

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



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?

Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho Penal que presenta:

Janet Biaggi Avanto De Steins

Asesor:

Hector Fidel Rojas Rodriguez

Lima, 2021

RESUMEN

El trabajo analiza la relevancia penal de las infracciones en las exoneraciones por secreto que se dan en las compras militares y policiales, esto es, si la actual tipificación del delito de colusión (384CP) permite sancionar a las infracciones de carácter penal que se cometen en el contexto de las exoneraciones por necesidad de realizar compras secretas en las contrataciones públicas.

Se pasa revista a las infracciones de relevancia penal cometidas en las exoneraciones por secreto militar en el ordenamiento jurídico peruano, en diversos procesos de compras militares y/o policiales en los últimos gobiernos, en donde se pone en evidencia que dichos procesos, al ser clasificados como secretos, generan una amplia posibilidad (mayor riesgo) de que se realicen acuerdos colusorios ilícitos con los proveedores, con la finalidad de agravar al Estado.

Se pone en evidencia que el modo como la doctrina nacional y la jurisprudencia actualmente conciben al bien jurídico protegido del delito de colusión no permite sancionar las infracciones de carácter penal a las exoneraciones por secreto militar en las contrataciones públicas. Por ello, se propone redefinir la concepción del bien jurídico protegido en el delito de colusión, centrando el objeto de protección penal en el sistema de abastecimiento del Estado.

Índice

RESUMEN.....	2
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I.- LAS EXONERACIONES POR SECRETO MILITAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	7
1.1. El abastecimiento de bienes por secreto militar	7
1.2. Modalidades de contrataciones en las compras militares	8
1.2.1. Compras de Gobierno a Gobierno.....	8
1.2.2. Compras en Mercado Extranjero.	14
1.2.3. Compras en Mercado Nacional.....	16
1.3. El secreto militar como causal de exoneración.....	17
1.3.1. Definición de la exoneración del Secreto Militar en el proceso de selección.	17
1.3.2. La causal de exoneración por secreto militar en las compras militares y/o policiales.	18
1.4. Los límites del tipo de colusión para sancionar afectaciones de carácter penal en las exoneraciones por secreto militar en las compras militares y/o policiales.	19
CAPÍTULO II.- LA LESIÓN AL BIEN JURÍDICO COMO CLAVE DE INTERPRETACIÓN DEL DELITO DE COLUSIÓN	23
2.1. El sistema de abastecimiento como sistema administrativo.....	23
2.2. Principios de contratación pública.....	27
2.3. Relevancia de la antijuricidad material en la configuración del injusto colusorio.....	32
2.4. Visión actual del bien jurídico en el delito de colusión	35
2.6. Análisis y toma de postura sobre el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública	38
2.6. Alcances de la tipicidad del delito de colusión	45
CAPÍTULO III.- VACÍOS LEGALES EN LA NORMATIVA SOBRE COMPRAS MILITARES POR SECRETO MILITAR, QUE INDICEN EN LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE COLUSIÓN.....	48
3.1. Propuestas de lege lata	48
3.1.1. Validación del sistema de abastecimiento del estado como bien jurídico penal.	50
3.1.2. Redefinición del alcance de la tipicidad del delito de colusión a la luz del alcance de bien jurídico	54
3.2. A manera de propuesta: Un nuevo supuesto del delito de colusión en compras militares y policiales (propuesta de <i>lege ferenda</i>).....	58
CONCLUSIONES.....	60
BIBLIOGRAFÍA.....	64
Instrumentos normativos citados	69

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo parte de la pregunta acerca de si el delito de colusión (su tipicidad) permite sancionar a las infracciones de carácter penal que se producen en el contexto de exoneraciones por secreto militar en las contrataciones públicas. La hipótesis que desarrolla y defiende es que el modo como está actualmente diseñado el sistema de compras por secreto militar impide al tipo legal de colusión sancionar dichas infracciones, por lo que es necesaria la redefinición de la concepción del bien jurídico protegido en el delito de colusión, a fin de abarcar conductas lesivas que actualmente quedan fuera del marco de aplicación del delito de colusión.

Las compras militares y policiales secretas se llevan a cabo en el Perú, ya sea por renovación de equipamiento, armamento, o por desabastecimiento de estos. Es importante señalar que son clasificadas como secretas por estar relacionadas con la Seguridad Nacional, Orden Interno o Defensa Nacional y se encuentran excluidas de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado.

Esta situación genera vacíos legales que pueden favorecer a la corrupción en los procesos de adquisición realizadas por las Fuerzas Armadas y/o la Policía Nacional, ya que su clasificación de secreto y el especial estatuto jurídico que se les aplica a dichas compras permite la manipulación de los procedimientos mediante directivas internas de los institutos castrenses, de modo que, al

momento de valorar el quebrantamiento de los principios de la contratación pública (actual entendimiento del bien jurídico protegido), no se podrían configurar los elementos del tipo del delito de colusión, previsto en el artículo 384º del Código Penal.

En los casos analizados se pone en evidencia que la normatividad emitida para algunos procesos de adquisición secretos militares y/o policiales permite la transgresión de los principios de transparencia, competencia e integridad entre otros que rigen las contrataciones con el Estado, para la consumación del delito de colusión.

Es necesario, a juicio de este trabajo, replantear el contenido del bien jurídico protegido en el delito de colusión y girar hacia un objeto más omnicomprendido del abastecimiento público. Esto evitaría la impunidad en casos similares a los analizados, pues en el entendimiento actual, el ámbito de protección del bien jurídico protegido por el delito de colusión son los principios de la contratación pública, conllevando a que las conductas que se vienen analizando no puedan ser subsumidas en el tipo penal.

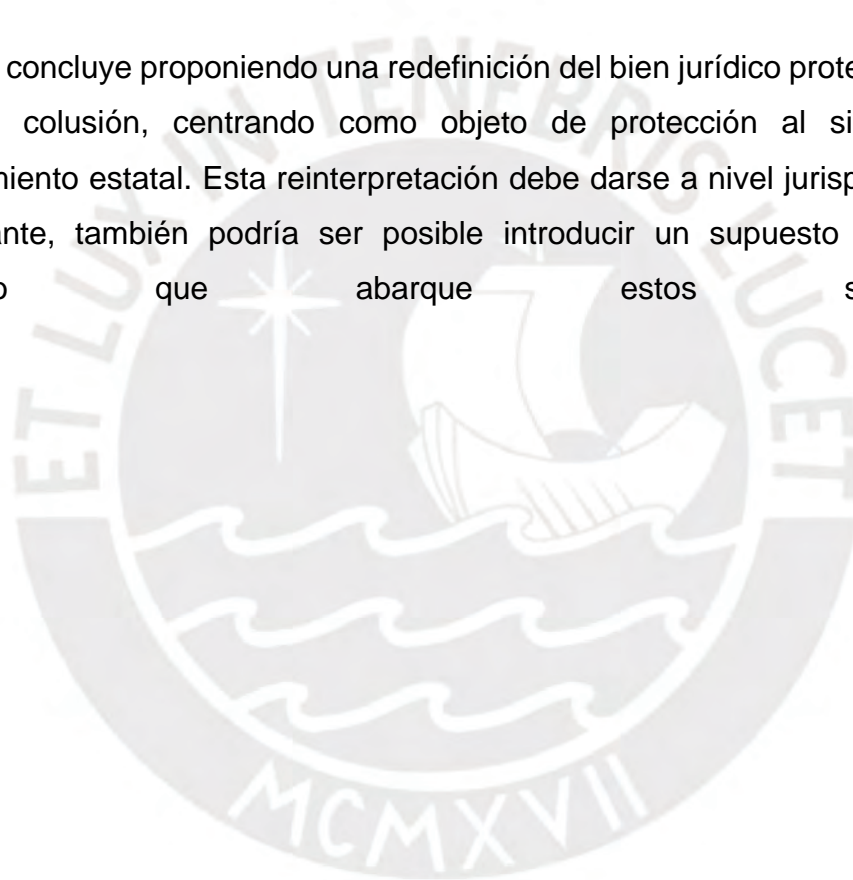
Al respecto, la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, de fecha 20 de diciembre de 2007, define los sistemas de la Administración Pública, los cuales se entienden como el conjunto de principios, procedimientos, normas y técnicas que organizan a la Administración Pública, en todos los niveles de gobierno, los cuales son: Sistemas Funcionales y Sistemas Administrativos. Entre ellos, el Sistema de Abastecimiento Estatal tiene como eje principal lograr una correcta utilización de los recursos públicos en todos los niveles de gobierno.

Si se redefine el bien jurídico del delito de colusión como el sistema de abastecimiento del Estado, el concepto de “acuerdo colusorio”, se amplifica y permite encuadrar las irregularidades en las compras militares y/o policiales como típicas, ya que como lo que hemos podido apreciar en los últimos años, muchas veces los acuerdos colusorios se dan previos a la elaboración de las normas específicas para determinadas compras militares en los diferentes estamentos de las Fuerzas Armadas, previos a la elaboración de las bases, es

decir, antes de la convocatoria al concurso misma, no pudiendo ser abarcados por la tipicidad del delito.

Si se reorienta la interpretación del delito de colusión entendiendo que éste protege a la cadena de abastecimiento público (y no solo a un aspecto de ella, que son los principios -legales- de la contratación pública), se puede abarcar conductas que, aunque resultan formalmente válidas desde el punto de vista de su reglamentación, materialmente hablando resultan atentatorias de un correcto abastecimiento público.

El trabajo concluye proponiendo una redefinición del bien jurídico protegido en el delito de colusión, centrando como objeto de protección al sistema de abastecimiento estatal. Esta reinterpretación debe darse a nivel jurisprudencial. No obstante, también podría ser posible introducir un supuesto normativo específico que abarque estos supuestos.



CAPÍTULO I.- LAS EXONERACIONES POR SECRETO MILITAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1.1. El abastecimiento de bienes por secreto militar

Como lo define Linares, los contratos administrativos están relacionados con los contratos privados de la Administración, donde el Estado se desenvuelve como un particular despojado de su *ius imperium*¹. En tal sentido, nuestro ordenamiento jurídico en Contrataciones del Estado establece los lineamientos sobre los cuales las entidades privadas realizan contrataciones públicas con el Estado, según lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225.

Sin embargo, los supuestos en los cuales las entidades públicas están exentas de la aplicación a la Ley de Contrataciones del Estado están establecidos en el artículo 4 de la Ley 30225, estando habilitadas para

¹ Linares, M. (2013). Contratación Pública, Derecho Local, Internacional y de la Integración (2da.). Lima: Linares Consultores. Pág. 90.

realizar las exoneraciones en contratación pública, para determinar al proveedor que contratarán directamente.

Es importante señalar que a pesar de que el artículo 5 de la referida Ley señala el ámbito de aplicación de la norma de contratación, los supuestos no abarcados por la Ley quedan sujetos a supervisión. Entre tales supuestos destacan las contrataciones de gobierno a gobierno, las compras con proveedores no domiciliados en Perú, compras con organismos internacionales, que son los mecanismos utilizados comúnmente para las compras militares y policiales. Sin embargo, las compras militares y policiales calificadas como secretas están excluidas de supervisión por el Organismo de Contrataciones del Estado, por tratarse de temas vinculados a la seguridad nacional y orden interno [Art. 5 LCA].

Si bien en algunos casos, por situación de necesidad, las entidades estatales y las FFAA y PNP se exoneran de convocar a licitaciones públicas (como por ejemplo, durante la pandemia devenida de la COVID-19, en la compra de armamento o de patrulleros), esto no las exime de hacer una fundamentación detallada de la viabilidad de dicho procedimiento (exoneración), ya que se podría pretextar la necesidad del secreto de la adquisición para comprar sin ningún control externo, mediante mecanismos de concertación dolosa con los proveedores.

A continuación, se analiza las diferentes modalidades de contratación que permiten identificar la casuística relacionada con la declaración del secreto de una compra militar o policial.

1.2. Modalidades de contrataciones en las compras militares

1.2.1. Compras de Gobierno a Gobierno.

Como ya se mencionó previamente, las compras militares y policiales bajo la modalidad de Gobierno a Gobierno, por tratarse de temas vinculados a la Defensa Nacional, Seguridad Nacional y Orden Interno son clasificadas como secretas, no están sujetas a supervisión por parte de OSCE. Como ejemplo, tenemos que durante el gobierno del expresidente Ollanta Humala Tasso, el marco legal aplicable fue la Trigésima Primera Disposición complementaria de la Ley de Presupuesto del año 2013, establecía que las compras de Gobierno a Gobierno estaban fuera del marco de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, vigente en ese entonces Decreto Legislativo N°1017.

En este orden de ideas, hemos podido analizar la normatividad del Sector Defensa e Interior en cuanto a las compras de Gobierno a Gobierno, ya que cada sector tenía con una normatividad interna sobre la materia, a fin de poder realizar las compras de Gobierno a Gobierno.

