.

La concertación -o el concertar ilegalmente, al que alude la ley es ante todo un hecho que narra la conducta de dos partes: funcionario y contratista que como todo suceso del pasado descrito a través de una proposición fáctica debe acreditarse utilizando todos los medios probatorios permitidos por la ley procesal. De igual forma, como todo hecho descrito en una proposición lingüística debe tener unas coordenadas temporales o espaciales. La concertación no es un elemento indeterminado, *a tempore*, sin criterios precisos en cuanto al modo, tiempo y lugar, sino que requiere unas necesarias coordenadas espaciales y temporales. Dichas coordenadas son un requisito intrínseco que se extiende a todo suceso con relevancia jurídica y, en especial, con trascendencia jurídico-penal (un homicidio, un robo, una violación debe tener un tiempo y espacio histórico en el que ocurrieron) y que se relaciona también con la vigencia y respeto del ejercicio de alguno de los derechos fundamentales y las garantías mínimas del debido proceso como es el derecho a ser informado de la imputación, el derecho a contradecir los cargos que forma parte del contenido esencial del derecho de defensa, ya que solo cuando se delimite la probable comisión de un delito en sus coordenadas de tiempo y espacio es posible que el imputado pueda defenderse y de esta manera pueda presentar su prueba de descargo.

Asimismo, la colusión debe ser un acuerdo verosímil y de plausibilidad racional. El requisito de seriedad de los actos colusorios-permite la exclusión de acuerdos extravagantes que sean práctica o legalmente imposibles de celebrar, ejecutar, por ejemplo, en la venta de la Catedral de Lima, Plaza central o la Plaza de Armas, un contrato que no se puede hacer cumplir.

En el caso de la concesión, se debe determinar el objeto. Los bienes, servicios u obras pueden existir o ser futuros bienes, servicios u obras. Independientemente, se debe definir el tipo de contrato, si se trata de un contrato de bienes o servicios; asimismo, deberá indicarse el objeto del contrato por su tipo o género. El acuerdo puede ser directo o por persona interpuesta. Cuando las partes celebran un contrato sin un tercero intermediario, se trata de una negociación directa. Aquí, el

funcionario acuerda con terceros los términos del contrato, el mismo sentido en que debe ejecutarse el contrato, o determinadas condiciones.

Con la cooperación de un intermediario, se celebra un acuerdo ilegal entre un funcionario y un contratista a través de otra persona que facilita, designa o celebra un contrato. Los terceros pueden ser personas físicas, empleados del contratista, o pueden ser funcionarios públicos, etc.

Al respecto, García (2015) afirma que un acto típico de convenio ilícito requiere el consentimiento de un funcionario estatal competente para preparar, celebrar o ejecutar personalmente un contrato, concesión u otra acción estatal con el objeto de defraudar intereses patrimoniales estatales. No hay duda de que un tratado implica un acuerdo, pero en esencia excluye cualquier negociación entre las partes de la acción (estados e individuos) para crear deliberadamente condiciones en beneficio de ambas partes. Los particulares lesionan los intereses patrimoniales del Estado, constituyendo una infracción administrativa y está penada por la ley.

Las consecuencias de la concertación ilícita son explicadas por Martínez (2019) quien señala que: En general, con los acuerdos ilegales se dirige el proceso administrativo, y se excluye de las negociaciones formales a otros postores que deseen obtener la buena pro, para la realización de obras, servicios, adquisición o venta de bienes.

Además, Martínez (2019) niega el carácter patrimonialista del delito de colusión cuando indica que: Algunos autores sostienen que el acuerdo colusorio debe contener un interés económico. Asimismo, el acuerdo colusorio o pacto colusorio no necesita una descripción precisa de las acciones a realizar, lo que afectará el procedimiento administrativo; no requiere la determinación de los bienes, la cuantía económica, las actuaciones administrativas a realizar, que facultarán al tercero interesado. una parte o la empresa que representa, con el fin de obtener ingresos o pagos por bienes o servicios y expectativas de acciones en escenarios contractuales que no tienen que ver con la conservación del patrimonio cultural, los bienes o beneficios económicos que se obtendrán de las partes involucradas, pero diferente al comportamiento.

Para Cáceres y Carrión (2011), la concertación es la base que permite atribuir la responsabilidad penal por delito de colusión en el tipo simple, pero para el tipo agravado se requiere además la defraudación al patrimonio del Estado, resaltando que sin la concertación, el comportamiento será atípico, aunque podría ser orientado a otra figura delictiva.

Una consecuencia de la atribución objetiva es que la colusión tiene por objeto crear un riesgo prohibido, por lo que la conducta debe ser pertinente, es decir, adecuada y eficaz, para defraudar bienes públicos. No basta la mera causalidad entre las acciones (mediación) y los resultados (daño a los bienes públicos). Por ello, es necesario exigir la coordinación ante cualquier tipo de fraude donde exista más de una causalidad atribuible a las partes involucradas para generar riesgos prohibidos en casos típicos. Según Salinas (2019) se pueden usar diversas formas de colusión, tales como simulación de precios, sobreprecio o bajo precio, aceptación de calidad inferior a la requerida u obtención de una ventaja directa o beneficio personal de la operación u otros fines.

Es necesario resaltar lo señalado por el autor Arismendiz (2018) quien negó la comisión del delito de colusión entre cómplices o entre autores, señalando que: Como se observa en el escenario abierto, el emparejamiento no se entiende como una actividad unilateral, por el contrario, resulta ser una actividad bilateral, donde se sumergen dos personas de diferente estatus, que es cualquiera con capacidad culposa, ambos están relacionados con la contratación pública.

- **Ámbitos en los que se produce la concertación**

Como explica Revilla (2017) el delito de colusión para recibir una comisión requiere una relación contractual efectiva entre sujeto y contratista. Este presupuesto típico exigido por el delito mencionado se expresa en el artículo 384 del CP mediante la frase "en cualquier etapa del contrato público".

Una vez consentida la resolución del contrato por el particular, esto es, cuando expresa su decisión de no seguir vinculándose a una relación contractual, ya no estamos frente una "contratación pública". Conforme a ello, es evidente que no es posible cometer un delito de colusión en el

procedimiento de arbitraje incoado para solucionar una disconformidad en torno al monto de la liquidación de un contrato de obra, cuando este ha sido resuelto por la entidad por incumplimiento de la contraparte, conforme a ley.

En efecto, en este caso, los supuestos actos colusorios se realizan una vez que el contrato se ha extinguido, pues supone:

- i) Que la entidad estatal haya resuelto unilateralmente el contrato de obra por incumplimiento del contratista, según el procedimiento legal.
- ii) Que el contratista haya consentido la resolución del contrato.
- iii) Que se proceda a realizar la liquidación contractual respectiva.
- iv) Que exista discrepancia respecto a la liquidación, la cual se somete a la vía arbitral.
- v) Que, en el marco del procedimiento arbitral, las partes del contrato (entidad y particular), concierten para favorecer indebidamente al contratista, con la consecuente defraudación patrimonial del Estado.

La razón de esta imposibilidad, como se anotó, radica esencialmente en la incompatibilidad de dos nociones:

- i) Con la resolución del contrato por la entidad y el consentimiento en la resolución por el contratista, se produce la extinción del vínculo entre los sujetos de la relación contractual de pleno derecho. Por ende, la liquidación que se practique con posterioridad ya no formará parte de una relación contractual existente o en vigor, sino que constituye acto administrativo independiente y ajeno a él.
- ii) El delito de colusión exige ser realizado en cualquier etapa de un contrato público existente, es decir, el vínculo entre los sujetos de la relación contractual debe encontrarse en vigor.

Consecuentemente, una vez resuelto el contrato, no podrá cometerse el delito de colusión en el proceso arbitral promovido para establecer el monto de liquidación. En este ámbito los actos colusorios no se realizarán,

predeterminado en el art. 384 del CP, en una contratación estatal contrato público existente, sino en un procedimiento.

Asimismo, Revilla (2017) aclara que no significa que sea inadmisibles perpetrar el delito de colusión en la fase de liquidación contractual. En efecto, existe al menos, un supuesto en el que es perfectamente posible cometer un delito de colusión: cuando las partes se confabulan para que se elabore una liquidación ilegal atentatoria contra los intereses del Estado y la aceptan. Otro supuesto podría darse cuando las partes disienten de la liquidación efectuada y llevan dicha discrepancia a un proceso de conciliación o arbitraje, donde se confabulan para admitir un monto que perjudique patrimonialmente al Estado. Este último supuesto supone lo siguiente:

- i) Que el contratista culmine y entregue la obra y la entidad la reciba.
- ii) Que se proceda a realizar la liquidación contractual respectiva
- iii) Que exista discrepancia respecto a la liquidación, la cual se somete a la vía de la conciliación o arbitraje
- iv) Que, en el marco del procedimiento conciliatorio o arbitral, las partes concierten para favorecer indebidamente al contratista y defraudar patrimonialmente al Estado.

Como se advierte, en los casos citados podría afirmarse que la fase de liquidación acorde a lo normativo y opiniones del OSCE, forma parte de la etapa de ejecución del contrato de obra, en tanto este se halla vigente, es decir, existe hasta ese momento un vínculo contractual efectivo entre la contratista y la entidad estatal. Si las partes optan por utilizar un proceso de conciliación o un tribunal de arbitraje para resolver los desacuerdos existentes sobre el acuerdo final, esta fase de determinación aún se consideraría parte de la etapa de ejecución del contrato de trabajo porque aún no ha sido resuelta debido a incumplimiento o por cualquier otro motivo. Por lo tanto, en este caso, se podría cometer el delito de colusión porque la fase de liquidación, que se tramitará mediante un procedimiento de conciliación o arbitraje, se constituirá como una “etapa de contratación pública” de conformidad con el artículo 384

del CP. Es decir, los perjuicios económicos que el Estado sufre como consecuencia de acuerdos entre las partes o con los árbitros en el marco de un proceso conciliatorio o arbitral promovido para establecer la liquidación contractual, podrían ser reconducidos a la colusión, en cuanto dichos procedimientos formarían parte de la fase de liquidación, la cual constituye una etapa del proceso de contratación.

- **Intervención por razón del cargo**

Martínez (2019) destaca que el funcionario que participa en el acto de contratación pública lo hace intercediendo debido a su cargo. Por su competencia normativa, el funcionario debe, por tanto, ejercer una actividad que integre los niveles de decisión del acto contractual, por incidental o menor que éste sea. En este sentido, lo que importa en este punto es la relación funcional específica del sujeto activo con el contrato público en todas sus etapas.

Por lo tanto, lo que importa es el impacto de su competencia que se manifiesta en la etapa administrativa correspondiente, en la elección de la persona con quien el Estado entablará una relación contractual. Debido a ello, sólo aquellos funcionarios que por razón de su competencia tengan facultades para hacerlo, podrán afectar el bien jurídico tutelado que sea objeto de persecución penal. Así, la fase contractual en la que interviene el funcionario debe ser considerada al momento de evaluar su competencia. Para dar otro ejemplo, si se está en las etapas iniciales del proceso, evaluando las necesidades y especificaciones, es obvio que serán competentes los funcionarios que aprueban los términos de referencia u otras tareas similares, pero no la persona que se desempeña como miembro del comité especial porque sus actividades no son importantes en este momento.

El funcionario debe, sin embargo, abusar de su cargo para defraudar al Estado a fin de ingresar al ámbito penal por la intervención de su cargo. El núcleo de todo delito es la concertación, que se comete abusando de las facultades de un funcionario mientras opera dentro de los parámetros de su autonomía de administrar. En conclusión, a pesar de haber sido mal utilizada,

segúa estando dentro de su competencia. La celebración de un contrato por una suma superior al precio de mercado, si alguno de los siguientes puede ser considerado un acto de abuso o disposición fraudulenta.

Arismendiz (2018) el tipo penal tanto en sus modalidades simple y agravada, resulta ser un tipo penal de acción, lo cual se verifica cuando en su redacción incluye el término concertar.

El significado social y normativo del verbo concertar disponer denota un comportamiento activo mediante el cual un funcionario público y un particular deciden defraudar al Estado en un contrato estatal. Cada vez que se selecciona, suscribe o ejecuta un contrato estatal, el acuerdo en cuestión sirve como expresión de intención sobre sus componentes clave. Sin embargo, una cosa es que no haya concertación mediante omisión y otra muy distinta que la concertación (necesariamente activa) no pueda suponer que en ejecución de dicho acuerdo haya puntuales actos omisivos, en las que, por ejemplo, el funcionario público se compromete a obviar algunos requisitos necesarios para probar y/o suscribir el concreto contrato estatal, a omitir el procedimiento administrativo o de una de sus etapas o no verificar que se haga una adecuada liquidación de obra.

En ese sentido, Castillo (2017) señala que el verbo típico concertar se refiere de manera puntual y básica a una conducta activa lo que no implica que dentro del plan de la concertación a un funcionario el corresponda desarrollar comportamientos omisivos o "simplemente hacerse de la vista gorda" frente a determinadas irregularidades. Sin embargo, lo relevante aquí es probar la concertación, que se diseñó un plan, que se distribuyeron roles y que a un funcionario le correspondió dentro de dicho plan común desplegar conductas omisivas.

1.5.2.3. Colusión simple

Gonzales (2017), señala que:

La materialización de los actos en la colusión simple no refleja actos preparatorios de tal delito. Si no ya el inicio de ejecución de la

concertación destinada a lesionar el patrimonio del Estado, En seguida, surge el cuestionamiento: ¿cómo se distingue de una tentativa de colusión “agravada”? La diferencia radica en que luego de la materialización del acto administrativo, se desarrollan sucesos inequívocos en una relación de dependencia, para lesionar el patrimonio al Estado (p. 41).

1.5.2.4. Colusión agravada

Castillo (2017) sostiene que la mejor interpretación del concepto de fraude es entenderlo como sinónimo de daño a la propiedad; la concertación fraudulenta solo alcanza relevancia penal como forma agravada si se causa daño patrimonial o pérdida patrimonial al Estado. El fraude, como violación de los deberes funcionales, no solo tiene un significado espiritual o puramente normativo, sino que también significa que la coordinación debe causar daño, destrucción de los bienes del Estado. Se entiende por fraude la pérdida de bienes; de tal manera que hay un componente importante que difiere del mero acuerdo. Es un delito de consecuencias nocivas donde la mera degradación no es suficiente.

El fraude como una entidad basada en comisiones diseñada para influir en el gasto público a través de procesos de licitación inadecuados. Más precisamente, se afirmó que "el fraude se dirige al gasto público, afecta la economía nacional, ya que debe involucrar gastos presupuestarios, por lo que el concierto es obvio y necesario, considerando que la colusión puede dañar el estado bienes no se apropien indebida y lesivamente de los recursos públicos".

El daño debe entenderse exclusivamente en clave patrimonial, como daño o pérdida económica experimentada por el Estado. El daño es un rasgo distintivo del tipo de daño agravado que asume la referencia legal de “defraudarme patrimonialmente”.

El delito de colusión requiere siempre que se rechace la idea de pérdida patrimonial para el Estado porque no se acepta la oferta más económica para la compra de los bienes en el sentido de que es más barata o conveniente, porque en la compra y en otros, los principios (calidad, eficiencia) también se

aplican a la administración pública y, si es necesario, estos principios pueden cobrar mayor importancia, por ejemplo, ponderando la calidad de las materias primas, la duración, el mantenimiento proporcionado, las condiciones de entrega, según corresponda a la finalidad propuesta por el concurso o concurso abierto, etc.

Una de las formas más comunes por las que se presenta el perjuicio patrimonial a la entidad y al Estado es a través de la sobrevaloración en la compra de bienes en la que el precio real pagado es mucho mayor al valor (precio) del bien que corresponde al mercado. En la determinación de si existe o no sobrevaloración del bien debe haber técnicamente una pericia valorativa elaborada por especialistas que establezca en base a patrones objetivos las razones por las que se concluye (o no) que un bien se ha comprado a un precio mayor al del mercado.

El acto de concertación no tiene por qué resultar inmediata y continuamente en un daño económico. Dicho componente podría aparecer después del acuerdo ilegal. Sólo el daño que resulta directamente del acuerdo entre el funcionario o el particular es castigado por la ley cuando hay colusión. La relación de simultaneidad entre la concertación y el daño patrimonial no está prevista en el derecho penal. Cualquier etapa del proceso de contratación estatal, que por definición tiene un componente estrictamente económico, es susceptible de sufrir daños. El daño que no sea monetario o patrimonial no está sujeto a la colusión agravada.

El perjuicio patrimonial puede consistir en la no inclusión de algunos rubros o conceptos a nivel del contrato estatal, por ejemplo, como cuando no se consigna el pago de un impuesto. El perjuicio debe ser posterior y debe haber una conexión causal con el acto de concertación. Si el perjuicio patrimonial al Estado es anterior al acuerdo de voluntades o tienen un origen y causa distinta al acto de concertación conduce a que no se pueda considerar la aplicación de la figura de la colusión agravada.

Las pérdidas pueden ocurrir no solo en forma de pagos o transferencias de activos, sino también en relación con ciertos servicios prestados por el

gobierno por los cuales no se pagó el monto o el monto pagado no correspondió por valor de mercado.

La otra posición es que, por varias razones, no se requiere experiencia contable, financiera o de valuación para probar el elemento objetivo típico (fraude de propiedad) para probar el aumento de la colusión. Mientras que la ley penal sustantiva no establece medios de prueba determinados y particulares que deban probarse en caso de fraude patrimonial agravado, la norma procesal sí establece el principio de libertad de prueba. Si se necesitaran métodos especiales de prueba para establecer el elemento de tipicidad penal (ya sea objetiva o subjetiva) en ausencia de una base cognitiva y legal, se violaría el principio de libertad procesal. En segundo lugar, solo porque un tipo de prueba sea más útil o confiable que otro para probar un hecho específico, no se sigue que este tipo de prueba sea el único o el mejor tipo de prueba que puede usarse para fundamentar ese hecho. Para probar un hecho subjetivo o elemento (engaño) característico de un hecho delictivo, la prueba circunstancial es la prueba más adecuada y confiable. También sirve para demostrar que la misma afirmación no puede sustentarse en otro tipo de pruebas, confesiones, declaraciones de testigos, etc. Lo mismo es válido para probar los componentes típicos del "fraude patrimonial", pero el testimonio pericial por sí solo no puede establecer el fraude o el daño a la administración pública. En tercer lugar, creemos que es importante hacer una distinción entre la prueba del daño y la cuantificación del daño antes mencionada. No es necesario cuantificar con precisión el daño o la fijación porque el castigo legal es el fraude religioso o el daño económico a la nación en lugar de cuantificar el fraude en sí, que puede causar daño. El factor de cantidad no es necesario bajo la ley peruana para que la colusión sea considerada un delito agravante.

Para Martínez (2019) el daño patrimonial no está en el centro de la comprensión del delito, pero por su mayor daño y sus múltiples violaciones (acuerdo y tenencia ilícita), atraerá cierto grado de crítica al actor, que no sólo afecta las expectativas. En desacuerdo con la regulación de los contratos del Estado, también afecta a los bienes del Estado, lo que se traduce en un mayor perjuicio social y por tanto en una mayor sanción.

Además, se debe tener en cuenta que el fraude patrimonial debe entenderse no solo como una reducción de los bienes del Estado, sino también como una oportunidad para aumentar los bienes del Estado, pues en los casos en que el Estado vende bienes o presta servicios (por ejemplo, subastas), se determina el beneficio, según el parámetro de mercado buscado. Es decir, cuando los funcionarios y los interesados acuerdan la venta de bienes públicos, el Estado ha dejado de obtener los bienes correspondientes y es posible obtenerlos, lo que también es una actividad ilegal.

Para Arismendiz (2018) el delito de colusión agravada es de resultado. Respecto al término "defraudare", sostiene:

(...) Es evidente que dicha terminología aparece relacionada con el delito de colusión agravada, al aparecer intensificado el nivel de reproche penal; en ese sentido, la razón del recrudecimiento de la sanción resulta del particular perjuicio económico que sufren los intereses del Estado. Además, daña el patrimonio, que puede medirse en términos monetarios, además de sus obligaciones de probidad y lealtad para con la administración pública (p.419)

Resulta interesante conocer lo que sostienen los autores Cáceres y Carrión respecto a la Colusión agravada:

No obstante lo expuesto, respecto al tipo agravado, no toda defraudación causa al patrimonio del Estado será susceptible de imputación a título de colusión, esto porque, los procesos complejos de contratación pública, en la que interviene un funcionario público competente para negociar a favor de los intereses del Estado con un tercero interesado, puede ocurrir sucesos fortuitos, como por ejemplo, el aumento de precios por algún desastre natural después de producida la contratación, aumento que ocasiona de manera inminente un perjuicio al Estado, y a pesar de ello no podrá imputarse responsabilidad penal a su autor -funcionario público competente. (p. 33)

Tipicidad subjetiva

Para García (2015) la colusión es un requisito previo para comprender plenamente la situación fraudulenta, la intención del delito de colusión solo puede expresarse mediante la intención directa, lo que hace imposible el acto intencional final. Asimismo, el tipo penal como elemento subjetivo especial requiere que el funcionario actúe con el fin de engañar al Estado. Podría pensarse que este fin no es más que un elemento subjetivo especial con tendencia trascendente, pero esto no es correcto, porque el delito de pacto desleal no se configura como un delito dividido en dos actos, donde objetivamente el primero es típico, y sólo en la tendencia subjetiva a hacer un segundo acto. La colusión no es más que un acto preliminar del estado en preparación para el fraude, por lo que la intención de defraudar debe incluir la intención de defraudar al estado. Si bien la típica “intención de defraudar al Estado” puede entenderse como un elemento particularmente subjetivo, en esencia no es más que una descripción concreta del contenido al que se aplica la intención general del delito de colusión.

Peña Cabrera Freyre (2016) por su parte señala: El agente dirige su conducta a formar acuerdos colusorios con los contratistas (partes interesadas), sabiendo que puede dañar el patrimonio del Estado, y sólo es reprimible en su aspecto malicioso, conciencia y voluntad de realizar acciones típicas.

El delito de colusión ya sea en su forma simple o agravada, resulta ser un delito de comisión intencional, lo que requiere dolo.

En la misma vertiente, Salinas Siccha (2019) expresó que, a partir de la interpretación de la naturaleza del delito, simple o agravado, se trata de un delito doloso. El agente consciente de elementos objetivos necesarios para el tipo delictivo, espontáneamente actúa y accede al objeto de defraudar la confianza pública que se le ha encomendado. No es importante comprobar que el agente actuó con la intención específica de obtener ganancias financieras. Dependiendo de la estructura de colusión cooperación simple y colusión agravada, se debe distinguir el lado subjetivo.

Adicionalmente Mandujano (2018) señala que el agente tiene una cognoscibilidad de los elementos que caracterizan el tipo, es decir, actúa con

pleno conocimiento del tipo, lo que, como ya se explicó en el esquema general de la teoría del delito, caracteriza la intencionalidad como elemento central del tipo subjetivo. Los verbos rectores del tipo objetivo del delito de colusión, que en su forma simple requiere concertación y en su forma agravada defraudación, surgen de un objetivo específico que es poner en peligro el patrimonio del Estado, o defraudar el patrimonio como consecuencia de los consumados.

Martínez (2019) sostiene que, para el delito de colusión, en cuanto a la configuración de la parte subjetiva, ambas formulaciones deben ser conscientes de que los acuerdos ilegales causarán daño al Estado. Aquí, la emergencia del conocimiento depende de las obligaciones impuestas a los participantes activos en la esfera social de su actividad; el fraude se configura así a pesar de que los déficits cognitivos resultan de déficits intencionales (debido a intenciones indiferentes). La actuación imprudente por parte de los funcionarios en el ámbito de las contrataciones públicas se encuentra regulada, y sancionada, en el ámbito administrativo.

