

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la  
Corrupción

**La responsabilidad penal por omisión impropia en el delito de  
colusión: análisis de su compatibilidad con las modalidades  
simple y agravada**

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en  
Prevención y Control de la Corrupción

**Autora:**

Milagritos Georgina Velásquez Infantes

**Asesor:**

David Ricardo Torres Pachas

**Lima, 2025**

## Informe de Similitud


Yo, TORRES PACHAS, DAVID RICARDO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “La responsabilidad penal por omisión impropia en el delito de colusión: análisis de su compatibilidad con las modalidades simple y agravada”, del autor(a) VELÁSQUEZ INFANTES, MILAGRITOS GEORGINA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 30%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 08/12/2025.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 18 de diciembre del 2025

TORRES PACHAS, DAVID RICARDO	
DNI: 70799506	Firma: 
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0002-2606-6847">https://orcid.org/0000-0002-2606-6847</a>	

## **RESUMEN**

El presente trabajo aborda la viabilidad de imputar el delito de colusión mediante la figura de la omisión impropia en el ordenamiento jurídico peruano. El problema principal radica en determinar si la estructura típica de las modalidades simple y agravada previstas en el artículo 384 del Código Penal admite una imputación de responsabilidad penal por conductas omisivas. El análisis parte de la revisión de la evolución legislativa del artículo 384 del Código Penal. Asimismo, respecto de cada modalidad, examina los bienes jurídicos protegidos, sus elementos típicos, su naturaleza jurídica y los momentos de consumación y tentativa. Posteriormente, aborda la omisión impropia desde su fundamento normativo y conceptualización, el deber de garante y los elementos dogmáticos copulativos de esta institución. Finalmente, revisa los antecedentes jurisprudenciales y el debate doctrinal en torno a esta problemática, para concluir con un análisis aplicado de la viabilidad de imputar este delito mediante omisión impropia en ambas modalidades. Las principales conclusiones establecen que la omisión impropia resulta incompatible con la colusión simple, al tratarse de un delito de mera actividad y peligro abstracto que se consuma con la sola concertación. Lo señalado excluye cualquier momento previo que posibilite una intervención por parte del garante. Por el contrario, en la colusión agravada –que exige un perjuicio patrimonial–, sí es posible la imputación por omisión impropia cuando el funcionario o servidor público, teniendo el deber jurídico y la capacidad real de impedir el resultado lesivo, omite actuar deliberadamente.

### **Palabras clave**

Colusión simple, colusión agravada, omisión impropia, deber de garante

## **ABSTRACT**

*This paper addresses the viability of attributing the crime of collusion through the figure of improper omission in the Peruvian legal system. The main issue lies in determining whether the typical structure of the simple and aggravated modalities provided for in Article 384 of the Criminal Code admits criminal liability for omissive conduct. The analysis begins with a review of the legislative evolution of Article 384 of the Criminal Code. Likewise, for each modality, it examines the protected legal interests, their typical elements, their legal nature, and their moments of consummation and attempt. Subsequently, it addresses improper omission from its normative foundation and conceptualization, the duty of guarantor, and the cumulative dogmatic elements of this institution. Finally, it reviews the jurisprudential background and the doctrinal debate surrounding this issue, to conclude with an applied analysis of the viability of attributing this crime through improper omission in both modalities. The main conclusions establish that improper omission is incompatible with simple collusion, as it is a crime of mere activity and abstract danger, consummated by the mere agreement, which excludes any prior moment that would enable intervention by the guarantor. On the contrary, in aggravated collusion –which requires patrimonial harm–, attribution through improper omission is possible when the public official, having the legal duty and the actual capacity to prevent the harmful result, deliberately omits to act.*

### **Keywords**

*Simple collusion, aggravated collusion, improper omission, duty of guarantor*

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>4</b>
<b>I. El delito de colusión en el Derecho penal peruano .....</b>	<b>6</b>
<b>1.1. Evolución legislativa del artículo 384 del Código Penal-----</b>	<b>6</b>
<b>1.2. Colusión simple y agravada-----</b>	<b>12</b>
1.2.1. Bien(es) jurídico(s) protegido(s)-----	12
1.2.2. Elementos del tipo penal -----	15
1.2.3. Naturaleza jurídica -----	18
1.2.4. Consumación y tentativa -----	19
<b>II. La omisión impropia en el Derecho penal.....</b>	<b>21</b>
<b>2.1. Fundamento normativo y conceptualización-----</b>	<b>21</b>
<b>2.2. El deber de garante-----</b>	<b>23</b>
2.2.1. ¿Deber general o deber específico? -----	24
2.2.2. Fuentes del deber de garante-----	26
<b>2.3. Elementos dogmáticos copulativos de la omisión impropia -----</b>	<b>29</b>
<b>III. La viabilidad de la imputación de colusión mediante omisión impropia .....</b>	<b>31</b>
<b>3.1. Antecedentes jurisprudenciales sobre imputaciones de colusión por omisión impropia en el Perú -----</b>	<b>31</b>
<b>3.2. Debate doctrinal -----</b>	<b>33</b>
3.2.1. Posturas que rechazan la aplicación de la omisión impropia-----	33
3.2.2. Posturas que admiten la aplicación de la omisión impropia -----	34
<b>3.3. Análisis aplicado -----</b>	<b>36</b>
3.3.1. Compatibilidad de la omisión impropia con la colusión simple-----	36
3.3.2. Compatibilidad de la omisión impropia con la colusión agravada-----	37
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>43</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>44</b>