En el Sector Defensa, el marco normativo aplicable a las compras de Gobierno a Gobierno están contenidas en el Decreto Supremo N° 011-99-RE, que aprueba la adhesión del Perú a la “Convención de las Naciones de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compra Venta Internacional de Mercaderías” adoptada en Viena en 1980; convención que también servía de marco aplicable para la Directiva General N°08-2010/MINDEF/SG/VRD, “Directiva para normar las adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios bajo la modalidad de compras en el Mercado Extranjero”.

Es importante señalar que, analizando algunas adquisiciones realizadas bajo la modalidad de Gobierno a Gobierno, clasificadas como secretas, realizadas durante los últimos gobiernos, se desprende que dichas compras, tuvieron como marco general los tratados bilaterales que el Perú suscribió en cooperación en materia de defensa y seguridad nacional, suscritos entre el Ministerio de Defensa del Perú y su par,

respecto de países como Francia, Corea del Sur, Rusia, Canadá, entre otros.

Así, por ejemplo, para las contrataciones de bienes y servicios en el Mercado Extranjero en el Sector Defensa en el año 2011 se emitió la Directiva General N° 002-2011-MINDEF/SG/VRD, “Directiva para normar las contrataciones de bienes y servicios en el mercado extranjero” y el Manual N° 001-2011-MINDEF. Sin embargo, según información periodística, en el caso de la adquisición del Satélite Perú SAT, se redactó una normatividad específica a cargo de Comisión Nacional de Investigación y Desarrollo Aeroespacial – CONIDA ²

Por otro lado, en el Sector Interior, las compras de gobierno a gobierno, también en los últimos gobiernos tenían una normatividad específica, la misma que se promulgó, en los casos para las adquisiciones de los patrulleros, a fin de poder realizar la adquisición de los patrulleros marca Hyundai Santa Fe y Ssang Yong a la empresa Daewoo International Corporation a través de KOTRA, agencia comercial del Gobierno de Corea del Sur, ya que anteriormente no se había realizado esta modalidad de compra en el Sector Interior. ³

Es importante señalar, que dichas adquisiciones estuvieron exoneradas por secreto militar y de la supervisión de OSCE. Asimismo, se justificó la exoneración en lo establecido en la Trigésima Primera Disposición Complementaria de la Ley de Presupuesto del año 2013, que excluía a las compras de Gobierno a Gobierno de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, basándose dichas compras en los Convenios o Tratados Bilaterales que el Perú suscribió, en este caso específico, con Corea del Sur, para la adquisición de los llamados “patrulleros inteligentes”.

² <https://panamericana.pe/panorama/politica/213138-peru-sat-1-historia-polemico-satelite-adquirido-gobierno-humala>

³ <https://elcomercio.pe/lima/patrulleros-pnp-6-claves-polemica-compra-232386-noticia/>

Para realizar dichas adquisiciones el Sector Interior, promulgó la DIRECTIVA N° 009-2012-IN “PROCEDIMIENTO PARA LAS COMPRAS DE GOBIERNO A GOBIERNO” y la DIRECTIVA N° 006-2014/In “Procedimiento Para La Contratación De Bienes Y Servicios Bajo La Modalidad De Gobierno A Gobierno”. La primera de ellas estableció el proceso de contrataciones de bienes y servicios entre el Ministerio del Interior y un Gobierno Extranjero, mientras que la segunda definió a la Contratación de Gobierno a Gobierno entre sector Interior con un Gobierno Extranjero a fin de provisionarse de bienes o servicios especializados, interviniendo el Gobierno Extranjero como una especie de garante en la ejecución del referido contrato. Mediante esta última directiva se regulan los vacíos legales que tenía la primera directiva anteriormente descrita, estableciendo específicamente las etapas desde el inicio de las compras de gobierno a gobierno en el Sector Interior.

En el caso de los llamados patrulleros inteligentes, estos fueron adquiridos a la empresa Daewoo International Cooperation, adquiriendo primero camionetas marca Hyundai modelo Santa Fe y luego camionetas de la marca SSang Yong, lo cual se basó en un convenio bilateral suscrito con el Gobierno de Corea del Sur en temas de Seguridad Nacional. Dicho convenio fue la base para poder clasificar estas adquisiciones como compra de Gobierno a Gobierno⁴.

En este orden de ideas, tenemos que, bajo la modalidad de Gobierno a Gobierno, el Estado Peruano suscribió convenios en cooperación bilateral con Corea del Sur, Francia, Canadá entre otros; a fin de poder adquirir armamento, helicópteros, satélites, clasificados como secretos, los cuales fueron realizados por los institutos castrenses y Policía Nacional, sin supervisión alguna durante el proceso de adquisición. Luego de

⁴ https://redaccion.lamula.pe/2016/02/22/gobierno-ordena-mas-patrulleros-inteligentes-pese-a-que-el-20-de-su-flota-se-encuentra-inoperativa/redaccionmulera/?fb_comment_id=926480100803951_1005622432889717

realizadas estas adquisiciones, la Contraloría General de la Republica realizó el análisis del control correspondiente, realizando serias observaciones a las referidas adquisiciones.⁵

Actualmente, la modalidad de Gobierno a gobierno en las Fuerzas Armadas se realiza a través de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, en aplicación del Decreto Legislativo N°1168, señalando que tiene como función principal la planificación, organización y ejecución del Plan Estratégico de Compras del Sector Defensa, así como en los procesos de contrataciones en el mercado nacional y extranjero.

Asimismo en esta modalidad de contratación se aplica lo dispuesto en la Vigésima Primera Disposición Complementaria Final del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, el cual establece que, en las contrataciones de Gobierno a Gobierno de bienes, servicios, ejecución de obras, la gestión, desarrollo u operación pueden realizarse por el otro Estado mediante sus propios organismos, dependencias, empresas públicas o privadas, las cuales se regulan por el comercio internacional y por las normas del derecho internacional.

Al respecto, se debe tomar en cuenta lo establecido en el numeral 2 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1128, que establece que la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas ejecuta los procesos de contratación en el mercado nacional y mercado extranjero, así como las contrataciones de gobierno a gobierno, según lo establecido en el Plan Estratégico de Compras del Sector Defensa.

Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N°1168, hace referencia a la contratación de Gobierno a

⁵ <https://andina.pe/Agencia/noticia-contralor-confirma-compras-militares-s-10000-millones-gobierno-pasado-634058.aspx>

Gobierno, como el proceso de adquisición o contratación donde interviene por un lado un Órgano u Organismo de la Administración Pública del Estado peruano y de la otra parte interviene otro Estado o una Entidad de este.

En los procesos de contratación de gobierno a gobierno, tal como lo dispone el artículo 14º del Reglamento del Decreto Legislativo N°1128, se pueden identificar dos fases: actos preparatorios y ejecución contractual. Asimismo, las fases de los procesos de contratación en el mercado extranjero se regulan a través de las disposiciones que establece la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas.

En cuanto a las disposiciones referente a la modalidad de gobierno a gobierno, se aplica la Resolución Jefatural N° 40-2020-ACFFAA, que aprueba la Directiva DIR-DEC-002, Versión 00, “Proceso de Contratación bajo la modalidad de Estado a Estado”, la cual establece que el análisis o estudio de mercado se encuentra a cargo de la Dirección de Estudio de Mercado; asimismo la evaluación y comparación del Informe Técnico Económico que contiene las condiciones de los Estados interesados y evidencia las ventajas para el Estado peruano de contratar con otro Estado. También establece como requisito que el informe de la oficina de presupuesto del Ministerio de Defensa y la declaratoria de viabilidad y/o aprobación en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.

Como es de apreciar, hoy en día se ha centralizado las compras militares en la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, la cual unifica la normatividad de los Institutos Castrenses a fin de tener una uniformidad en las compras de gobierno a gobierno, las cuales son secretas por razón de defensa y seguridad nacional.

Si bien el presupuesto legal es que los contratos de gobierno a gobierno ofrecen mayor garantía para evitar la corrupción, los estados extranjeros

suelen intermediar o tener políticas de fomento del comercio de productos fabricados por sus nacionales, que son empresas privadas, por lo que la modalidad de Gobierno a Gobierno no destierra la posibilidad del ingreso de intereses privados en las negociaciones, pues dichas empresas no tienen impedimento alguno para incurrir en un pacto colusorio para obtener a su favor la adjudicación de determinado bien. Lo óptimo sería el control concurrente desde inicio del proceso, por parte de la Contraloría.

1.2.2. Compras en Mercado Extranjero.

Como ya lo hemos señalado anteriormente, el artículo 4º de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N°082-2019-EF, establece los supuestos en los cuales las entidades públicas están exentas de la aplicación a la Ley de Contrataciones del Estado, entre los que se encuentra el supuesto para la contratación con un proveedor extranjero no domiciliado en el país, ya que se requiere que la mayoría de las prestaciones se realice en el territorio extranjero.

Es importante precisar, que antes de la creación de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, las contrataciones de bienes y servicios en el mercado extranjero en el Sector Defensa se regían por la Directiva General N° 002-2011-MINDEF/SG/VRD, “Directiva para normar las contrataciones de bienes y servicios en el mercado extranjero” y el Manual N° 001-2011-MINDEF, que regulaba las “Contrataciones de bienes y servicios en el mercado extranjero y sus diferentes modalidades”.

Las normas anteriormente descritas eran utilizadas por las Fuerzas Armadas en la contratación de bienes y servicios en el extranjero,

basándose en los tratados o acuerdos internacionales, en los usos y costumbres del comercio internacional.

En el Sector Defensa se aplicó dicha normativa en la adquisición de los aviones Spartam, adquiridos a la empresa italiana ALENIA AERMACCHI⁶.

Asimismo, en el proceso de adquisición de bienes para la implementación de bases militares en el VRAEM, el Comando Logístico del Ejército - COLOGE suscribió tres contratos con la empresa Colombia Manufacturas Rose. Al respecto, cabe advertir que, según información pública, la Contraloría General de la República observó que los bienes que fueron entregados eran en su totalidad de fabricación peruana sin cumplir con los requerimientos técnicos establecidos en los referidos contratos, donde podríamos pensar que estaríamos frente al delito de colusión, en agravio del Estado Peruano⁷.

Es importante precisar, que en el año 2021 se creó la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, mediante el Decreto Legislativo N° 1128⁸, y su reglamento en el año 2013. Sin embargo, se suspendió su puesta en vigencia hasta finales del 2015. En el año 2017 esta modalidad de compra por parte de las Fuerzas Armadas se realiza a través de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, bajo la aplicación del Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero MAN-DPC-001 - Versión 03. ⁹

Actualmente, la modalidad de Mercado Extranjero en el Sector Defensa está a cargo de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas,

⁶ <https://larepublica.pe/politica/795722-defensa-propone-a-fabrica-italiana-alenia-ensamblar-sus-aviones-c-27j-en-el-peru/>

⁷ Reportaje de Panorama de fecha 20 de noviembre de 2016
<https://www.youtube.com/watch?v=b10p1i3WkXs>

⁸ Aprobada el 12 de diciembre del 2012.

⁹ Aprobado mediante Resolución Jefatural N°121-2017-ACFFAA de fecha 21 de agosto de 2017.

adscrita al Ministerio de Defensa, que tiene como función encargarse de la planificación de Compras del Sector Defensa, en el mercado nacional y extranjero.

Por otro lado, en el Sector Interior, las compras en el mercado extranjero se rigen por la DIRECTIVA N° 003-2009-IN-0501 “Lineamientos para la contratación de bienes y servicios en el extranjero”, la cual estableció las normas y procedimientos que deben seguirse para llevar a cabo, con criterios de racionalidad y transparencia, las contrataciones de bienes y servicios que deban realizarse en el extranjero con proveedores no domiciliados en el Perú ¹⁰.

Es importante precisar, que para optar por esta modalidad el Sector Interior tiene que haber hecho un estudio minucioso referente a que el bien que desea adquirir no es fabricado ni comercializado en el Perú, asimismo tiene que verificar, en todo caso, que el 80% de los bienes a adquirir tienen que ser de origen extranjero.

1.2.3. Compras en Mercado Nacional.

En cuanto a las Compras Militares en el mercado nacional se realizan actualmente a través de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas del Perú.

Las compras en mercado nacional se rigen por la Ley de Contrataciones del Estado, y su reglamento, siempre y cuando estas compras militares no estén relacionadas a la seguridad nacional y orden interno.

¹⁰ Inciso f) del Artículo 4º del Decreto Supremo N°082-2019-EF.

1.3. El secreto militar como causal de exoneración

1.3.1. Definición de la exoneración del Secreto Militar en el proceso de selección.

El marco general del secreto militar puede encontrarse en el artículo 44^o Constitución Política del Perú señala que es deber del Estado defender la soberanía nacional.

Mediante el Decreto Supremo N° 052- 2001-PCM, promulgado durante el gobierno de Valentín Paniagua, se dispuso que tenían calidad de secreto militar o de orden interno las contrataciones referentes a bienes, servicios u obras, las cuales de manera directa o indirecta den a conocer la asignación del personal, la naturaleza, ubicación, cantidad y operatividad del armamento disponible o ubicación de las fuerzas o dependencias militares o policiales que podrían poner en riesgo la seguridad nacional.