Según Castillo (2017), la colusión es un delito eminentemente doloso. El autor (o partícipe) debe conocer el alcance de su intervención en la realización específica de los contratos públicos, por ejemplo, debe probarse si el autor conocía sobre la sobrevaloración y mala calidad del producto. No basta que el autor participe objetivamente del acuerdo colusorio. Se debe probar su participación en tácticas encubiertas, por ejemplo, que actuaron como cómplices, que sabían que los bienes eran demasiado caros, que eran de mala calidad, que estaban dañados o que nunca ingresaron.

Para Frisancho (2015), ambas modalidades de colusión se presentan como delitos dolosos. No es admisible su comisión culposa debido a la imposibilidad de maniobras de defraudación sin que medie el dolo de los agentes coludidos. El funcionario o servidor público que participa en las etapas previas o en la ejecución del Contrato estatal debe tener pleno conocimiento y voluntad de llevar a cabo la concertación o acuerdo colusorio. Para que se configure el aspecto subjetivo del tipo, es suficiente que se verifique que la concertación delictiva tenía como designio defraudar el patrimonio del Estado, ocasionándole perjuicio económico.

Autoría y participación

Espinoza, (2017) señala que es un delito de infracción de deber por lo que el autor del mismo solo podrá ser el funcionario público, titular de ciertos deberes especiales. Estos deberes en el delito de colusión confluyen en las facultades, potestades, obligaciones o responsabilidad de los funcionarios públicos encargados de las contrataciones públicas los que están obligados a intervenir dentro de las márgenes de sus propios roles, con el debido cuidado y tutela de los recursos públicos destinados a la adquisición de bienes, servicios o ejecución de obras; deberes que se desprenden de las normas administrativas que delimitan las negociaciones estatales; dicho de otra forma, para un funcionario público pueda ser autor debe haber intervenido en los procesos de negociación estatal en razón a su cargo en cumplimiento de sus deberes especiales de garantizar y proteger los intereses estatales. El funcionario público que goce de función o rol distinto al de negociar en los procesos de selección y contratación pública podrá también ingresar al círculo de intervinientes en el delito de colusión siempre en calidad de partícipe.

Arismendiz (2018) señala que los delitos secretos simples y agravados, en cuanto al objeto de la acción, son en sí mismos delitos especiales desde el punto de vista de los delitos de campo, porque la técnica legislativa limita el radio del autor y lo deja a un sujeto calificado, un funcionario. u oficial, otro. Por un lado, en cuanto a la conducta, teniendo en cuenta la existencia del organismo "Administración del Estado", que parece tener vínculos con agentes criminales calificados, existe una típica relación de deberes especiales, por lo que el escenario de rescate de la conducta deshonesta calificada por lo que se advierte que el delito analizado fue reconocido como el delito de incumplimiento del deber.

Para Salinas (2019) las dos modalidades son infracciones sumamente singulares y, por la forma en que suelen producirse, constituyen infracciones de deberes. En éstos, el autor o agente, además de reunir el requisito especial previsto en el tipo penal del 384, a saber, ser funcionario o servidor público, también debe estar en condiciones de participar en cualquier etapa de los procedimientos de licitación o contratación pública.

Según Martínez (2019) este tipo de construcción del tipo penal se basa en la proximidad de los funcionarios al objeto del delito, que en el contexto de este estudio sería la proximidad del Estado al participar en órdenes estatales. Por tanto, en principio, sólo el funcionario será el iniciador del delito investigado por razón de su cargo (*intraneus*). Sin embargo, por la especial connotación del delito de colusión como delito convergente, el proyecto de ley debe ser de autoría de parte, lo que debe tener connotaciones específicas, como la inmersión en procedimientos administrativos contra contratos estatales. Por otra parte, los terceros que carezcan de elementos de tipo especial (*extraneu*) son en el mejor de los casos partícipes (instigadores o cómplices), aun cuando el tercero sea funcionario o controle los hechos del concierto para delinquir.

Los autores Cáceres Julca y Carrión Díaz (2011) aseveran: “La intervención sin poder de decisión sobre una determinada contratación pública puede acarrear responsabilidad, siempre que se haga con mala intención”. Esta calidad está en entredicho porque, a pesar de tener el título de funcionario público, carece de facultades para realizar actos específicos o tomar decisiones en materia de contratos públicos. Esto significa que la obligación que recae sobre el funcionario público no puede imponérsele de manera abstracta, es decir, en virtud de que posee tal cualidad, sino que debe centrarse en su poder de decisión en la situación dada. Por tanto, la existencia de otro funcionario, competente en esta instancia, que celebre acuerdos ilícitos con los interesados y actúe, así como autor del delito de colusión, será un factor para determinar si un funcionario sin autoridad decisoria es penalmente responsable por el delito de colusión.

Según Martínez (2019) “No es necesario, como se ha subrayado reiteradamente, que se hayan dañado los bienes del Estado real, que se haya realizado el acto contractual (firma del contrato), ni siquiera que los sujetos activos se hayan beneficiado. Debido a la configuración típica en el delito actual, que es la de un delito de mera actividad y no de resultado, el delito se completó con el acuerdo único”.

Por su parte, Castillo (2017) sostiene que debe destacarse que cuando el funcionario público que participa de las tratativas, en la celebración del contrato o en su ejecución del mismo pero solo guarda silencio y permite la defraudación

al gobierno, de otros funcionarios estamos frente a un caso de complicidad omisiva (primaria), más que una responsabilidad por coautoría omisiva, siempre, por supuesto, que haya una colusión cometida por otro funcionario y que es conocida plenamente por él.

Castillo (2017) plantea que cuando los funcionarios públicos que participaron en el tratamiento se encontraban en la celebración del contrato o implementaban el mismo tratamiento, sólo se mantuvieron en silencio, de modo que el fraude para lograr los intereses de otros funcionarios. La situación no es sólo el resultado de la colusión; sin duda, otro funcionario que lo conocía bien llegó a un exitoso acuerdo ilegal.

Añade que para la tipicidad de la complicidad omisiva en el delito de colusión no es necesario verificar la competencia del funcionario para intervenir en cualquier fase proceso de contratación estatal (preparación, suscripción y ejecución) y que no realiza un comportamiento al que se encontraba obligado, formal o materialmente, sino que, además debe acreditarse que el acto que omitió realizar se hizo con plena conciencia de que con brindaba una ayuda a la consumación de la concertación entre funcionarios con los terceros interesados.

Tentativa y consumación

Respecto a la tentativa en el delito de Colusión, el autor Arismendiz (2018) cita: Debido a que el delito de simple colusión es un delito de mera actividad, cuya configuración es ajena a la escala espacio-temporal, no es posible admitir la tentativa. Sin embargo, esta situación no necesariamente indica un problema. En ese sentido, a través de la lógica inferencial, se podría concluir que la tentativa, tanto en la forma simple como en la agravada, no existe por la misma estructura. La cuestión se plantea en la forma agravada, por ser de resultado, es decir, si estamos en una figura simple, el intento es imposible porque no existe una escala espacio-temporal. En consecuencia, en la forma agravada también sería imposible porque, una vez manifiesto el daño, automáticamente entraríamos en consumación típica, lo que no ocurre en la tentativa de delito.

Según el autor Rojas (2016) “estamos ante un delito de resultado por la misma razón; para que el delito se dé por consumado, debe haber una defraudación efectiva y comprobada de los intereses del Estado”.

1.5.3. Jurisprudencia respecto a los alcances típicos del delito de colusión

1.5.3.1. Tipicidad Objetiva

Bien jurídico-penal.

El R.N. N° 1842-2016-Lima, precisa que:

Los funcionarios y trabajadores públicos tienen el deber de servir y proteger los intereses generales del pueblo; Por otro lado, menciona el deber de combatir cualquier acto de corrupción, que se deriva de los principios constitucionales que rigen las contrataciones públicas, la objetividad y la igualdad de trato de los oferentes. Se aclara que las relaciones jurídicas protegidas son: a) Relaciones de lealtad hacia el Estado b) Confianza pública en la integridad del aparato estatal. c) El buen funcionamiento interno de la administración estatal. Asimismo, este deber se relaciona con el correcto desempeño de las funciones administrativas en el marco de las normas constitucionales del estado de derecho o dentro de la doctrina de deberes específicos tales como: lealtad, prevención de la administración estatal, protección y promoción del buen funcionamiento. (considerandos 28 y 29).

A través de la Casación No 1546-2019-Piura, la Corte Suprema define el bien jurídico tutelado en el delito de Casación de la siguiente forma: Los bienes jurídicos protegidos -los objetos protegidos del sistema penal- son (i) en el marco de los contratos de los propios funcionarios de las instituciones públicas y, por otra parte, de los honorarios a pagar -para garantizar los principios económicos y la eficiencia de los procesos de gasto público y en su defecto (ii) Evitar la objetividad, la honestidad, la transparencia, el riesgo de vulnerar los principios de igualdad y libre competencia. En definitiva, la legitimidad de los funcionarios en las contrataciones públicas para la asignación efectiva de los recursos públicos”.

Sujeto activo

En el R.N. N° 1842-2016-Lima, se indica lo siguiente: Como delito especial, el tipo de delito de colusión limita la calidad de sujeto activo a quienes tienen la condición de funcionario o funcionaria. Sin embargo, el autor no puede ser cualquier funcionario, sino sólo la persona que, como consecuencia de esta función, interviene en un contrato, licitación, entrega o actos análogos.

En el R.N. N° 1565-2012-Ica, se indica respecto al sujeto activo: En cuanto a la naturaleza del delito de concertación para delinquir, debe quedar claro que entre los rasgos básicos que determinan su carácter jurídico y función procesal, encontramos que es delito especial propio. El círculo del autor es limitado. Solo pueden ser activos funcionarios públicos que actúan sobre sus deberes o comités especiales.

El delito de colusión para delinquir es un delito de participación necesaria -reunión específica- que requiere la intervención de un particular o de un extraño, es decir, solicitar la intervención de un funcionario estatal - el titular de la información interna - un acuerdo ilegal con una parte en un contrato o acción - una persona interesada que causará o un daño a la administración estatal. La forma delictiva de colusión requiere como requisito previo para su configuración la concertación, que consiste en un acuerdo tácito con los interesados sobre intereses e intereses particulares que no autorizados por la ley, deben prestarse de manera fraudulenta y causar perjuicio.

Conducta típica

En el R.N. N°109-2017-Lima, se precisa que: Se produce un delito de colusión ilícita cuando concurren los siguientes tipos de elementos normativos: i) Un acuerdo secreto entre dos o más personas con finalidad ilícita, ii) busca perjudicar a un tercero, en este caso al Estado, iii) dichos

delitos en realidad se refieren a funcionarios públicos que utilizan su cargo para interferir en el proceso de contratación pública, celebrar contratos con partes interesadas, defraudar al Estado; en este sentido, debe considerarse una colusión entre las partes, el Estado y los particulares, que se refiere a la determinación deliberada de los términos del contrato en beneficio de los particulares y en perjuicio de los intereses del Estado.

1.5.3.2. Elementos comunes del delito de colusión simple y colusión agravada

La concertación

En el R.N. N.º 124-2018-Pasco, se indica lo siguiente:

Los elementos del tipo son:

a) La concertación entendida como el acuerdo subrepticio producido entre los funcionarios con los terceros interesados en los contratos, suministros, licitaciones o similares, y b) la defraudación. Los objetos de la concertación ya sea como finalidad a alcanzar (colusión simple) o como resultado necesario (colusión agravada). Esta defraudación puede concretizarse a través de diferentes medios e instrumentos. (considerando 10).

En el R.N. N.º 2577-2017-Ancash se indica lo siguiente:

Por otro lado, respecto al delito de colusión desleal, cabe mencionar que la concertación se erige como uno de los elementos objetivos centrales para su configuración, relacionada al acuerdo ilegal entre interesado y el agente público que represente los intereses contractuales gubernamentales, siempre en un contexto de clandestinidad y con una finalidad de defraudación, esto es, mediante la inclusión de pactos contractuales menos ventajosos para los intereses estatales (considerando 10).

El objeto de la concertación

En el R.N. N° 657-2017-Pasco, del 10 de mayo de 2018 se señala lo siguiente:

Frente a los motivos de impugnación de la defensa de Guardián Chávez, debe señalarse, que el tipo penal materia de condena es Colusión desleal, cuyo núcleo rector es la concertación fraudulenta; solo son relevantes aquellas concertaciones subrepticias con los particulares para perjudicar económicamente al Estado (considerando 13).

En el RN N 501-2018-Puno, del 12 de junio de 2018, y el R.N. N° 489-2016- De la Santa, del 15 de marzo de 2018, afirman lo siguiente: la colusión consiste en defraudar a un funcionario público o al estado, su pretensión principal, cuyo objeto debe estar fuera de la ley, en cualquier tipo de contrato en el que interfiere, celebra ilícitamente un acuerdo con un tercero interesado por virtud de su función. Este tipo de delitos requieren que los funcionarios públicos realicen sus actividades funcionales, pero tienden a defraudar y poner en peligro al Estado, causando pérdidas reales o potenciales de bienes.

En el R.N. N° 2299-2017-Ancash, del 05 de diciembre de 2018 se señala lo siguiente: es un delito de actividad, porque sólo la creación de un esfuerzo concertado es el momento en que el hecho de que la administración pública no debe verse comprometida debe entenderse como una violación al interés público, por lo que el dolo no puede entenderse como posibilidad de producción (o de daño), y por tanto no es -el daño- un elemento objetivo de la forma simple del tipo de colusión.

En el R.N. N° 1842-2016-Lima, de 06 de julio de 2017, y la R.N. N° 588-2011-Arequipa, del 31 de agosto de 2011, se señala lo siguiente: (...) En el caso de un acuerdo ilegal, es necesario asegurarse de la existencia de una cooperación ilegal, es decir, que el agente criminal es un funcionario del Estado o un empleado del Estado en el marco de un contrato u otra actividad similar, en la que interviene por razones funcionales, engaña al Estado. El engaño es la vulneración del principio de confianza, en virtud de lo cual se

desvirtúan los intereses públicos, cuando los funcionarios asumen responsabilidades irreconciliables y en conflicto con las expectativas del país y los intereses estatales (...). (Considerando 7).

En el R.N. N° 1109-2014-Lima, de 09 de junio de 2015, se señala lo siguiente: El delito de colusión para delinquir según el artículo 384 del Código Penal se refiere a la concertación por un funcionario público con una persona celebrado durante el proceso de selección con el fin de defraudar los intereses del Estado. El fraude del Estado es contrario a la función especial asumida y al principio de confianza, o si las actuaciones del funcionario no corresponden a las asumidas.

La concertación se puede dar en cualquier etapa del proceso de contratación estatal

La Casación N.° 1379-2017 afirmó:

Debido a que la colusión es un delito, es importante aclarar que puede cometerse antes de la celebración de un contrato público, así como durante su ejecución o liquidación.

En el R.N. N° 1527-2016-Del Santa, de 05 de diciembre de 2016, señala que el acuerdo puede producirse durante todo el procedimiento de adquisición, que comprende el acto de decidir la compra de determinados bienes, el acto de adquisición y ejecución del contrato, el acto de consolidación del mismo, el acto de entrega y control de lo adquirido, y, finalmente, el acto de validación o confirmación de lo adquirido y posterior pago final del producto. El ámbito de actuación es amplio e incluyente (R.N. N° 341-2015-Lima, de 04 de noviembre de 2015).

Ámbitos en los que se produce la concertación

En el R.N. N 237-2010-Lima, de 05 de abril de 2011; y el R.N. N° 1126-2017-Ancash, del 05 de septiembre de 2017, señalan que el delito de colusión es un delito penal complejo. Se puede apreciar que el verbo

conductor es concertar con el interesado, es decir, el agente abusa de su facultad de concertar con el interesado para defraudar al Estado. La colusión incluye una amplia gama de acuerdos, compromisos o arreglos ilegales que claramente no favorecen los intereses del país. Esto se puede organizar en una variedad de formas ficticias, como presentar precios simulados (sobrestimados o subestimados), admitir una calidad inferior a la requerida o una ganancia privada directa del negocio u otros fines. Por lo tanto, se sanciona los acuerdos que tienen por objeto causar un daño o los que perjudican al Estado o tienen consecuencias económicas nocivas.

El R.N. N° 620-2017-Lima, del 15 de agosto de 2018; el R.N. N° 2673-2014-Lima, del once de mayo de 2016, sostienen que el delito de colusión contiene varios elementos que lo convierten en un delito complejo. Como se puede apreciar, el verbo indicativo es concertar con los interesados, es decir, el agente, abusando de su cargo, consiente, pacta, o se pone de acuerdo con los interesados para defraudar al Estado. La concertación implica un gran número de acuerdos, compromisos o arreglos ilegales que son claramente perjudiciales para los intereses de los países involucrados. La colusión con los productores puede tomar muchas formas, como precios falsos (tanto más altos como más bajos), admitir una calidad inferior a la requerida u obtener beneficios o beneficios privados directamente de la actividad o para otros fines. Por lo tanto, no está destinado a castigar ningún acuerdo, sino solo protocolos que intentan dañar o causar consecuencias financieras nocivas.

La concertación debe evaluarse a la luz de la prueba por indicios

En el R.N. N° 1322-2017-Ucayali, del 21 de junio de 2018, se señala lo siguiente: que su estructura es compleja, porque el objeto de la protección penal del delito de colusión es diverso, protege los recursos del Estado también garantiza la intangibilidad del papel especial que los funcionarios o servidores públicos adquieren como representantes del Estado en las negociaciones con terceros interesados en celebrar contratos con la

administración estatal, y además la obligación de velar por la lealtad institucional y la integridad funcional de los mismos. En este sentido, elementos de este tipo deben ser: a) Concertación, entendida como colusión entre el funcionario y un tercero interesado en el contrato, suministro, licitación o similar, y b) dolo. Se trata de un "acuerdo sobre un objetivo, ya sea como un objetivo alcanzable (colusión simple) o como un resultado necesario (colusión agravada)". Este tipo de fraude puede llevarse a cabo en una variedad de formas y herramientas. Sin embargo, la colusión no puede probarse mediante pruebas directas (dado que las pruebas de colusión fraudulenta en reuniones o conversaciones telefónicas escuchadas por casualidad son raras dadas las circunstancias). Por lo tanto, la prueba circunstancial es base común para llegar a un acuerdo sobre conspiración utilizando el razonamiento lógico. Por otra parte, los medios de prueba que sustentan la acusación de colusión se basan en infracciones, irregularidades o infracciones a las normas procesales de contratación pública.

En el R.N. N° 2879-2016-Apurimac, del 11 de abril de 2018, se señala lo siguiente: El acto colusorio entre la procesada y el funcionario público debe evaluarse a luz de la prueba por indicios, debido a que no existe prueba indirecta que la incrimine.

Intervención por razón del cargo

En la Casación N° 392-2019-Ancash, se indica lo siguiente:

(...) Esta particular relación oficial requiere que el agente oficial intervenga en el proceso de contratación pública, colocándolo en condiciones de garantizar su legalidad y exactitud (...) (considerando 2).

Es un delito de acción, es decir, no admite la forma omisiva

Colusión simple

En el R.N. N° 360-2017-Ancash, del 24 de abril de 2018 se afirma lo siguiente: Cabe señalar, dado que el tipo penal establece explícitamente que dicho funcionario debe haber intervenido en la operación de defraudación, se desprende que el delito objeto de análisis es un delito especial en el que no basta tener la condición de funcionario o servidor público para ser autor del delito de colusión. Para que exista dicho delito la participación del interesado es fundamental, ya que con ello se comprobaría con quien realizó el pacto colusorio, por lo que, no existe vinculación de Damián Alfredo Anampi Gutiérrez, Rosario Vilma Mendoza Graza, Verónica Elizabeth Nieto Villacorta con el cómplice (considerando 8).

En el R.N. N° 489-2016-Del Santa, del 15 de marzo de 2018, .N. N° 1292-2011-Ayacucho, de 18 de enero de 2012; y Casación N° 392-2019-Ancash, del 30 de noviembre de 2020, se indica:

El imputado interviene en virtud de su cargo de Supervisor de Obra; en razón del numeral 3 del artículo 425 del Código Penal, toda persona que, cualquiera que sea el régimen de empleo en que se encuentre, mantenga una relación laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organizaciones del Estado. El imputado fue vinculado a la Administración Pública mediante un contrato civil -ubicación de servicios-, sigue siendo considerado funcionario o servidor público para los efectos de este delito.

Descarte de la aplicación del principio de confianza

En la Casación N.° 1546-2019-Piura, del 05 de agosto de 2020; el Expediente N° 00009-2020-15-5002-JR-PEO-03, y la Resolución N 5, del 01 de febrero de 2021, se afirma lo siguiente: El delito de colusión tiene muchos elementos constitucionales y es un delito penal complejo. Se puede apreciar que el verbo conductor es concertar con el interesado, es decir, el agente abusa de su facultad de pactar con el interesado para defraudar al Estado. La colusión incluye una amplia gama de acuerdos, compromisos o arreglos

ilegales que claramente no favorecen los intereses del país involucrado. Esto se puede organizar en una variedad de formas ficticias, como presentar precios simulados (sobrestimados o subestimados), admitir una calidad inferior a la requerida o una ganancia privada directa del negocio u otros fines. Por lo tanto, no se trata de sancionar ningún acuerdo, sino únicamente aquellos que tienen por objeto causar un daño o los que perjudican al Estado o tienen consecuencias económicas nocivas, ya sea en general por determinada calidad por el que se ha celebrado un acuerdo entre las partes

1.5.3.3. Diferencias entre la colusión simple y la colusión agravada

La Casación N° 661-2016-Piura, del 11 de julio de 2017, se indica lo siguiente:

La diferencia entre colusión simple y agravada es que: “Si el acuerdo se descubre antes de que se defraude el patrimonio del Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si el acuerdo se descubre después de que se ha causado un daño efectivo a la propiedad del Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero a voluntad del legislador se agravará. Dado que existe la posibilidad de que se dañen los bienes del Estado, basta con que se haya producido una conducta colusoria.

En la Casación 001-2016-Piura, del 11 de julio de 2017; y Casación No 1546-2019-Piura, del 05 de agosto de 2020, se señala lo siguiente:

Las acciones penales primitivas no exigen que deba haber daños materiales efectivos, basta que el resultado dañoso se produzca como resultado esperado - con sus actuaciones se viola la obligación de las partes de corregir el proceso de gestión de los recursos públicos de común acuerdo con el interesado: mala gestión de la propiedad estatal.

Tipicidad subjetiva

En el R.N. N° 2767-2008-Loreto, de 19 de agosto de 2009, se precisa lo siguiente:

La parte activa en un delito de colusión puede actuar por codicia manifiesta o con motivos ulteriores que van más allá del beneficio personal y pretenden dañar al Estado. Debe establecerse el dolo directo del agente y el interesado, para responsabilizar legalmente en calidad de cómplice a este segundo interviniente, aunque no sea necesario demostrar el provecho o ganancia obtenida por el sujeto activo.

Es un delito de infracción del deber por lo tanto autor solo puede serlo el sujeto cualificado especial.

Dos o más sujetos públicos que participan en el pacto colusorio con los terceros interesados responden a título de coautoría.

Tentativa y consumación

En la Casación N.° 661-2016-Piura, del 11 de julio de 2017 se señala lo siguiente:

Dado que el riesgo de afectar el patrimonio del Estado es potencial, la colusión simple se completa con un solo acuerdo, sin necesidad de que la Administración Pública sostenga el daño patrimonial o que confirme que el funcionario ha obtenido una ventaja. Es necesario que el Estado sea defraudado patrimonialmente por acuerdo con los interesados.