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación se centra en analizar la viabilidad de imputar responsabilidad penal por el delito de colusión a través de la figura de la omisión impropia en el ordenamiento jurídico peruano. Este estudio busca analizar si la estructura típica del artículo 384 del Código Penal, que sanciona la concertación ilícita entre funcionarios públicos y particulares para defraudar al Estado, admite la atribución de responsabilidad penal por conductas omisivas cuando el funcionario, teniendo el deber jurídico de impedir el resultado lesivo, omite actuar deliberadamente.

La investigación aborda cómo la posición de garante del funcionario público y su deber específico de proteger los bienes jurídicos vinculados a la administración pública pueden fundamentar una imputación por omisión impropia. Se plantea que, en determinados supuestos, la no intervención del funcionario que conoce de un acuerdo colusorio y tiene la capacidad real de evitar la defraudación patrimonial al Estado, pero omite intervenir, podría corresponderse a la conducta activa prohibida por el tipo penal. El análisis se orienta a distinguir cuándo esta correspondencia resulta viable y cuándo, por el contrario, la estructura del delito impide tal atribución de responsabilidad.

En ese sentido, la justificación de esta investigación radica en la necesidad de determinar con precisión los límites de la responsabilidad penal por omisión impropia en el delito de colusión, tanto en su modalidad simple como agravada. Ante la ausencia de un consenso doctrinal y jurisprudencial sobre la aplicabilidad de esta institución en este tipo penal, esta investigación busca aportar criterios dogmáticos que permitan delimitar de manera clara cuándo es posible atribuir responsabilidad penal por la comisión del delito de colusión mediante una conducta omisiva y cuándo dicha imputación resulta inviable.

Sobre la base de estas consideraciones, la investigación se ha estructurado en tres capítulos. El primer capítulo analiza el delito de colusión en el Derecho penal peruano, y, en ese marco, examina su evolución legislativa desde la versión

original del Código Penal de 1991 hasta las modificaciones introducidas por la Ley N.º 31178 del año 2021. Asimismo, desarrolla de manera diferenciada las modalidades simple y agravada: analiza en cada una los bienes jurídicos protegidos, los elementos del tipo penal, su naturaleza jurídica y los momentos de consumación y tentativa.

El segundo capítulo aborda la omisión impropia en el sistema jurídico peruano; para ello, examina su fundamento normativo en el artículo 13 del Código Penal y su conceptualización. Asimismo, analiza el deber de garante y determina si este debe entenderse como un deber general o específico. Además de ello, revisa sus fuentes formales y desarrolla los elementos dogmáticos copulativos que deben concurrir para atribuir responsabilidad por omisión impropia.

Finalmente, el tercer capítulo se enfoca en la viabilidad de imputar el delito de colusión mediante omisión impropia. Para tal fin, revisa los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema e identifica el tránsito desde una negativa absoluta hasta criterios más matizados que admiten su análisis en ciertos casos. Asimismo, presenta el debate doctrinal entre las posturas que rechazan y las que admiten la aplicación de esta figura. Por último, realiza un análisis aplicado que evalúa la compatibilidad de la omisión impropia con las estructuras típicas de la colusión simple y agravada.

## I. El delito de colusión en el Derecho penal peruano

Con el propósito de evaluar la viabilidad de imputar responsabilidad penal por colusión simple y agravada a través de la figura de la omisión impropia, resulta necesario analizar previamente la regulación del delito de colusión en el Derecho penal peruano. En este marco, el presente apartado se centrará en el estudio del artículo 384 del Código Penal y abordará su evolución normativa y la configuración de sus elementos esenciales. Se desarrollará, en primer lugar, el bien jurídico protegido, los elementos del tipo penal, la naturaleza jurídica y la consumación de la colusión simple, para posteriormente examinar de manera diferenciada los aspectos propios de la colusión agravada. Este recorrido permitirá sentar las bases necesarias para, en un momento posterior, valorar si la figura de la omisión impropia es compatible con las dos modalidades del delito de colusión.