Es importante señalar, que durante el gobierno de Ollanta Humala, se amplió el rango de aplicación de las exoneraciones en las contrataciones públicas por secreto militar o de orden interno, mediante el Decreto Supremo N° 205-2012-PCM, a fin de viabilizar la construcción, modernización e implementación de bases militares, instalaciones policiales y contrasubversivas, así como contrataciones de todo tipo de armamento, vehículos de uso militar o policial, equipos de seguridad y protección para uso militar o policial, sistemas de radares, equipos médicos e instrumental médico para uso militar o policial, contrataciones de pólizas de seguros para cubrir bienes asociados al secreto militar, transferencia tecnológica, de uso militar y o policial., servicios de asesoría relacionado a la operatividad de los bienes relacionados con el secreto militar u orden interno.

En ese orden de ideas, el Ministerio de Defensa es el encargado de realizar el planeamiento con relación a la Seguridad y Defensa Nacional, según lo establecido en el artículo 6º del Decreto Legislativo N°1134. Es el caso que, mediante Resolución Ministerial N°046-2012-DE/SG, se aprobó la Directiva General N°001-2012-DE/SG “Normas para garantizar la seguridad de las informaciones en el Ministerio de Defensa”. Cabe señalar que dicha directiva establece qué debe entenderse por la clasificación como Secreta, Reservada y Confidencial de la información.

Así, se define como la información secreta¹¹, la clasificación referida a la seguridad nacional, a fin de garantizar la seguridad de los ciudadanos, toda vez que su divulgación pondría en riesgo la integridad territorial y el sistema democrático; así como respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia dentro del marco que establece el Estado de Derecho.

1.3.2. La causal de exoneración por secreto militar en las compras militares y/o policiales.

En los literales b) y d) del artículo 27º de la Ley de Contrataciones del Estado, del Texto Único de la Ley de Contrataciones del Estado Ley N°30225, establece que el Estado podrá contratar directamente con un proveedor, cuando se afecten la defensa o seguridad nacional; así como cuando las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y el Sistema Nacional de Inteligencia requieran realizar contrataciones con

¹¹ De acuerdo con el artículo 15º del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública,

carácter secreto, secreto militar o por razones de orden interno, previa opinión favorable de la Contraloría General de la República.

Es importante señalar que el artículo 100º del Decreto Supremo N°344-2018-EF, Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, señala que las condiciones de empleo de la contratación directa en las contrataciones con carácter de secreto militar u orden interno, a las compras cuyo objeto contractual se encuentra incluido en la lista que, mediante Decreto Supremo, haya aprobado el Consejo de Ministros, refrendado por el sector correspondiente, la Policía Nacional del Perú y el Sistema de Inteligencia Nacional; contando con la opinión favorable de la Contraloría General de la República.

Hay que precisar, que la necesidad de las contrataciones en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional debe estar sustentadas en el planeamiento estratégico de la Seguridad y Defensa Nacional aprobado por el Consejo de ministros. Asimismo, en caso de que las compras sean para zonas en Estado de Emergencia, el ministro del sector puede disponer su ejecución siempre y cuando comunique al Consejo de ministros para que pueda ser aprobada¹².

1.4. Los límites del tipo de colusión para sancionar afectaciones de carácter penal en las exoneraciones por secreto militar en las compras militares y/o policiales.

Las compras militares y/o policiales secretas, no se realizan bajo las reglas comunes establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado, sino que actualmente se realizan a través de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, que, si bien unifica las necesidades de cada

¹² GUZMAN NAPURI, Christian. “Manual de la Ley de Contrataciones del Estado”. Gaceta Jurídica. 1era Edición. Lima, 2015, pág. 521

organismo castrense en el caso del sector defensa, sin embargo, para realizar las adquisiciones se siguen manteniendo los mismos criterios que con anterioridad aplicaba cada Instituto armado, que contaba con su propia normatividad referente a los procesos de adquisición, la cual en muchos casos, también tiene calidad de secreta¹³, impidiendo así tener conocimiento de los lineamientos que las rigen y si son emitidas para un proceso de adquisición en específico.

La normatividad emitida para estos procesos de adquisición secretos, por obvias razones, constituyen excepciones o limitaciones a los principios de transparencia, competencia e integridad que rigen en los casos regulares de contrataciones con el Estado. No obstante, no existe limitación legal o constitucional a dichos límites, los mismos que se dejan al libre arbitrio de los órganos encargados de confeccionar la normativa de contratación secreta. Esto no puede aceptarse. Si bien es razonable que existan supuestos de adquisiciones secretas, debe asegurarse que existan mecanismos de control del cumplimiento de parámetros de transparencia, competencia e integridad, por formar parte de supuestos de abastecimiento público de especial trascendencia.

Asimismo, otra limitación con la que nos encontramos al tratar de analizar si se configura o no el delito de colusión en alguna compra militar o policial, es el hecho de que estas compras no están sujetas a un control previo o concurrente sino posterior, con lo cual es muy difícil de detectar desde el inicio alguna afectación de carácter penal en las exoneraciones por secreto militar en las adquisiciones.

Tampoco se exige en el Plan Anual de Compras (PAC) la inclusión de algunas compras militares o policiales, pero por necesidad o emergencia se terminan haciendo procesos de adquisición que no estuvieron

¹³ "Artículo 15º. de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

previstos, que no cumplen los principios básicos de la contratación pública, y peor aún son clasificadas como secretas, lo que dificulta la labor de los operadores de justicia al momento de realizar las investigaciones. Si bien puede resultar razonable tal exclusión, debe asegurarse mecanismos alternativos que aseguren el conocimiento de la existencia del proceso y su convocatoria, sin que ello signifique una pérdida del secreto en casos justificados, es decir, habría que analizar si en todos los casos de procesos exonerados por secreto militar, es razonable la exclusión de su publicación en el PAC.

Si se parte del estándar señalado por la Corte Suprema en relación con el delito de colusión, la defraudación se debe entender como vulneración del deber de lealtad al realizar actos de disposición patrimonial en agravio del Estado¹⁴. En ese sentido, los procesos exonerados por causal de secreto no deben ser excluidos de dicha exigencia.

Es importante precisar que la Contraloría General de la República, al realizar el control posterior en el caso de la compras militares y policiales clasificadas como secretas, elabora un Informe Técnico, que según lo establecido en el artículo 201-A^o del Código Procesal Penal¹⁵, se considera una prueba especial en el proceso penal, siendo que la Corte Suprema, ha establecido al carácter preconstituido de dicho Informe, tal como se desprende del Recurso de Nulidad N^o 2736-2009 Huánuco, de la Sala Penal Permanente¹⁶. Sin embargo, dichos informes técnicos al ser elaborados en base a documentación secreta en la compras militares y policiales clasificadas como secretas, podría ser objeto de exclusión por parte de la defensa de los imputados si no se ha tenido el cuidado de realizar el previo proceso de desclasificación de la información,

¹⁴ Ejecutoria Suprema R.N. N^o2677-2012-MADRE DE DIOS

¹⁵ Artículo 201-A Código Procesal Penal.

¹⁶ ESPINOZA GOYENA, Julio Cesar, AMAYA SANCHEZ, Karina y CHUMPITAZ CHUMPITAZ, Víctor Romel "La Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema: En lo Sustantivo del Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal 2007-2011", Editorial NOVA PRINT SAC, Primera Edición, marzo 2013, pág. 132

pudiendo ser excluida la prueba si configura un supuesto de prohibición legal¹⁷.

Como podemos apreciar, tal como está configurado en nuestra legislación el delito de Colusión simple y agravada es muy difícil de encuadrar las presuntas irregularidades que se puedan dar en las compras militares y/o policiales por las exoneraciones por secreto militar sustentadas en la Seguridad Nacional o Defensa Nacional.



¹⁷ Numeral 2) del artículo 155º del Código Procesal Pena

CAPÍTULO II.- LA LESIÓN AL BIEN JURÍDICO COMO CLAVE DE INTERPRETACIÓN DEL DELITO DE COLUSIÓN

2.1. El sistema de abastecimiento como sistema administrativo

La finalidad de la función pública es el servicio a la nación, a fin de lograr altos estándares de eficiencia en el Estado, para lograr beneficiar de la mejor manera a la población, mejorando el uso de los recursos públicos¹⁸.

Para lograr el mejor funcionamiento de la función pública, o la Administración pública, la Ley N.º 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo prevé dos tipos de sistemas en la Administración Pública, los cuales se entienden como el conjunto de principios, procedimientos, normas y técnicas que organizan a la Administración Pública, en todos los niveles de gobierno. Dichos sistemas, a su vez, son de dos tipos: Sistemas Funcionales y Sistemas Administrativos.

Los sistemas administrativos de la Administración Pública norman la mejor utilización de los recursos públicos en los diferentes niveles de gobierno de manera eficaz y eficiente (cfr.: artículo 46º de la Ley N°29158).

¹⁸ ANDIA VALENCIA, Walter. "Manual de Gestión Pública". Editorial Ediciones Arte & Pluma. Novena Edición, enero 2020, pág.

La citada Ley establece que en la Administración Pública existen once Sistemas Administrativos, los cuales son:

- Sistema de Recursos Humanos, se define como el conjunto de principios, normatividad y reglas que propicia el desenvolvimiento sostenido de las acciones administrativas en el sector público, según lo establecido por la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil y Decreto Legislativo N° 1023, Decreto Legislativo, mediante el cual se establece la Autoridad Nacional del Servicio Civil.
- Sistema de Abastecimiento Estatal, se entiende como la actividad de organización para contribuir al empleo eficiente de los recursos de Estado, para la adquisición de bienes y servicios, que comprende principios, normas y pautas, creado por el Decreto Legislativo N° 1439, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Abastecimiento.
- Sistema Nacional de Presupuesto Público, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto, dispone que engloba los procedimientos y principios que rigen el proceso presupuestario en todos los organismos de El Estado.
- Sistema de Tesorería, según lo establecido por Decreto Legislativo N° 1441, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Tesorería, establece que es el conjunto de instrumentos y procedimientos cuya finalidad es la administración de los fondos públicos en el Sector Público, indistintamente de la fuente de financiamiento.
- Sistema Endeudamiento Público, de conformidad con lo dispuesto por Decreto Legislativo N° 1437, Decreto Legislativo del Sistema Nacional

de Endeudamiento Público, señala que engloba las normas y órganos a fin de obtener una acertada administración de la deuda pública.

- Sistema de Contabilidad, según el Decreto Legislativo N° 1438, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Contabilidad, señala que tiene como función consolidar la información presupuestaria y patrimonial del Sector Público a fin de tener un óptimo resultado a través de la Cuenta General de la Nación.
- Sistema de Inversión Pública, según lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1252, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, establece que engloba los proyectos de inversión en el Sector Público.
- Sistema de Planeamiento Estratégico, según lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1088, Ley del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico, a cargo del seguimiento de las políticas y planes públicos orientados a resolver las necesidades de la población.
- Sistema de Defensa Judicial del Estado. Decreto Legislativo N° 1326, Decreto Legislativo que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado.
- Sistema de Control, según lo establecido en la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, en concordancia con la Ley de fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control

LeyN°30742, está conformado por el conjunto de órganos de control, normas, y procedimientos integrados funcionalmente, que permite ejercer el control gubernamental en forma descentralizada.

- Sistema de Modernización de la Gestión Pública, según lo establecido por la Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, tiene como principal objetivo salvaguardar la optimización de suministro de bienes y servicios del Estado; así como también mejorar la gestión estatal.

Cabe precisar, que el Poder Ejecutivo es el ente rector a cargo de reglamentar y poner en funcionamiento los Sistemas Administrativos en todos los niveles de la Administración Pública, con concordancia con la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N°27444, sin afectar los entes autónomos, salvo en el caso del sistema Nacional de Control, cuyo ente rector es la Contraloría General de la República.

Es importante señalar, que según la Opinión Técnica Vinculante N° 02-2020-PCM-SGP-SSAP¹⁹, los sistemas administrativos, por regla, se vinculan con las funciones de administración interna de una entidad estatal, es decir, a fin de optimizar el uso de los bienes económicos y humanos de forma eficaz y eficiente.

En este orden de ideas, tenemos dentro de los sistemas administrativos de la Administración Pública al Sistema de Abastecimiento Estatal, el cual fue normado expresamente mediante el Decreto Legislativo N° 1439 Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Abastecimiento. Dicho sistema establece el conjunto de principios, procesos, normas,

¹⁹ Del 11 de noviembre de 2020, emitida por la Subsecretaría de Administración Pública de la Presidencia del Consejo de ministros.

procedimientos, técnicas e instrumentos para el suministro de los bienes, servicios y obras, a través de las actividades de la Cadena de Abastecimiento Público²⁰. El ente rector del Sistema de Abastecimiento Estatal es el Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General de Abastecimiento.

El Sistema de Abastecimiento Estatal tiene, sin duda, como ejes principales, los principios de la contratación pública, a fin de lograr una correcta utilización de los recursos públicos en todos los niveles de gobierno. A continuación, se analiza estos principios.