En el R.N. N°5315-2008-Puno, de 03 de mayo de 2010 se señala lo siguiente:

Que, el delito de colusión desleal debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, se necesita que la Administración Pública sufra un perjuicio (...), siendo el caso que la defraudación debe entenderse

como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado, por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción(o posibilidad de un perjuicio, no constituyendo por tanto el perjuicio- elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de posible acuerdo colusorio (defraudatorio). (considerando 4).

En el R.N. N° 1969-2012-La Libertad, de 16 de enero de 2014 se precisa lo siguiente:

Dado que la mera producción del acuerdo significa el momento de consumación del hecho sin que la Administración Pública deba sufrir daño, el delito de colusión debe entenderse como un delito de mera actividad. Debido a que la colusión debe entenderse como una violación del deber de lealtad, deber positivo de disponer de los bienes administrados en beneficio del Estado, el daño no puede entenderse como un componente objetivo del tipo sino como un indicador. que nos permitirá detectar la presencia de un potencial acuerdo colusorio fraudulento (considerando 4).

Consumación de la colusión agravada

La Casación N° 661-2016-Piura, del 11 de julio de 2017 se precisa lo siguiente:

La colusión agravada es un delito con resultado lesivo en el que la desvalorización de la acción, o la concertación ideal, no es suficiente para configurar el delito porque aquí se requiere la lesión o daño efectivo al patrimonio del Estado -desvalorización del resultado-.

1.5.4. Defraudación estatal

1.5.4.1. La defraudación estatal en la doctrina

El autor Pariona (2017) cuando habla de defraudar al Estado, enfatiza que puede ocurrir como un fin o como un resultado y que puede tomar muchas formas diferentes, utilizando una variedad de herramientas y medios. Dice que puede manifestarse como un objetivo a lograr en la colusión simple o como un resultado esencial en la colusión agravada. Verificar la infracción del proceso legal de contratación al comprar o contratar bienes que no cumplan con los estándares; destinar mayores sumas para el pago de beneficios; abstenerse de imponer o cobrar sanciones sin causa o justificación; ordenar la conformidad y recibir el bien a pesar de la presencia de irregularidades; entre otras cosas. Todas estas presunciones son objeto de concertación, lo que implica defraudar al Estado y puede ocurrir en cualquier momento del proceso de contratación estatal.

Por su parte Salinas (2019), destaca que el término "defraudar" tiene diferentes significados en el tipo penal previsto en el art. 384 del CP. El término "defraudar" es sinónimo de "defraudar al Estado" o "engañar al Estado". Esto se demuestra por el incumplimiento por parte del agente de las obligaciones especiales del cargo, lo que resulta en la tergiversación del interés público en favor del propio beneficio del agente en detrimento de los intereses patrimoniales del Estado.

Sólo sería necesario constatar que la conducta colusoria tuvo la intención de defraudar bienes del Estado para configurar el delito de colusión simple; no es necesario que la conducta dolosa logre efectivamente causar daño al patrimonio del Estado.

Por otra parte, defraudar supone una defraudación del interés público y, en consecuencia, un verdadero perjuicio patrimonial para las arcas públicas. Al actuar en forma lesiva a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado, el agente público lo perjudica. Si finalmente recibe beneficios de capital, no es importante en aras de la tipicidad en este caso. Cuando el agente

defrauda el patrimonio del Estado en coordinación con otros interesados, se trata de la definición de colusión agravada.

1.5.4.2. La defraudación estatal según las interpretaciones realizadas por la Corte Suprema:

La Casación N°542-2017 – Lambayeque, señala que:

William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera y Gloria Deliasir Suyón Quiroz fueron acusados de preparar y aprobar las bases administrativas del proceso de licitación en un solo día mientras se desempeñaban como integrantes del Consejo Especial Comité, a pesar de que las especificaciones técnicas y los requisitos técnicos mínimos para la compra de un volquete se detallaron en el perfil creado a un costo de 460 mil soles, violando descaradamente los estándares establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Como representante de ventas y gerente de línea del negocio Interamericana Norte S.A, Raúl Armando Távara Monja fue el encargado de esto. Trabajó directamente con José Jaime Urbina Urbina y Rodolfo Alberto Sandoval Santamaria para coordinar la dirección del proceso de licitación de para la compra de un volquete, que tenía precios que no coincidían con los registrados en el sistema informático de la empresa. En este esfuerzo conjunto se logró incluir la marca y el precio de 460.000 soles en el perfil técnico (elaborado por Gloria Suyón Quiroz), imposibilitando la competencia de otras marcas y resultando ser el único postor en presentarse en dicho proceso de licitación. El vehículo volquete Fuso de 15 m³ de la marca Mitsubishi fue comercializado únicamente por su cliente.

Estos hechos fueron establecidos como ciertos por sentencia de primera instancia de 18 de abril de 2106 (folio 125), y fueron declarados culpables William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera y Gloria Suyón Quiroz como cómplices en el crimen contra el gobierno. Raúl Armando Távara Monja fue condenado como partícipe-extranjero del citado delito por su participación en la vía pública, en la modalidad de colusión desleal. En consecuencia, se les impuso una pena de seis años con carácter

efectivo y se les prohibió ser coautores mientras dure la pena. La multa que debían pagar solidariamente a favor de la parte agraviada se fijó en 200.000 soles.

Interpretaciones jurisprudenciales asumidos por los magistrados de la Corte Suprema:

En su decisión de minoría para la Casación N.º 542-2017, los Jueces Prado y Quintanilla señalan que el legislador nacional históricamente ha interpretado el delito de colusión como una instancia de negociación nefasta porque un funcionario público viola las expectativas del Estado al pactar indebidamente con cualquiera de las partes involucradas en el proceso de negociación en lugar de defender los intereses del Estado. Para demostrar que el término "defraudar" recurren a su definición semántica, que establece que significa “privar a alguien, con abuso de confianza o infidelidad a sus propias obligaciones, de lo que les corresponde por derecho; frustrar, desvanecer la confianza o esperanza que se deposita en alguien o en algo; evadir o eludir el pago de una deuda”.

También realizan un análisis histórico de la norma a partir de los cambios legislativos que ha experimentado el tipo penal, evidenciando que cuando se tipifica el delito de colusión se busca sancionar penalmente su deslealtad.

Indican además que según la doctrina, este delito se conocía como colusión desleal. Como resultado, la frase "defraudar al Estado" o "defraudar financieramente al Estado" nunca fue y no puede ser equivalente a un daño económico real y tangible; por ello, la doctrina y la jurisprudencia también han rechazado el requisito de daño patrimonial real y tangible para la configuración de un delito de colusión. Sostienen que el funcionario viola o frustra la expectativa del Estado durante un proceso de negociación inmobiliaria cuando, en lugar de asegurar la mejor oferta, el mejor precio, la mejor calidad o la mejor garantía de los bienes y servicios que son objeto del interés del Estado, intervienen, admiten o toleran una dirección coordinada para la adquisición exorbitante de un bien o servicio particular que excluye

ilegalmente a otros. Se impide al Estado acceder a condiciones más ventajosas, idóneas o seguras cuando el funcionario público incurre en conducta dolosa.

Por lo tanto, el hecho de que la actuación antijurídica del funcionario público desleal resulte en perjuicio económico no constituye un requisito típico o probatorio. o bienes patrimoniales cuantificables o claramente identificados. Al impedir que el Estado obtenga el mejor resultado para sus intereses “en la contratación y adquisición de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación”.

También critican la calificación del supuesto como “colusión simple” en el primer párrafo y “colusión agravada” en el segundo párrafo del citado precepto legal. Señalan que se establecieron dos tipos distintos de colusión a partir de la reforma introducida por la Ley número veintinueve mil setecientos cincuenta y ocho, que sigue vigente en la actualidad en la redacción actual del artículo trescientos ochenta y cuatro.

Señalan que el legislador alude a una concertación “para defraudar al Estado” en el primer párrafo, lo que se refiere a un fin subjetivo o tendencia interna trascendente que orienta el futuro inmediato o inmediato. Se refiere a la etapa en que se produciría la colusión simple o agravada, inmediatamente las acciones deshonestas del funcionario público. Por lo tanto, es solo un acuerdo preliminar que se criminaliza por sí solo y podría, en teoría, funcionar también como un concierto para delinquir. En consecuencia, se configura para permitir el simple intercambio de voluntades que puede darse en las primeras fases de los procesos de negociación (convocatoria, presentación de documentos o propuestas técnicas, etc. Esto significa que después de la consulta inicial o acuerdo previo, el funcionario y el partido acuerdan una táctica de negociación desleal que se implementará.

Agregan los magistrados que el legislador nacional inicialmente acordó mantener la misma estructura típica que ya tenía el delito de colusión en su texto original de 1991 y su precedente histórico del artículo 344 del Código Penal de 1924, derogado, pero modificando levemente su texto por

incluyendo el término. Esto se hizo a través de otra propuesta legislativa de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos. Así, en este particular caso de colusión, como ha ocurrido históricamente desde los precedentes nacionales mencionados, se aprobó la intervención concertada, actual y particularmente desleal del funcionario en una negociación en curso o en ejecución.

Adicionalmente, muestran que, en el Diario de Debates del Pleno del Congreso, los puntos de vista opuestos que surgieron en relación a estas dos propuestas fueron resueltos mediante el uso de una estrategia jurídica híbrida y un amplio consenso que combinó ambas modalidades en un solo artículo. Las dos causas penales del artículo 384 reformado fueron subsumidas como “colusión simple” y “colusión agravada” de manera antitécnica, pero no existe una relación de tipo simple o básico con un tipo derivado calificado entre ambas conductas. Por tanto, no debería existir la típica simetría que existe entre un tipo penal simple y un tipo penal derivado agravado, como ocurre, por ejemplo, entre el homicidio simple (artículo 106), y el homicidio calificado como homicidio (artículo 108), en donde se regula y exige en ambos casos la realización del mismo acto típico e ilegal de “matar”. Técnicamente hablando, el artículo 388 del Código Penal vigente no define “colusión simple” ni “colusión agravada”, sino dos delitos relacionados, pero distintos entre sí. En cualquier caso, los términos “conspiración colusoria” para el primer párrafo de la regla y “colusión desleal” para el segundo párrafo deben utilizarse para designar los dos hechos punibles.

Las sentencias condenatorias detallan los hechos probados respecto del arreglo en la modalidad de direccionamiento en el proceso de adquisición del camión volquete marca Mitsubishi, que finalmente fue comprado a la empresa de los extranjeros involucrados. Por tanto, debe concluirse que el alcance hermenéutico del artículo 384, segundo párrafo del Código Penal, fue debidamente aplicado en las sentencias sometidas a evaluación. En consecuencia, los recursos presentados no deben ser tomados en consideración porque se limitaron a la consulta y negociación ilegal, las ofertas más altas a las que pudo acceder el organismo estatal para adquirir el

vehículo requerido por la entidad agraviada, lo que resultó en una defraudación patrimonial en la parte del Estado.

De la información anterior se puede inferir que las fases de los procedimientos de selección son: a) Los actos preparatorios; b) el proceso de selección; y c) la ejecución contractual. La comisión del delito de colusión previsto en el primer párrafo, conocido como “conspiración colusoria”, se produciría tanto durante los actos preparatorios, que son los hechos previos a la publicación del proceso de selección.

Los Magistrados Supremos Barrios Alvarado, Castañeda Otsu y Pacheco Huancas también desarrollaron su interpretación del tipo penal de colusión en esta misma Casación, y la Magistrada Castañeda Espinoza la apoyó en su voto, señalando que se opone a la definición brindada por los Magistrados Prado, Saldarriaga y Quintanilla Chacón.

Barrios en la Casación N°542-2017 - Lambayeque, refiere el quebrantamiento o menoscabo de la confianza depositada en el funcionario o servidor se sanciona públicamente en razón del cargo, los principios constitucionales, los deberes especiales funciones positivas previstos en nuestra Carta Magna y leyes extrapenales relacionadas con la contratación pública.

La "concertación" se "verifica en ambas modalidades" y que se trata de un acuerdo colusorio de funcionarios e interesados que resulta de la existencia de "pactos, compromisos o arreglos ilegales", "acuerdos clandestinos entre dos o más partes para lograr un fin ilícito", o “acuerdo subrepticio”, así como otros factores objetivos como la contratación pública insuficiente o la simulación de la misma, es decir, dar apariencia de ella.

Los principios constitucionales, los deberes funcionales positivos especiales previstos en los artículos 76 y 39 de la Constitución, y las leyes penales complementarias que sean pertinentes en el tiempo o contexto para los servidores públicos, también son relevantes respecto de los elementos normativos de “defraudación al Estado” (modalidad simple) y “defraudaré patrimonialmente al Estado” (modalidad agravada).

En la Casación N° 1546-2019-Piura de fecha cinco de agosto del año dos mil veinte (cuyo ponente fue el Magistrado Supremo César San Martín Castro), se sigue la misma línea jurisprudencial, pues se señala lo siguiente:

*“(…) Que la defraudación en función a un concierto con los interesados es el núcleo rector del tipo delictivo. El bien jurídico tutelado-objeto protegido por el sistema penal- es (i) el correcto funcionamiento de los organismos del Estado en el ámbito de la contratación y de la liquidación- al proceso de contratación y; de otro lado a lo que se debe pagar-, de manera que se garanticen los principios de economía y eficiencia en los procesos de gasto público, así como colateralmente (ii) la evitación del riesgo contra los principios de objetividad, imparcialidad, transparencia, igualdad y libre concurrencia. En suma, legalidad en el ejercicio funcional en el ámbito de la contratación pública en aras de la asignación eficiente de los recursos públicos (...).La conducta típica consiste en concertarse con los interesados-ponerse de acuerdo subrepticamente en el marco de toda contratación de naturaleza económica con intervención del Estado.- **El tipo penal originario, no exige que necesariamente se produzca un perjuicio patrimonial efectivo, basta con que el resultado perjudicial aparezca como resultado pretendido-** la conducta importa infracción de los deberes de corrección de los procesos de gestión de recursos públicos concertándose con los interesados: gestión desleal del patrimonio público-**Si el perjuicio patrimonial se concreta, entonces desde el vigente tipo penal- se tipificará el segundo párrafo del nuevo texto legal, el que debe entenderse como una disposición patrimonial o una prestación de servicios del ente público no compensada por la contraprestación correspondiente del particular**”*

Las interpretaciones jurisprudenciales antes mencionadas nos permiten colegir que la tendencia mayoritaria está orientada a señalar que el delito de Colusión previsto en el primer párrafo no exige la producción de un perjuicio patrimonial efectivo, sino potencial; mientras que la modalidad

prevista en el segundo párrafo del art.º384 del Código Penal exige un perjuicio patrimonial concreto.

1.6. Hipótesis/Supuesto

La conspiración colusoria es un acto preparatorio entre los funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al estado y es un delito de peligro abstracto a diferencia de la colusión desleal que es la concertación con los interesados concretando una defraudación patrimonial al Estado y es un delito de peligro concreto.

Tabla 01: Operacionalización/Categorización

Variable	Definición conceptual	Dimensión	Indicadores	Ítems
La conspiración colusoria es un acto preparatorio entre los funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al estado y es un delito de peligro abstracto	“Conspiración entre funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado” (Art. 384, Código Penal)	Conspiración colusoria Acto preparatorio Defraudación Peligro abstracto	1. La conspiración colusoria 2. El acto preparatorio de colusión 3. La concertación 4. La defraudación 5. El delito de peligro abstracto 6. El delito de conspiración colusoria	1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9

<p>La colusión desleal es la concertación con los interesados concretando una defraudación patrimonial al Estado y es un delito de peligro concreto.</p>	<p>“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado” (Art. 384, Código Penal)</p>	<p>Colusión desleal</p> <p>Concertación</p> <p>Defraudación patrimonial</p> <p>Peligro concreto</p>	<p>1. La colusión desleal entre funcionarios.</p> <p>2. El delito de colusión desleal.</p> <p>3. La defraudación patrimonial al Estado</p> <p>4. El delito de peligro concreto</p> <p>5. La doctrina nacional</p> <p>6. La jurisprudencia nacional respecto al delito de colusión desleal.</p>	<p>10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22</p>
--	--	---	--	--

Variables.

Variable 1: La conspiración colusoria es un acto preparatorio entre los funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al estado y es un delito de peligro abstracto

Variable 2: La colusión desleal es la concertación con los interesados concretando una defraudación patrimonial al Estado y es un delito de peligro concreto.

Capítulo II

Métodos y Materiales

2.1. Tipo de Investigación.

Es un estudio de tipo básico porque es una herramienta utilizada por la comunidad científica para comprender y mejorar nuestra comprensión de un fenómeno específico. Para producir datos que apoyen o refuten la tesis central del estudio, la investigación fundamental, que trata de la generalización de una teoría en un campo del conocimiento, primero debe identificar la hipótesis central. Tal investigación amplía el cuerpo de conocimiento intelectual (Escudero y Cortez, 2018). Se utiliza muy a menudo en ciencias sociales, sociología, humanidades y otros campos. Su propósito no es poner en práctica los descubrimientos, sino generar nueva información. Es una técnica sistemática porque sigue una serie de estándares o pasos para seguir el método científico. Este tipo de investigación se considera objetiva porque no hay lugar para la subjetividad.

Así también el nivel de investigación es descriptivo pues su fin es relatar la realidad de los fenómenos que son el foco de la investigación. En estricto las figuras jurídicas de conspiración colusoria y colusión desleal. El enfoque de la investigación es cualitativo. Según Reyes (2022) el estudio cualitativo resulta flexible, y esta empoderado con el análisis a profundidad y la pronta obtención de resultados. El razonamiento inductivo es aquel que va de lo específico a lo general. Esto es diferente del razonamiento deductivo, donde las conclusiones para casos específicos se derivan de leyes generales. La investigación cualitativa es inductiva porque no asume leyes o principios generales que se apliquen a situaciones específicas y se centra en recopilar datos a partir de los cuales se pueden hacer generalizaciones posteriormente. En este caso la autora se adentra a un estudio de carácter jurídico y doctrinal del artículo 384 del Código Penal, así como de la opinión de magistrados expertos en el tema a fin de comprender como se presenta la tipificación de las conductas colusorias.

2.2. Métodos de investigación.

Métodos generales

- **Método Inductivo:** La inducción es un método para orientarse de un caso particular a un caso general, es decir, un método para sintetizar datos y elementos individuales por analogía, llegar a una descripción o explicación general y comprender una situación particular.

Para la elaboración del informe final se analizó las opiniones de fiscales especializados en delitos de Corrupción de Funcionarios (asuntos penales), respecto a delitos de colusión, con la finalidad de establecer una conclusión general en la que se explique el tipo de interpretación que cumplen con la finalidad de la norma, es decir, la protección del bien o bienes jurídicos.

- **Método Deductivo:** De lo general a lo específico; en la presente investigación se analizó la opinión de los fiscales especializados en delitos de Corrupción de Funcionarios (asuntos penales), con la finalidad de identificar los criterios que existen respecto a la determinación de la defraudación estatal en las modalidades del delito de colusión.
- **Método Exegético o Histórico:** Crea una orientación del pasado al presente y se proyecta hacia el futuro. Por lo tanto, se utiliza con fines de investigación contextual, conceptualización e investigación automotriz. Para la realización de las tesis se analizó la forma en que se ha evolucionado la interpretación del delito de colusión por parte del legislador.

Métodos jurídicos

- **Dogmático:** El objetivo de la dogmática es dejar claro qué dice y qué significa la ley vigente. Estas otras ciencias que estudian el derecho comparten las características que crean de la doctrina jurídica una disciplina científica. Sólo que pueden tener especificaciones diferentes. Esto se debe a que, como anticipo quedará establecido de una vez por todas, las exigencias del carácter científico de la dogmática que aquí se propondrán son las comunes a toda ciencia: el mínimo

común denominador, si se quiere, del carácter científico del conocimiento (Bernasconi, 2007).

Se extrajo la información teórica de libros y revistas respecto al delito de Colusión, con la finalidad de establecer el aspecto dogmático y los alcances del tipo penal estudiado.

- **Analítico y Sintético:** El análisis es un gran método de investigación científica. El objetivo del análisis se logra únicamente por inducción, por lo que la descomposición y la abstracción por sí solas no son suficientes, es necesario sacar conclusiones comparando con principios, causas, leyes y naturaleza. Metodológicamente, el análisis es una actividad intelectual en la que se consideran individualmente las partes de un todo. En la investigación se analizó los diferentes criterios respecto a la tipificación de los delitos por parte de fiscales penales, a efecto de construir conclusiones generales.

2.3. Diseño de Contratación

Para la contratación de hipótesis se procedió a utilizar el diseño de teoría fundamentada. La teoría fundamentada, que se refiere a una teoría derivada de datos recopilados y examinados metódicamente durante un proceso de investigación, es la metodología utilizada en este estudio. Con esta estrategia, se conectó la recopilación de datos, el análisis de datos y la teoría que surge de los tres. Hay procedimientos que le dan al proceso una cierta estandarización y rigor al mismo tiempo que equilibran la ciencia y la creatividad. Un investigador no comienza un proyecto con una idea preconcebida (Hernández-Sampieri y Mendoza, 2018).

En primer lugar, se elaboraron fichas bibliográficas digitales, textuales y resumen, respecto de los textos, revistas jurídicas, tesis, casaciones que aborden el delito de Colusión, esto con la finalidad de establecer las coincidencias y discrepancias entre estas posturas. Se determinó una hipótesis general, la cual fue probada, arribando a que la conspiración colusoria es un acto preparatorio entre los funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al estado y es un delito de peligro abstracto a diferencia de la colusión desleal que es la concertación con

los interesados concretando una defraudación patrimonial al Estado y es un delito de peligro concreto. La contrastación de fichas digitales, entiéndase por ello la comparación del contenido de la transcripción o resumen del texto consultado o parte de él. Se realizó para el Derecho Comparado y la legislación peruana, a través del análisis de contenido realizado a las fuentes bibliográficas, considerando la participación de fiscales especializados en derecho penal como entrevistados.

2.4. Población y Muestra.

El estudio aborda la realidad nacional considerando que la norma cuestionada es el código penal con vigencia a lo largo del territorio nacional. A partir de la labor de la investigadora como fiscal adjunta en delitos de corrupción de funcionarios en el Distrito Fiscal de Lima Centro, se considera la participación de fiscales de este distrito judicial y siendo que la sentencia bajo análisis, la cual plantea la diferenciación entre las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal es de Lambayeque. En consecuencia:

Muestra 1: Se trabajó con un universo finito se tomó a los fiscales del Distrito Fiscal de Lima Centro como población; siendo que la muestra será determinada por conveniencia, considerando 10 fiscales especializados en delitos de Corrupción de Funcionarios - Derecho penal que laboran en el Distrito Fiscal de Lima, a fin de obtener su opinión respecto a las modalidades de colusión recogidas por el orden legal peruano.

2.5. Técnicas Instrumentos, Equipos y Materiales de Recolección de Datos

Las técnicas utilizadas fueron el fichaje, análisis documental, y entrevista, cuyos instrumentos detallamos a continuación:

a) Fichas bibliográficas: se utilizaron fichas bibliográficas y de resumen para citar los conceptos referidos a los sistemas procesales y la participación del juez en la actividad probatoria, utilizando las normas APA 7ma Edición. En el presente caso se revisó y analizó textos, revistas jurídicas, tesis, casaciones y recursos de nulidad que aborden el delito de Colusión.

b) Análisis documental: Este instrumento nos permitió analizar las normas

aplicables a la actividad probatoria; así como los principios aplicables a la misma, siguiendo el modelo acusatorio. En el presente caso, se identificó los fundamentos referidos a la determinación del perjuicio patrimonial en algunas sentencias emitida respecto al delito de colusión, con la finalidad de conocer el tipo de interpretación emitido por la Corte Suprema que se aplica para sustentarlo. Se elaboró una ficha por cada sentencia escogida como muestra.