### 1.1. Evolución legislativa del artículo 384 del Código Penal

El delito de colusión se encuentra tipificado en el artículo 384 del Código Penal peruano, en el Capítulo II del Título XVIII, referido a los delitos contra la administración pública. Tras la modificación introducida por la Ley N.º 31178 (2021), el texto vigente del artículo señala lo siguiente:

*“Artículo 384. Colusión simple y agravada*

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

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

*1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.*

*2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.*

*3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.”*

La regulación del delito de colusión en el artículo 384 del Código Penal ha atravesado diversas reformas a lo largo del tiempo. Desde la promulgación del código en 1991 hasta las modificaciones más recientes del 2021, se observa un recorrido que pasa de una redacción originalmente amplia y genérica a un tipo penal más complejo, con modalidades diferenciadas y supuestos agravados.

En su versión original de 1991, el artículo 384 señalaba lo siguiente:

*“Artículo 384.- Colusión*

*El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, concentrándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.”*

La norma abarcaba también a las empresas estatales y sociedades de economía u órganos sostenidos por el Estado. En ese momento, no existía una distinción entre modalidades simples o agravadas y la pena oscilaba entre tres y quince años.

La primera modificación se produjo a través del artículo 2 de la Ley N.º 26713, publicada el 27 diciembre 1996, cuyo texto es el siguiente:

*“Artículo 384.- Colusión*

*El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.”*

En esta reforma, se reemplazó la referencia a las empresas del Estado y sociedades de economía mixta por la noción más amplia de “entidad u organismo del Estado”. Con ello, se pretendió evitar vacíos normativos y consolidar la idea de que cualquier institución pública, independientemente de su naturaleza jurídica, debía quedar protegida frente a prácticas colusorias. Aunque el cambio fue terminológico, tuvo un impacto importante en la amplitud de la protección. La estructura del delito, sin embargo, se mantuvo idéntica, con un único tipo penal y sin diferenciar modalidades.

Posteriormente, se introdujo una modificación a través del artículo 1 de la Ley N.º 29703, publicada el 10 junio del 2011, cuyo texto es el siguiente:

*“Artículo 384.- Colusión*

*El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.”*

Se estableció expresamente la denominación “colusión” y se precisó que la conducta debía generar un perjuicio “patrimonial” para el Estado. Asimismo, se elevó el mínimo de la pena a seis años de prisión. Esta reforma fue objeto de severas críticas, ya que el requisito de un daño patrimonial efectivo restringía el alcance del tipo penal. Como explica Pariona, la inclusión de dicho término fue vista como una limitación peligrosa, pues reducía la punibilidad a los supuestos en los que se probaba un menoscabo económico concreto y dejaba fuera aquellos acuerdos ilícitos que no generaban un perjuicio económico, lo que se percibió como un canal hacia la impunidad y motivó la rápida presentación de

proyectos legislativos para modificar y derogar la reciente reforma (Pariona, 2023, p. 23). En efecto, esta reforma representó un quiebre en la tradición de entender la colusión como un delito de peligro, para transformarla en un delito de lesión patrimonial.

Frente a las críticas, el Congreso reaccionó con celeridad y aprobó, apenas un mes después, la Ley N.º 29758, cuyo artículo único reestructuró el artículo 384 de la siguiente manera:

*“Artículo 384. Colusión simple y agravada*

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

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.”*

Se incorporó una diferenciación entre colusión simple y colusión agravada. La primera castigaba la concertación ilícita sin necesidad de demostrar un daño patrimonial con una pena de tres a seis años, la segunda, en cambio, sancionaba los casos en los que se defraudaba patrimonialmente al Estado con penas que iban de seis a quince años. Este cambio corrigió el retroceso de la reforma anterior y permitió mantener la punibilidad de los acuerdos colusorios que, aunque no generaban perjuicio económico, comprometían la probidad de la administración pública.

Cabe destacar que, pese a la modificación legislativa, el Tribunal Constitucional decidió admitir a trámite la demanda de inconstitucionalidad N.º 00017-2011-PI/TC presentada por el Fiscal de la Nación contra la Ley N.º 29703, norma que había introducido cambios en los artículos 384 y 400 del Código Penal. Aunque

al momento de interponerse la demanda, la Ley N.º 29703 ya había sido derogada por la Ley N.º 29758, el Tribunal señaló que ello no impedía el análisis de fondo, pues, tratándose de una norma penal más favorable al reo (*favor rei*), podía seguir aplicándose en un eventual concurso de leyes en el tiempo, ya fuera respecto de hechos ocurridos antes de su entrada en vigor o durante el período en que estuvo vigente. En consecuencia, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda en el extremo referido al artículo 384 del Código Penal, declarando la nulidad y carencia de efectos de la expresión “patrimonialmente” introducida por la Ley N.º 29703.