2.2. Principios de contratación pública

El marco normativo de la Contratación Pública lo encabeza el artículo 76º de la Constitución Política del Perú, en concordancia con Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 082-2019-EF. En este sentido los principios de la contratación pública son los ejes rectores que rigen toda contratación pública²¹.

José Moreno Molina señala que los principios de la Contratación Pública deben brindar claridad y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del Derecho Contractual; los cuales se basan en la normativa constitucional, siendo el eje del Derecho Público sobre las contrataciones públicas.²²

²⁰ Artículo 4 de Decreto Legislativo N°1439 Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Abastecimiento.

²¹ 1er y 2do. Párrafos del Artículo 2 del Decreto Supremo N°082-2019-EF.

²² MORENO MOLINA, José Antonio. "Principios generales de la Contratación Pública en el reciente Derecho Internacional, europeo y de América Latina". Revista Derecho y Sociedad N°44, junio 2015/ ISSN 2079-3634, pág. 63.

A continuación, procederemos a detallar los principios rectores de las Contrataciones Públicas, según lo señalado en el artículo 2º del Decreto Supremo N°082-2019-EF:

- **Principio de Libertad de Concurrencia:**

Se establece que las entidades estatales incentivan el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de adquisición pública.

Es importante referirnos a lo dispuesto en la Resolución N° 1058-2008.TC-02. respecto al principio de la libertad de concurrencia, señala que se debe tener en cuenta, en el caso de bienes y servicios, las prestaciones y experiencias similares, sino es así se estará contraviniendo el principio de libertad de concurrencia²³

- **Principio de Igualdad de Trato:**

Señala que los proveedores del estado deben de tener mismas oportunidades para plantear sus ofertas, quedando prohibido los privilegios o ventajas.

El Tribunal Constitucional ha señalado que, en el marco de lo dispuesto en el artículo 76º de la Constitución del Estado, se requiere que las contrataciones públicas deben darse bajo los principios de eficacia, transparencia e igualdad.²⁴

²³ EFFIO ORDOÑEZ, Augusto Oliver y PAJUELO ORBEJOZO, Alexander. "Principios Rectores de la Contratación Pública" Capítulo 1 Módulo 1 pág.15
http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m1_a.pdf

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el. **EXP. N.º 020-2003-AI/TC**

- **Principio de Transparencia:**

Señala que las entidades brindan información coherente para que, durante el proceso de contratación, esté garantizada la libertad de concurrencia, bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad.

El Tribunal de Contrataciones del Estado mediante la Resolución N°454/2004/TC-SU estableció que las contrataciones públicas deben basarse en criterios objetivos.²⁵

- **Principio de Publicidad:**

Señala que el proceso de contratación debe ser publicitado y difundido a fin incentivar la libre competencia favoreciendo supervisión de las contrataciones.

Es importante hacer referencia a lo dispuesto en la Opinión Consultiva N°188-16/DTN mediante la cual se establece que los principios tales como el de “Transparencia” y “Publicidad” son de aplican en las contrataciones públicas, siendo responsabilidad del sector público difundir las referidas contrataciones.²⁶

- **Principio de Libre Competencia:**

²⁵ RETAMOZO LINARES, Alberto. “Contrataciones y adquisiciones del Estado y Normas de Control”. Editorial Gaceta Jurídica. 2016. 11va. Edición. Tomo 1 pág. 460.

²⁶ Opinión Consultiva N°188-16/DTN, de fecha 1 de diciembre de 2016, emitida por la Dirección Técnica Normativa de OSCE.

Señala que los procesos de contratación incluyen disposiciones de competencia efectiva para satisfacer el interés público. Se prohíben las prácticas que limiten la competencia.

Al respecto, el profesor Retamozo señala que el principio de competencia se basa en la libertad que se debe de dar entre los diferentes postores al presentar propuestas y competir entre ellos a efectos de ganar el proceso de selección en el que participan, sin restricción alguna que no contraigan a las establecidas por la ley²⁷.

Para citar un ejemplo de cómo se puede afectar este principio, se tiene que el Tribunal de Contrataciones del Estado señala mediante la Resolución N°2165-2007-TC-SI que *“(…) en el supuesto que la entidad esté solicitando que la empresa que se presenten en el proceso de selección tenga domicilio legal solo en la localidad se estaría restringiendo el principio de Libre Competencia pues solo se podrían presentar empresas que tienen su sede en dicha ciudad”*²⁸

- **Principio de Eficacia y Eficiencia:**

Establece que el proceso de contratación y en su ejecución deben cumplirse los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando los mismos en las formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para mejorar las necesidades básicas de los ciudadanos, así como del interés público, utilizando de una forma mejor los recursos públicos.

²⁷ RETAMOZO LINARES, Alberto. “Contrataciones y adquisiciones del Estado y Normas de Control”. Editorial Gaceta Jurídica. 2016. 11va. Edición. Tomo 1 pág. 462.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N°2165-2007-TC-SI.

Se puede resaltar lo dispuesto por el Tribunal de Contrataciones del Estado referente al principio de eficiencia señalando que las entidades no deben pedir a los ciudadanos documentación que se encuentren en los archivos de la misma entidad, ya que esto va en contra del principio de eficacia.²⁹

- **Principio de Vigencia Tecnológica:**

Mediante el cual dispone que los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas para cumplir de manera efectiva la finalidad pública para los que son requeridos, por un plazo determinado.

- **Principio de Sostenibilidad ambiental y social.**

Señala que en el diseño y desarrollo de la contratación pública deben contribuir a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano.

- **Principio de Equidad:**

Señala que las obligaciones y derechos de las partes en la contratación pública, deben ser iguales y proporcionales.

- **Principio de Integridad:**

²⁹ EFFIO ORDOÑEZ, Augusto Oliver y PAJUELO ORBEJOZO, Alexander. "Principios Rectores de la Contratación Pública" Capítulo 1 Módulo 1 pág. .16
http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m1_a.pdf

Señala que la conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.

2.3. Relevancia de la antijuricidad material en la configuración del injusto colusorio

La Antijuricidad no es exclusiva del derecho Penal. Sin embargo, la Antijuricidad es parte crucial de los elementos constitutivos de la Teoría del Delito, conjuntamente con la tipicidad y la culpabilidad.

Históricamente se identifican dos posturas doctrinarias referente a la antijuricidad penal. El Finalismo, teniendo a su máximo exponente a Welzel, señala que el tipo penal se considera un indicio de la antijuricidad, el cual se descarta por las causas de justificación, dotado de un significado valorativo, ya que el hecho será, aunque se dan las causas de justificación, no descarta la prohibición normativa, sino que se permite la infracción. Por otro lado, la teoría de los elementos negativos del tipo sostiene que la tipicidad requiere necesariamente de la antijuricidad, así como también que las causas de justificación descartan la tipicidad. Siendo la parte positiva los elementos del tipo penal y la parte negativa que no se confluyan las causas de justificación³⁰.

Es decir que la antijuricidad está conformada por la tipicidad, que puntualiza la conducta penalmente relevante, la cual lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido para el ordenamiento es decir un desvalor típico de resultado, imputable a un autor cuya conducta genera

³⁰ MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal Parte General" Editorial IB d F, Buenos Aires, 2011. Pág. 156 y 157.

un riesgo relevante, ya sea dolo o culposo, lo que se entiende como desvalor típico de la conducta.

Hay que resaltar qué se entiende como hecho posiblemente antijurídico: se trata de una acción contraria al bien jurídico protegido, en la que el autor tiene la intención de lesionar el bien jurídico protegido, o el incrementar las posibilidades de ocasionar una lesión lo que se conoce como dolo directo de primer grado; o el conocimiento por parte del autor que su acción lesionara al bien jurídico protegido, lo que se conoce como dolo directo de segundo grado; o en el dolo directo y en el dolo eventual debe darse la puesta en peligro relevante.³¹

Para Zaffaroni, los componentes del delito son la tipicidad, entendida como la forma legal de un hecho o supuesto legal, la antijuricidad refiere a la antijuricidad cuando no se da ningún permiso jurídico, la conducta típica será antijurídica, es el injusto penal, y la culpabilidad señala que él es la conducta típica y antijurídica atribuible al autor.³²

Según Hurtado Pozo la Antijuricidad se define como el desvalor de la acción vinculada al ordenamiento jurídico. Es el caso que la Antijuricidad se clasifica en Antijuricidad Formal al acto contrario a la norma penal, y en cuanto a la Antijuricidad Material se entiende como al daño de la acción relacionada al bien jurídico protegido por la normatividad³³.

Asimismo, Roxin señala que una persona actúa antijurídicamente cuando es imposible aplicar un interés contrario al ordenamiento jurídico³⁴.

En este orden de ideas, Santiago Mir Puig, señala que el primer requisito de la antijuricidad penal es la tipicidad penal, es decir un hecho típico es

³¹ MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal Parte General" Editorial IB d F, Buenos Aires, 2011. Pág. 167 y ss.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Estructura Básica del Derecho Penal". Editorial Ediar, 1era Edición, Buenos Aires, 2009. Pág. 57-58.

³³ HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "Manual de Derecho Penal" Parte General Tomo 1, Editorial IDEMSA, 4TA. Edición, Lima, 2011, pag497 y ss.

³⁴ ROXIN, Claus, "La Teoría del Delito en la discusión actual", traducción de Manuel Abanto Vásquez, Editorial Grijley, Pág. 227-230.

el que se ha previsto en el ordenamiento jurídico como delito, ya que esto le da la connotación penal del hecho antijurídico, toda vez que no todo hecho antijurídico tiene connotación penal solo lo son los que encuadran en un tipo penal. Asimismo, es necesario que para que el hecho sea antijurídico penalmente tiene que carecer de causas de justificación, como son la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, siendo este el segundo requisito de la antijuridicidad penal. Por lo que se consideran que las conductas antijurídicas penalmente son las que lesionan o ponen en peligro a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, atribuidas al autor.³⁵

Es importante señalar, que nuestro ordenamiento recoge lo anteriormente explicado, ya que el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal establece el principio de lesividad entendiendo que una conducta es ilícita cuando pone en peligro o lesiona un bien jurídico protegido recogido por la norma penal³⁶.

De lo anterior se desprende que la antijuridicidad penal implica no solo la contrariedad a la norma (formal) sino también la afectación a un bien jurídico (material). Por ende, no puede admitirse que por vía de la neutralización del alcance de la norma de comportamiento, mediante directivas internas e infra legales de compras públicas en el caso de exoneraciones por secreto militar, se valide, en la práctica, la afectación al abastecimiento público.

Como se viene demostrando, tal como está concebido actualmente en nuestro ordenamiento jurídico del delito de colusión no permite sancionar las infracciones de carácter penal a las exoneraciones por secreto militar en las contrataciones públicas, en virtud de que la normativa infra legal que regula los trámites internos de las entidades (institutos armados)

³⁵ MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal Parte General" Editorial IB d F, Buenos Aires, 2011. Pág. 148 y 149.

³⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, "Derecho Penal Parte General". Editorial Grijley. Lima, 2006. 1era Edición. Pág. 94.

permite que tales procedimientos sean confeccionados en una aparente legalidad.

2.4. Visión actual del bien jurídico en el delito de colusión

En este orden de ideas, es importante referirnos al bien jurídico protegido en el delito de colusión en el Perú. Según lo señala Salinas Siccha, el bien jurídico genérico es el normal y correcto funcionamiento de la administración pública. Asimismo, establece que el bien jurídico protegido específico son los intereses patrimoniales de la administración pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos.³⁷

Asimismo, Fidel Rojas considera que el bien jurídico protegido en el delito de colusión que el objeto de la tutela es múltiple a) Conservar el patrimonio público; b) Asegurar la intangibilidad de los roles especiales inherentes a la función pública y; c) Asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, conminado con una severa penalidad a los funcionarios y servidores públicos que transgrediendo sus roles especiales de negociación y representatividad pública quebranto sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado.³⁸

Percy García Cavero señala que el bien jurídico protegido en el delito de colusión está conformado por el patrimonio del Estado, y principalmente por el deber de los funcionarios públicos de salvaguardar los intereses

³⁷ SALINASSICCHA, Ramiro. "Delitos contra la Administración Pública", Editorial Grijley, 3ra. Edición 2014, pág. 274 y ss.

³⁸ ROJAS VARGAS, Fidel, "Delitos contra la administración pública", 4ta. Edición, Editorial Grijley, pág. 407.

patrimoniales del Estado en las negociaciones, así como en la etapa de ejecución de los contratos públicos de la adquisición de bienes y servicios.³⁹

Según Castillo Alva, señala que el bien jurídico protegido del delito de colusión es el patrimonio del Estado, la al proteger la contratación pública a fin de evitar cualquier de pacto que defraude o perjudique al Estado.⁴⁰

Abanto Vásquez señala que el objeto del bien jurídico protegido del delito de colusión tiene un contenido patrimonial, ya que la Administración Pública tiene que velar por la legalidad del ejercicio funcional y el carácter público de la función.⁴¹

En ese sentido, es importante analizar la evolución de jurisprudencia nacional ya que primeramente solo consideraba que el bien jurídico protegido en el delito de colusión era el patrimonio del estado, posteriormente se señaló que el bien jurídico protegido en el delito de colusión era el accionar correcto del funcionario o servidor público los cuales tiene que actuar en torno a los principios de la contratación pública.