En este documento se detallaron:

- Los datos del expediente (número de expediente, partes procesales, delito materia de proceso, juzgado que emite la sentencia)
- Hechos que tengan relevancia jurídica
- Los fundamentos que sustentan la determinación de la defraudación estatal
- El fallo.

c) La Guía de entrevista: Se realizó las entrevistas a los especialistas a fin de conocer su percepción del actual sistema y su correspondencia con el modelo acusatorio.

Los equipos para la recolección de datos fueron una computadora, e impresora, los materiales fueron papel bond y tinta, lapicero y resaltador.

2.6. Procesamiento y análisis de datos.

A continuación, se detalla el procedimiento seguido paso a paso

- Se revisaron las bases de datos en busca de artículos recientes que abordaran únicamente el delito de colusión.
- Se identificó la cuestión de la distinción entre los delitos previstos en el artículo 384 del primer y segundo párrafo del Código Penal. Se revisó la doctrina y jurisprudencia en la materia, así como la literatura existente, la cual fue revisada mediante bases de datos.

- El problema se identificó utilizando el estado de conocimiento en ese momento y quedó claro que todavía existía porque no se había solucionado.
- Con la asistencia del asesor se creó el proyecto de investigación.
- Se eligieron las técnicas de grabación, análisis documental y entrevistas.
- Se creó y aprobó una guía de entrevista semiestructurada, instrumento para el trabajo de campo, luego de ser revisada y validada por expertos en derecho penal.
- Se creó el formato de consentimiento informado.
- Para obtener la asistencia de los fiscales, el investigador se dirigió a la sede del MP. Les dio una explicación del tema de estudio. Para aceptar el consentimiento informado, les explicó sobre el estudio y la discreción de sus nombres en participación.
- La información de los participantes se recopiló luego de aceptado el consentimiento informado.

Los datos se basan en una codificación abierta y axial, determinando categorías y subcategorías tales como: conspiración colusoria, acto preparatorio, defraudación, peligro abstracto, colusión desleal, concertación, defraudación patrimonial, peligro concreto. Los datos se agrupan en tablas.

Capítulo III

Resultados

3.1. Respecto al objetivo específico 1: “Análisis de la conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado

A fin de conocer la percepción y comprensión de los 10 fiscales especializados en delitos de corrupción de funcionarios (derecho penal) respecto a la conspiración colusoria se formuló preguntas de conocimiento, referidas a actos preparatorios, a la defraudación estatal y al peligro abstracto del delito. Se utilizarán tablas y gráficos para presentar los resultados. Las tablas son una forma concisa y eficiente de representar grandes cantidades de datos. Los resultados deben editarse cuidadosamente para comunicarlos claramente a los investigadores ocupados. Los gráficos de datos transfieren grandes cantidades de datos rápidamente. El propósito suele ser mostrar relaciones funcionales o estadísticas entre dos o más elementos. Sin embargo, a menudo se omiten detalles sobre puntos de datos individuales en favor de enfatizar las relaciones representadas por conjuntos de puntos. (Springer, 2023). De la aplicación de las entrevistas se evidencia que:

Tabla 02: *¿Qué es la conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	Entiendo por conspiración, un acto preparatorio al acuerdo o pacto colusorio, lo que significa un adelantamiento de la actuación del derecho penal.
Fiscal 2	Viene hacer la concertación previa entre el funcionario y <i>extraneus</i> antes que se realice una licitación o adquisición del Estado que por ley debe de efectuarse mediante concurso público.
Fiscal 3	Es el acuerdo o la coordinación entre funcionarios o servidores públicos con terceros interesados en obtener un beneficio

económico antes de que se inicien los actos preparatorios para su posterior consumación.

- Fiscal 4 Es el concierto de voluntades entre un particular y funcionarios o servidores públicos que intervienen en una contratación por razón de su cargo, cuando se habla de una conspiración se debe entender sobre un adelantamiento de la punición que dentro del *iter criminis* se ubica como un acto preparatorio.
- Fiscal 5 Esta debe entenderse como el acto de concertación preparatoria ilícita donde los funcionarios y la parte se comprometen a realizar una negociación desleal, en tal sentido la conducta de los funcionarios o servidores va dirigida a defraudar patrimonialmente al Estado, sin que se llegue a consumir dicho acuerdo.
- Fiscal 6 Soy de la opinión que serían los actos preparatorios del delito de colusión.
- Fiscal 7 Entiendo que sería aquellos actos o actuaciones donde los funcionarios o servidores públicos realizan coordinación con terceros para defraudar al estado antes de las fases o etapas de la contratación.
- Fiscal 8 Consiste básicamente en las negociaciones subrepticias que realizan los funcionarios encargados de las contrataciones y los proveedores, con la finalidad de que estos últimos se vean favorecidos en los procesos de selección, cuando se trata de una etapa de contratación o también al momento de la ejecución, restando posibilidad al Estado de poder acceder a diversos proveedores con mejores ofertas.
- Fiscal 9 La conspiración colusoria es el acuerdo con los interesados para defraudar al Estado.
- Fiscal 10 Es el acuerdo entre funcionarios y servidores con los postores u otras personas particulares con la finalidad de obtener un provecho indebido del Estado.
-

Tabla 3: *¿Un acto preparatorio de colusión constituye la conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado? Si, no ¿Por qué?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	Sí, como indicaba entiendo por conspiración en acto (intensión) que se ubica antes de la ejecución en sí del delito, por ello se conoce a estos tipos penales como delitos de tendencia interna transcendente.
Fiscal 2	Si, Tomando en cuenta el <i>iter criminis</i> del delito, la fase preparatoria es la etapa inmediatamente anterior a la ejecución del delito, en ese sentido la conspiración a la colusión se materializaría con actos preparatorios
Fiscal 3	Si, ya que son actos iniciales del <i>iter criminis</i> .
Fiscal 4	Si, uno hace un análisis de la etapa de <i>iter criminis</i> se tiene que la conspiración colusoria se ubica antes de los actos ejecutivos, es decir, se ubica entre la ideación impune y una forma imperfecta de ejecución.
Fiscal 5	Sí, de ese modo ha sido regulado en el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal, en tanto resulta punible el sólo hecho que el funcionario concerté de manera ilegal, sin resultado o perjuicio alguno.
Fiscal 6	Sí. En mi opinión son los actos preparatorios de la colusión, los cuales no serían punibles. Coincido con la nomenclatura de clasificación en colusión simple y agravada. La primera se configura con la inobservancia de los principios de objetividad, transparencia, competencia, no trato privilegiado a ningún postor. La segunda cuando adicional a ello, se lesiona el bien jurídico patrimonio del Estado.
Fiscal 7	Si. Por qué este se estaría dando antes de las etapas o fases de la contratación pública.
Fiscal 8	Si, básicamente lo que se sanciona en el primer párrafo es la conspiración colusionaria, basada en los actos preparatorios para defraudar al Estado

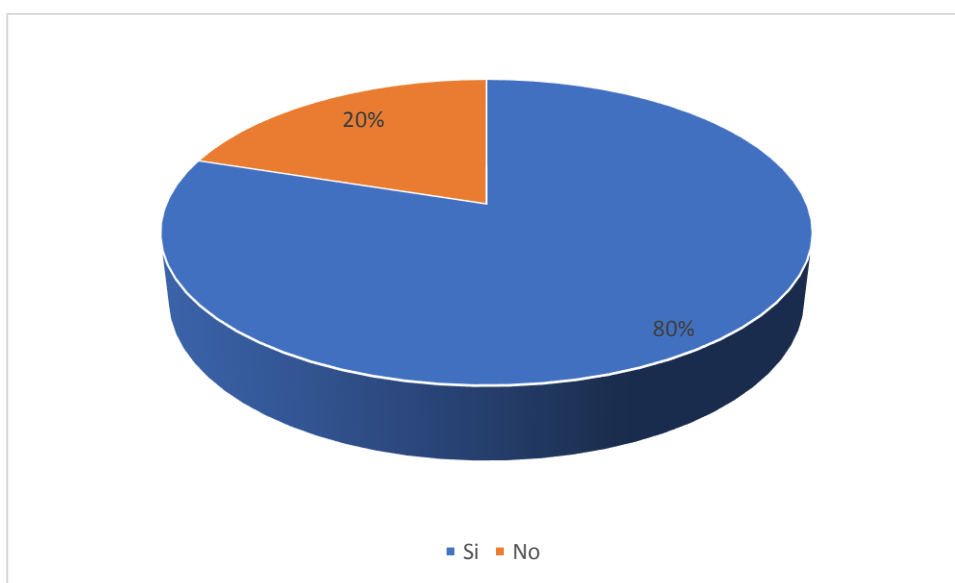
Fiscal 9	No, porque constituye un acto de ejecución del delito.
Fiscal 10	Sí, dado que la conspiración se configura con el acuerdo para beneficio personal.

Tabla 4: *¿La sola concertación para defraudar constituye el delito de conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado? Si, no ¿Por qué?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	Sí, porque en la conspiración colusoria a diferencia de la colusión se requiere verificar la defraudación patrimonial, mientras que en el primero se exige verificar la intención de perjudicar al Estado.
Fiscal 2	La concertación es la consumación del delito de colusión. En todo caso si la pregunta se refiere en el caso que nos encontramos en una etapa previa a la convocatoria pública del servicio, obra o licitación, no necesariamente debería de hablarse de una conspiración al delito de colusión (no regulado) ya que la fase de ideación, deliberación o resolución e ideación es una fase interna no punible
Fiscal 3	Si, ya que si la entendemos como los actos preparatorios del delito de colusión independientemente simple o agravada este delito se desarrolla con esa finalidad.
Fiscal 4	Si, porque el solo hecho de ponerse de acuerdo para favorecer a un particular en un proceso de contratación hace que dicha conducta sea idónea para poner en riesgo o en peligro un bien jurídico que es imparcialidad del funcionario o servidor en un proceso de contratación.
Fiscal 5	Sí, como lo señalé en la respuesta anterior, se penaliza la finalidad subjetiva o tendencia interna trascendente, aunque sólo se trate de una concertación preparatoria, esta resulta ser criminalizada.

Fiscal 6	No. En mi opinión la concertación, es acuerdo ilegal, y este elemento es el núcleo central para la configuración del delito de Colusión en su modalidad simple.
Fiscal 7	No. Por qué ante dicha actuación estaríamos ante el delito de colusión propiamente dicho (Colusión simple).
Fiscal 8	Si, porque lo que se sanciona justamente es la conspiración orientada a neutralizar la posibilidad del Estado en obtener mejores ofertas
Fiscal 9	Si, porque es un delito de peligro abstracto.
Fiscal 10	Si, dado que el acuerdo es la voluntad contraria a los intereses del Estado, siendo que la administración pública es un bien jurídico superior, estamos frente a un delito de peligro abstracto.

Gráfico 1: *¿La sola concertación para defraudar constituye el delito de conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado? Si, no ¿Por qué?*

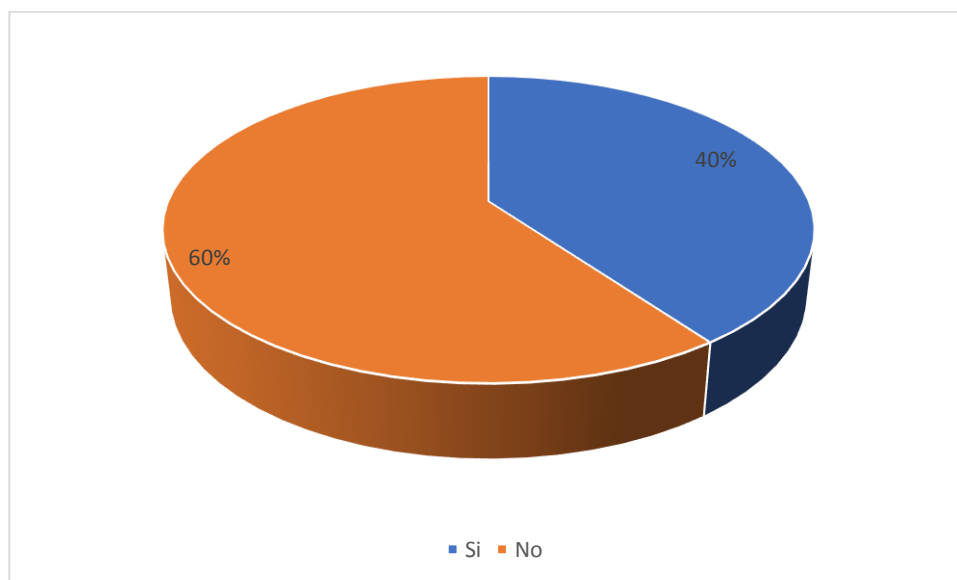


De los resultados se evidencia que el 80% de los entrevistados consideran que la sola concertación para defraudar constituye el delito de conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado.

Tabla 5: *¿La defraudación al Estado o entidad u organismo del Estado es un elemento indispensable en la conspiración colusoria? Si, no ¿Por qué?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	No.
Fiscal 2	No. Porque la colusión admite también el supuesto de colusión simple, es decir no es necesario la defraudación "patrimonial" potencial
Fiscal 3	Si, ya que el delito de colusión es un delito que va contra los intereses del Estado y el actuar de los funcionarios o servidores que se desempeñan en ella.
Fiscal 4	Basta el solo acuerdo no se requiere una defraudación, el legislador penal siguiendo un criterio político criminal ha establecido que basta la conspiración colusoria para ser considerado un peligro potencial que ponga en peligro un interés valioso (bien jurídico).
Fiscal 5	Sí, porque precisamente es el funcionario público quien representa los intereses del Estado en cualquier proceso de negociación, pero este en vez de ser leal e idóneo, al conspirar ilícitamente con el tercero frustra las expectativas del Estado, siendo este acto desleal el que pueda conllevar a un perjuicio económico o patrimonial.
Fiscal 6	No. La defraudación al Estado, entendida como inobservancia de los principios de Objetividad, entre otros, considero es colusión simple; y una vez verificado el resultado perjuicio económico al patrimonio del Estado, colusión agravada.
Fiscal 7	No. Por qué ese es el resultado indispensable para que se materialice el delito de colusión agravado. Y conspiración entiéndase aquel acto anterior al delito de colusión.
Fiscal 8	Si, porque es un elemento típico para la comisión del delito de colusión
Fiscal 9	No es indispensable en la conspiración colusoria, porque es un delito de peligro abstracto.
Fiscal 10	no necesariamente, dado que pueden iniciar las acciones, pero no llegarse a configurar.

Gráfico 2: *¿La defraudación al Estado o entidad u organismo del Estado es un elemento indispensable en la conspiración colusoria?*



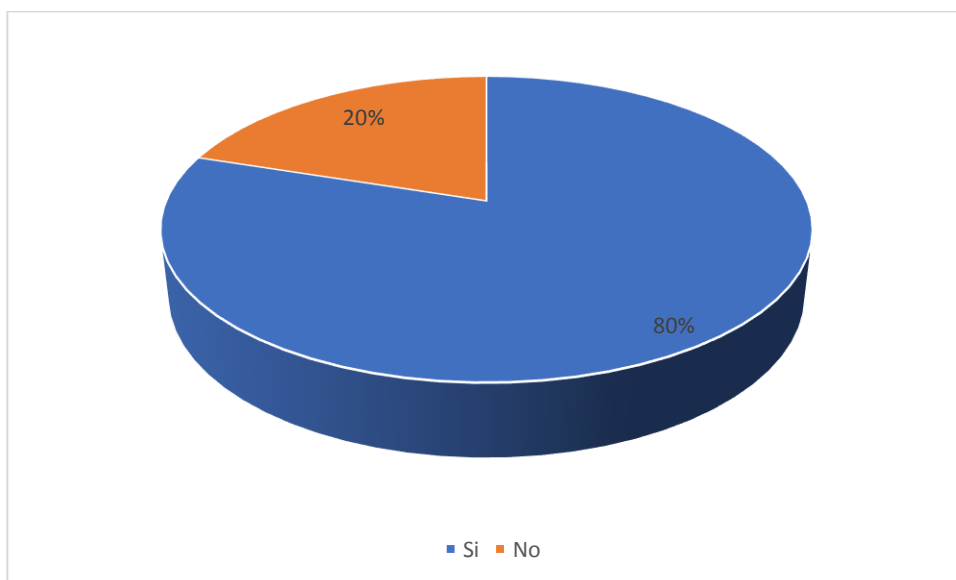
El 60% de los entrevistados que la defraudación al Estado o entidad u organismo del Estado no es un elemento indispensable en la conspiración colusoria.

Tabla 6: *¿La conspiración colusoria es un delito de peligro abstracto? Si, no ¿Por qué?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	Sí, dado que no exige verificar defraudación alguna.
Fiscal 2	No necesariamente ya que este delito es un delito de peligro concreto ya que debe de haber posibilidad de lesión a la transparencia de la administración pública. De no existir ello es no punible.
Fiscal 3	Si, ya que sería el inicio del <i>iter criminis</i> configurado o a expensas de su concreción.
Fiscal 4	Si es un delito de peligro abstracto ya que para su comisión solo se requiere que se ponga en peligro un bien jurídico no se requiere su materialización.

Fiscal 5	Considero que sí, porque el sólo hecho de negociar maliciosamente, sin necesidad que se produzca un resultado en concreto que evidencie la defraudación al Estado.
Fiscal 6	No considero que sea delito aún, toda vez que, en mi opinión, son actos preparatorios, por lo que no podría darle una categoría jurídica propia de los delitos.
Fiscal 7	Si. Por qué no se requiere el resultado final de lo que se pretende materializar.
Fiscal 8	Si, aunque existe discusión sobre ello, la casación 542-2017-Lambayeque, se plantea el concepto que el primer párrafo del artículo 384, esta referido a un delito abstracto.
Fiscal 9	Si es un delito de peligro abstracto, porque es suficiente la comprobación de la acción.
Fiscal 10	Si, dado que no se requiere un daño tangible para sancionarlo

Gráfico 3: *¿La conspiración colusoria es un delito de peligro abstracto? Si, no ¿Por qué?*



El 80% de los entrevistados señalan que la conspiración colusoria es un delito de peligro abstracto.

Tabla 7: *¿Considera que el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal prevé el delito de conspiración colusoria o la colusión simple? Fundamente su respuesta.*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	Consideró que prevé el delito de conspiración colusoria, ello en razón a la descripción típica elegida por el legislador en el primer párrafo, ya que literalmente se advierte la preposición común en los delitos de tendencia interna, esto es "para", es decir no exige defraudación como en el delito de colusión sino contrariamente describe un comportamiento previo a la defraudación. Asimismo, porque del análisis comparativo de ambos párrafos, no es posible advertir en la llamada colusión agravada, un comportamiento base más alguna agravante, sino que verifican comportamientos independientes en el primer y segundo párrafo.
Fiscal 2	No, porque el art. 384 primer párrafo describe propiamente actos de ejecución del delito
Fiscal 3	La consideraría como colusión simple, donde la sola existencia de la concertación para defraudar al Estado basta para que se configure el tipo penal.
Fiscal 4	En efecto el primer párrafo del artículo 384, es un delito de conspiración colusoria pues se sanciona el mero acuerdo colusorio o pacto colusorio no se exige que esta se materialice.
Fiscal 5	Considero que recoge la conspiración colusoria, mas no la colusión simple, porque tal como ha sido tipificado se advierte que alude expresamente a un acto preparatorio criminalizado autónomamente y como un delito de trascendencia interna.
Fiscal 6	Considero que prevé el delito de colusión simple, pues desde que el funcionario o servidor inobserva los Principios de Objetividad y otros en su participación al interior del proceso

	de contratación, ya se verificó la Colusión en su modalidad simple.
Fiscal 7	No. Ya que estaríamos ante figuras totalmente distintas. Ya que la conspiración sería lo anterior a la colusión simple.
Fiscal 8	Conforme a su redacción, se ha venido desarrollando en sentido estricto como colusión simple, no obstante, a la fecha existe discrepancias asumidas por el TC, sobre si se trata de una conspiración colusoria.
Fiscal 9	La Colusión simple, porque es un delito de peligro abstracto.
Fiscal 10	prevé la conspiración colusoria, no requiere perjuicio.

Tabla 8: *¿Qué prevé la doctrina nacional respecto al delito de conspiración colusoria?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	En ese momento no recuerdo a algún autor, además del magistrado Prado Saldarriaga que se hubiera referido al respecto.
Fiscal 2	Desconozco
Fiscal 3	la Casación N°542-2017 Lambayeque, hace referencia a la conspiración colusoria conocida como colusión simple, haciendo la distinción a que la misma que no sería el tipo base de la colusión agravada.
Fiscal 4	La doctrina nacional lo aborda como un delito de infracción de deber
Fiscal 5	Al respecto la doctrina nacional es muy incipiente respecto a este tema, en tanto continúan utilizando el <i>nomen iuris</i> colusión simple, porque no se ha producido un perjuicio patrimonial para el Estado.
Fiscal 6	Hay una posición de una parte de la doctrina, que hace mención al delito de conspiración colusoria; sin embargo, desde la afectación de los principios por parte del funcionario o servidor que participa del proceso de contratación, en mi opinión

	materializa la comisión del delito de colusión en su modalidad simple, por lo que no considero que ello deba ser considerado como conspiración, pues ya existe defraudación, ello si se tiene en cuenta que la misma no necesariamente es patrimonial, en caso fuera así, ya sería colusión agravada.
Fiscal 7	Que se trataría de la colusión simple.
Fiscal 8	Esta ha venido siendo desarrollada por dos integrantes de la Corte sostienen que el primer párrafo del artículo 384, se refiere a una conspiración colusoria al sancionarse los actos preparatorios de una colusión, basados en la expectativa que pudiera percibir el Estado.
Fiscal 9	Hay dos posiciones, para una posición es un acto preparatorio y la otra posición es una etapa de ejecución del delito.
Fiscal 10	El primer párrafo del artículo 384, se refiere a una conspiración colusoria al sancionarse los actos preparatorios de una colusión, fundado en la expectativa que pudiera percibir el Estado.

Tabla 9: *¿Qué prevé la jurisprudencia nacional respecto al delito de conspiración colusoria?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	La jurisprudencia nacional, mayoritariamente, no admite a la conspiración colusoria como delito.
Fiscal 2	Confunde al señalar que el primer párrafo (colusión simple) trataría del delito de la conspiración al delito de colusión. Siendo ello actos diferentes. Cas. 542-2017 Lambayeque
Fiscal 3	S tratamos a la colusión simple como conspiración colusoria, tendríamos que recurrir a lo establecido en el primer párrafo del artículo 384° del CP.
Fiscal 4	La jurisprudencia lo considera como un delito de infracción de un deber.