Dos años más tarde de la promulgación de la Ley N.º 29758, el artículo fue modificado por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26 noviembre del 2013, cuyo texto es el siguiente:

*“Artículo 384. Colusión simple y agravada*

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”*

Esta modificación mantuvo la diferenciación entre colusión simple y agravada, pero añadió los días-multa como pena. Esto reforzó la respuesta penal no solo con la privación de libertad, sino también con sanciones económicas, lo cual buscaba incrementar el carácter disuasivo de la tipificación de esta conducta.

La reforma del 2016, introducida mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1243, publicado el 22 octubre de ese año, dispuso la siguiente modificación:

*“Artículo 384. Colusión simple y agravada*

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”*

Esta modificación profundizó esta tendencia de endurecimiento al añadir la pena de inhabilitación de acuerdo con los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal. De este modo, el legislador consolidó el siguiente esquema de sanción: pena privativa de libertad, multa e inhabilitación, lo que evidencia un propósito claro de prevenir que funcionarios condenados por colusión puedan volver a ejercer cargos en la administración pública por cierto periodo de tiempo.

La redacción vigente del artículo 384 es producto de la modificación producida por el artículo 2 de la Ley N.º 31178, publicada el 28 abril del 2021. Actualmente, además de mantener la distinción entre colusión simple y agravada, se incrementaron las sanciones accesorias. Se estableció una inhabilitación de cinco a veinte años en los supuestos básicos, y se introdujeron circunstancias agravantes con penas de quince a veinte años de prisión e inhabilitación perpetua. Estas circunstancias se vinculan a contextos de especial vulnerabilidad, como la participación en organizaciones criminales, los delitos cometidos en el marco de programas sociales o aquellos ejecutados en situaciones de calamidad pública o emergencia sanitaria, así como los que comprometen la seguridad o soberanía nacional. La reforma respondió claramente al contexto de la pandemia de COVID-19 y a los escándalos de corrupción en las contrataciones de bienes y servicios vinculados a la

emergencia sanitaria, lo cual refleja un endurecimiento reactivo de la política criminal.

La evolución legislativa del artículo 384 muestra, en términos de continuidad, que la concertación ilícita ha sido siempre el núcleo de la conducta prohibida. No obstante, también se identifican quiebres importantes. El primero se produjo con la Ley N.º 29703, que redujo de manera drástica el alcance del delito al exigir perjuicio patrimonial, lo cual debilitaba la función preventiva del tipo. El segundo gran quiebre vino con la Ley N.º 29758, que corrigió este error e introdujo la distinción simple/agravada. Finalmente, la Ley N.º 31178 estableció circunstancias agravantes de la mano con un aumento del marco punitivo aplicable a dichos supuestos.

En conclusión, la evolución legislativa del artículo 384 evidencia una tendencia progresiva hacia el endurecimiento de las penas y la incorporación de penas que buscan reforzar el fin preventivo general del delito de colusión. La distinción entre modalidades simple y agravada permite sancionar no solo los daños patrimoniales, sino también las situaciones de riesgo que afectan la administración pública.

## **1.2. Colusión simple y agravada**

En este apartado, se abordará el estudio de la colusión simple y agravada, con especial atención a los bienes jurídicos, así como a su naturaleza jurídica, los elementos que configuran su picidad y la forma en la que se consuma cada modalidad. El análisis no solo permitirá evidenciar los rasgos comunes de ambas modalidades, sino también resaltar sus diferencias.

### **1.2.1. Bien(es) jurídico(s) protegido(s)**

La determinación del bien jurídico protegido en el delito de colusión ha generado un amplio debate en la doctrina penal peruana, donde se han delineado posturas que van desde concepciones amplias hasta visiones más restrictivas. Este debate tiene consecuencias dogmáticas y prácticas: la concepción del bien

jurídico condiciona el momento de consumación del delito, los estándares probatorios exigibles y la legitimidad de sancionar tanto la colusión simple como la agravada. Por ello, resulta indispensable un examen de las distintas perspectivas, atendiendo a los principios de lesividad, mínima intervención y proporcionalidad.

Una primera línea de pensamiento sostiene que este delito tutela no solo un bien jurídico único, sino una pluralidad de bienes jurídicos vinculados al correcto desenvolvimiento de la administración pública. En esta dirección, se ha manifestado que la protección abarca tanto la legalidad y corrección en el ejercicio de las funciones públicas, como la lealtad hacia los intereses del Estado, la imparcialidad que debe regir los procesos de contratación y, de manera especial, el patrimonio estatal, el cual se erige como uno de los intereses centrales que justifican la intervención penal (Pariona, 2023, p. 38). Desde esta perspectiva, la sanción encuentra su legitimidad en la necesidad de evitar concertaciones indebidas entre funcionarios y particulares que, aunque no siempre produzcan un daño económico, comprometen la confianza en la función pública y ponen en peligro la integridad del patrimonio estatal (Pariona, 2023, p. 30).

