



LOZA AVALOS
abogados & consultores

EL DELITO DE COLUSIÓN

GIULLIANA LOZA AVALOS

Lima, 13 de julio de 2023

Corte Superior de Justicia de Sullana

Delitos de peligro y de resultado

Delitos de peligro

El Dr. Jiménez de Asua menciona que estos delitos son aquellos en que basta, para la realización típica, con que se haga correr un riesgo al objeto protegido en calidad de bien o interés jurídico

Percy García

Delitos de peligro concreto

Para la configuración de los delitos de peligro concreto no basta sólo con una conducta peligrosa, sino que es necesario que se genere un peligro concreto para un objeto de ataque.

Delitos de peligro abstracto

Los delitos de peligro abstracto se caracterizan por sancionar comportamientos peligrosos sin que efectivamente hayan puesto en peligro o lesionado un objeto que representa al bien jurídico.

La colusión simple responde a la categoría de delito de peligro, puesto que no es necesario que se efectúe un resultado lesivo del bien jurídico, sino la mera puesta en peligro por parte del sujeto activo.

Delitos de resultado

Los delitos de resultado exigen que no sólo se efectúe la realización de la conducta típica en la sociedad, sino también que, a causa de este, se produzca un resultado lesivo.

El delito de colusión es de resultado, es decir, requiere que se produzca defraudación a los intereses del estado u organismos sostenidos por él, esto es, que se dé el perjuicio económico, lo que tendrá que establecerse técnicamente.

Dr. Fidel

Bien jurídicamente protegido

La sociedad cuenta con la **expectativa de que el funcionario no infrinja aquellas obligaciones**, en el marco de los procesos de contrataciones públicas, **que puedan traer aparejado un daño para el Estado**. Más que la probidad de la actuación del funcionario, lo que se trata de proteger es **una actuación del mismo conforme a principios de legalidad dentro de la relación de la administración con terceros**, específicamente en el marco de contrataciones públicas.

Castillo Alva. El delito de colusión, p. 67

En el delito de colusión 2 son los bienes jurídicos tutelados: (R.N. 874-2018/Cañete, Fj. 3.2)

La actuación conforme al deber que importe el cargo.

Asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de este a los funcionarios o servidores públicos.

Casación 9-2018, Junín, Fj. 1.4.

El bien jurídico protegido en el delito de colusión no es únicamente el patrimonio del Estado, pues su cautela es un **deber entimemático**. El agente activo de la colusión tiene el deber de **obrar con pulcritud**, dotar de eficiencia los recursos del **Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer del dinero público**. Tal deber también constituye objeto de protección sustancial, debido a que la colusión se configura en un determinado contexto administrativo de compras estatales. En el delito de colusión no se protege el patrimonio del Estado en un sentido económico sino la asignación de los recursos públicos de manera eficiente y funcional

La parcialidad como bien jurídico en el delito de colusión

El bien jurídico de este delito también puede ser entendido como la **actuación parcializada** del funcionario público en el contexto de las contrataciones públicas. Ello es así puesto que este debe actuar conforme a derecho para así servir los intereses generales y respetar los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el estado.

Colusión de peligro - Colusión simple

Se trata de un delito de peligro concreto y, como no es un delito de carácter resultativo, no es relevante el efectivo perjuicio para el patrimonio estatal, sino que se genere un peligro concreto de perjuicio, es decir, que, en el caso concreto, se han presentado todos los factores para un menoscabo patrimonial efectivo, pero éste no se ha producido por razones fortuitas.

Casación 117-2021, Cusco FJ 4

Comportamiento típico

Concertación

La concertación es **ponerse de acuerdo de manera directa el funcionario con el interesado**, no basta la mera solicitud dirigida a obtener un acuerdo, sino que es preciso que efectivamente se haya logrado el mismo.

Reátegui

Se puede **concertar mediante diversas modalidades confabuladoras**, para presentar, por ejemplo, precios simulados, admitir calidades inferiores a las requeridas, o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines.

R.N. 1126-2017, Ancash f.j. 3.3.

Se tiene que el **concierto, como elemento objetivo**, consiste en un acuerdo o pacto, sin que baste la mera solicitud al funcionario público, que importe la consignación deliberada de condiciones que benefician al particular en detrimento de los intereses patrimoniales del Estado, de suerte que la disposición estatal se produce como consecuencia de una colusión con el funcionario público; **acuerdo que debe ser idóneo para defraudar patrimonialmente al Estado**, es decir que la entidad del riesgo producido no se ajuste a Derecho [...] El concierto **debe acreditarse acabadamente con mención de las pruebas respectivas y su debida valoración íntegra**.