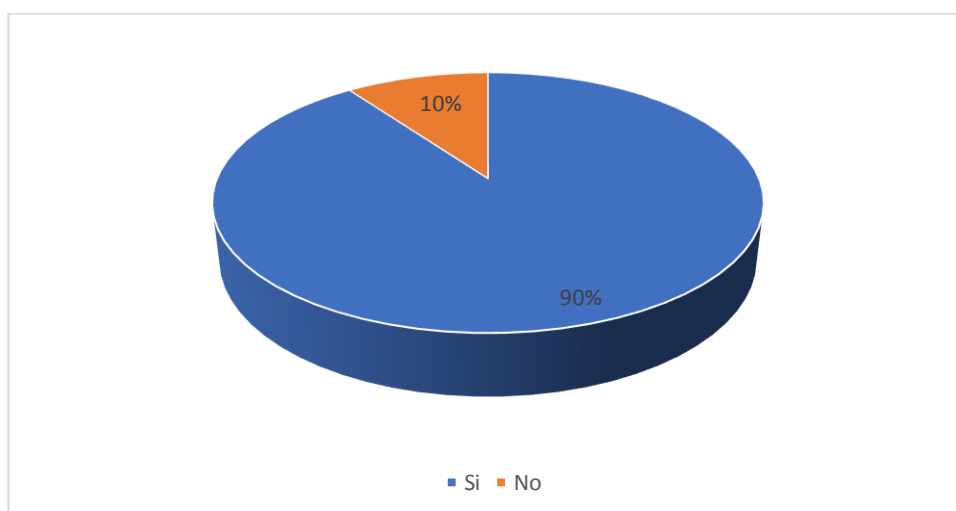
Fiscal 5	Al respecto tenemos el pronunciamiento emitido en casación por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, así en la Casación N° 542-2017-Lambayeque, los Jueces Supremos en mayoría simple han considerado que el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal tipifica a la conspiración colusoria, porque se alude expresamente a un acto preparatorio criminalizado autónomamente y como un delito de tendencia interna trascendente.
Fiscal 6	Una parte de la jurisprudencia nacional considera a la conspiración colusoria como delito, en la modalidad de Colusión Simple.
Fiscal 7	Que debe entenderse como la colusión simple
Fiscal 8	Esta ha sido desarrollada en la casación de Lambayeque, donde se plantea la conspiración colusoria como un delito de peligro.
Fiscal 9	La Casación N° 542-2017/Lambayeque, ha establecido que el artículo 384° del Código Penal no regula ni una “colusión simple” ni una “colusión agravada”, sino dos delitos afines.
Fiscal 10	Mediante Casación N° 542-2017/Lambayeque, se determinó que no hay “colusión simple” ni “colusión agravada”, sino dos delitos afines.

Tabla 10: *¿La conspiración colusoria es un acto preparatorio entre los funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al estado y es un delito de peligro abstracto? Si, no ¿Por qué?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	Sí.
Fiscal 2	Fueron respondida en las preguntas N 2 y 5
Fiscal 3	Si, ya que el tipo no solo no requiere que se cause un daño, ni que cause sus efectos.
Fiscal 4	El hecho de ubicarse en la etapa de acto preparatorio no existe una vulneración real o concreta de un bien jurídico, sino que se sanciona el solo se sanciona por el solo hecho de poner en

	<p>peligro el bien jurídico recto funcionamiento de la administración pública.</p>
Fiscal 5	<p>Considero que sí, pero este reviste autonomía al haber sido tipificado como delito, pero es de peligro porque no requiere de un resultado lesivo a un bien jurídico en específico.</p>
Fiscal 6	<p>En mi opinión es un acto preparatorio, no punible, por lo que, no resiste análisis jurídico desde mi opinión analizar dichos actos preparatorios desde la categoría jurídica del delito de peligro abstracto.</p>
Fiscal 7	<p>Si. Ya que es un acto previo a la comisión de un delito. En este caso específico el de colusión. Y es abstracto por qué no requiere para su configuración la materialización del delito.</p>
Fiscal 8	<p>Según la Casación de Lambayeque si nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, pues conforme su descripción, lo que se sanciona son los actos preparatorios.</p>
Fiscal 9	<p>Si es un delito de peligro abstracto, porque es suficiente la comprobación de la acción colusoria.</p>
Fiscal 10	<p>Según la Casación de Lambayeque si nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, pues conforme su descripción, lo que se sanciona son los actos preparatorios.</p>

Gráfico 4: *¿La conspiración colusoria es un acto preparatorio entre los funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al estado y es un delito de peligro abstracto? Si, no ¿Por qué?*



El 90% de los entrevistados señalan que la conspiración colusoria es un acto preparatorio entre los funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al estado y es un delito de peligro abstracto.

A diferencia de Chile y España, en Perú no se menciona el delito de asociación delictuosa. En España, "existe conspiración cuando dos o más personas deciden llevar a cabo un delito después de acordarlo. La conspiración se asemeja en cierta medida a un acto preparatorio porque forma parte del *iter criminis* que tiene lugar antes de la ejecución". Como tipo de coautoría anticipada que algunos autores trasladan al ámbito de la incriminación.

En el Recurso de Nulidad N.º 2350-2009 la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú interpretó el párrafo final del artículo 296, señaló: "Los actos de conspiración, sin embargo, implican una especie de coautoría anticipada en la que dos o más personas deciden cometer un delito y se comprometen a hacerlo (.) y por lo tanto cumplen ese requisito si pretenden participar como autores en la fase ejecutiva del citado delito y satisfacen sus requisitos; que en consecuencia, por tratarse de actos preparatorios punibles o de tentativa de participación en el delito, se nos presenta un caso típico diferente si se lleva a cabo la conducta pactada (.)".

En otras palabras, por representar un riesgo tan alto para los bienes jurídicos, y se castiga con la participación en una conducta premeditada específica. Participar en un negocio para cometer delitos en el futuro lo constituye. Como resultado, los conspiradores deben limitarse a planificar y delinear estructuras o acciones criminales que tendrán lugar en el corto o mediano plazo. Sólo en situaciones en las que el intercambio o acuerdo de testamentos es crucial para un proyecto delictivo común realizan actos preparatorios.

Según Cuello (1987) una conspiración es un proceso en el que varios sujetos se reúnen y, después de intercambiar ideas y objetivos, deciden cometer el delito, es decir, entre ellos, hacer algo en conjunto que de otro modo no harían. por separado. En este contexto utilizamos los términos actos preparatorios "intensos" o "intensificados". Sin poder hablar de corrupción en el sentido de que uno determina

al otro o que todos se determinan a hacer algo contra su carácter, el objetivo —el delito— en este caso es la decisión de todos los conspiradores. La realización de este acto criminal, que no es más que una actividad, requiere el consentimiento de los conspiradores.

Porque lo que sucede después de los actos preparatorios tiene como fin la realización de un delito gravísimo, es necesaria una sanción temprana. Debido a que la gravedad del delito sirve como base para la conspiración, es imposible discutir la conspiración en el contexto de delitos menores. Dada la gravedad del delito, la premisa subyacente es que retrasar la acción hasta que haya comenzado la ejecución no detendrá el delito. El legislador hace avanzar las barricadas del castigo y se posiciona antes del intento, o antes de que se realice el tipo. Como resultado, está justificado detener la peligrosidad social que se manifiesta en comportamientos con motivación criminal. Ahora, el foco está en prevenir sólo aquellas conductas que, por su manifestación, conduzcan inequívocamente al delito.

Los delitos de conspiración siempre implican un esfuerzo concertado y una decisión difícil y firme de cometer un delito de acuerdo con un plan viable. Enumeró como algunas de sus características más destacadas las siguientes: a) Debe existir un concierto de voluntades entre dos o más partes; b) Una orientación de todas las voluntades o propósitos al mismo hecho delictivo; c) La decisión definitiva y firme de ejecutar un delito, expresada en un plan concreto y determinado; d) Las actuaciones fraudulentas de cada parte, quienes deben conocer, asumir lo pactado y decidir ejecutarlo; e) La viabilidad del proyecto delictivo. La conspiración generalmente describe un acuerdo entre dos o más personas para cometer un delito en lo que respecta al número de participantes. Cabe señalar que el simple hecho de tener dos o más personas no constituye un delito de asociación ilícita porque violaría la prohibición de responsabilidad objetiva del artículo VII del Título Preliminar del Código. Más bien, debe haber un acuerdo común, y la responsabilidad penal colectiva de los agentes. Según cómo se configura la conspiración, no hay conspiración individual —de una sola persona— sino plural; Los conspiradores deben ponerse de acuerdo para decidir colectivamente cómo ejecutar un delito: es necesario convenio plural o colectivo para que la resolución penal sea conjunta, resultado de una discusión de todos los conspiradores. Para que esto suceda, el co-conspirador debe al

menos cometer un acto manifiesto. Sin embargo, no se exige que el acuerdo de los co-conspiradores para cometer el delito sea explícito, detallado o formal. Los detalles y circunstancias de cada caso pueden utilizarse para determinar si ha habido o no una conspiración (Cuello, 1987).

Para Mir Puig, el especial riesgo que supone incluir a otros en el proyecto criminal justifica castigar los actos premeditados. Por tanto, esto debe entenderse en términos del peligro real que plantean determinados actos destinados a consumar el delito, en la medida en que dicho peligro ya haya sido demostrado *ex ante*. Según Jakobs, el derecho positivo castiga la preparación en una serie de situaciones sin estar limitada por los límites que establece para el Derecho penal. Si bien algunos autores prefieren situar el delito de concierto en una etapa intermedia, entre la fase interna y los propios actos preparatorios, algo así como actos pre-preparatorios—, la naturaleza jurídica del delito de concierto es que se trata de una forma de resolución manifiesta. Tras el *iter criminis*, el delito se sitúa en una fase previa a la ejecución, es decir, entre la ideación impune y la ejecución. El delito final o por el cual se ha cometido la conspiración aún no se ha cometido, ni siquiera en su forma de intento, porque si lo fuera, será absorbido por este último (ver artículo 16 del Código). Esto significa que no procede cuando el delito planeado ya se ha cometido o se está trabajando en él porque entonces la tentativa equivaldría a la conspiración.

El Tribunal Supremo Español señaló que cuando el acto concertado pasa a medios de ejecución posteriores, cualesquiera que sean, tal infracción se desvanece y se disipa como forma punible de pena porque, cuando se ponen en práctica estas ejecuciones, absorben completamente los conciertos e ideas anteriores. Por tanto, entra en la categoría de delito secundario o residual. En otras palabras, si los sujetos coordinados comienzan a realizar el acto típico, debemos reconocer que han traspasado el alcance de actos preparatorios, entrando al terreno de lo típicamente ilegal. Penal se refiere a un intento, fracaso, realización o agotamiento de un delito en particular. Como resultado, la conducta ya no puede ser castigada como conspiración una vez que los participantes cometen actos directos para llevar a cabo el plan criminal. En cambio, deberá aplicarse la sanción, dependiendo de la etapa de ejecución, a diferencia de las naciones con tradición de *common law*, donde ambos delitos pueden ser castigados al mismo tiempo, del delito en el que se ha desarrollado.

La conspiración es una mejora de las barreras a la sanción por cometerlo (Mejía, 2022). Cuando hablamos de conspiración nos referimos a un concierto de voluntades y a una determinación compartida de cometer un determinado delito. Es fundamental que el delito no se lleve a cabo porque de lo contrario existiríamos ante una tentativa. Por lo tanto, todo delito de conspiración implica la elevación del nivel de castigo a un nivel anterior a la violación de un derecho legal. La conspiración surge por tanto de un delito peligroso, cuya tipificación en el Estado constitucional y democrático de Derecho se justifica por la necesidad de salvaguardar importantes bienes jurídicos (Tribunal Constitucional, 2015). Cano (2021) refiere que debemos referirnos a “conspiración colusoria”.

3.2. Respecto al Objetivo específico 2: “Analizar la colusión desleal entre funcionarios o servidores y los interesados mediante concertación defraudando patrimonialmente al Estado”

A fin de conocer la percepción y comprensión de los fiscales especializados en delitos derecho penal respecto a la colusión desleal se formulación preguntas de conocimiento, referidas a la conceptualización, concertación, a la defraudación estatal y al peligro concreto del delito. De las entrevistas a fiscales especializados en derecho penal, se evidencia que:

Tabla 11: *¿Qué es la colusión desleal entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar patrimonialmente al Estado?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	Entiendo que se trata de un mero acto de acuerdo, es decir, como un sólo acuerdo voluntades
Fiscal 2	Es concertar o ponerse de acuerdo
Fiscal 3	La concertación entre el público y el privado ara defraudar al tercero, que en este caso es siempre el Estado en sus diversas manifestaciones.

Fiscal 4	Funcionario o servidor público además de tener esa condición se debe coludir o poner de acuerdo con un postor, es decir en vez de defender los intereses del Estado lo que hace es parcializar se con un particular que participa en un proceso de contratación.
Fiscal 5	Es la intervención desleal, defraudando patrimonialmente al Estado.
Fiscal 6	Es la Colusión en su modalidad agravada, donde adicional al elemento concertación, se requiere la lesión efectiva al patrimonio del Estado.
Fiscal 7	Entiéndase que se trataría se la misma figura de colusión simple
Fiscal 8	Está referida al segundo párrafo del artículo 384, en el cual se tiene un resultado producto de esa concertación que daña patrimonialmente al Estado.
Fiscal 9	Es el acuerdo para defraudar al Estado.
Fiscal 10	Siempre el Estado en sus diversas manifestaciones, llegando a configurar un perjuicio

Tabla 12: *¿La sola concertación para defraudar constituye el delito de colusión desleal? Si, no ¿Por qué?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	Sí, por ello se conoce como una modalidad de tendencia interna trascendente, en el que se adelanta la intervención del Derecho Penal a la fase de actos preparatorios.
Fiscal 2	No tiene como finalidad la defraudación
Fiscal 3	Si, este delito se consuma con la sola concertación con el fin de defraudar al Estado.
Fiscal 4	En efecto, la colusión simple sanciona como delito el mero hecho de haberse concertado no requiriendo un perjuicio real sino solo se exige un potencial perjuicio.

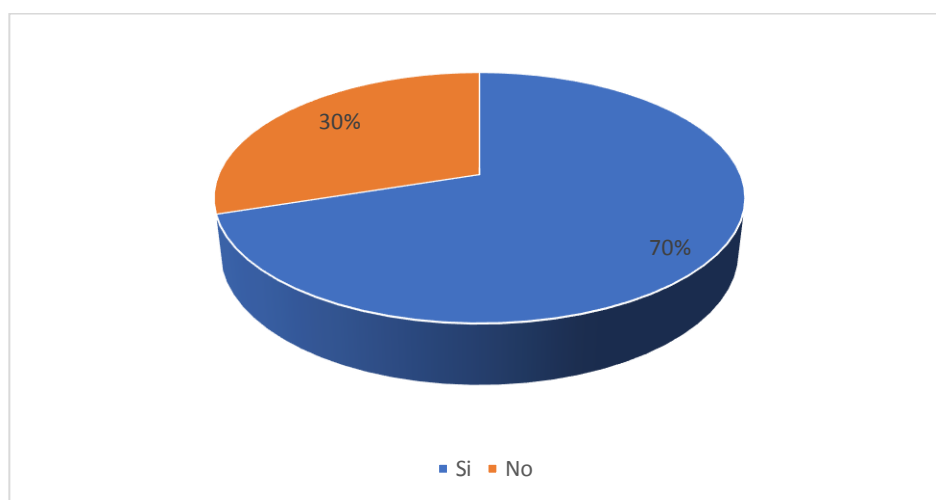
Fiscal 5	No, porque además se requiere que se haya defraudado patrimonialmente al Estado.
Fiscal 6	En mi opinión SÍ, toda vez que ya se inobservaron los principios rectores del proceso de contratación, desde el momento en que se quiebra la objetividad en el proceder del funcionario y/o servidor desde el momento en que sus actos ya están predeterminados en un sentido diferente al interés público de protección a los caudales del Estado.
Fiscal 7	Si. Por qué es su verbo rector para la configuración del mismo.
Fiscal 8	No, para la colusión desleal se requiere de un daño concreto, es decir, defraudación patrimonial al Estado.
Fiscal 9	Si, porque no se exige la defraudación del Estado.
Fiscal 10	es un tipo de peligro concreto, requiere de perjuicio, si no lo tiene estaríamos frente a la conspiración colusoria

Tabla 13: *¿La defraudación patrimonial al Estado o entidad u organismo del Estado es un elemento indispensable en la colusión desleal? Si, no ¿Por qué?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	Es un elemento que resultaría indispensable para la configuración del delito de colusión.
Fiscal 2	Si, lo exige el tipo penal
Fiscal 3	No, el tipo penal se configura con la concertación para defraudar al estado, en el caso de que ya haya una defraudación se estaría ante la colusión agravada.
Fiscal 4	Solo se exige un potencial perjuicio no un perjuicio real.
Fiscal 5	Sí, porque si bien el delito de colusión desleal previsto en el segundo párrafo del artículo 384 del CP es un delito de estructura comisiva, se le agregado que defraude patrimonialmente al estado.
Fiscal 6	Sí, para la colusión en su modalidad agravada, al ser esta un delito de resultado necesariamente requiere la defraudación patrimonial al Estado.

Fiscal 7	No. solo se requiere acreditar los actos de concentración dentro de un proceso de contratación pública.
Fiscal 8	Si, de lo contrario estaríamos frente al primer párrafo del artículo 384
Fiscal 9	Es un elemento indispensable en la colusión agravada.
Fiscal 10	según el segundo párrafo del art. 384 si, aunado a que esto sería el elemento configurador para que sea de peligro concreto.

Gráfico 5: *¿La defraudación patrimonial al Estado o entidad u organismo del Estado es un elemento indispensable en la colusión desleal? Si, no ¿Por qué?*



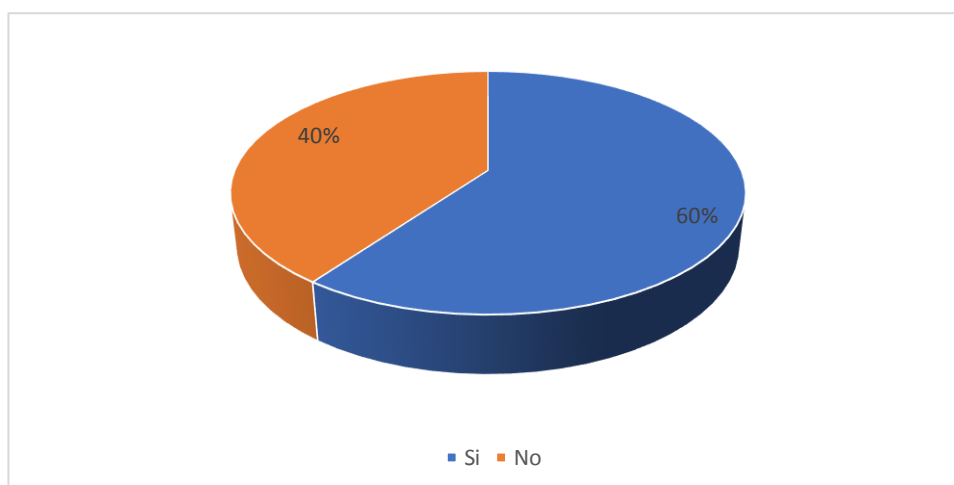
El 70% de los entrevistados señala que la defraudación patrimonial al Estado o entidad u organismo del Estado es un elemento indispensable en la colusión desleal? Si, no ¿Por qué?

Tabla 14: *¿La colusión desleal es un delito de peligro concreto? Si, no ¿Por qué?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	Sí. Si consideramos que el bien jurídico del delito de colusión, es más que sólo el daño o afectación patrimonial, definitivamente el delito de colusión desleal es de peligro concreto, ya que la intervención confabulada en un proceso de contratación concreto implica frustrar al Estado de obtener un o mejor servicio o producto.

Fiscal 2	Si por que exige el tipo penal que no solo basta la concertación sino también es necesario que tenga finalidad defraudatoria
Fiscal 3	Si, el tipo penal prevé que para su configuración del tipo se requiere tan solo la puesta en peligro, es decir, cuando se realiza la concertación con el fin de defraudar al Estado.
Fiscal 4	No porque no exige un perjuicio real sino una conducta que ponga en peligro
Fiscal 5	Sí, porque se requiere una intervención desleal concreta, material que sea tangible, por parte de los funcionarios o servidores a favor de terceros intervinientes en algún proceso.
Fiscal 6	En mi opinión NO. Es de resultado, pero no un resultado patrimonial, sino de inobservancia a los Principios, verificados el incumplimiento o la violación a los mismos, el delito de colusión en su modalidad simple ya se ha verificado.
Fiscal 7	No. Por qué se requiere que se realice los actos de concertación y defraudación para la configuración del mismo.
Fiscal 8	Si, se requiere necesariamente de resultado, plasmado en el perjuicio económico al Estado.
Fiscal 9	No, porque no exige el elemento típico de defraudar.
Fiscal 10	si, por el perjuicio al Estado.

Gráfico 6: *¿La colusión desleal es un delito de peligro concreto? Si, no ¿Por qué?*



El 60% de los entrevistados señala que la colusión desleal es un delito de peligro concreto.

Tabla 15: *¿Considera que el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal prevé el delito de colusión desleal o la colusión agravada? Fundamente su respuesta.*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	Sólo colusión desleal. La posición doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria supone que el segundo párrafo sanciona el delito de colusión agravada porque existe una afectación patrimonial concreta, no obstante, no concuerdo con esta posición porque es contrario a la naturaleza pluriofensiva de este delito, tanto más que el patrimonio en sí podría encontrarse protegido en figuras como peculado, malversación de fondos u otros.
Fiscal 2	Si, ya que exige defraudación patrimonial
Fiscal 3	El segundo párrafo del artículo 384 del CP prevé el delito de colusión agravada, donde es necesario tener como elemento posterior a la concertación, la defraudación patrimonial - perjuicio patrimonial contra el Estado.
Fiscal 4	El segundo párrafo exige que la concertación con los interesados importe una defraudación patrimonial al Estado o entidad u organismo del Estado.
Fiscal 5	Considero que es colusión desleal, porque cuanto se ha dado en sí la materialización de la concertación, ya no resulta ser sólo un acto preparatorio.
Fiscal 6	Colusión Agravada, siendo agravada pues la deslealtad del funcionario ha causado adicionalmente una afectación al patrimonio del Estado.
Fiscal 7	Colusión agravada por qué se requiere en dicho párrafo que exista un perjuicio patrimonial al estado.
Fiscal 8	Tal cual se encuentra descrita por el legislador se trata de una colusión agravada por cuanto, no sólo requiere la concertación, sino además el resultado
Fiscal 9	Colusión Agravada, porque es un tipo penal que tiene como elemento la defraudación patrimonial para su consumación.

Fiscal 10	Si, dado que prevé la tangibilización de la conspiración colusoria.
-----------	---

Tabla 16: *¿Qué prevé la doctrina nacional respecto al delito de colusión desleal?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	Me parece que, la doctrina nacional, mayoritariamente, considera que la colusión desleal se entiende como el delito de colusión, el cual cuenta con dos modalidades una simple (regulada en el primer párrafo) y otra agravada (regulada en el segundo párrafo)
Fiscal 2	Existe diversidad de autores que escriben al respecto, esencialmente prevé que es un delito de encuentro
Fiscal 3	Todos aquellos contratos a cargo del Estado con la naturaleza de económica; por lo tanto, este delito no debe interpretarse de manera restrictiva, sino amplia, puesto se tratan de actos jurídicos en los que participa el Estado y estos tienen diversa naturaleza.
Fiscal 4	Es un tipo penal especial propio y de resultado material
Fiscal 5	Con el <i>nomen iuris</i> colusión desleal no se encuentra antecedentes, pese a búsqueda efectuada no encontré doctrina al respecto.
Fiscal 6	No existe una postura unánime. Sin embargo, coincido con aquella que señala que la colusión desleal, es cuando el funcionario y/o servidor se conduce de forma deshonesto al interior de un proceso de contratación, siendo que una vez que esa deslealtad adicionalmente afecta el patrimonio del Estado, se agrava su comportamiento, pues el reproche penal también se incrementa, lo cual es de verse con la diferencia de penas entre ambas modalidades.
Fiscal 7	Enfocada al delito de colusión de forma generalizada. Entiéndase que involucra actos de concertación y perjuicio económico.