En efecto, la jurisprudencia nacional en cuanto al bien jurídico protegido del delito colusión ha venido cambiando en el tiempo, como podemos apreciar primeramente tal como lo señala la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Junín de 1996, se consideraba que el bien jurídico en el

³⁹ GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, "El delito de Colusión", Editorial Grijley, 2008, pág. 23.

⁴⁰ GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, "El delito de Colusión", Editorial Grijley, 2008, pág. 79.

⁴¹ ABANTO VASQUEZ, Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano, Editorial Palestra, Lima, p.309.

delito de colusión era cautelar la imagen institucional por parte de los funcionario o servidores públicos.⁴²

En similar sentido, la Ejecutoria Suprema de 2005,⁴³ argumenta que el delito de colusión desleal es un tipo penal propio, de resultado, protege el patrimonio estatal, donde el funcionario público debe velar por los intereses del Estado, que lo contraviene el funcionario que concertó, perjudicando al Estado o potencia para la administración pública.

Sobre este punto, la jurisprudencia de la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N°1296-2007⁴⁴ señala que el bien jurídico protegido del delito de colusión es el patrimonio estatal, que está a cargo de la Administración Pública, siendo un delito de infracción de deber.

En el 2012, el Tribunal Constitucional tomó una concepción diferente respecto al bien jurídico protegido del delito de Colusión, rompiendo con lo que hasta ese momento se entendía como bien jurídico protegido, señalando que el término “patrimonialmente” puede mal interpretar al tipo penal de colusión toda vez que ya el bien jurídico protegido deben entenderse como los principios de la contratación pública, ya que interpretar que necesariamente tiene que ocasionar un perjuicio patrimonial al Estado contraviene lo estableció en el artículo 3º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; es decir, que el bien jurídico protegido del delito de colusión son los principios de la contratación pública y que no se requiere que se cause un daño patrimonial al estado”.⁴⁵

⁴² Sentencia recaída en el Exp. 1531-92

⁴³ R.N. 79-2003-Madre de Dios

⁴⁴ De fecha 12 de diciembre de 20107, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

⁴⁵ Fundamento 29 de Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00017-2011-PI/TC de fecha 3 de mayo de 2012.

La doctrina nacional, por su parte, concibe al bien jurídico protegido del delito de colusión como pluriofensivo, ya que, por un lado, como señala Salinas Siccha, es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, aunado a ello Fidel Rojas señala que tiene tres aristas como son conservar el patrimonio estatal, garantizar la intangibilidad de los roles especiales inherentes a la función pública y asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, que ya la conducta realizada por el funcionario público contraviene a más de un bien jurídico protegido.

Es importante tener en cuenta en este punto lo señalado por la Corte Suprema en la Casación N° 512-2017 Lambayeque, donde la ponencia señala que los supuestos tipificados en el Artículo 384° del Código Penal no tipifican como tipo “base” y forma agravada, sino son dos delitos diferentes y autónomos, entendiendo el primer párrafo como un delito de carácter potencial y el segundo párrafo como un delito de resultado lesivo al Estado⁴⁶. Si bien la ponencia no prosperó, pero ha quedado sentado una posible reconducción de la jurisprudencia.

2.6. Análisis y toma de postura sobre el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública

Como señala Santiago Mir Puig, el concepto de bien jurídico protegido en el derecho penal tiene dos sentidos: el político criminal (de *lege ferenda*) que refiere a lo que el Derecho Penal debe proteger, y el sentido dogmático (de *lege lata*) que se enlaza con lo efectivamente protegido por la norma penal vulnerada, lo que se conoce como el objeto de la tutela jurídica. Es importante señalar, que el Derecho Penal se considera un sistema de protección de la sociedad, ya que los valores que son de preocupación por la comunidad son los bienes jurídicos protegidos

⁴⁶ Casación 661-2016-Piura,

en un Estado social democrático de derecho, que engloba el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.⁴⁷

El mismo autor señala que la dimensión social del bien jurídico consiste en el aseguramiento de objetos que constituyen una necesidad social y condicionan la participación del sujeto en los sistemas sociales, entendiéndose al bien jurídico protegido como la expresión de una relación dialéctica de realidad y valor.⁴⁸

A su vez, desde la perspectiva de Amelung, el bien jurídico es el objeto de protección de la norma de conducta, siendo un instrumento plurivalente de la argumentación jurídico penal. Asimismo, sostienen que las conductas penalmente protegidas siempre amparan a los bienes jurídicos.

⁴⁹

Andrew Von Hirsch entiende que existe una tendencia actual a ampliar la concepción de los bienes jurídicos protegidos renunciando a vincularlos con intereses personales o particulares⁵⁰, no obstante, Seher señala que el concepto de bien jurídico es todo hecho acreedor de protección penal a partir de una discusión basada en principios. De esta forma, la concepción de bien jurídico viene a expresar el estatus jurídico penal cualificado que tienen realidades específicas⁵¹.

Según Kahlo el bien jurídico debe definirse muy a parte de lo ético y de la comprensión del propio bien, Entendiéndose como instrumentos de la

⁴⁷ MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal Parte General" Editorial IB d F, Buenos Aires, 2011, pág. 161ss.

⁴⁸ MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal Parte General" Editorial IB d F, Buenos Aires, 2011, pág. 160 ss.

⁴⁹ AMELUNG, Knut, "El concepto Bien Jurídico en la teoría de protección penal", en "La Teoría del Bien Jurídico", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2007pag. 263

⁵⁰ VON HIRSCH, Andrew, "El concepto de Bien jurídico y el Principio del Daño" en "La Teoría del Bien Jurídico", compilación de HEFENDEHL, Roland, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007, pág. 43.

⁵¹ SEHER, Gerhard, "La Legitimación de normas penales basada en principios y concepto de bien jurídico", en "La Teoría del Bien Jurídico", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2007, pág. 69 y ss.

libertad de los sujetos de derecho relacionados en la sociedad, que son protegidos por el Derecho Penal.⁵²

Para Hassemer la concepción de bien jurídico está relacionada con la realidad ya que es la vinculación del Derecho con la vida cotidiana de las personas, es un puente con sus valores o intereses, con la finalidad de proteger los mismos⁵³.

Villavicencio concibe que el bien jurídico protegido debe ser el límite político criminal del Estado, ya que los bienes jurídicos protegidos son los valores fundamentales de la sociedad, así limita al Derecho Penal. Es importante hacer referencia que para la construcción de un bien jurídico protegido tenemos que empezar refiriéndonos a la Función Punitiva Estatal donde se identifican conductas típicas las cuales tiene que ser sancionadas con una pena. Por lo cual dicha conducta debe estar prevista en Ley, tal como en nuestro ordenamiento lo establece en el inciso d del numeral 24) del artículo 2º de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, así se define el principio de legalidad ya que nadie puede ser procesado ni condenado si esa conducta no está definida en la ley de manera expresa. En este sentido, se debe tener en cuenta que el aparato estatal debe aplicarse el derecho penal como ultima ratio, por la gravedad de las sanciones a aplicar, cuando se ha dañado un bien jurídico protegido, y ha sido imposible sancionar una conducta por otras ramas del derecho. En este punto es importante señalar al principio de lesividad ya que para que una conducta sea ilícita es necesario que se haya puesto en peligro o se haya lesionado un bien jurídico protegido, tal como lo recoge nuestro ordenamiento en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal⁵⁴.

⁵² KAHLO. Michell, "Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva" en "La Teoría del Bien Jurídico", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2016. Pág. 50-53

⁵³ HASSEMER, Winfried, "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?" en La Teoría del Bien Jurídico", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2016. Pág. 99

⁵⁴ - VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, "Derecho Penal Parte General". Editorial Grijley. Lima, 2006. 1era Edición. Pag 96.

Asimismo hay que tener en cuenta lo que señala Lascuráin, sobre el bien jurídico como aquel mecanismo de la lesividad de delito para limitar su aplicación, ay que tiene dos aristas en su funcionalidad, en su concepto formal determinada por la protección de la norma a través de la pena y por la inmediatez, que generan que la norma penal protege un bien jurídico, se dé la imputación objetiva por la lesión del bien jurídico y que el bien jurídico tiene como objeto evaluar la aplicación de la norma penal.⁵⁵

Rojas señala que el concepto de bien jurídico ha ido evolucionado en el tiempo, pero se debe entender como transversal a las diferentes ramas del derecho. Asimismo, señala que, en el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho penal, sus normas regulan infracciones a ámbitos normados para tal fin. Por ello, no hay ninguna contravención al señalar que pueden proteger los mismos bienes jurídicos.⁵⁶

El reconocido profesor Roxin, señala que el injusto penal se presenta como una afección de bienes jurídicos, entendida como su lesión o puesta en peligro. Asimismo, refiere que la protección de bienes jurídicos determina la sistemática de la teoría del injusto, y añade que la protección de bienes jurídicos y la teoría de imputación objetiva son componentes concomitantes de los procesos sociales de ponderación.⁵⁷

Al respecto, Hefendehl sostiene que Roxin intenta definir positivamente el bien jurídico considerando las circunstancias fundamentales para el desarrollo de las personas, sus derechos fundamentales y el correcto funcionamiento del Estado.⁵⁸

⁵⁵ LASCURAIN SANCHEZ, José Antonio. "Bien jurídico y objeto protegible" en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Editorial Ministerio de Justicia de España. 2007. Tomo 60. Pag 123-126.

⁵⁶ ROJAS RODRIGUEZ, Héctor, "La Subsidiaridad y fragmentariedad del derecho Penal con Respecto al Derecho Administrativo Sancionador." En el "Libro Homenaje en Memoria del Profesor Felipe Villavicencio". Editorial CICAJ PUCP. 1 era Edición, 2021, pág. 382-385

⁵⁷ ROXIN, Claus, "La Teoría del Delito en la discusión actual", traducción de Manuel Abanto Vásquez, Editorial Grijley, 2013, pág. 91 y ss.

⁵⁸ HEFENDEHL, Roland, "De Largo Aliento: El concepto de bien jurídico" en "La Teoría del Bien Jurídico", compilación de HEFENDEHL, Roland, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2016, pág. 453.

En la línea de lo que se viene expresando, Von Hirsch entiende que la atribución de responsabilidad está presente en contextos relativos a la puesta en peligro abstracta de bienes jurídicos, donde hay que distinguir entre el bien jurídico implicado, y el nexo de imputación entre la conducta en cuestión y la posible puesta en peligro o menoscabo de otra.⁵⁹

Es importante referirse a la clasificación de los bienes jurídicos individuales, los cuales se refieren a los que se dan en la esfera de la libertad de los ciudadanos y los bienes jurídicos colectivos, los cuales se dan en el ámbito del Estado, los cuales no excluyen a ningún ciudadano de su ámbito de aplicación, donde hay que tener en cuenta a el desvalor del acto y el resultado de este. Para la construcción del bien jurídico se debe tener una idea clara del objeto de la acción desde la óptica de la conducta que se pretende proteger⁶⁰.

En este punto es importante señalar lo referido por Hefendehl referente a las tres técnicas legislativas utilizadas para analizar la relación entre bien jurídico y el objeto de la acción. Primeramente, hay que tomar en cuenta que el bien jurídico se puede utilizar para elaborar el tipo penal siendo similar al objeto de la conducta. La segunda técnica es la similitud solo del contenido y la tercera técnica es en el resultado de la acción no se puede igualar la conducta con la lesión del bien jurídico⁶¹.

Asimismo, cabe hacer un análisis sobre los conceptos de bien jurídico individual y bien colectivo. Al respecto, para construir una definición que caracterice a ambos conceptos Rojas propone un matiz a la propuesta de Bustos. Así, Rojas parte de la división propuesta por el profesor chileno entre bienes referidos a las bases de existencia del sistema social (bienes jurídicos individuales), que son relaciones micro sociales que hacen

⁵⁹ VON HIRSCH, Andrew "El Concepto de Bien Jurídico y El Principio del Daño", en "La Teoría del Bien Jurídico", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2007pag. 47.

⁶⁰ HEFENDEHL, Roland. "El bien jurídico como eje material de la norma penal" en "La Teoría del Bien Jurídico", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2016. Pág. 174-179.

⁶¹ HEFENDEHL, Roland, "El bien jurídico como eje material de la norma penal" en "La Teoría del Bien Jurídico", compilación de HEFENDEHL, Roland, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2016, pág.174.

posible el sistema social y los bienes jurídicos de funcionamiento (sin ellos el sistema no funciona o funciona mal) que, a su vez, se subdividen en tres tipos: bienes colectivos (le dan viabilidad a los bienes de base), bienes instituciones (permiten la interrelación de las personas) y bienes de control (preservan el poder estatal). De lo anterior, Rojas deduce que Bustos no encontró tres tipos diferentes de bienes jurídicos de funcionamiento, sino que se trata de tres funciones distintas de los bienes jurídicos colectivos: asegurar el bien jurídico individual, interacción social y mantenimiento del poder público⁶².