Casación N°. 3526-2022/Callao, f.j. 9

El concierto con el particular puede acreditarse a partir **(i)** no solo del conjunto de irregularidades graves a la legislación sobre contrataciones públicas que revelen una finalidad de defraudar los intereses patrimoniales del Estado, **(ii)** sino también de la existencia de acciones concretas, de abuso del cargo por el agente delictivo, que revelen el pacto delictivo con el particular.

Casación 1678-2022, Piura, FJ. 6



Elementos de la concertación

1

La concertación tiene que ser clandestina

Existen varios pronunciamientos que se refieren a una de las características del acuerdo: su clandestinidad. Esto es así porque la **concertación típica debe caracterizarse por ser subrepticia y/o simulada a fin de ocultarla o disimularla.**

Reátegui

Exp. N° 3611-2002

Para la concurrencia del delito de Colusión Desleal, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos que son **a) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito**, b) perjudicar a un tercero, en este caso el Estado, c) mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial.

R.N. N° 027-2004 Sullana –
Piura

Viene a ser el **acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito**, perjudicando a un tercero, el Estado, en este caso mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial.

R.N. N° 1832-2016
Apurímac

Por sus características, **resulta complicado la flagrancia en la comisión del delito de colusión, pues el acuerdo colusorio suele arribarse dentro de un entorno clandestino**, sin embargo, ello no es óbice para que judicialmente se establezca su acreditación a través de la prueba indiciaria. No obstante, estos acuerdos ilícitos también pueden ser conocidos o públicos dentro de la misma entidad estatal, ello con la finalidad de aparentar una adecuada contratación pública, como la acaecida en el presente caso.

Sin embargo, se tiene un Exp. que menciona que el tipo penal no solicita de manera necesaria esta característica para la consumación del delito: **“acuerdo colusorio se constituye entre los funcionarios y los interesados, que no necesariamente deriva de la existencia de pactos ilícitos, componendas o arreglos, acuerdo clandestino entre dos o más partes para lograr un fin ilícito o acuerdo subrepticamente”.**

La concertación tiene que ser defraudatoria y no permitida por la ley

Para que la **concertación** cumpla con las exigencias de subsunción, es esencial que **esta debe tener un carácter defraudatorio hacia al Estado**. Es así que la **defraudación va en contra de los intereses y deberes estatales** que debe primar y respetar todo funcionario público, puesto que vulnera la confianza que el ente depositó sobre él.

Percy García

Para considerar **defraudatoria** la actuación de un funcionario público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular, **resulta necesario que acuerde con el particular la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado** de las que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación

Estos actos defraudatorios se basan en, por ejemplo, la elevación de precios de la contraprestación, cobrar comisiones ilegales, aceptar bienes por debajo de su valor, entre otros.

Este delito está dado por la defraudación mediante la concertación. Así la jurisprudencia penal peruana ha dicho que **el delito de colusión se vuelve en “ilegal” en la medida en que contempla como núcleo rector la frase “defraudar al Estado”, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros (...)**

Exp. n.º 1402-2001

Consumación

En el caso de la colusión simple, **la consumación se dará con la concertación o pacto colusorio para defraudar al Estado, no siendo exigible un resultado posterior.** Es decir, no se requerirá el perjuicio real para el patrimonio estatal ni que se haya realizado el acto contractual entre el funcionario y el extraneus y menos que se haya generado un beneficio para las partes.

“Si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple.

Casación 661-2016, Piura, FJ. 15

Pena

El legislador ha determinado que frente a la colusión simple el funcionario público será reprimido:

1

Con una pena privativa de la libertad no menor de 3 ni mayor de 6 años

2

Inhabilitación de 5 a 20 años, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36

3

Con 180 a 365 días multa

Colusión de resultado - Colusión agravada

El delito colusión agravada, como delito de resultado de lesión y además de infracción de deber con componente de dominio, **exige la defraudación patrimonial del Estado mediante la concertación del funcionario público con los interesados; ésta es un acto previo con cuya ejecución se produce la defraudación patrimonial al Estado**, lo que tiene lugar en el momento en que el funcionario público, por razón de su cargo, toma una decisión en un contexto comercial que resulta perjudicial para el Estado.