Fiscal 8	La doctrina aborda la colusión desleal, como el concierto fraudulento entre los funcionarios y el <i>extraneus</i> con la finalidad de perjudicar patrimonial al Estado
Fiscal 9	Como uno de los elementos del tipo, la defraudación patrimonial.
Fiscal 10	La doctrina aborda la colusión desleal, como el concierto fraudulento entre los funcionarios y el <i>extraneus</i> con la finalidad de perjudicar patrimonial al Estado

Tabla 17: *¿Qué prevé la jurisprudencia nacional respecto al delito de colusión desleal?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	La jurisprudencia nacional, maneja un criterio similar al sostenido por la doctrina nacional mayoritaria, como señale en la respuesta anterior.
Fiscal 2	Existe multiplicidad de jurisprudencia donde se distingue el delito de colusión simple y agravado.
Fiscal 3	Este delito se encuentra establecido en el primer párrafo del artículo 384 de CP, estableciéndose como aquel en el que un funcionario o servidor público concierta con un particular sobre una contratación, adquisición o cualquier operación que se realice en el desempeño de su cargo con la finalidad de defraudar al Estado.
Fiscal 4	La jurisprudencia ha establecido que en el delito de colusión desleal el agente debe participar en el acuerdo previo para defraudar al Estado y no con posterioridad.
Fiscal 5	En la Casación N° 542-2017-Lambayeque, emitida por la Sala Transitoria de la Corte Suprema se hace un análisis del segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal, resaltando que no se trataría del delito de colusión agravada sino de colusión desleal en sí, por cuanto se da participación activa de un funcionario en una negociación en proceso o ejecución, es decir se

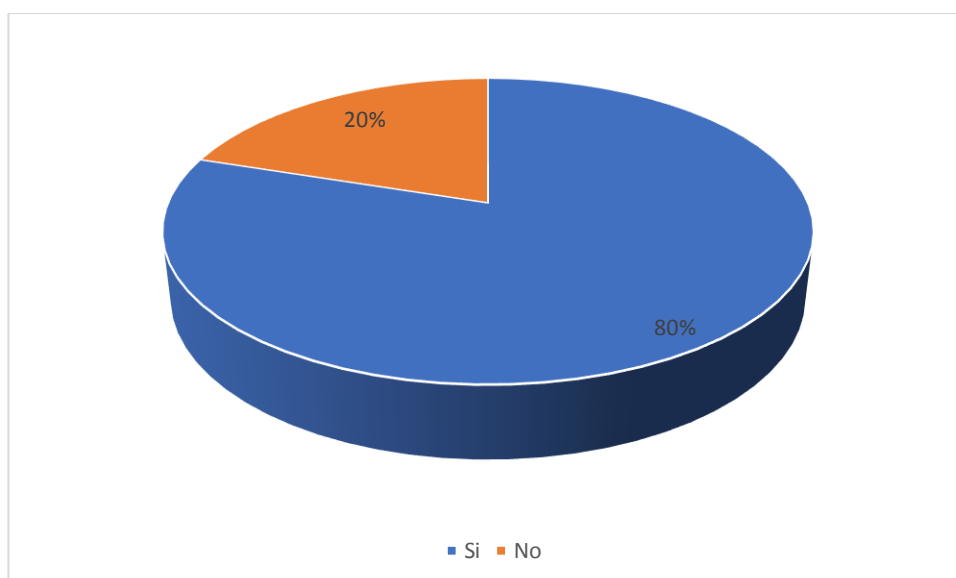
	materializa el fuero interno del sujeto activo, con lo cual defrauda al Estado.
Fiscal 6	Sobre la Colusión desleal, tenemos pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional en el que señala que la Colusión Desleal, siempre ocasiona una Defraudación, la única diferencia, entre la simple y la agravada, es el tipo de perjuicio causado, en la primera la lesión al Estado aún no alcanza a su patrimonio, en la segunda sí.
Fiscal 7	Que es aquel delito donde se requiere solo los actos de concertación donde no necesariamente se perjudique al estado.
Fiscal 8	En igual medida se plantea que para el delito de colusión desleal tiene que existir perjuicio patrimonial al Estado
Fiscal 9	Que se acredite la defraudación patrimonial.
Fiscal 10	Que es aquel delito donde se requiere solo los actos de concertación donde no necesariamente se perjudique al Estado

Tabla 18: *¿La colusión desleal es la concertación con los interesados concretando una defraudación patrimonial al Estado y es un delito de peligro concreto? Si, no ¿Por qué?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	Me parece que dicho supuesto configura un delito de peligro concreto, porque se verifica la afectación a los principios de contratación con el Estado.
Fiscal 2	Sí, conforme mi respuesta 9
Fiscal 3	Si, ya que para que el delito se configure se requiere tan solo de una puesta en peligro a la objetividad en la actividad contractual del Estado.
Fiscal 4	Si existe una defraudación patrimonial concreta hablamos de que existe un perjuicio real, es decir exige un resultado.
Fiscal 5	Considero que sí, porque se ha puesto causado de manera efectiva y directa un peligro a un bien jurídico tutelado.
Fiscal 6	La colusión con defraudación patrimonial no es un delito de peligro concreto, sino de resultado.

Fiscal 7	Si. Ya que hasta con poner en peligro la imparcialidad en la función.
Fiscal 8	Si, porque con el resultado se afecta patrimonialmente al Estado
Fiscal 9	Si, es un delito de peligro concreto, porque requiere se acredite el peligro real sufrido por el bien jurídico protegido.
Fiscal 10	Si. dado que trastoca la imparcialidad de la gestión pública

Gráfico 7: *¿La colusión desleal es la concertación con los interesados concretando una defraudación patrimonial al Estado y es un delito de peligro concreto? Si, no ¿Por qué?*



El 80% de los entrevistados señala que la colusión desleal es la concertación con los interesados concretando una defraudación patrimonial al Estado y es un delito de peligro concreto.

Constituye colusión desleal el acuerdo realizado por el funcionario o servidor público responsable con terceros (interesados) en el marco de contratos y acuerdos estatales con el fin de defraudar al Estado. En consecuencia, se configura como un delito único, lo que significa que sólo una persona calificada –en este caso, un funcionario público vinculado funcionalmente a la contratación pública– puede cometer el delito (Huaynates, 2017).

Cuando un funcionario público y una parte interesada se confabulan para afectar de manera fraudulenta y negativa al Estado al acordar contratos que son de su competencia, esto se considera colusión desleal. El acuerdo colusorio, el fraude cometido contra el Estado y las diversas modalidades contractuales son algunos de los componentes que componen el tipo penal. El delito de colusión es un tipo único de delito con resultado material. Es único porque sólo personas calificadas (funcionarios públicos que también están funcionalmente conectados con la contratación estatal) pueden llevar a cabo este tipo particular de delito.

Alcócer (2009) señaló que la colusión desleal es un delito de resultado (debe resultar en daño al Estado para que se consuma, como veremos más adelante) y su devaluación de la acción (riesgo creado por el autor) presupone la realización de un acuerdo deshonesto y engañoso. “La conducta o comportamiento típico en relación con los momentos de ejecución-consumo está dado así por la concertación fraudulenta con el consiguiente fraude patrimonial a los intereses del Estado” (Rojas, 2002). El engaño al interés público tiene como resultado que el Estado, sus organizaciones o entidades sean defraudados por el incumplimiento por parte de los sujetos vinculados de las obligaciones especiales que han asumido. Esto viola la confianza de la sociedad y del Estado.

Abanto (2004) afirma que “el acuerdo debe producirse de manera fraudulenta, es decir, mediante técnicas engañosas que den la impresión de actitudes legítimas”. El engaño tiene apoyo no sólo a nivel de la doctrina nacional sino también en el desarrollo de pensamiento jurisprudencial como componente del tipo señalado en el artículo 384 del Código Penal (Reategui, 2009).

Es aquel acuerdo que el funcionario o servidor público calificado realiza con terceros (interesados), en el marco de contratos y acuerdos estatales, con el fin de defraudar al Estado logrando su perjuicio patrimonial.

3.3. Respecto al Objetivo específico 3: “Proponer la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal”.

A fin de conocer la percepción y comprensión de los fiscales especializados en derecho penal respecto a la conspiración colusoria se formulación preguntas referidas a la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal. De la aplicación de las entrevistas se evidencia que:

Tabla 19: *¿Es viable la tipificación de un mismo tipo penal como delito de peligro abstracto y concreto en un solo artículo de la norma? Si, no ¿Por qué?*

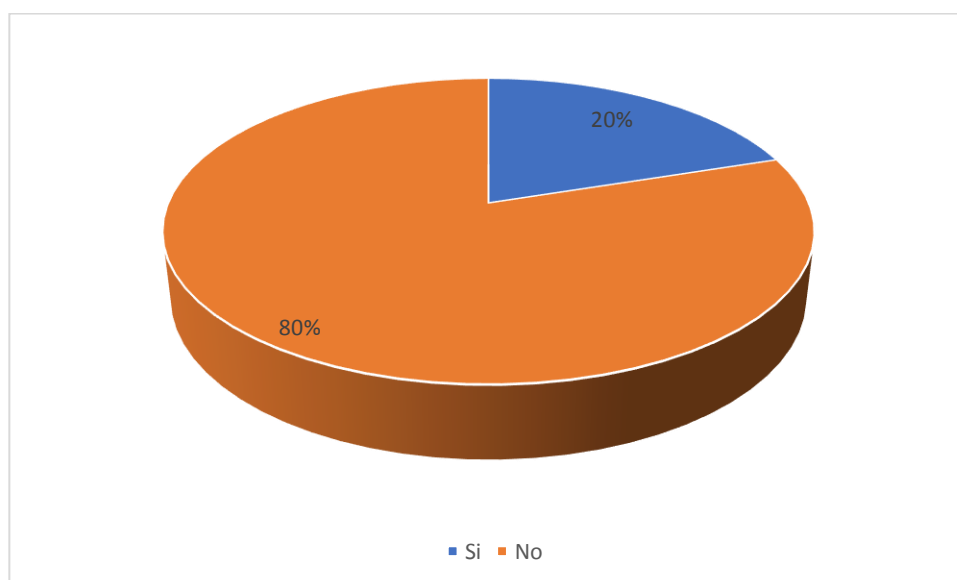
Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	Me parece que no es adecuado.
Fiscal 2	No, resultaría contradictorio.
Fiscal 3	Si, porque el tipo penal transita por el <i>iter criminis</i> en que el delito se puede cometer.
Fiscal 4	No existe contradicción si ambas formas de delito se encuentran en párrafos distintos y se desarrollan como una como agravante. No ha existido problema en su aplicación práctica ni contradicciones en su interpretación.
Fiscal 5	Para efectos dogmático-sistemáticos, no resulta viable, pues se advierte una técnica incorrecta, pues analizada la naturaleza de las conductas tipificadas resultan ser tipos penales totalmente autónomos y sin ningún tipo de vínculo, como se aprecia en otros artículos donde se recoge al tipo base y agravado.
Fiscal 6	Si analizo ello, desde el delito de Colusión, soy del parecer que ambos son de resultado, solo que el resultado no es el mismo en el delito de Colusión Simple y en el delito de Colusión Agravada.
Fiscal 7	No. Lo ideal es que cada hecho de relevancia penal se subsuma en su propio tipo penal. Salvo que se trate de agravantes.
Fiscal 8	No sería viable, no obstante, se debe tener presente que el delito de colusión ha sido entendido mayoritariamente y en

pronunciamientos de la Corte Suprema, como un delito de infracción de deber.

Fiscal 9 No, porque se debería legislar en un artículo aparte por mejor técnica legislativa.

Fiscal 10 No. Lo ideal es que cada hecho de relevancia penal se subsuma en su propio tipo penal. Salvo que se trate de agravantes.

Gráfico 8: *¿Es viable la tipificación de un mismo tipo penal como delito de peligro abstracto y concreto en un solo artículo de la norma? Si, no ¿Por qué?*



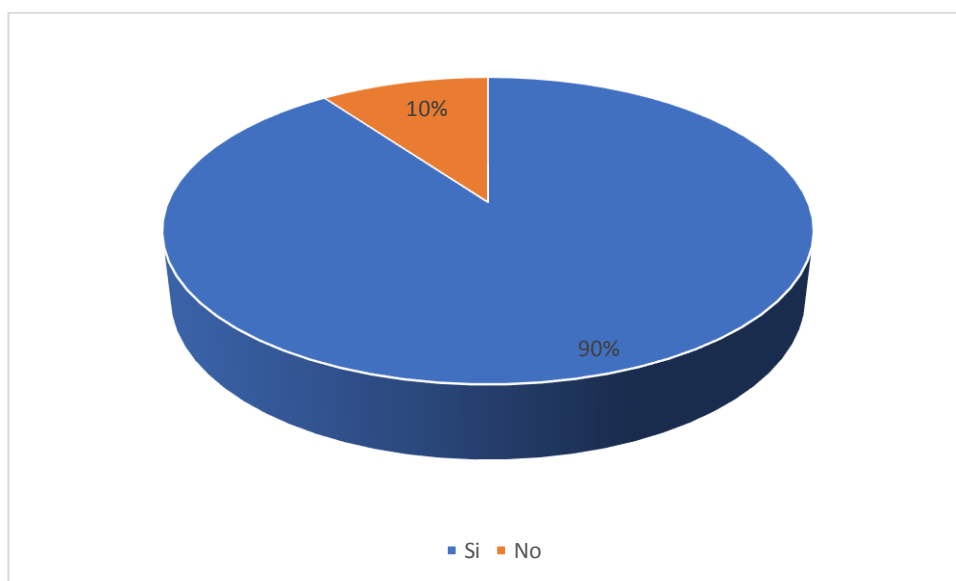
El 80% de los entrevistados señala que no es viable la tipificación de un mismo tipo penal como delito de peligro abstracto y concreto en un solo artículo de la norma.

Tabla 20: *¿Es viable legalmente proponer la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal? Si, no ¿Por qué?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	Legislativamente inclusive promulgar leyes con nombre propio, véase la Ley que modifica el plazo de prescripción a un año (art. 84 del CP), o la norma que permite al presidente de la República gestionar su función de forma remota cuando salga

	del Perú. En consecuencia, parece viable considerar que el poder legislativo planté y apruebe todo tipo de modificaciones.
Fiscal 2	Si, por que en la práctica se ha verificado este tipo de actos previos que tuvieron participación otros actores que hizo posible la colusión final donde participaron otros actores.
Fiscal 3	Si, La figura de la colusión desleal se desvincularía de la figura de la colusión agravada no como delito previo o inicial, sino como un tipo propio.
Fiscal 4	Las normas se regulan para solucionar conflictos que se generan en la sociedad sino existe problemas en su aplicación y esta si solucionan problemas o conflictos sociales es indistinto una modificatoria.
Fiscal 5	Sí, en tanto este nuevo análisis de la génesis de los tipos penales comprendidos en el artículo 384 del CP, lleva a la conclusión que efectivamente ambos tienen como tema central la colusión, sin embargo, los supuestos de hecho son totalmente distintos y por una cuestión de orden y técnica legislativa se debería precisar con dichos <i>nomen iuris</i> .
Fiscal 6	No. Pues considero que sería un cambio innecesario, pues no comparto de la tesis de la conspiración colusoria.
Fiscal 7	Si. Ya que estamos ante figuras distintas y que resulta importante sean reconocidas y se establezcan dentro de la tipología del delito de colusión.
Fiscal 8	Si, pudiese ser viable, siempre y cuando se tenga los conceptos claros de la tipificación
Fiscal 9	Si es viable por técnica legislativa.
Fiscal 10	Si. Ya que estamos ante figuras distintas.

Gráfico 9: *¿Es viable legalmente proponer la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal? Si, no ¿Por qué?*



El 90% de los entrevistados señala que es viable legalmente proponer la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal.

Tabla 21: *¿Cuáles son los beneficios de proponer la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	El principal beneficio, sería otorgar seguridad y predictibilidad en los procesos judiciales.
Fiscal 2	Otorga un mayor de espacio que a la fecha son actos no punibles, para una recta administración de justicia
Fiscal 3	Establecer o delimitar la figura de la colusión desleal de los actos previos al delito.
Fiscal 4	No encontraría un beneficio en una modificatoria si la norma vigente si resuelve un problema o protege correctamente un bien jurídico.

Fiscal 5	Sería mejorar la relación dogmático-sistemática, considerando a las figuras de manera correcta y tal como se encuentran plasmadas en el tipo penal, porque como se encuentran actualmente da la impresión que el segundo párrafo debiera ser el agravante del primer párrafo, el cual se ha sobreentendido sería el tipo penal base; situación que hemos analizado y no resulta ser lo apropiado.
Fiscal 6	Ninguna. Pues no coincido con el sector de la doctrina que la propone.
Fiscal 7	El reconocimiento de nuevos delitos y que no quede impune determinadas conductas de relevancia penal.
Fiscal 8	Se precisaría independientemente las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal
Fiscal 9	Los beneficios de proponer la modificatoria al artículo 384° del Código Penal, sería el mejor manejo de cada tipo penal.
Fiscal 10	El reconocimiento de nuevos delitos y que no quede impune determinadas conductas de relevancia penal

Un acto preparatorio de colusión constituye la conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado por cuanto tomando en cuenta el *inter criminis* del delito, la fase preparatoria es la etapa inmediatamente anterior a la ejecución del delito, en ese sentido la conspiración a la colusión se materializaría con actos preparatorios. Si, uno hace un análisis de la etapa de *iter criminis* se tiene que la conspiración colusoria se ubica antes de los actos ejecutivos es decir se ubica entre la ideación impune y una forma imperfecta de ejecución.

La colusión desleal es un delito de peligro concreto pues consideramos que el bien jurídico del delito de colusión, es más que sólo el daño o afectación patrimonial, definitivamente el delito de colusión desleal es de peligro concreto, ya que la intervención confabulada en un proceso de contratación concreto implica frustrar al Estado de obtener un o mejor servicio o producto.

A continuación, se presenta el proyecto de ley:

SUMILLA: PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PENAL RESPECTO A LOS DELITOS COLUSORIOS

La Abog. Paulina Roque de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, practicando el derecho de iniciativa legislativa que le otorga la Constitución, presenta la siguiente propuesta legislativa a fin de que sea elevada a debate en el congreso, con el detalle siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PENAL RESPECTO A LOS DELITOS COLUSORIOS

Artículo Único. - La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 384 del Código Penal, para determinar los tipos colusorios, derogando el anterior y quedando redactada de la siguiente forma:

Artículo 384.- CONSPIRACIÓN COLUSORIA

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado **conspira colusoriamente** 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 a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Artículo 384 - A.- COLUSIÓN DESLEAL

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, **durante el proceso de negociación de naturaleza patrimonial**, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, mediante **colusión desleal** con los interesados, defraudare 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 a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

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

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

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Única. Vigencia Lo dispuesto en el Decreto Legislativo entra en vigor a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial “El Peruano”.

3.4. Respecto al Objetivo general: “Establecer las diferencias de la conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú”

A fin de establecer las diferencias de la conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú, se considero entrevistar a fiscales penales, los cuales señalaron las siguientes diferencias:

Tabla 22: *¿Cuáles son las diferencias de la conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú?*

Entrevistado	Categorías
Fiscal 1	Me parece que, posible establecer una diferencia en tanto, el primero (conspiración colusoria) implica un mero acuerdo de voluntades para defraudar puede advertirse incluso en un momento previo a la convocatoria o contratación en sí misma; mientras que la colusión desleal, necesariamente exige intervención en un proceso contratación estatal.
Fiscal 2	Es un acto previo a la colusión del primer párrafo del art. 384 CP.
Fiscal 3	La conspiración colusoria pertenecería a la fase del <i>iter criminis</i> anterior a la ejecución del delito de la colusión desleal.
Fiscal 4	En el Perú ni la doctrina ni la jurisprudencia aborda la figura de colusión desleal como una figura conspirativa, de ahí que la diferencia radicaría si estamos frente a un delito de colusión desleal simple o agravada en ese caso la diferencia se reflejaría en el perjuicio.
Fiscal 5	En el caso de conspiración colusoria se trata de una conspiración preparatoria o acuerdo previo que se configura con el mero concierto de voluntades, sin embargo, en la colusión desleal se ve el despliegue efectivo, concreto y real por parte del funcionario quien en sí interviene en una negociación que está en proceso.
Fiscal 6	La diferencia que le dan algunos doctrinarios es que la conspiración colusoria, sería la modalidad simple de la Colusión, y la Colusión Desleal, aquella en su modalidad agravada. Pero discrepo de dicha posición, porque la afectación de los principios que garantizan la protección al Estado no puede entenderse como era Conspiración, en mi opinión ya existe afectación al Estado, aunque no patrimonial, si se

verifica esta última, tenemos la segunda modalidad de colusión agravada.

- | | |
|-----------|--|
| Fiscal 7 | Podríamos decir que la conspiración es el acto previo al delito de colusión desleal. |
| Fiscal 8 | Básicamente las definiciones han sido planteadas en la Casación Lambayeque, en la cual se señala que la conspiración colusoria estaría referida a los actos preparatorios de la concertación, mientras de la colusión desleal requiere de un resultado |
| Fiscal 9 | Es la defraudación patrimonial. |
| Fiscal 10 | la conspiración colusoria estaría referida a los actos preparatorios de la concertación, mientras de la colusión desleal requiere de un resultado |
-

Del análisis documental al Casación 542-2016-99-1706-JR-PE-05, se evidencia que dentro de las interpretaciones que ha emitido la Corte Suprema al delito de Colusión se tiene la desarrollada por los Magistrados Prado & Quintanilla, quienes señalan que el delito de colusión ha sido construido históricamente siempre por el legislador nacional como un acto de negociación maliciosa porque el funcionario público no protege los intereses del Estado, por el contrario, defrauda la expectativa del Estado al concertarse ilícitamente con alguna de las partes intervinientes en el proceso de negociación.

Mientras que el voto mayoritario emitido por los Magistrados Barrios Alvarado, Castañeda Otsu, Pacheco (Casación N°542-2017 - Lambayeque, 2019), señalan que en el tipo penal de Colusión en las modalidades simple y agravada, se sanciona la infracción de la confianza, nuestra Carta Magna y leyes extrapenales relacionadas con la contratación pública, además, la idoneidad de perjudicar los intereses del patrimonio estatal (colusión simple) o la lesión efectiva en el patrimonio del Estado (colusión agravada).

Los jueces Prado y Quintanilla aseveran que cuando el legislador alude a un plan “para defraudar al Estado” en el primer párrafo, en realidad se está refiriendo a un fin ficticio o trascendente tendencia interna que dirige la conducta deshonesta del funcionario frente a la inmediata o una audiencia lejana. Por lo tanto, es solo un acuerdo preliminar que se criminaliza por sí solo y que dogmáticamente podría funcionar también como un concierto

para delinquir. En consecuencia, se configura con el acuerdo de voluntad simple que puede darse en las primeras fases de los procesos de negociación (convocatoria, presentación de documentos o propuestas técnicas, etc.). En otras palabras, luego de la consulta inicial o acuerdo previo, el funcionario y la parte acuerdan entablar tácticas de negociación desleal. En cuanto al fraude previsto en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal, se produce cuando se viola o frustra la expectativa estatal durante un proceso de negociación patrimonial cuando el funcionario cuando admite o tolera una dirección coordinada de los bienes y servicios sobrevaluados y desventajosos.

Respecto al análisis al Expediente 05145-2015-63-1708-JR-PE-01, se evidencia que la imputación en contra de los acusados se sustenta en el Informe de auditoría N° 924-2015-CG/CRN-AC, donde se detalla que el comité de recepción de obra otorgó la conformidad en la ejecución de la misma a pesar de las existencias de partidas no realizadas pero canceladas por la Municipalidad Distrital de Salas, generaron un perjuicio económico a la entidad.