Ahora bien, ya en la arena de los delitos contra la Administración Pública, Carlos Mir Puig señala, en relación con el bien jurídico protegido en tales delitos, que es una exigencia constitucional de un interés general – imparcialidad, legalidad, eficacia, ocupando un lugar secundario el incumplimiento del deber de cargo, cuya sola infracción debe sancionarse exclusivamente mediante el derecho disciplinario⁶³.

En este punto es importante acotar lo señalado por Meini en el Derecho Penal se apareja al deber del funcionario público con el aparato estatal, donde priman las funciones a su cargo al servicio de los ciudadanos beneficiarios de los servicios públicos que se ven directamente perjudicados ante el incumplimiento de su función. Siendo que en funcionario o servidor público será autor del delito de colusión, cuando sea el responsable de una contratación estatal donde ha contravenido la probidad y los demás intereses estatales⁶⁴.

Morillas Cueva sostiene que el bien jurídico protegido de los delitos contra la Administración Pública un papel fundamental es el buen funcionamiento de la Administración. Asimismo, señala que el resguardo del deber de

⁶² ROJAS RODRIGUEZ, Héctor, “La Subsidiaridad y fragmentariedad del derecho Penal con Respecto al Derecho Administrativo Sancionador.” En el “Libro Homenaje en Memoria del Profesor Felipe Villavicencio”. Editorial CICAJ PUCP. 1 era Edición, 2021

⁶³ MIR PUIG, Carlos, “Los Delitos contra la administración Pública en el Nuevo Código Penal” Editorial J.M. Bosch Editor S.A., 1era Edición, 2000, pág. 226.

⁶⁴ MEINI, Iván, “Función Pública y funcionario público” en el “Libro Homenaje en Memoria del Profesor Felipe Villavicencio”. Editorial CICAJ PUCP. 1 era Edición, 2021, pág. 152-162.

objetividad e imparcialidad debe primar en la administración en para satisfacer las necesidades de los ciudadanos.”⁶⁵

Asimismo, Bernardo Feijoo Sánchez, sostiene que, en los delitos contra la Administración Pública, se considera como bien jurídico protegido a la Administración Pública, teniendo dos funciones principales, una función dogmático hermenéutica y de organización sistemática de la parte especial, siendo su fin el servir como elemento para establecer el contenido de los distintos tipos penales de la parte especial de acuerdo con una interpretación teológica.⁶⁶

Mirentxu Corcoy y Santiago Mir Puig señalan que en los delitos contra la Administración Pública el bien jurídico protegido con carácter general, el cual lo consideran como el correcto funcionamiento de la Administración Pública, según su función constitucional de servir con eficacia y objetividad a los intereses generales.⁶⁷

Es el caso que Fernández, señala que con la finalidad de establecer el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública, se complementan las perspectivas constitucionales y sociológicas. Por lo que la perspectiva sociológica señala que el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública se tiene que considerar el correcto funcionamiento de la administración pública juntamente con el alcance de los principios rectores de la administración público como el principio de eficacia, transparencia e imparcialidad.⁶⁸

⁶⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Lección 37: Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios Públicos y otros comportamientos injustos” en “Compendio del Derecho Penal Español – Parte Especial”, Manuel Cobo Del Rosal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000, pág. 768 y 769.

⁶⁶ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “Delitos contra la administración pública: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas.” En “Delitos contra la Administración Pública”, Editorial IDEMSA, 2013, pág. 13.

⁶⁷ MIRENTXU CORCOY, Bidasolo y MIR PUIG, Santiago, “Comentarios al Código Penal Reforma LO 5/2010, Editorial Tirant o Blanch Tratados, Valencia, 2011, pág. 887.

⁶⁸ FERNANDEZ CABRERA, Marta, “Corrupción en la función pública. El delito de Negociaciones Prohibidas.”. Editorial Tirant Blanch, Valencia, 2018, pág. 47.

De lo anteriormente expuesto, en los delitos contra la Administración Pública, es un bien jurídico protegido es de carácter pluriofensivo, ya que se vienen afectado distintos bienes jurídicos como el correcto funcionamiento de la administración pública conjuntamente con la vulneración de los principios de la contratación pública en general.

2.6. Alcances de la tipicidad del delito de colusión

El delito de colusión está previsto y sancionado en el artículo 384º del Código Penal, en donde el primer párrafo hace referencia a lo que se viene denominando colusión “simple” y el segundo párrafo a la denominada colusión “agravada”.

Ramiro Salinas Siccha hace referencia a la tipicidad objetiva del delito de colusión, tanto simple como agravada, presenta diversos elementos que hacen de las figuras delictivas de estructura compleja, ya que en la colusión simple el verbo rector del tipo es **concertar**, así como es potencial la afectación del patrimonio del Estado. En la colusión agravada es el verbo rector es defraudare, así como el perjuicio del patrimonio del Estado es real y efectivo.⁶⁹

Es importante precisar, que se considerada como defraudación a la acción de un funcionario o servidor público a cargo de una contratación pública o a cargo de la etapa de ejecución de esta, donde el funcionario acuerda con el proveedor los términos de la contratación estatal dejando en desventaja al Estado la cual se da generalmente en la negociación.

Se entiende por concertación cuando el agente público realiza una serie de acuerdos ilícitos con los interesados, quienes pueden ser personas naturales o personas jurídicas, perjudicando así al Estado.

⁶⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. “Delitos contra la Administración Pública”, Editorial Grijley, 3ra. Edición 2014, pág. 259 y ss.

Por otro lado, debe quedar establecido, según Abanto Vásquez⁷⁰, que en relación con la concertación, ésta se da solo por comisión, toda vez que el funcionario público debe concertar con los proveedores del Estado interesados en esa contratación específica.

En el mismo sentido, García Cavero⁷¹ señala que la conducta de un funcionario público encargado de una contratación pública, si tiene conocimiento de una licitación donde ya existe un acuerdo colusorio, esto escapa de la esfera de aplicación del delito de colusión, sino que estaríamos frente al delito de omisión de denuncia.

En la misma línea, Abanto Vásquez⁷² señala que los particulares intervinientes en el delito de colusión se consideran partícipes necesarios, ya que su conducta por ser la contraparte en la colusión es impune. Lo mismo ocurre en el caso los terceros interesados en la concertación actúen ofreciendo una compensación económica a los funcionarios o servidores públicos si se llega a concretar la contratación.

Es importante señalar que el tipo penal de colusión simple y agravada necesariamente requiere que exista dolo en la conducta del autor, es decir que actúe de manera voluntaria concertando con los proveedores con la finalidad de defraudar al Estado. No es necesario, llegar a obtener un beneficio económico para la configuración del delito de colusión simple.

García Cavero señala que en el delito de colusión el funcionario público se encuentre imposibilitado de realizar contratación, las que puedan ocasionar agravio económico al estado o poco beneficiosas en todo caso, por ejemplo, las que se pueden dar en situaciones de emergencia.⁷³

Es importante señalar que en la colusión agravada se consuma cuando se llega a perjudicar el patrimonio del Estado mediante acuerdos

⁷⁰ ABANTO VASQUEZ, Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano, Editorial Palestra, Lima, p.264.

⁷¹ GARCIA CAVERO/CASTILLO ALVA, El delito de colusión (p.51)

⁷² ABANTO VASQUEZ, Los delitos contra la administración pública, p. 427.

⁷³ GARCIA CAVERO/CASTILLO ALVA, El delito de colusión, p. 55

colusorios. Sin embargo, si el autor se desiste o llega a ser descubierto, ya que solo se da la concertación para defraudar a el Estado, dicha conducta encuadra en el delito de colusión simple, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 384º del Código Penal, es decir, como colusión simple, donde se causa un daño económico al Estado.

Como se puede apreciar, la concertación colusoria va de la mano de la existencia del proceso de contratación y de los principios que le subyacen. Por lo tanto, en los casos excluidos de la aplicación de la LCA, como son las compras secretas militares, el alcance de este tipo penal se difumina. Esto se deduce directamente no solo del entendimiento del bien jurídico que subyace a la infracción, sino de la interpretación de los alcances de la conducta típica que se deriva de dicho aspecto.

Por ello, resulta plenamente justificado revisar otra opción interpretativa sobre la base de un bien jurídico más amplio, que permita identificar la antijuridicidad material de ciertas conductas corruptas generadas en ámbitos de contratación pública, pero que no necesariamente son alcanzadas por la regulación expresa de la LCA.

CAPÍTULO III.- VACÍOS LEGALES EN LA NORMATIVA SOBRE COMPRAS MILITARES POR SECRETO MILITAR, QUE INDICEN EN LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE COLUSIÓN.

3.1. Propuestas de *lege lata*

Es importante señalar, que la potestad disciplinaria defiende el servicio público, imponiendo sanciones en caso de infracciones administrativas; a diferencia de la potestad penal, castiga la conducta del individuo imponiendo una pena⁷⁴.

En ese sentido el Tribunal constitucional señala el artículo 76º de la Constitución Política del Perú, establece el marco constitucional de las contrataciones estatales, ya que se deben dar mediante un proceso que se obtengan los bienes, servicios y obras basados en los principios la contratación pública como la transparencia, la imparcialidad, la libre competencia e igualdad entre los diferentes proveedores. Logrando así la optimización en la eficiencia en las contrataciones estatales y evitando la corrupción.⁷⁵

Abanto señala que una economía organizada la planificación, el abastecimiento; así como también en una economía de mercado, se resguardan la libre competencia que aumenta el bienestar general.⁷⁶

⁷⁴ CERVANTES Anaya, Dante. “Manual de Derecho Administrativo”. Editorial Rodhas. 7ma Edición, Lima2013, pág. 50

⁷⁵ Fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°020-2003-AI, de fecha

⁷⁶ ABANTO VASQUEZ, Manuel. pag.2. del Artículo “EL DERECHO PENAL EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO, INFLUENCIA DE LA INTEGRACIÓN”, publicado en Artículo basado en la conferencia dictada en Facultad de Derecho la Universidad Andrés Bello de Viña del Mar (Chile), en el marco del Seminario “La persecución de ciertos delitos a la luz de la nueva justicia procesal penal”, llevada a cabo del 16 al 27 de agosto de 2005. ECONÓMICA Y LA GLOBALIZACIÓN*

Conforme se expuso en el capítulo precedente, el Tribunal Constitucional amplió el concepto del bien jurídico protegido del Delito de Colusión y, a partir de ello, actualmente se entiende que el bien jurídico en el delito de colusión son los principios de la contratación pública. No obstante, también se ha demostrado que dicho bien jurídico todavía es insuficiente a fin de que pueda abarcar conductas típicas que se dan en los procesos de adquisición militares y/o policiales clasificados como secretos.

La jurisprudencia nacional necesita, por tanto, redefinir el bien jurídico protegido en el delito de colusión, a efectos de que las conductas que generen abastecimientos disfuncionales, por corruptos, puedan ser sancionadas por el Derecho Penal, desde los actos preparatorios, en los que hay que incluir la direccionalidad de las normas especiales sobre procesos de adquisiciones específicos.

El sistema de abastecimiento público, también estudiado en el capítulo precedente, engloba a los principios de la contratación pública, procesos, normatividad y mecanismos para la adquisición de los bienes, servicios y obras, a través de las actividades de la Cadena de Abastecimiento Público, con la finalidad de una utilización eficiente y eficaz de los recursos públicos.

Ampliar la protección penal que subyace a la colusión, posicionando la valoración penal en el sistema de abastecimiento permite abarcar una gama más amplia de conductas como típicas (pues no se ancla la interpretación del tipo al proceso de adquisición, sino a todo el flujo generado para lograr el abastecimiento), que como hemos tenido conocimiento por las notas periodísticas, muchas veces son elaborados para compras especificadas y los términos de referencia son adaptados a las características de determinado proveedor, con los que los malos elementos ya tienen acuerdos colusorios, que muchas veces no se

pueden demostrar, por cómo está tipificado hoy en día el delito de colusión.

Es el caso que hay que tener en cuenta que muchos de los casos de las compras militares por secreto militar, en los que nos hemos referido anteriormente, son conductas materialmente antijurídicas, sin embargo, un criterio de tipicidad formalista las deja en impunes.

Esto también permite reformular la concepción de pacto colusorio. Ya no se debe interpretar la concertación como la “entrega” previamente pactada de una buena pro (lo que le da un alcance muy cerrado y de difícil probanza), sino que incluiría a todo acuerdo de voluntades que se dé entre malos funcionarios y los proveedores con la finalidad de contravenir el sistema de abastecimiento del Estado.

3.1.1. Validación del sistema de abastecimiento del estado como bien jurídico penal.

Primeramente, es importante precisar, tal como señala Johannes San Miguel – Giralt, que la colusión constituye la principal forma de corrupción en las compras públicas y el efecto negativo de este fenómeno está determinado por la enorme importancia relativa de estas últimas en la economía mundial, cuyo valor anual mundial es de 2 billones de dólares y en el caso de América Latina y el Caribe, alcanzan del 10% al 15% del PBI Regional.⁷⁷

⁷⁷ SAN MIGUEL GIRALT, Johannes, “La contratación pública y la colusión. Derecho de Competencia frente al derecho administrativo” 135, Universitas pág. 380.