En esa línea, la jurisprudencia ha dejado en claro que la tipificación del delito de colusión no solo se dirige a evitar el menoscabo económico del Estado, sino que tutela un entendimiento más amplio del patrimonio público, concebido como la adecuada y eficiente gestión de los recursos públicos. Así lo ha precisado la Corte Suprema, al subrayar que el funcionario, al participar en negociaciones estatales, está obligado a garantizar transparencia, imparcialidad y probidad, respondiendo a la confianza depositada en la administración de recursos públicos. En esa medida, el patrimonio no constituye el único interés protegido, pues se articula con el correcto desarrollo de los procesos de contratación y con el deber de actuación leal y proba del servidor público (Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N.º 2164-2019, f.j. 3).

Al interior de esta visión amplia, diversos autores han precisado ciertos matices. Rojas Vargas, por ejemplo, ha sostenido que la tipificación busca resguardar tres

ámbitos: la preservación del patrimonio público, la intangibilidad de los roles de negociación asumidos por los funcionarios y la observancia de deberes de lealtad y probidad en la representación estatal (Rojas, 2007, p. 407). En ese mismo sentido, Salinas Siccha ha indicado que lo tutelado es la idoneidad y el celo profesional de los servidores públicos en el cumplimiento de sus funciones (Salinas, 2019, pp. 361-364).

García Cavero, por su parte, ha puesto énfasis en que la prohibición no se funda únicamente en el daño económico causado al Estado, sino en el incumplimiento del deber positivo de proteger el patrimonio estatal a través de un desempeño funcional regular y ajustado a la legalidad (García, 2008, p. 40). En esa misma línea, Martínez Huamán ha afirmado que lo relevante es la expectativa normativa de que los funcionarios no abusen de sus facultades en perjuicio de los intereses públicos (citado por Pariona, 2019, p. 143). Otros autores han resaltado de manera particular la función imparcial que debe cumplir el funcionario público en los procesos de contratación (Chanjan et al., 2022, p. 93). Este énfasis en la imparcialidad permite dotar de autonomía a la colusión simple, pues reconoce que el quebrantamiento de este principio en la contratación pública constituye por sí mismo un injusto penal relevante, aunque aún no exista perjuicio patrimonial.

Por su parte, Abanto Vásquez ha defendido que el núcleo de protección es patrimonial, aunque acompañado por la legalidad de la actuación funcionarial y el mantenimiento del carácter público de la función (citado por Pariona, 2023, p. 41). Una posición semejante es la de Castillo Alva, quien entiende que lo tutelado es la contratación administrativa, en la medida en que se proscriben todas las formas de concertación que supongan defraudar al Estado, siempre que la incidencia económica del contrato sea directa e inmediata (Castillo Alva, 2008, pp. 78-79). Esta perspectiva patrimonialista exige prueba concreta del daño económico en la modalidad agravada y deja en entredicho la legitimidad de la colusión simple, que se convierte en un adelantamiento punitivo difícil de justificar desde el principio de lesividad.

Castillo Alva ha sido crítico respecto de visiones demasiado amplias. Rechaza que principios como eficiencia, economía o moralidad funcional constituyan bienes jurídicos protegidos penalmente, pues ello convertiría cualquier irregularidad administrativa en delito, lo cual contraviene los principios de mínima intervención y fragmentariedad (Castillo Alva, 2008, pp. 65-67). También cuestiona que la infracción de deberes de lealtad baste para identificar el objeto de tutela, ya que no todo incumplimiento de tales deberes se traduce en un perjuicio económico y, por tanto, no corresponde siempre a la esfera del Derecho penal. Asimismo, descarta que lo protegido sea la integridad moral del funcionario, dado que el bien jurídico debe mantenerse al margen de consideraciones éticas o ejemplarizantes (Castillo Alva, 2008, pp. 67-68). Desde esta óptica, solo el patrimonio estatal constituye un bien jurídico materialmente verificable, pero se corre el riesgo de invisibilizar los efectos de la concertación ilícita.

De este modo, mientras un sector de la doctrina sostiene que el delito de colusión protege un espectro de valores –legalidad, imparcialidad y lealtad–, otro sector, encabezado por Castillo Alva, restringe el bien jurídico a la defensa del patrimonio estatal en el marco de los procesos de contratación. Frente a esta dicotomía, una postura integradora resulta más adecuada. Reconocer que en la colusión simple el bien jurídico es la imparcialidad, mientras que en la colusión agravada además lo protegido son los intereses patrimoniales del Estado. Esta solución permite justificar la autonomía de la colusión simple sin caer en adelantamientos punitivos injustificados y, al mismo tiempo, reservar la mayor sanción para los casos en que se materializa un daño patrimonial concreto. Así, se garantiza una aplicación coherente con los principios de lesividad, proporcionalidad y *ultima ratio*.

### **1.2.2. Elementos del tipo penal**

El estudio del delito de colusión exige detenerse en la estructura típica que delimita esta figura penal. Por tal motivo, a continuación, se abordarán los elementos requeridos para la configuración de la colusión simple.