La absolución por parte del Juzgador radica en que la defraudación patrimonial al Estado no ha quedado suficientemente probada pues han existido construcciones adicionales no declaradas ante la Municipalidad por la Empresa contratista ni por el supervisor de la obra, que se hicieron en favor de la misma y que no habrían sido tomados en cuenta al momento de efectuarse el informe de auditoría, hecho que impediría sustentar más allá de toda duda razonable que haya existido actos ilícitos de concertación para causar un perjuicio patrimonial al Estado.

Se verifica en la sentencia que el Juzgador considera que la defraudación estatal debe ser potencial o efectiva y en el presente proceso materia de análisis al no verificarse dicha defraudación, considera que deben ser absueltos los acusados, sin embargo, se impone reparación civil por las inobservancias de tipo administrativo. En el mismo sentido se pronuncia la Sala Superior, pero en su resolución, reduce el monto de reparación civil.

A consideración de la tesista, existió una inadecuada valoración por parte del Juez de Primera Instancia como los de Sala Superior, acerca del Informe de Contraloría, pues, son los expedientes técnicos los que marcan la pauta para la ejecución de las obras, por lo tanto, cualquier modificación que se realice en la ejecución de las partidas de las obras, debe respetar el trámite establecido.

En primer lugar desde la entrega del terreno, el contratista tiene la opción de realizar las observaciones correspondientes previos a la ejecución, además cualquier modificación en la ejecución de la obra debe ser comunicada al supervisor o inspector de obra para que éste a su vez lo comunique a la entidad quien deberá solicitar al proyectista la modificación de las partidas solicitadas, para luego ser aprobadas por la entidad, pues las modificaciones en la ejecución de partidas implica el aumento o disminución del presupuesto a cancelar al contratista e incluso el otorgamiento de adicionales, esto con la finalidad de no perjudicar la ejecución de la obra.

Sin embargo, el comité de recepción de obra, señala que las partidas se encuentran ejecutadas en su totalidad dando la conformidad y sin observar las modificaciones unilaterales realizadas por la empresa contratista en su ejecución, lo que para la observadora si son indicios de colusión, pues ha impedido a la entidad alcanzar la finalidad de ejecutar la obra conforme a lo establecido en el expediente técnico, además dificulta el posterior reclamo de la entidad respecto a los denominados vicios ocultos.

De otro lado, la labor del supervisor debe ser permanente y a dedicación exclusiva en la obra, con la finalidad de verificar la correcta ejecución de la misma; sin embargo, no se realizó observación alguna a la ausencia de dicho profesional durante la ejecución de la obra, lo que habría dado lugar al cobro de penalidades o resolución de su contrato por incumplimiento del mismo.

Asimismo, se observa que, en la presente sentencia, la aplicación del criterio jurisprudencial de considerar que, en la colusión, la defraudación debe ser potencial o efectiva es decir pregonar las figuras diferenciadas en peligro abstracto y concreto.

La figura de conspiración colusoria puede parecer discutible, no obstante, es parece una interpretación más coherente desde una perspectiva histórica, del bien jurídico protegido y por la redacción adoptada en el art. 384 del Código Penal. La figura de la conspiración colusoria ayudaría a delimitar y dar realce a la figura de la colusión desleal.

En el caso de conspiración colusoria se trata de una conspiración preparatoria o acuerdo previo que se configura con el mero concierto de voluntades, sin embargo, en la

colusión desleal se ve el despliegue efectivo, concreto y real por parte del funcionario quien en sí interviene en una negociación que está en proceso. La conspiración colusoria es un delito de peligro abstracto y la colusión desleal un delito de peligro concreto que requiere de perjuicio económico para su configuración.

Capítulo IV

Discusión

Respecto al objetivo específico 1.- La conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado es la concertación previa entre el funcionario y *extraneus* antes que se realice una licitación o adquisición del estado que por ley debe de efectuarse mediante concurso público. Esta debe entenderse como el acto de concertación preparatoria ilícita donde los funcionarios y la parte se comprometen a realizar una negociación desleal, en tal sentido la conducta de los funcionarios o servidores va dirigida a defraudar patrimonialmente al Estado, sin que se llegue a consumar dicho acuerdo.

Un acto preparatorio de colusión constituye la conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado por cuanto tomando en cuenta el *iter criminis* del delito, la fase preparatoria es la etapa inmediatamente anterior a la ejecución del delito, en ese sentido la conspiración a la colusión se materializaría con actos preparatorios. Si, uno hace un análisis de la etapa de *iter criminis* se tiene que la conspiración colusoria se ubica antes de los actos ejecutivos es decir se ubica entre la ideación impune y una forma imperfecta de ejecución.

La sola concertación para defraudar constituye el delito de conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado, por cuanto se verifica la intención de perjudicar al Estado. El solo hecho de ponerse de acuerdo para favorecer a un particular en un proceso de contratación hace que dicha conducta sea idónea para poner en riesgo o en peligro un bien jurídico que es imparcialidad del funcionario o servidor en un proceso de contratación. Dado que el acuerdo es la voluntad contraria a los intereses del Estado, siendo que la administración pública es un bien jurídico superior, estamos frente a un delito de peligro abstracto.

La defraudación al Estado o entidad u organismo del Estado es un elemento indispensable en la conspiración colusoria. Basta el solo acuerdo no se requiere una defraudación, el legislador penal siguiendo un criterio político criminal ha establecido que basta la conspiración colusoria para ser considerado un peligro potencial que ponga en peligro un interés valioso (bien jurídico).

La conspiración colusoria es un delito de peligro abstracto ya que sería el inicio del *iter criminis* configurado o a expensas de su concreción. No se requiere un daño tangible para sancionarlo. Basta el sólo hecho de negociar maliciosamente, sin necesidad que se produzca un resultado en concreto que evidencie la defraudación al Estado.

El primer párrafo del artículo 384 del Código Penal prevé el delito de conspiración colusoria ello en razón a la descripción típica elegida por el legislador en el primer párrafo, ya que literalmente se advierte la preposición común en los delitos de tendencia interna, es decir, no exige defraudación como en el delito de colusión sino contrariamente describe un comportamiento previo a la defraudación. Asimismo, porque del análisis comparativo de ambos párrafos, no es posible advertir en la llamada colusión agravada, un comportamiento base más alguna agravante, sino que verifican comportamientos independientes en el primer y segundo párrafo. El primer párrafo del art. 384 se sanciona el acuerdo colusorio o pacto colusorio no se exige que esta se materialice. Recoge la conspiración colusoria, mas no la colusión simple, porque tal como ha sido tipificado se advierte que alude expresamente a un acto preparatorio criminalizado autónomamente y como un delito de trascendencia interna.

La doctrina nacional respecto al delito de conspiración colusoria se ha desarrollado través del *nomen iuris* colusión simple, porque no se ha producido un perjuicio patrimonial para el Estado. La conspiración colusoria conocida como colusión simple, con la salvedad de que no sería la forma base de colusión agravada. El primer párrafo del artículo 384 del Código Penal se refiere explícitamente a un acto preparatorio que se tipifica de manera autónoma y como delito de tendencia interna trascendente, y los Jueces Supremos han determinado por mayoría simple que ese tipifica el concierto para coludir.

En conclusión, la conspiración colusoria es un acto preparatorio entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado. Es un delito de peligrosidad abstracta porque no existe violación real o concreta de un bien en esta etapa. Sin embargo, la única sanción es poner en peligro la capacidad de la administración pública para ejercer sus derechos legales. El Estado decide que es conveniente elevarlo a la categoría de delito como cualquier otro delito con todos sus elementos constitutivos a fin de prevenir el futuro acto delictivo.

Estos resultados, se afianzan en García (2019) quién concluyó que se denomina colusión a los acuerdos o acciones coordinadas entre los denominados cárteles o mafias de contratación estatal, donde los contratos resultantes de la contratación pública están amañados para favorecer a ciertos licitadores sobre otros. De igual modo, se consolidan en Choque (2023) concluyó que es un desafío realizar investigaciones exhaustivas sobre denuncias de colusión y delitos contra la administración pública porque es difícil probar un hecho oculto, como un acuerdo colusorio entre dos personas (*intraneus* y *extraneus*), así como investigaciones de este tipo de delitos. y la carga procesal de los fiscales especializados en corrupción oficial.

Respecto al objetivo específico 2.- la colusión desleal entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar patrimonialmente al Estado Es la intervención desleal, concertada, actual y concreta de un funcionario en una negociación en proceso o ejecución, defraudando patrimonialmente al Estado.

La concertación que llega a defraudar al Estado constituye el delito de colusión desleal que ya se inobservaron los principios rectores del proceso de contratación, desde el momento en que se quiebra la objetividad en el proceder del funcionario y/o servidor cuando sus actos ya están predeterminados en un sentido diferente al interés público de protección a los caudales del Estado. Es un tipo de peligro concreto, requiere de perjuicio, si no lo tiene estaríamos frente a la conspiración colusoria

El delito de colusión desleal descrito en el segundo párrafo del artículo 384 del CP es un delito de estructura comisionista, pero se agrega adicionalmente que defrauda bienes patrimoniales. El fraude patrimonial contra el Estado o contra una entidad o agencia del Estado es un componente necesario de la colusión desleal. La colusión desleal es un delito de peligro concreto porque creemos que el beneficio jurídico del delito de colusión se extiende más allá del simple impacto o daño a los bienes, Sin duda, el delito de colusión desleal es un delito de peligro concreto porque la intervención coludida en un determinado proceso de contratación implica impedir que el Estado obtenga un mejor servicio o producto. Debido a que el acuerdo se ha materializado ya no es sólo un acto preparatorio, el artículo 384, segundo párrafo, del Código Penal tipifica como delito la colusión agravada a la colusión desleal.

La doctrina nacional prevé respecto al delito de colusión desleal que abarca a todos aquellos contratos a cargo del Estado con la naturaleza de económica; por lo tanto, este delito no debe interpretarse de manera restrictiva, sino amplia, puesto se tratan de actos jurídicos en los que participa el Estado y estos tienen diversa naturaleza. La colusión desleal, es cuando el funcionario y/o servidor se conduce de forma deshonesto al interior de un proceso de contratación, siendo que una vez que esa deslealtad adicionalmente afecta el patrimonio del Estado, se agrava su comportamiento, pues el reproche penal también se incrementa, lo cual es de verse con la diferencia de penas entre ambas modalidades. La jurisprudencia nacional prevé respecto al delito de colusión desleal en la Casación N° 542-2017-Lambayeque, emitida por la Sala Transitoria de la Corte Suprema haciendo un análisis del segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal, resaltando que no se trataría del delito de colusión agravada sino de colusión desleal en sí, por cuanto se da participación activa de un funcionario en una negociación en proceso o ejecución, es decir se materializa el fuero interno del sujeto activo, con lo cual defrauda al Estado.

La colusión desleal es la concertación con los interesados concretando una defraudación patrimonial al Estado y es un delito de peligro concreto porque con el resultado se afecta patrimonialmente al Estado. es un delito de peligro concreto, porque requiere se acredite el peligro real sufrido por el bien jurídico protegido.

Los resultados se afianzan en Montalvo (2023) concluyó que se refiere a la omisión de un funcionario de actuar de acuerdo con sus principios de probidad y lealtad. Así también, la colusión agravada se refiere invariablemente al patrimonio del Estado.

Respecto al objetivo específico 3 los resultados revelaron que no es viable la tipificación de un mismo tipo penal como delito de peligro abstracto y concreto en un solo artículo de la norma, pues se advierte una técnica incorrecta, pues analizada la naturaleza de las conductas tipificadas resultan ser tipos penales totalmente autónomos y sin ningún tipo de vínculo, como se aprecia en otros artículos donde se recoge al tipo base y agravado. Lo ideal es que cada hecho de relevancia penal se subsuma en su propio tipo penal. Salvo que se trate de agravantes.

Por otro lado, es viable legalmente proponer la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal en tanto

este nuevo análisis de la génesis de los tipos penales comprendidos en el artículo 384 del CP, lleva a la conclusión que efectivamente ambos tienen como tema central la colusión, sin embargo los supuestos de hecho son totalmente distintos y por una cuestión de orden y técnica legislativa se debería precisar con dichos *nomen iuris*.

Los beneficios de proponer la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal es el reconocimiento de nuevos delitos y que no quede impune determinadas conductas de relevancia penal. Sería mejorar la relación dogmático-sistemática, considerando a las figuras de manera correcta y tal como se encuentran plasmadas en el tipo penal, porque como se encuentran actualmente da la impresión que el segundo párrafo debiera ser el agravante del primer párrafo, el cual se ha sobreentendido sería el tipo penal base; situación que hemos analizado y no resulta ser lo apropiado.

Estos resultados se afianzan en Mejía (2022) quien concluyó que la colusión simple se diferencia de la colusión agravada en que solo requiere un acuerdo entre un funcionario público y un funcionario privado para defraudar al gobierno. Por el contrario, en el caso de colusión agravada, el acuerdo por sí solo es insuficiente para constituir un delito; en cambio, también debe haber un daño real y sustancial. Por ello, el tipo simple sería un delito de mera actividad, mientras que el tipo agravado sería un delito de resultado. La autora revela que en el caso en estudio se está frente a una conspiración colusoria, la cual constituye el delito de colusión simple.

Asimismo, se sostienen en Aquino (2021) quien concluyó que el grado de impunidad para la comisión de este tipo penal se ha visto directamente afectado por la forma en que se ha tipificado el delito de colusión. La criminalización deficiente, la falta de políticas penales, una determinación de colusión deslucida y muy pocas condenas son solo algunos de los factores que tienen un impacto en el expediente. La tesis ha llegado a la conclusión de que la redacción actual del tipo penal en cuestión favorece la impunidad.

Difieren de Valdera (2022) quien llegó a la conclusión de que el único problema con el marco penal y procesal del delito de colusión agravada en materia de concertación es que el artículo 384 lo introduce con la justificación del contexto en el que se produce, señalando el "concierto" alcanzado entre el funcionario y el tercero como simple colusión; en su forma

agravada, la "concertación" como elemento conducente al fraude patrimonial. Para que el análisis de la acción penal identifique exitosamente el acuerdo, la descripción debe coincidir con la estructura criminal sustantiva sin mayor explicación.

Respecto al objetivo general, en el caso de conspiración colusoria se trata de una conspiración preparatoria o acuerdo previo que se configura con el mero concierto de voluntades, sin embargo, en la colusión desleal se ve el despliegue efectivo, concreto y real por parte del funcionario quien en sí interviene en una negociación que está en proceso. La conspiración colusoria es un delito de peligro abstracto y la colusión desleal un delito de peligro concreto que requiere de perjuicio económico para su configuración.

Estos resultados se afianzan en Cano (2021) quien concluyó que el fallo de quienes integran el voto mayoritario y minoritario es completamente contradictorio, concluyó, y los Magistrados de la Corte Suprema no sólo arriban a criterios diferentes. En cuanto al derecho legal a la colusión, sugiere que es la imparcialidad en la actividad contractual del Estado y que el precepto legal contiene dos tipos penales distintos. En la colusión simple, es necesario que exista además un fraude estatal potencial, mientras que, en la colusión agravada, el fraude estatal debe ser efectivo y cuantificable. Continúa diciendo que el voto mayoritario del caso específico obliga a que el daño patrimonial se establezca mediante el uso de la prueba. Además de reseñar las posiciones asumidas por los Magistrados de la Corte Suprema respecto del alcance normativo del delito de colusión, el informe jurídico destaca los hechos procesalmente sólidos y los hechos jurídicamente significativos del Caso Pacora.

De igual modo se corroboran con Vidal (2018) quien concluyó que la distinción entre un intento de colusión agravada y una colusión directa no está clara. Dado que la concertación es uno de los elementos típicos de la colusión, la sanción del autor del delito dependerá de su capacidad para demostrar la voluntad dolosa del extraño. Sugiere que se derogue el delito de colusión porque cree que los infractores pueden ser sancionados a través del delito de negociación incompatible, pero también agrega que se debe modificar este tipo legal para incluir el elemento "fraudulento" al interés del sujeto activo; en consecuencia, este delito penal podría cometerse en cualquier contrato. Para evitar ambigüedades en cuanto a las operaciones, se debe indicar explícitamente en el texto que son unilaterales. En consecuencia, si no existe prueba que incrimine al tercero, éste no beneficiaría al sujeto activo. Cree que el delito de Negociación incompatible comprende no sólo los fraudes

cometidos unilateralmente sino también los acuerdos donde el funcionario será el autor y el extraño, partícipe. Adicionalmente, permite la inclusión de circunstancias agravantes, tales como casos de daño real e interés fraudulento en acciones o procedimientos contractuales de ayuda o asistencia. Por la vulneración de otros bienes jurídicos, como los de la vida, la salud, la integridad o la seguridad pública, el daño en el primer caso no es únicamente contractual. La inclusión de la segunda agravante estaría justificada por la necesidad de una respuesta más severa del código penal ante el daño real al patrimonio del Estado. Pero si el daño no es severo, habría un castigo mínimo.

Así también se sostienen en Mandujano (2017) quien concluyó que debido a que no se ha definido claramente el bien jurídico protegido, se han hecho interpretaciones al respecto de acuerdo al tipo de delito. La protección de la libre competencia y la contratación ética en el mercado de contratación pública están claramente definidas como los derechos e intereses jurídicos que deben ser protegidos. Advirtió que el Perú carece de tecnología legislativa porque nuestros legisladores han adoptado modelos extranjeros sin considerar el alcance de la regulación interna. Por lo tanto, las formas penales del delito de colusión y el delito de negociaciones de incompatibilidad son comparables. Deben evitarse todos los diferentes tipos de delitos. Continuó afirmando que la simple complicidad y su concreción son dos delitos distintos contemplados en el artículo 384 del Código Penal. Además, el sujeto activo debe cometer el fraude patrimonial para que el delito sea calificado como delito agravado por cooperación; sin embargo, el sujeto activo no está involucrado en su conducta delictiva específica. En consecuencia, debe demostrar que tuvo control sobre la conducta en violación de las disposiciones normativas, las cuales se limitan a identificar los roles jugados en cada etapa del proceso contractual respectivo. Además, debido a que el pago se consuma al final del contrato, es difícil presentar cargos penales contra los que se consideran responsables del proceso de creación, firma y ejecución del contrato directamente. Los avances teóricos del autor permiten conocer las posiciones doctrinarias relativas al delito de colusión, así como las fallas en la redacción del tipo penal que impiden una exitosa persecución penal.

Por otro lado, difieren de Alvarado (2021) quien concluyó que según el artículo 384 del Código Penal, existen dos tipos de delitos de colusión: simples y agravados, siendo los primeros sancionados con mayor severidad que los segundos. La justificación principal es que existe una violación mayor porque se produce un daño real y sustancial a los bienes del

Estado frente a la mera colusión, que sólo implica un daño potencial o hipotético.

Conclusiones

1.- Respecto al primer objetivo específico, se analizó la conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado, precisando que es la concertación previa entre el funcionario y *extraneus* antes que se realice una licitación o adquisición del estado que por ley debe de efectuarse mediante concurso público. Esta debe entenderse como el acto de concertación preparatoria ilícita donde los funcionarios y la parte se comprometen a realizar una negociación, en tal sentido la conducta de los funcionarios o servidores va dirigida a defraudar patrimonialmente al Estado, sin que se llegue a consumar dicho acuerdo. Su característica es que basta la conspiración colusoria, sin necesidad de que se tenga que acreditar el perjuicio por ser un delito de peligro abstracto.

2. En relación al segundo objetivo específico, se analizó el delito de colusión desleal entre funcionarios o servidores y los interesados mediante concertación defraudando patrimonialmente al Estado, se inobservaron los principios rectores del proceso de contratación, desde el momento en que se quiebra la objetividad en el proceder del funcionario y/o servidor desde el momento en que sus actos ya están predeterminados en un sentido diferente al interés público de protección a los caudales del Estado. Es un tipo de peligro concreto, requiere de perjuicio. Abarca a todos aquellos contratos a cargo del Estado con la naturaleza de económica; por lo tanto, este delito no debe interpretarse de manera restrictiva, sino amplia, puesto se tratan de actos jurídicos en los que participa el Estado y estos tienen diversa naturaleza.

3. Respecto al tercer objetivo específico, se propone la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando en diferentes tipos penales las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal, pues analizada la naturaleza de las conductas tipificadas resultan ser tipos penales totalmente autónomos. Lo ideal es que cada hecho de relevancia penal se subsuma en su propio tipo penal. ambos tienen como tema central la colusión, sin embargo, los supuestos de hecho son totalmente distintos y por una cuestión de orden y técnica legislativa se debería precisar con dichos *nomen iuris*.

4. Respecto al tercer objetivo general, se estableció que existen diferencias entre los delitos de conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú. En el caso de conspiración colusoria

se trata de una conspiración preparatoria o acuerdo previo que se configura con el mero concierto de voluntades, sin embargo, en la colusión desleal se ve el despliegue efectivo, concreto y real por parte del funcionario quien en sí interviene en una negociación que está en proceso. La conspiración colusoria es un delito de peligro abstracto y la colusión desleal un delito de peligro concreto que requiere de perjuicio económico para su configuración.

Recomendaciones

- 1.- Se recomienda a la Academia de la Magistratura a desarrollar capacitaciones respecto al delito de conspiración colusoria, para mejorar la argumentación jurídica de todos los magistrados especializados en materia de corrupción de funcionarios
2. Se recomienda a la Contraloría General de la República del Perú a formular adecuadamente el sustento técnico para las denuncias por responsabilidad penal de funcionarios por el delito de colusión desleal acreditando adecuadamente el perjuicio económico ocasionado al Estado
3. Se recomienda al Congreso de la República a coger la propuesta la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal para brindar seguridad jurídica y restringir interpretaciones contrarias a derecho que conllevan a la impunidad.
4. Se recomienda a los magistrados a sustentar adecuadamente sus resoluciones considerando las diferencias entre los delitos de conspiración colusoria y colusión desleal, para fortalecer la jurisprudencia y luchar frontalmente contra la corrupción.