Estamos frente a una conducta delictiva recurrente en la Región, aunado a esto en el caso de las compras militares y/o policiales clasificadas como secretas, es muy complicado sancionar penalmente a los malos funcionarios debido, mi entender porque el alcance de la concepción del bien jurídico protegido en el delito de colusión tiene que ser redefinido, por lo que empezaremos a analizar primeramente el concepto en si de bien jurídico protegido en la doctrina internacional, para luego desarrollar la propuesta de la redefinición del bien jurídico protegido en el delito de colusión.

En este orden de ideas, considero que el bien jurídico protegido del delito de colusión debe ser reformulado en cual debe entenderse como el sistema de abastecimiento del Estado, previsto en nuestro ordenamiento jurídico recientemente, el cual engloba a los principios de la contratación pública, procesos, normatividad e mecanismos para la adquisición de los bienes, servicios y obras, a través de la Cadena de Abastecimiento Público, con la finalidad de una utilización eficiente y eficaz de los recursos públicos.⁷⁸

De lo anteriormente expuesto es importante tener presente que hay que redefinir el concepto actual del bien jurídico protegido en el delito de colusión, ya que esto ha limitado el ámbito de aplicación de este tipo penal, permitiendo que conductas delictivas que queden impunes.

Toda vez, que al entenderse como bien jurídico protegido del delito de colusión al sistema de abastecimiento estatal, el cual engloba toda la cadena de abastecimiento desde la normatividad

⁷⁸ De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 4 del Decreto Legislativo N°1439 Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Abastecimiento, de fecha 15 de septiembre de 2018.

de las contrataciones públicas, bases de las convocatorias hasta los principios de la contratación pública.

De esta forma, si se presenta un caso en las compras militares por secreto militar, en el que por ejemplo antes que se dé el requerimiento del área solicitante, se ha visitado a los proveedores, y luego dicho requerimiento aparentemente plasma las características técnicas de un proveer en específico, aquí estaríamos ante una conducta antijurídica penalmente, ya que estaba lesionando el bien jurídico protegido en el delito de colusión entiendo como el sistema de abastecimiento estatal.

Es importante señalar que en mi opinión al ser el bien jurídico protegido del delito de colusión pluriofensivo, debe considerarse al sistema de abastecimiento del Estado, ya que engloba el conjunto de principios de la contratación Pública, la normatividad aplicable, es decir todo lo necesario para el suministro de bienes, servicios y obras, optimizando así los recursos del Estado, de esta forma se logra una correcta administración pública.

Ante esta nueva definición del bien jurídico protegido en el delito de colusión, el al ser amplio el ámbito de aplicación del tipo penal de colusión va a poder juzgarse y sancionarse a conductas delictivas que actualmente se consideran atípicas, como es el caso de algunas compras militares y/o policiales que a grandes rasgos según información periodista como lo hemos visto en los ejemplos desarrollados en el capítulo 1.

De esta forma se evitaría la impunidad en casos donde, al no ser parte del ámbito de protección del bien jurídico protegido del delito de colusión, se absuelve a los imputados, sin embargo, hay más que indicios, pero no se puede establecer el nexo entre la puesta en peligro del bien jurídico protegido como esta conceptualizado actualmente en el delito de colusión con la conducta atribuida al agente.

Ante lo expuesto, es importante precisar que, si no se redefine la concepción del bien jurídico protegido en el delito de colusión, y esta redefinición sea adaptada por la jurisprudencia nacional, seguirán existiendo conductas lesivas que quedarán fuera del marco de aplicación de derecho penal.

Para la redefinición del bien jurídico protegido en el delito de colusión posicionando el objeto de protección en el sistema de abastecimiento estatal, tenemos que evaluar si dicho interés (sistema administrativo) puede ser erigido como bien jurídico penal.

Para ello, es de analizar las tres técnicas legislativas señaladas por Hefendehl, para analizar la relación entre bien jurídico y el objeto de la acción⁷⁹. Así, el sistema de abastecimiento estatal se puede utilizar para elaborar el tipo penal siendo similar al objeto de la conducta. Asimismo, cumple con la segunda técnica legislativa referida a la similitud solo del contenido y la tercera técnica que es en el resultado de la acción no se puede igualar la conducta con la lesión del bien jurídico en este caso el sistema de abastecimiento estatal.

⁷⁹ HEFENDEHL, Roland, "El bien jurídico como eje material de la norma penal" en "La Teoría del Bien Jurídico", compilación de HEFENDEHL, Roland, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2016, pág.174.

Asimismo, el sistema de abastecimiento estatal desde el punto de vista del modelo de bienes jurídicos colectivos planteado por el profesor Bustos (bienes jurídicos de funcionamiento) viene a ser un bien de funcionamiento; no obstante, aquí compartimos el matiz planteado por el profesor Rojas, quien aprecia una triple funcionalidad en el bien jurídico colectivo:

- i) De protección de las bases del sistema: el abastecimiento público es un sistema que tiene por finalidad el aseguramiento de la funcionalidad de las entidades públicas, lo que evidencia su trascendencia para la protección de los bienes de base.
- ii) De aseguramiento de las relaciones entre sujetos, lo cual también se cumple.
- iii) De preservación del poder público, lo cual también se aprecia en el sistema de abastecimiento, incluso de manera más clara que lo que ocurre con los principios de la contratación pública.

3.1.2. Redefinición del alcance de la tipicidad del delito de colusión a la luz del alcance de bien jurídico

La necesidad de la redefinición del alcance de la tipicidad del delito de colusión a la luz del alcance del bien jurídico protegido urge porque vemos que, en el tema de compras militares por secreto militar muchas veces, el principal beneficiario no es el Estado, sino el funcionario corrupto, que incluso no aparece firmando ningún contrato.

Para ello, no basta con aplicar teorías amplificatorias de la autoría (como la infracción del deber), sino que debe modularse los alcances mismos de la tipicidad, mediante el giro hacia un bien jurídico que permite una mayor rigurosidad en la valoración, y que permite incluso atribuir responsabilidad a los que no intervienen directamente en el proceso de adquisición, pero crean o favorecen la presencia o producción de condiciones capaces de lesionar el bien jurídico protegido del delito de colusión.

Se debe entender que el funcionario público que participa en las adquisiciones o contrataciones del Estado contraviene al bien jurídico protegido entiendo este como el sistema de abastecimiento desde los actos preparatorios de una compra específica hasta concretar la compra propiamente dicha.

Si partimos en que el artículo 384º del Código Penal tenemos que se tipifica la colusión simple en la que se requiere que la concertación entre el funcionario público se dé antes que se defraude al Estado. En el caso de la colusión agravada se requiere la concertación y que se defraude al Estado, sin estos dos elementos no se configura el delito de colusión agravada.

En cuanto a la tipicidad objetiva, para lo cual hay que tener en cuenta los elementos consecutivos del delito de colusión como son el acuerdo colusorio enténdase hoy en día como acuerdo colusorio a la concertación entre el agente y los interesados con la finalidad de llegar a acuerdos ilícitos con la finalidad de agravar al Estado.

En esta orden de ideas, tal como está definido actualmente el bien jurídico en el delito de colusión, en los ejemplos anteriormente expuestos en compras militares por secreto militar, no dañan el bien jurídico protegido del delito de colusión entendido

actualmente como el correcto funcionamiento de la administración pública.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que, si redefinimos el bien jurídico del delito de colusión como el sistema de abastecimiento del Estado, tenemos que reformular la concepción del Acuerdo Colusorio, que es el instrumento capaz de dañar el bien jurídico protegido. Con la finalidad de poder encuadrar las conductas actualmente como atípicas en las compras militares y/o policiales como típicas, ya que como lo que hemos podido apreciar en los últimos años, muchas veces los acuerdos colusorios se dan antes de la elaboración de las normas específicas para determinadas compras militares en los diferentes estamentos de las Fuerzas Armadas, previos a la elaboración de las bases, previo a la convocatoria al concurso.

Es decir, se debe entender como pacto colusorio todo acto orientado a dañar la cadena de abastecimiento del Estado, desde la elaboración de las normas específicas para determinada compra militar o policial, hasta la suscripción del contrato con el proveedor en el caso de compras de gobierno a gobierno, compras en el extranjero, por ejemplo, sin embargo, al estar calificadas como secretas, la información respecto al proceso de contratación en sí no es de acceso público.

En el caso de las compras militares, debemos entender que, como hemos apreciado en algunas compras militares, los acuerdos colusorios son muy difíciles de probar toda vez que la documentación de estas compras tiene carácter de secreto, pues se indica que tienen relación con la seguridad nacional. Esto puede ser aprovechado por los funcionarios para realizar acuerdos

colusorios con malos empresarios con la finalidad de defraudar al Estado.

En cuanto al alcance de la redefinición del bien jurídico protegido del delito de colusión en el caso de las compras militares o policiales es de tener en cuenta que se debe entender como acuerdo colusorio cualquier acción dolosa realizada por un funcionario público que participe directa o indirectamente en la referida compra, que atente contra el sistema de abastecimiento estatal a fin de defraudar al Estado de modo efectivo, en caso de la colusión agravada, sin embargo es necesario probar la concertación.

De lo anteriormente expuesto es importante precisar, que urge una definición de la tipicidad del delito de colusión en relación con las compras militares, ya que para que se den los tres elementos de la teoría del delito se requiere que la conducta sea típica, antijurídica y culpable. Asimismo, para que una conducta sea antijurídica penalmente tiene que ser necesariamente típica, es decir que exista un tipo penal que proteja un bien jurídico protegido, y que no se pueden aplicar causas de justificación.

Teneos que con la redefinición del bien jurídico protegido en el delito de colusión como el sistema de abastecimiento estatal, las conductas que hoy son atípicas como por ejemplo los militares elaboran sus normativas específicas para una compras militar , lo cual hace que se cumpla con la legitimación de la conducta, no determina que esta compra sea eficaz, ya que se valorarse su utilidad y evitar en el proceso de compra militar el direccionamiento de la compra, si es así se estaría atentando con el bien jurídico protegido por lo que urge este cambio de postura por parte de la jurisprudencia nacional.

3.2. A manera de propuesta: Un nuevo supuesto del delito de colusión en compras militares y policiales (propuesta de *lege ferenda*).

Asimismo, en aplicación al Principio de Legalidad, urge que el legislador entienda la necesidad de introducir en el artículo 384º del Código Penal un párrafo adicional que tipifique expresamente un supuesto de colusión en las compras militares y/o policiales, a fin de brindarle una herramienta a los operadores de justicia, por lo que proponemos la siguiente redacción:

“El funcionario o servidor público o personal policial o militar de los diferentes estamentos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo en las contrataciones y adquisiciones de bienes, servicios, compras de gobierno a gobierno, compras al extranjero, o cualquier operación a cargo del Estado, en cualquier etapa de las modalidades de contratación, concerta con los interesados para defraudar al Estado, o defrauda patrimonialmente al Estado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2,y 8 del artículo 36º y con trescientos a setecientos treinta días-multa.”

Por otro lado, el rol de la Contraloría General de la Republica debería ser un control previo y concurrente en las compras militares y/o policiales, a fin de prevenir cualquier acto ilícito desde el inicio de las compras militares y/o policiales.

Es importante precisar, que en las compras militares y policiales no veo mal que en cierto punto sean secretas por el tema de seguridad y defensa

nacional, sin embargo, se podrían mantener en reserva por ejemplo especificaciones técnicas de armamento, equipo bélico entre otros, pero en si el proceso de adquisición ya sea en las modalidades de gobierno a gobierno o compra al mercado extranjero se tienen que transparentar, a fin de evitar que se preste a que malos funcionarios utilicen el secreto de estas compras para fines delictivos con la finalidad de defraudar al estado, por lo que a mi entender para que estas conductas ilícitas a simple vista, pero actualmente concedidas como atípicas puedan ser sancionadas por nuestro ordenamiento jurídico tendrían que entenderse que el bien jurídico protegido en el delito de colisión seria el sistema de abastecimiento estatal-



CONCLUSIONES

1. La dificultad para encuadrar una conducta típica en el delito de colusión en las compras militares y/o policiales es que no existe una normatividad uniforme que rigen estos procesos, ya que cada Instituto castrense o la Policía Nacional del Perú, emite su propia normatividad. Asimismo, nos encontramos muchas veces que la normatividad emitida para algunos procesos de adquisición secretos militares y/o policiales no respetan los principios de transparencia, competencia e integridad entre otros que rigen las contrataciones con el Estado, para la consumación del delito de colusión.
2. Es importante señalar, que el Sistema de Abastecimiento Estatal a nuestro entender tiene como ejes principales los principios de la contratación pública, a fin de lograr una correcta utilización de los recursos públicos en todos los niveles de gobierno.
3. Los delitos contra la Administración Pública lesionan múltiples bienes jurídicos protegidos es de carácter pluriofensivo, ya que se vienen afectado distintos bienes jurídicos como el correcto funcionamiento de la administración pública conjuntamente con la vulneración de los principios de la contratación pública en general, y el incumplimiento del deber del cargo por parte del funcionario público.