En primer lugar, este delito exige la intervención de un funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, tenga capacidad de intervenir en el proceso contractual. La doctrina ha coincidido en que no solo aquellos que ejercen directamente funciones decisorias pueden ser considerados autores, sino también quienes, de manera indirecta, son capaces de influir en la adjudicación o desarrollo del contrato. Así lo ha señalado Montoya, al sostener que cualquier funcionario con posibilidad de incidir en la contratación, aunque sea de modo mediato, puede ser considerado autor (2015, p. 138).

En efecto, lo decisivo no es tanto la intervención formal en el acto contractual, sino la real capacidad de orientar la decisión hacia un beneficio ilícito. Esta perspectiva coincide con lo sostenido por Castillo Alva, quien precisa que la autoría en el delito de colusión requiere no solo la condición de funcionario o servidor público, sino una facultad específica derivada del cargo o comisión especial que lo habilite a participar en contratos, suministros, licitaciones o subastas (2008, p. 89). Dicho de otro modo, no basta la calidad de funcionario en abstracto, sino que se demanda una competencia material vinculada con la operación económica.

En segundo lugar, la intervención de un tercero interesado es imprescindible para la configuración de este tipo penal. La colusión es un delito de encuentro, pues presupone la convergencia de voluntades entre un funcionario o servidor y un particular que buscan obtener ventajas indebidas. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el Recurso de Apelación N.º 27-2023/Ucayali, ha indicado que, en este supuesto, no solo el funcionario o servidor es penalmente responsable, sino también el particular que participa en la concertación ilícita, el cual no debe entenderse como víctima, sino como beneficiario directo del acuerdo colusorio (2023, f.j. 9).

El tercer elemento es la existencia de un acuerdo colusorio con finalidad fraudulenta. Sobre el particular, Montoya ha precisado que este pacto requiere cumplir tres condiciones: el acuerdo debe orientarse a causar un perjuicio al Estado, debe celebrarse con conocimiento y voluntad del funcionario/servidor que utiliza su cargo para favorecer intereses privados, y debe contar con la

aptitud real de generar un menoscabo económico a la administración pública (2015, p. 139). De esta manera, no cualquier acuerdo entre un funcionario o servidor público y un particular configura el delito de colusión, sino únicamente aquel que posee el carácter ilícito y la capacidad de defraudar.

Finalmente, la concertación debe vincularse a alguna etapa de la operación económica estatal. Ello supone reconocer que la colusión no se limita a un único régimen jurídico, sino que puede manifestarse en cualquiera de los marcos normativos aplicables a la contratación pública (Chanjan et al., 2022, p. 85). Esta amplitud normativa responde a la necesidad de proteger los intereses patrimoniales del Estado en cualquier escenario en el que se materialice su intervención en actividades económicas.

En relación a la colusión agravada, esta se configura únicamente cuando, además de los elementos comunes a la modalidad simple –antes descritos–, se acredita el perjuicio patrimonial concreto contra el Estado. Este requisito marca la frontera entre ambas modalidades, pues mientras la colusión simple sanciona el peligro derivado de la concertación ilícita, la agravada se reserva para los supuestos en los que el acuerdo ilícito se traduce en un menoscabo efectivo del erario público. En este sentido, el legislador ha buscado diferenciar el nivel de lesividad y ha previsto una sanción penal más severa cuando el patrimonio estatal es efectivamente lesionado.

El desarrollo jurisprudencial también ha contribuido a precisar el alcance de la “defraudación patrimonial”. En el Recurso de Nulidad N.º 905-2019/Amazonas, la Corte Suprema señaló que el término “defraudar” no debe entenderse como sinónimo estricto de daño económico o perjuicio patrimonial verificado, sino que se refiere a la frustración de las expectativas legítimas del Estado de ser representado de manera leal y diligente en procesos de negociación con particulares. Bajo esta interpretación, lo esencial radica en la deslealtad del funcionario, quien, mediante engaños, abusos de confianza o simulaciones, compromete la correcta defensa de los intereses estatales, y, cuando esa deslealtad produce además un menoscabo patrimonial tangible, se configura la colusión agravada (Recurso de Nulidad N.º 905-2019/Amazonas, f.j. 5-7).

### 1.2.3. Naturaleza jurídica

La colusión debe entenderse como un delito de infracción de deber. Esta categoría se caracteriza porque la autoría no depende del dominio sobre el hecho, sino de la posición jurídica especial que ocupa el autor –funcionario o servidor público–. En los delitos de infracción de deber, se restringe el círculo de posibles autores, precisamente por la existencia de una institución jurídica en su trasfondo. En ese sentido, el fundamento de la autoría se encuentra en la titularidad de un deber jurídico extrapenal. Así, mientras en un delito de dominio la responsabilidad surge del control fáctico que el autor ejerce sobre la realización del ilícito, en el delito de colusión, el funcionario es responsable por quebrantar el deber extrapenal que ostenta respecto de la administración pública. En este marco, la caracterización de la colusión como delito de infracción de deber abre la puerta a analizar su posible imputación por omisión impropia, cuestión que constituye el eje de análisis que este artículo se propone desarrollar.