Casación 526-2022, Corte Suprema, Fj. 6

Defraudar

→ *Defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado...*

El segundo párrafo del delito de colusión se refiere a la defraudación al patrimonio estatal, ante lo cual se prevé un incremento en el marco de pena abstracta. **Esta modalidad exigirá el perjuicio efectivo al patrimonio del Estado.**

No obstante, lo anterior, habrá que tomar en cuenta que **también se defraudará patrimonialmente al Estado si se provoca la pérdida de la capacidad de disponer y asignar eficazmente el patrimonio del Estado (...)** por ejemplo, para obtener mejoras o ganancias a partir de la contratación realizada.

Guimaray Mori, Erick y Rodríguez Vásquez, Julio.

Si bien la degradación patrimonial puede entenderse como la disminución del patrimonio estatal, **también debe tenerse presente la posibilidad de haber podido aumentar el patrimonio del Estado.**

Consumación

Respecto a la consumación, en el caso de la colusión agravada **se exigirá, además de la concertación, la generación de un perjuicio patrimonial efectivo en contra del Estado**. Es decir, si la defraudación patrimonial no ha sido probada o atribuida a las partes que se han concertado, no se podrá configurar el tipo en su forma agravada, sino una simple colusión.

Dr. Pariona

“Si la concertación es descubierta, luego que se causó el perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada”.

Casación 661-2016, Piura, FJ. 15

Pericia contable como requisito indispensable

En el delito de colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado; es decir se trata de un delito o de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues **aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado**.

Sin embargo, ¿cómo lo evidenciamos?

Una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica.

Casación 661-2016/Piura, FJ. 17

La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia de la Corte Suprema; así se estableció en lo Casación N 1105-2011/SPP -fundamento Jurídico N.º 7- que señala: "la necesidad de una prueba directa como el Informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión".

Es necesario la elaboración de una pericia contable para establecer si hubo o no perjuicio patrimonial al erario del Estado, para así definir el tipo penal aplicable (colusión simple o agravada) y que a la vez sea materia de debate en el contradictorio del juicio oral".

R. N. 689-2018/Ancash, FJ. 10.6

Penalidad

El tipo penal de la colusión ha sido modificado en reiteradas ocasiones. La última modificación se ejecutó a través de la Ley N°31178 del 28 de abril de 2021 añadiendo tres nuevas circunstancias agravantes, las mismas que se configuran cuando:

- 1 El agente actúa como miembro de una organización criminal, como persona vinculada o que actúe por encargo de ella.
- 2 La conducta delictiva 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 UIT -monto ascendente a S/ 44,000.00.
- 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.

De concurrir las circunstancias agravantes mencionadas, la pena privativa de libertad será una no menor de 15 ni mayor a 20 años, además se impondrá la inhabilitación perpetua conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36° del CP y de 365 a 730 días multa.

Las penas limitativas de derechos (inhabilitación) mencionadas son las siguientes:

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

Penas a lo largo de las modificatorias

COMPARATIVA DE PENAS					
27/12/96	10/06/11	21/07/11	26/11/13	22/10/16	28/04/21
<u>COLUSIÓN</u>	<u>COLUSIÓN</u>	<u>COLUSIÓN SIMPLE</u>	<u>COLUSIÓN SIMPLE</u>	<u>COLUSIÓN SIMPLE:</u>	<u>COLUSIÓN SIMPLE:</u>
-PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD:	-PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD:	-PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD:	PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD:	PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD:	PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD:
3<X<15	6<X<15	3<X<6	3<X<6	3<X<6	3<X<6
			DÍAS MULTA:	INHABILITACIÓN	INHABILITACIÓN
			180<X<365		5 a 20 años
		<u>COLUSIÓN AGRAVADA:</u>		DÍAS MULTA:	DÍAS MULTA:
		PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD:	<u>COLUSIÓN AGRAVADA:</u>	180<X<365	180<X<365
		6<X<15	PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD:		<u>COLUSIÓN AGRAVADA:</u>
			6<X<15	<u>COLUSIÓN AGRAVADA:</u>	PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD:
			DÍAS MULTA:	PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD:	6<X<15
			375<X<735	6<X<15	INHABILITACIÓN
				INHABILITACIÓN	5 a 20 años
				DÍAS MULTA:	DÍAS MULTA:
				375<X<735	375<X<735
					<u>REMISIONES ESPECIALES:</u>
					-PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD:
					15<X<20
					-INHABILITACIÓN perpetua
					-DÍAS MULTA:
					365<X<735



estudio@lozavalos.com.pe
estudiolozavalos@gmail.com



+51 956 721 494



Pasaje Juan Bautista Pigalle 180 Puerta 101
Int. 401 – San Borja – Lima, Perú



@Giulliana Loza Avalos



@giullianalozaavalos



LOZA AVALOS
abogados & consultores