4. Es necesario replantear el contenido del bien jurídico protegido en el delito de colusión y girar hacia un objeto más concreto, como el sistema de abastecimiento del Estado, el cual está previsto en nuestro ordenamiento jurídico expresamente. Esto evitaría la impunidad en casos similares a los analizados, donde, al no ser parte del ámbito de protección del bien jurídico protegido del delito de colusión, la conducta no puede ser subsumida en el tipo penal.
5. Si se redefine el bien jurídico del delito de colusión como el sistema de abastecimiento del Estado, el concepto de “acuerdo colusorio”, se amplifica y permite encuadrar las irregularidades en las compras militares y/o policiales como típicas, ya que como lo que hemos podido apreciar en los últimos años, muchas veces los acuerdos colusorios se dan previos a la elaboración de las normas específicas para determinadas compras militares en los diferentes estamentos de las Fuerzas Armadas, previos a la elaboración de las bases, previo a la convocatoria al concurso.
6. En este orden de ideas, es necesario que la jurisprudencia nacional adopte la redefinición del bien jurídico protegido en el delito de colusión como el sistema de abastecimiento estatal, a fin de que las conductas que atenten contra el sistema de abastecimiento estatal en el caso de las compras militares y policiales puedan ser sancionadas por el Derecho Penal.
7. Si el delito de colusión protege la cadena de abastecimiento, es importante tomar en cuenta las diversas modalidades que adopta la contratación pública, por ende, las compras realizadas en el contexto de abastecimiento de bienes vinculados con la seguridad y defensa nacional, no se puede utilizar el mismo instrumento (tipo penal clásico o común de colusión) sino que se debería establecer una modalidad especial. En aplicación al Principio de Legalidad, urge que el legislador cubra la necesidad de introducir en el artículo 384^o del Código Penal un párrafo

adicional que tipifique al delito de colusión en las compras militares y/o policiales.

8. En este punto es importante hacer referencia que, para la redefinición del bien jurídico protegido en el delito de colusión, la cual debe ser adoptada por la jurisprudencia nacional, entiendo como el sistema de abastecimiento estatal, tenemos que ver que, si cumple con las tres técnicas legislativas señaladas por Hefendehel, para analizar la relación entre bien jurídico y el objeto de la acción. Por lo que en este caso hay que tomar en cuenta que si bien jurídico es decir el sistema de abastecimiento estatal se puede utilizar para elaborar el tipo penal siendo similar al objeto de la conducta. Asimismo, cumple el sistema de abastecimiento estatal con la segunda técnica legislativa ya que es la similitud solo del contenido y la tercera técnica es en el resultado de la acción no se puede igualar la conducta con la lesión del bien jurídico en este caso el sistema de abastecimiento estatal.
9. Tenemos que el bien jurídico protegido entendido como el sistema de abastecimiento estatal en el delito de colusión, desde lo señalado por Bustos en relación a los bienes jurídicos de funcionamiento que sin ellos no funciona o no hace posible la existencia del sistema, los cuales se clasifican en tres según la actividad estatal a la que estén relacionados: bienes colectivos que son los que se dan en las bases del sistema, bienes instituciones, que son los que se dan en los problemas del sistema y bienes de control que preserva el poder estatal. En este caso tenemos que el sistema de abastecimiento estatal bien hacer un sistema institucional para preservar el poder estatal y el buen funcionamiento de este.
10. Es importante precisar, que en las compras militares y policiales no veo mal que en cierto punto sean secretas por el tema de seguridad y defensas nacional, sin embargo, se podrían mantener en reserva, por ejemplo especificaciones técnicas de armamento, equipo bélico entre otros, pero en si el proceso de adquisición ya sea en las modalidades de gobierno a gobierno o

compra al mercado extranjero se tienen que transparentar, a fin de evitar que se preste a que malos funcionarios utilicen el secreto de estas compras para fines delictivos con la finalidad de defraudar al estado, por lo que a mi entender para que estas conductas ilícitas a simple vista, pero actualmente concedidas como atípicas puedan ser sancionadas por nuestro ordenamiento jurídico tendrían que entenderse que el bien jurídico protegido en el delito de colisión sería el sistema de abastecimiento estatal-



BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano, 2da. Ed., Palestra Editores, Lima 2003.
- AMELUNG, Knut, “El concepto Bien Jurídico en la teoría de protección penal”, en “La Teoría del Bien Jurídico”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2007.
- ANDIA VALENCIA, Walter. “Manual de Gestión Pública”. Editorial Ediciones Arte & Pluma. Novena Edición, enero 2020.
- CERVANTES ANAYA, Dante. “Manual de Derecho Administrativo”. Editorial Rodhas. 7ma Edición, Lima2013
- EFFIO ORDÓÑEZ, Augusto Oliver y PAJUELO ORBEJOZO, Alexander. “Principios Rectores de la Contratación Pública” Capitulo 1, Módulo 1, http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m1_a.pdf

- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Delitos contra la administración pública: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas.” En “Delitos contra la Administración Pública”, Editorial IDEMSA, 2013.

- FERNÁNDEZ CABRERA, Marta, “Corrupción en la función pública. El delito de Negociaciones Prohibidas.”. Editorial Tirant Blanch, Valencia, 2018.

- GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, “El delito de Colusión”, Editorial Grijley, 2008.

- GUIMARAY MORI, Erick. *Sobre la captura del regulador y el injusto penal de Colusión*, en Revista Themis 48, Lima, 2016.

- GUZMAN NAPURI, Christian. “Manual de la Ley de Contrataciones del Estado”. Editorial Gaceta Jurídica. 1era Edición. Lima, 2015.

- HASSEMER, Winfried, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?” en *La Teoría del Bien Jurídico*”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2016

- HEFENDEHL, Roland, “De Largo Aliento: El concepto de bien jurídico” en “*La Teoría del Bien Jurídico*”, compilación de HEFENDEHL, Roland, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2016

- HEFENDEHL, Roland. “El bien jurídico como eje material de la norma penal” en “*La Teoría del Bien Jurídico*”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2016.

- HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA y Víctor. “Manual de Derecho Penal” Parte General Tomo 1, Editorial IDEMSA, 4TA. Edición, Lima, 2011.

- KAHLO. Michell, “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva” en “La Teoría del Bien Jurídico”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2016.

- LASCURAIN SANCHEZ, José Antonio. “Bien jurídico y objeto protegible” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Editorial Ministerio de Justicia de España. 2007. Tomo 60. F

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2863873>

- LINARES, M. Contratación Pública, Derecho Local, Internacional y de la Integración. 2da. Lima: Linares Consultores, 2013.

- MEINI, Iván, “Función Pública y funcionario público” en el “Libro Homenaje en Memoria del Profesor Felipe Villavicencio”. Editorial CICAJ PUCP. 1 era Edición, 2021.

- MIR PUIG, Carlos, “Los Delitos contra la administración Pública en el Nuevo Código Penal” Editorial J.M. Bosch Editor S.A., 1era Edición, 2000.

- MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal Parte General” Editorial IB d F, Buenos Aires, 9na. Edición R2011.

- MIRENTXU CORCOY, Bidasolo y MIR PUIG, Santiago, “Comentarios al Código Penal Reforma LO 5/2010, Editorial Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2011.
- MONTOYA VIVANCO, Iván. *Manual de Delitos contra la Administración Pública*, Lima. Fondo Editorial de la PUCP, 2016.
- MORENO MOLINA, José Antonio. “Principios generales de la Contratación Pública en el reciente Derecho Internacional, europeo y de América Latina”. *Revista Derecho y Sociedad* N°44, junio 2015/ ISSN 2079-3634.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Lección 37: Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios Públicos y otros comportamientos injustos” en “Compendio del Derecho Penal Español – Parte Especial”, Manuel Cobo Del Rosal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. *El Control Jurídico de los Reglamentos de la Administración Pública*, Gaceta Jurídica. 2014.
- NAKAZAKI SERVIGON, Cesar. *Los Delitos contra la Administración Pública en la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- RETAMOZO LINARES, Alberto. *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y normas de control Análisis y Comentarios*, 11va. Ed. Gaceta Jurídica. 2016.
- ROJAS RODRIGUEZ, Héctor, “La Subsidiaridad y fragmentariedad del derecho Penal con Respecto al Derecho Administrativo Sancionador.” En el “Libro Homenaje en Memoria del Profesor Felipe Villavicencio”. Editorial CICAJ PUCP. 1 era Edición, 2021.

- ROJAS VARGAS, Fidel, “Delitos contra la administración pública”, 4ta. Edición, Editorial Grijley, 2007.
- ROXIN, Claus, “La Teoría del Delito en la discusión actual”, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Editorial Grijley, 2013.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, 3era ed., Grijley, Lima, 2014.
- SAN MIGUEL GIRALT, J. ‘Contratación pública y colusión. Derecho de competencia frente al derecho administrativo’, *Vniversitas*, 66(135), 2017 p. 377. DOI: 10.11144/Javeriana.vj135.cpcd.
- SEHER, Gerhard, “La Legitimación de normas penales basada en principios y concepto de bien jurídico”, en “La Teoría del Bien Jurídico”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2007.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “Derecho Penal Parte General”. Editorial Grijley. Lima, 2006. 1era Edición.
- VON HIRSCH, Andrew “El Concepto de Bien Jurídico y El Principio del Daño”, en “La Teoría del Bien Jurídico”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Estructura Básica del Derecho Penal”. Editorial Ediar, 1era Edición, Buenos Aires, 2009.

Instrumentos normativos citados

- Constitución Política del Perú.
- Código Penal.
- Texto Único Ordenado de la Ley N°30225 “Ley de Contrataciones del Estado”, Decreto Supremo N°082 – 2019-EF.
- Ley N°27806, “Ley de Transparencia y Acceso a la Información”
- Convención interamericana contra la Corrupción.
- Decreto Legislativo N°1439 Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Abastecimiento, de fecha 15 de septiembre de 2018
- Directiva General N° 002-2011-MINDEF/SG/VRD, *“Directiva para normar las contrataciones de bienes y servicios en el mercado extranjero”*
- Manual N° 001-2011-MINDEF.
- Directiva N° 009-2012-IN *“Procedimiento para las Compras de Gobierno a Gobierno”*.
- Directiva N°007-2011-IN/0501:” *Directiva para normar las adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios en el extranjero con proveedores no domiciliados en el país y sus diferentes modalidades – Sector Interior”*.
- Opinión Consultiva N°188-16/DTN, de fecha 1 de diciembre de 2016, emitida por la Dirección Técnica Normativa de OSCE.
- Resolución N°2165-2007-TC-SI
- Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004.
- R.N. 823-2006-Tacna.
- Exp. 1382-2002-Puno.

- Exp. 5201-99-Loreto, Sala C.
- Ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2007, R.N 1296-2007-Lima.
- Exp. 1531-92
- R.N. 79-2003-Madre de Dios
- Casación N°512-2017 – Lambayeque, Sala Penal Transitoria.
- Casación 661-2016-Piura. – Sala Penal Permanente.
- Casación N° 1105- 2011. Sala Penal Permanente.
- Decreto Supremo N°344-2018-EF, Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Decreto Legislativo N° 1128 Ley que Crea la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas.
- Decreto Supremo N° 001-2020-DE, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1128.
- Decreto Legislativo N°1134.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°020-2003-A.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00017-2011-PI/TC.
- Ejecutoria suprema del Exp. 79-2003, Ejecutoria Suprema emitida el 15 de febrero de 2005

Ejecutoria Suprema recaída en la CASACIÓN N.º 9-2018 JUNÍN.

- Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N°1296-2007.
- Informe Defensorial 168.
- Ley N°29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
- Decreto Supremo N°052-2001 – PCM
- Decreto Supremo N°205-2012-PCM.

- OPINIÓN TÉCNICA VINCULANTE N° 02-2020-PCM-SGP-SSAP, de fecha 11 de noviembre de 2020, emitida por la Subsecretaria de Administración Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Información Periodística Citada

- <https://panamericana.pe/panorama/politica/213138-peru-sat-1-historia-polemico-satelite-adquirido-gobierno-humala>
- <https://elcomercio.pe/lima/patrulleros-pnp-6-claves-polemica-compra-232386-noticia/>
- https://redaccion.lamula.pe/2016/02/22/gobierno-ordena-mas-patrulleros-inteligentes-pese-a-que-el-20-de-su-flota-se-encuentra-inoperativa/redaccionmulera/?fb_comment_id=926480100803951_1005622432889717
- <https://andina.pe/Agencia/noticia-contralor-confirma-compras-militares-s-10000-millones-gobierno-pasado-634058.aspx>
- <https://larepublica.pe/politica/795722-defensa-propone-a-fabrica-italiana-alenia-ensamblar-sus-aviones-c-27j-en-el-peru/>
- Reportaje de Panorama de fecha 20 de noviembre de 2016
<https://www.youtube.com/watch?v=b10p1i3WkXs>