Asimismo, la colusión se configura como un delito plurisubjetivo, es decir, requiere necesariamente de la intervención de al menos dos personas por un lado, el funcionario público o servidor público con facultades para intervenir en la contratación, y por otro, el particular que busca obtener una ventaja indebida. Por tal razón, se trata de un delito de participación necesaria, específicamente, de encuentro, ya que el acuerdo ilícito solo puede concretarse a través de la convergencia de voluntades entre ambos sujetos. La peculiaridad de esta interacción radica en que comparten un objetivo común: favorecer intereses privados a través de una defraudación patrimonial al Estado. Tal como lo ha señalado la jurisprudencia, lo que otorga carácter fraudulento a este acuerdo es precisamente la apropiación indebida de la función pública por parte del funcionario, quien, en lugar de salvaguardar los intereses públicos, decide ponerlos al servicio de un beneficio particular (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad N.º 2363-2010/Ica, 2010, f.j. 8).

Es menester señalar que la colusión simple debe entenderse como un delito de peligro abstracto. En esta modalidad, no se exige la constatación de un perjuicio

económico concreto, sino que basta la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico protegido, que en este caso es el principio de imparcialidad. La sola concertación entre el funcionario y el particular, aunque no llegue a producir un daño efectivo al erario público, justifica la intervención penal. Esto responde a la necesidad de anticipar la tutela frente a conductas que, por su propia naturaleza, ponen en peligro los recursos estatales y su correcta gestión.

Por su parte, la colusión agravada constituye un delito de resultado, debido a que, para su configuración, requiere la acreditación de un perjuicio patrimonial. En esta modalidad, no basta la sola concertación ilícita, sino que se requiere la materialización del menoscabo económico. La distinción entre peligro abstracto y resultado permite diferenciar ambas modalidades: la primera se enfoca en neutralizar el riesgo de la concertación ilícita, mientras que la segunda sanciona la concreción del perjuicio patrimonial que atenta directamente contra los intereses económicos del Estado.

#### **1.2.4. Consumación y tentativa**

En el caso de la colusión simple, la mayoría de autores coincide en que se trata de un delito de peligro y de mera actividad, lo cual implica que basta la existencia del acuerdo ilícito entre el funcionario o servidor público y el particular para que el delito se considere consumado. Así lo explica Rojas al señalar que el núcleo del comportamiento típico se encuentra en la concertación ilegal. Según este autor, la consumación se verifica en el instante en que se concreta el pacto orientado a defraudar, sin que los intentos previos de acercamiento o las simples conversaciones puedan calificarse como ejecución del delito, pues estos a lo mucho podrían ser considerados como actos preparatorios (Rojas, 2021, p. 594). En consecuencia, la consumación en la colusión simple se agota con el acuerdo en sí mismo, lo que excluye la posibilidad de tentativa dentro de esta modalidad.

La doctrina también ha resaltado que la naturaleza de peligro de la colusión simple permite que el delito pueda consumarse en distintos momentos del proceso de contratación. Al respecto, Rojas sostiene que la redacción de bases

discriminatorias, la asignación de puntajes indebidos o el otorgamiento de la buena pro constituyen hitos consumativos, aunque se trate de momentos diversos del mismo proceso de selección. A partir de ello, se evidencia que no se trata de un delito permanente ni continuado, sino instantáneo, aunque pueda presentar múltiples puntos de consumación en un mismo procedimiento. Por tal motivo, es menester indicar que lo determinante no es la etapa en la que ocurre el pacto, sino la existencia de la concertación fraudulenta orientada a menoscabar la lealtad del funcionario y a generar un riesgo para el patrimonio estatal (Rojas, 2021, p. 595-596).

En contraste, la colusión agravada sí requiere la verificación de un perjuicio patrimonial para su consumación. Como explica Pariona, en este supuesto no basta la concertación, sino que es necesario que se produzca un daño económico efectivo a la entidad pública. Por esta razón, únicamente en esta modalidad es posible hablar de tentativa, la cual se presenta cuando, tras la concertación ilícita, los funcionarios y los particulares realizan actos dirigidos a defraudar patrimonialmente, pero el perjuicio no llega a concretarse por causas ajenas a su voluntad. Ejemplos de ello son la firma de una adenda que nunca se llega a pagar, la emisión de cheques que no son cobrados por el contratista o el descubrimiento del hecho que impide la materialización del fraude. En todos estos escenarios, según Pariona, se observa un peligro para los intereses patrimoniales del Estado que excede la colusión simple y que permite calificar la conducta como tentativa de colusión agravada (Pariona, 2023, pp. 179-180).