Referencias Bibliográficas

- Abanto, M. (2004). La Autoría y Participación en los delitos de infracción de deber. *Revista Penal N° 14*.
- Abanto, M. (2003) Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. 2ª Ed. Lima: Palestra editores.
- Abanto, M. (2014) Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración Pública. Lima: Grijley.
- Alcócer, E. (2009). El engaño y el perjuicio en el delito de colusión desleal ¿Elementos de tipo penal? Instituto de Ciencia Procesal Penal. Lima.
- Alvarado, A. H. (2021). *Informe Jurídico sobre el R.N. N° 109-2017, Lima*. [Trabajo de suficiencia profesional, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/23138>
- Álvarez, J. y Huarcaya, B. (2018) *Delitos contra la Administración Pública: Análisis Dogmático, tratamiento jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Aquino, M. I. (2021). *El tratamiento penal del delito de colusión y la impunidad en el Distrito Judicial de Tacna, 2017-2019*. [Tesis de maestría, Universidad Privada de Tacna]. <http://repositorio.upt.edu.pe/handle/20.500.12969/1762>
- Arismendiz, E. (2018). *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.
- Bernasconi, A. (2007). El carácter científico de la dogmática jurídica. *Revista de derecho (Valdivia)*, 9-37. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000100001>
- Beteta, E. El desvalor de la conducta de "concertación" en el delito de colusión. A propósito de la Casación N°661-2016-Piura. *Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 100*, Gaceta Jurídica, octubre de 2017, p. 145.
- Cáceres, R. y Carrión, J. (2011). El Delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales". Lima: Idemsa, Lima, 2011.
- Cáceres, R. E. (2004) *Código Procesal Penal comentado*. Jurista Editores. Lima-Perú.
- Calcina, A. & Paredes, J. (2021). *Delitos contra la Administración Pública: Cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las Contrataciones con el Estado*. Lima: Grijley.
- Cano, K. N. (2021). *Informe Jurídico sobre Casación N° 542-2017 Lambayeque*. [Tesis de título, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/20007>

- Caro John, J. (2014) *Manual Teórico - Práctico de Teoría del Delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*. Lima: Editores.
- Castillo, J. (2017). "El delito de colusión". Lima: Instituto Pacífico.
- Cerezo Mir, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned>
- Choque, R. (2023). *Participación del extraneus y el pacto colusorio en delitos de colusión simple en el distrito judicial de Puno, periodo 2020-2022*. [Tesis de grado, Universidad César Vallejo]. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/112326>
- Congreso de la República del Perú (1991, 3 de abril). *Código Penal. Decreto Legislativo N° 635, diario oficial El Peruano*. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0034/codigo-penal-29.07.2020.pdf>
- Congreso de la República del Perú (2020). *Constitución política del Perú*. Lima, Perú. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/constitucion/constitucion/index.html>
- Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica [CONCYTEC] (2018) *Reglamento de calificación, clasificación y registro de los investigadores del sistema nacional de ciencia, tecnología e innovación tecnológica - Reglamento Renacyt*. https://portal.concytec.gob.pe/images/renacyt/reglamento_renacyt_version_final.pdf
- Contreras, R., & Saldivia, Z. (2021). Colusión y regulación, una visión histórica (1973-2018): el caso de Chile. *Revista Chilena de Economía y Sociedad*, 15(2). chrome-<https://sitios.vtte.utem.cl/rches/wp-content/uploads/sites/8/2021/11/r>
- Cuello (1987) *La conspiración para cometer el delito: interpretación del art. 4, I, CP (los actos preparatorios de la participación)*. Barcelona: Bosch
- Cusi, J. E. (2019). Patologías de la prueba indiciaria en el delito contra la administración pública: delito de colusión. *Lex: revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 17(23), 101-120. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6995224>
- Escudero, C. L., y Cortez, L. A. (2018). *Técnicas y métodos cualitativos para la investigación científica*. UTMACH. <http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/14207/1>
- Espinoza, A. (2017). Perspectiva funcional del delito de colusión ilegal". En: Actualidad Penal. Volumen 39. Lima: Instituto Pacífico.

- Figuerola, Y. (2009) *Delitos de Infracción del Deber*. España: Dykinson.
- Frisancho, M. (2015). *La corrupción en las contrataciones del Estado. Un análisis del delito de colusión y negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- García, P. (2019) *Derecho Penal Parte General*. 3era. Ed. Lima: Ideas.
- García, P. (2015) *Derecho Penal Económico*. Parte Especial. Vol. II. 2a edición, Lima: Instituto Pacífico.
- García, P. (2020). "El delito de colusión desleal". *Delitos contra la Administración Pública*. Lima. Ideas.
- García, E. A., y Torres, L. A. (2019). *La colusión en Colombia una práctica desleal frente a la libre competencia*. [Tesis de maestría, Universidad La Gran Colombia]. <https://repository.ugc.edu.co/handle/11396/5351>
- Hernández-Sampieri, R.; Mendoza Torres, C. (2018) *Metodología de la investigación: Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Editorial McGraw- Hill Interamericana. México.
- Huaynates, J. H. (2017). *Los delitos de peculado y colusión desleal en la administración pública en el distrito judicial de Junín*. [Tesis de titulación, Universidad Nacional del Centro del Perú]. <https://repositorio.uncp.edu.pe/handle/20.500.12894/4190>
- Jimenez, S. (2018). "Que es concertarse? A propósito del elemento del tipo de colusión". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 114*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Maldonado, F. (2006). Reflexión sobre las técnicas de tipificación de los llamados "delitos de peligro" en el moderno derecho penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, (7), 23-63.
- Mandujado, J. L. (2017). *Problemas de imputación y prueba en el delito de Colusión*. [Tesis de maestría, Universidad de Huánuco, Huánuco]. <http://repositorio.udh.edu.pe/123456789/292>
- Mandujano, J. (2014). *Delito de colusión. Propuesta de fundamento y prueba*. Lima: *Lex & Iuris 2018*.
- Mañalich R., J. P. (2021). Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal. *Revista chilena de derecho*, 48(2), 79-100. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-343720210002000079&lng=es&tlng=pt
- Martínez, R. (2019) *Delito de colusión*. Doctrina y jurisprudencia. Lima: Editores del Centro, Lima.

- Mejía, K. M. (2022). *Informe Jurídico sobre la Casación N° 542-2017, Lambayeque*. [Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de Abogada, Pontificia Universidad Católica del Perú] <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/23093>
- Mejía, K. M. (2022). *Informe Jurídico sobre la Casación N° 542-2017, Lambayeque*. [Tesis de título, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/23093>
- Mendez, C. (1993). *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid.
- Mendoza, P. (2017). El tipo penal de colusión. El elemento de contextualización y la probanza de la concertación y del perjuicio patrimonial. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal Tomo 101*. Lima: Gaceta Jurídica, noviembre de 2017.
- Mir Puig (2006). Derecho Penal.
- Montalvo, C. (2023). *La determinación correcta del término defraudar y la existencia de la tentativa en el delito de colusión agravada* [Tesis de grado, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/11404>
- Núñez, S. (2018). Reflexiones actuales en torno a la configuración típica del delito de colusión simple. Andando a contracorriente. En: *Actualidad Penal. Volumen 40* Lima: Instituto Pacífico, enero de 2018, p. 164.
- Pariona, R. (2017). *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2016). *Derecho Penal*. Parte Especial. Tomo V. 3a edición. Lima: Idemsa.
- Pimentel, F. V. (2021). El delito de conspiración para el tráfico ilícito de drogas: análisis del cuarto párrafo del artículo 296 del Código Penal. *Advocatus*, (041), 271-289. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/5664>
- Reátegui, J. (2009). Estudios de Derecho Penal. Parte Especial, Lima, *Jurista Editores*.
- Reyes, E. (2022). *Methodology of scientific research*. Page Publishing Inc.
- Revilla, P. E. (2017). El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento. *Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 90*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rojas, F. (2002). Delitos contra la Administración Pública, Lima, Editorial Grijley, 3ra edición.
- Rojas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis.

- Salinas Siccha, R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública*. 5a edición. Lima: Iustitia.
- Salinas Siccha, E. R. (2020). *La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. <http://38.43.142.130/bitstream/handle/20.500.12672/16746>
- Santibáñez, J. M. (2020). Colusión, contrariedades de su tipificación con relación al estándar de prueba y los fines del derecho de la competencia. *Opinión Jurídica*, 19(39), 251-288. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302020000200251&script=sci_arttext
- Springer (2023). Figuras y Tablas. <https://www.springer.com/la/authors-editors/tutoriales-de-autores-y-revisores/writing-a-journal-manuscript/figures-and-tables/12022918#:~:text=Las%20tablas%20son%20una%20forma,de%20leyenda%20claros%20y%20concisos>
- Torío, Á. (1981). Los delitos del peligro hipotético. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 825-848. [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1981-20082500848](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1981-20082500848)
- Tribunal Constitucional (2015). Exp., 00022-2011-PI/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00022-2011-AI.pdf>
- Ugaz Sánchez-Moreno, J. y Ugaz Heudebert, F. (2017). Delitos económicos en la Administración Pública y criminalidad organizada. *Colección de lo esencial N° 18*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Valdera, J. L. (2022). *La presunción de la concertación en el delito de colusión agravada frente al esquema de investigación y la prueba indiciaria*. [Tesis de grado, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. <https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/11347>
- Vidal, E. S. (2018). La ilegitimidad de la colusión. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/12791>

Jurisprudencia analizada

R. N. N°1076-2013 – Ucayali
Casación 60-2016, Junín

Casación 661-2016, Piura
R.N. 817-2016, Lima
R.N. 1722-2016, Del Santa
R.N. 2648-2016, El Santa
R.N. 2529-2017, Áncash.
R.N. 791-2017, Junín
R.N. 5-2015, Junín.
R.N. 2673-2014, Lima.
R.N. 1126-2017, Áncash.
R.N. 1015-2009, Puno.
R.N. 1969-2012, La Libertad
Rev. Sent. 164-2011, Ayacucho
Casación 542-2017, Lambayeque
RN 237-2010, Lima
RN 695-2016, Lima
RN 2299-2017, Áncash
RN 367-2018 del Santa
RN 1634-2018, Ica
RN 556-2019, Áncash
Casación 392-2019, Áncash
Casación 180-2020, La Libertad
RN 207-2019, Loreto
Casación 1626-2018, San Martín
RN 1318-2012, Lima.
RN 648-2017, Ica
RN 2722-2017, Huánuco
RN 2869-2016, Puno
Exp. 003-2017-13

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia

Conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú						
Problema	Objetivos	Hipótesis	Variables	Dimensión	Indicadores	Instrumento
¿Cuáles son las diferencias de la conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú?	<p>Objetivo general</p> <p>Establecer las diferencias de la conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú</p> <p>Objetivos específicos</p> <ul style="list-style-type: none"> - Analizar la conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado - Analizar la colusión desleal entre funcionarios o servidores y los interesados mediante concertación defraudando patrimonialmente al Estado. - Proponer la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal 	<p>La conspiración colusoria es un acto preparatorio entre los funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al estado y es un delito de peligro abstracto a diferencia de la colusión desleal que es la concertación con los interesados concretando una defraudación patrimonial al Estado y es un delito de peligro concreto.</p>	<p>Variable 1</p> <p>La conspiración colusoria es un acto preparatorio entre los funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al estado y es un delito de peligro abstracto</p>	<p>Conspiración Colusoria</p> <p>Acto Preparatorio</p> <p>Defraudación</p> <p>Peligro Abstracto</p>	<p>1. La conspiración colusoria</p> <p>2. El acto preparatorio de colusión</p> <p>3. La concertación</p> <p>4. La defraudación</p> <p>5. El delito de peligro abstracto</p> <p>6. El delito de conspiración colusoria</p>	Entrevista
			<p>Variable 2</p> <p>La colusión desleal es la concertación con los interesados concretando una defraudación patrimonial al Estado y es un delito de peligro concreto.</p>	<p>Colusión Desleal</p> <p>Concertación</p> <p>Defraudación Patrimonial</p> <p>Peligro Concreto</p>	<p>1. La colusión desleal entre funcionarios.</p> <p>2. El delito de colusión desleal.</p> <p>3. La defraudación patrimonial al Estado</p> <p>4. El delito de peligro concreto</p> <p>5. La doctrina nacional</p> <p>6. La jurisprudencia nacional respecto al delito de colusión desleal.</p>	Entrevista

Anexo 2: Instrumentos de Recolección de Datos

Anexo 2: Instrumentos de Recolección de Datos

GUÍA DE ENTREVISTA SOBRE COLUSIÓN: CONSPIRACIÓN COLUSORIA Y COLUSIÓN DESLEAL EN EL PERÚ

La presente investigación tiene como objetivo: Establecer las diferencias de la conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú

Los resultados del estudio serán presentados a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, pudiendo obtenerlos en todo momento.

Consentimiento informado: Por medio del presente acepto haber recibido información verbal respecto al estudio, y acepto participar en la investigación.

Si acepto ☐

No acepto ☐

Nombre: _____

Centro de Labores: _____

1. ¿Qué es la conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado?
2. ¿Un acto preparatorio de colusión constituye la conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado? Si, no ¿Por qué?
3. ¿La sola concertación para defraudar constituye el delito de conspiración colusoria entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al Estado? Si, no ¿Por qué?
4. ¿La defraudación al Estado o entidad u organismo del Estado es un elemento indispensable en la conspiración colusoria? Si, no ¿Por qué?
5. ¿La conspiración colusoria es un delito de peligro abstracto? Si, no ¿Por qué?
6. ¿Considera que el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal prevé el delito de conspiración colusoria o la colusión simple? Fundamente su respuesta.
7. ¿Qué prevé la doctrina nacional respecto al delito de conspiración colusoria?
8. ¿Qué prevé la jurisprudencia nacional respecto al delito de conspiración colusoria?
9. ¿La conspiración colusoria es un acto preparatorio entre los funcionarios o servidores y los interesados para defraudar al estado y es un delito de peligro abstracto? Si, no ¿Por qué?

10. ¿Qué es la colusión desleal entre funcionarios o servidores y los interesados para defraudar patrimonialmente al Estado?
11. ¿La sola concertación para defraudar constituye el delito de colusión desleal? Si, no ¿Por qué?
12. ¿La defraudación patrimonial al Estado o entidad u organismo del Estado es un elemento indispensable en la colusión desleal? Si, no ¿Por qué?
13. ¿La colusión desleal es un delito de peligro concreto? Si, no ¿Por qué?
14. ¿Considera que el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal prevé el delito de colusión desleal o la colusión agravada? Fundamente su respuesta.
15. ¿Qué prevé la doctrina nacional respecto al delito de colusión desleal?
16. ¿Qué prevé la jurisprudencia nacional respecto al delito de colusión desleal?
17. ¿La colusión desleal es la concertación con los interesados concretando una defraudación patrimonial al Estado y es un delito de peligro concreto? Si, no ¿Por qué?
18. ¿Cuáles son las diferencias de la conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú?
19. ¿Es viable la tipificación de un mismo tipo penal como delito de peligro abstracto y concreto en un solo artículo de la norma? Si, no ¿Por qué?
20. ¿Es viable legalmente proponer la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal? Si, no ¿Por qué?
21. ¿Cuáles son los beneficios de proponer la modificatoria al art. 384 del Código Penal peruano precisando las figuras de conspiración colusoria y colusión desleal?
22. ¿Tiene algo más que agregar a la entrevista?

Anexo 3: Validación de juicio de Expertos

VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. APELLIDOS Y NOMBRES DEL EXPERTO: Rojas Calderón Fernando Manuel
- 1.2. GRADO ACADÉMICO Y PROFESIÓN: Mg. en Derecho Constitucional y Gobernabilidad
- 1.3. CARGO ACTUAL: Gerente del Estudio Rojas & Asociados.
- 1.4. INSTRUMENTO A VALIDAR: Guía de entrevista

II. AUTORA: Paulina Roque Soplapuco

III. ASPECTOS DE VALIDACIÓN:

Nº	INDICADORES	CRITERIOS	SI	NO	SUGERENCIAS
1	CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje apropiado.	x		
2	OBJETIVIDAD	Esta formulado de acuerdo a las hipótesis* u objetivos* planteados.	x		
3	ACTUALIDAD	Adecuado al avance de la ciencia y tecnología.	x		
4	ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica	x		
5	SUFICIENCIA	Comprende los aspectos de cantidad y calidad del instrumento	x		
6	INTENCIONALIDAD	Está de acuerdo para validar las variables de las hipótesis.	x		
7	CONSISTENCIA	Está basado en fundamentos teóricos y/o científicos.	x		
8	COHERENCIA	Existe coherencia entre variables.	x		
9	METODOLOGÍA	La estrategia responde al propósito de la hipótesis.	x		
10	PERTINENCIA	El instrumento es útil para la presente investigación.	x		

*Según sea el enfoque del estudio (cuantitativo, cualitativo o mixto)

Fuente: APROBADO: 90-100% (8-10PGTAS.) / Si observa el 50% (corregir) / Si es menor al 50% replantear).

II. OPINIÓN DE APLICABILIDAD:

Aplicable

III. PROMEDIO DE VALORACIÓN:

95%

FECHA: 17/12/2021



Rojas Calderón Fernando Manuel

VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. APELLIDOS Y NOMBRES DEL EXPERTO: Vilchez Guivar de Rojas, Leyla Ivon
 1.2. GRADO ACADÉMICO Y PROFESIÓN: Dra. En Derecho y Ciencia Política/Abogado
 1.3. CARGO ACTUAL: Docente de Metodología de la Investigación USS
 1.4. INSTRUMENTO A VALIDAR: Guía de entrevista

II. AUTORA: Paulina Roque Soplapuco

III. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

Nº	INDICADORES	CRITERIOS	SI	NO	SUGERENCIAS
1	CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje apropiado.	x		
2	OBJETIVIDAD	Esta formulado de acuerdo a las hipótesis* u objetivos* planteados.	x		
3	ACTUALIDAD	Adecuado al avance de la ciencia y tecnología.	x		
4	ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica	x		
5	SUFICIENCIA	Comprende los aspectos de cantidad y calidad del instrumento	x		
6	INTENCIONALIDAD	Está de acuerdo para validar las variables de las hipótesis.	x		
7	CONSISTENCIA	Está basado en fundamentos teóricos y/o científicos.	x		
8	COHERENCIA	Existe coherencia entre variables.	x		
9	METODOLOGÍA	La estrategia responde al propósito de la hipótesis.	x		
10	PERTINENCIA	El instrumento es útil para la presente investigación.	x		

*Según sea el enfoque del estudio (cuantitativo, cualitativo o mixto)

Fuente: APROBADO: 90-100% (8-10 PGTAS.) / Si observa el 50% (corregir) / Si es menor al 50% replantear.

IV. OPINIÓN DE APLICABILIDAD:

Aplicable

V. PROMEDIO DE VALORACIÓN:

100%



Dra. Leyla Ivon Vilchez Guivar de Rojas



Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por **Turnitin**. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Paulina Del Rocio Roque Soplapuco
Título del ejercicio: Quick Submit
Título de la entrega: COLUSION: CONSPIRACION COLUSORIA Y COLUSION DESLE...
Nombre del archivo: TESIS_Paulina_29.11-_FINAL_2.docx
Tamaño del archivo: 1.53M
Total páginas: 141
Total de palabras: 37,292
Total de caracteres: 203,560
Fecha de entrega: 14-dic.-2023 08:29a. m. (UTC-0500)
Identificador de la entrega... 2258867742

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO
CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES



TESIS

"Colusión: Conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú"

Investigadora:
Roque Soplapuco, Paulina del Rocio

Asesor:
Dr. Cevallos de Barrenechea, Carlos

Lambayeque, 2023

Carlos Manuel Antenor Cevallos de Barrenechea
Departamento Académico: Derecho Privado
DNI: 17415271
ASESOR

COLUSION: CONSPIRACION COLUSORIA Y COLUSION DESLEAL EN EL PERU

INFORME DE ORIGINALIDAD

15%

INDICE DE SIMILITUD

15%

FUENTES DE INTERNET

4%

PUBLICACIONES

4%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1

hdl.handle.net

Fuente de Internet

4%

2

revistas.pucp.edu.pe

Fuente de Internet

1%

3

tesis.pucp.edu.pe

Fuente de Internet

1%

4

ebin.pub

Fuente de Internet

1%

5

repositorio.unprg.edu.pe

Fuente de Internet

1%

6

idoc.pub

Fuente de Internet

1%

7

vsip.info

Fuente de Internet

<1%

8

content.lpderecho.pe

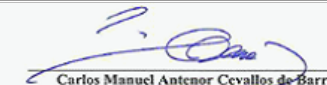
Fuente de Internet

<1%

9

qdoc.tips

Fuente de Internet


Carlos Manuel Antenor Cevallos de Barrenechea
Departamento Académico:
DNI: 17415271
ASESOR

<1 %

10

Submitted to Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

Trabajo del estudiante

<1 %

11

revistas.ulima.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

12

repositorio.udh.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

13

www.scribd.com

Fuente de Internet

<1 %

14

repositorio.ucv.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

15

apirepositorio.unh.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

16

Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru

Trabajo del estudiante

<1 %

17

doku.pub

Fuente de Internet

<1 %

18

repositorio.upla.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %


19

repositorio.upao.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

20	repositorio.upagu.edu.pe	Fuente de Internet	<1 %
21	repositorio.unprg.edu.pe:8080	Fuente de Internet	<1 %
22	openaccess.uoc.edu	Fuente de Internet	<1 %
23	repositorio.uss.edu.pe	Fuente de Internet	<1 %
24	repositorio.upt.edu.pe	Fuente de Internet	<1 %
25	repositorio.uncp.edu.pe	Fuente de Internet	<1 %
26	lpderecho.pe	Fuente de Internet	<1 %
27	works.bepress.com	Fuente de Internet	<1 %
28	Submitted to usmp	Trabajo del estudiante	<1 %
29	directium.webnode.es	Fuente de Internet	<1 %
30	repositorio.autonoma.edu.pe	Fuente de Internet	<1 %
31	blog.pucp.edu.pe	Fuente de Internet	<1 %



Carlos Manuel Antenor Cevallos de Barrenechea
Departamento Académico:
DNI: 17415271
ASESOR

32

Vera, Valeria Giuliana Moron. "Las Circunstancias Modificativas De La Responsabilidad Penal De La Persona juridica ¿Puede La implementacion De Un Modelo De prevencion De Delitos Defectuoso Aplicarse Como Una Eximente Incompleta De La Responsabilidad Penal De La Persona juridica?", Pontificia Universidad Catolica del Peru - CENTRUM Catolica (Peru), 2022

Publicación

<1 %

33

docslide.us

Fuente de Internet

<1 %

34

repositorio.uns.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

35

www.dspace.uce.edu.ec

Fuente de Internet

<1 %

36

img.lpderecho.pe

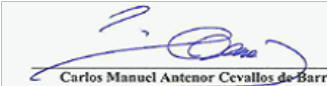
Fuente de Internet

<1 %

37

de Steins, Janet Biaggi Avanto. "La Relevancia Penal de las Infracciones en las Compras Militares y Policiales a las Exoneraciones por Secreto Militar ¿la Tipicidad del Delito de Colusión Permite Sancionar las Infracciones de Carácter Penal a las Exoneraciones por Secreto Militar en las Contrataciones Públicas?", Pontificia Universidad Catolica del Peru (Peru), 2022

<1 %


Carlos Manuel Antenor Cevallos de Barrenechea
Departamento Académico:
DNI: 17415271
ASESOR

38	legis.pe	<1 %
	Fuente de Internet	

39	repositorio.pucp.edu.pe	<1 %
	Fuente de Internet	

40	repositorio.unsch.edu.pe	<1 %
	Fuente de Internet	

41	repositorio.unheval.edu.pe	<1 %
	Fuente de Internet	

42	www.lexacademy.pe	<1 %
	Fuente de Internet	

43	pprfamilia.pj.gob.pe	<1 %
	Fuente de Internet	

44	repositorio.uladech.edu.pe	<1 %
	Fuente de Internet	


45	repositorio.upse.edu.ec	<1 %
	Fuente de Internet	

46	tesis.usat.edu.pe	<1 %
	Fuente de Internet	

47	www.pazciudadana.cl	<1 %
	Fuente de Internet	

48	Submitted to Universidad Andina del Cusco	<1 %
	Trabajo del estudiante	

49	revistas.usergioarboleda.edu.co	
----	--	--



Carlos Manuel Antenor Cevallos de Barrenechea
Departamento Académico:
DNI: 17415271
ASESOR

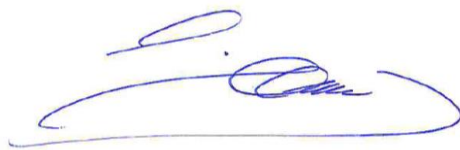
Excluir citas	Activo	Excluir coincidencias	< 15 words
Excluir bibliografía	Activo		

CONSTANCIA DE APROBACION DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Yo, Dr Carlos Manuel Antenor Cevallos de Barrenechea, asesor de la tesis de trabajo de investigación de la estudiante Paulina del Rocio Roque Soplapuco, titulada “Colusión: Conspiración colusoria y colusión desleal en el Perú”, luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de similitud de 15% verificable en el reporte de similitudes del programa Turnitin

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de las citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque 04 de marzo de 2024



Carlos Manuel Antenor Cevallos de Barrenechea
Departamento Académico: Derecho Privado
DNI: 17415271
ASESOR