De lo desarrollado en los apartados previos, se advierte que el análisis de la evolución legislativa del artículo 384 del Código Penal evidencia un proceso marcado por la búsqueda de perfeccionar la respuesta penal frente a las conductas colusorias. Desde su redacción inicial, amplia y genérica, hasta la regulación actual que diferencia entre colusión simple, agravada e incluso circunstancias agravantes, se observa una tendencia clara hacia el endurecimiento de las penas y la incorporación de sanciones como la multa y la inhabilitación. Estos cambios reflejan tanto la necesidad de cerrar vacíos normativos como la intención de dotar al tipo penal de mayor eficacia en la lucha

contra la corrupción, incluso adaptándolo a contextos de especial vulnerabilidad como la pandemia.

Asimismo, en relación con el bien jurídico protegido, en la modalidad simple, este sería el principio de imparcialidad, mientras que, en la modalidad, agravada, además se protegerían los intereses patrimoniales del Estado. Desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, se trata de un delito de infracción de deber y de participación necesaria, en la medida en que requiere la concurrencia de un funcionario o servidor público y de un particular interesado en obtener un beneficio indebido. En cuanto a la consumación y tentativa, la colusión simple se configura como un delito de peligro abstracto y de mera actividad, de modo que se consuma con la sola concertación ilícita, lo que excluye la tentativa. Por el contrario, la colusión agravada constituye un delito de resultado, pues exige la verificación de un perjuicio patrimonial concreto, siendo posible en este caso la tentativa cuando, pese al acuerdo ilícito, el menoscabo económico no llega a materializarse.

## **II. La omisión impropia en el Derecho penal**

A fin de analizar la viabilidad de la aplicación de la figura de la omisión impropia al delito de colusión simple y agravada, corresponde ahora, tras haber revisado previamente dicho delito, abordar cómo se entiende esta figura en el Derecho penal peruano. En este apartado, se revisará su fundamento normativo y conceptual, así como la relevancia del deber de garante, figura esencial para determinar cuándo la omisión puede ser penalmente relevante. En relación con ello, se analizará si dicho deber debe concebirse como un deber general o específico, y se examinarán las fuentes del deber de garante.

### **2.1. Fundamento normativo y conceptualización**

En el Derecho penal, la dogmática ha distinguido tradicionalmente entre las conductas punibles que se configuran por acciones y aquellas que se concretan a través de omisiones. Mientras que los delitos de acción responden a la prohibición de realizar comportamientos considerados nocivos para la sociedad,

los delitos de omisión sancionan la inactividad cuando el ordenamiento jurídico exige actuar en un determinado sentido (Mir, 2016, p. 233). De este modo, la punibilidad puede surgir tanto de la transgresión de una norma de prohibición como de la inobservancia de un mandato de actuación. La importancia de esta diferenciación es que permite comprender cómo el Derecho penal no solo castiga al que hace lo prohibido, sino también al que, teniendo la obligación de actuar, omite hacerlo frente a un peligro.

Sobre esa base, la doctrina ha elaborado una clasificación de los delitos de omisión en propios e impropios. Los primeros corresponden a aquellos supuestos en los que el legislador describe de manera expresa una conducta debida –por ejemplo, la obligación de socorrer a una persona en peligro– y sanciona directamente su incumplimiento. En cambio, la omisión impropia o comisión por omisión no aparece descrita de manera literal en los tipos penales, sino que se construye dogmáticamente a partir de la idea de que, en determinadas circunstancias, no evitar un resultado lesivo equivale a producirlo activamente, siempre que exista un deber jurídico específico de actuar y una posición de garante frente al bien protegido (Rodríguez, 2015).

Siguiendo a Silva Sánchez, la comisión por omisión puede entenderse como la falta de cumplimiento de una conducta jurídicamente exigida que, al no realizarse, genera o incrementa un riesgo de daño para el bien jurídico tutelado. Esta omisión no se limita a la simple pasividad, sino también puede consistir en la ejecución de una conducta distinta a la exigida, con lo cual se incumple el deber de protección asignado al sujeto (2003, pp. 174-175). De esta manera, el desvalor de acción en los delitos omisivos impropios no radica en la actividad desarrollada, sino en la inactividad o desviación que coloca al bien jurídico en una situación de vulnerabilidad equivalente a la producida por un acto comisivo.

Un aspecto relevante es que no cualquier persona puede ser considerada responsable por comisión por omisión. Como explica Daza-González (2017, p. 22), la imputación recae únicamente sobre quien ostenta una posición de garante, es decir, un vínculo jurídico extrapenal que lo obliga a actuar para evitar el resultado. Esta condición de garante constituye el elemento diferenciador

fundamental, pues no basta con la capacidad fáctica de impedir el daño, sino que debe existir un deber jurídico específico que obligue a intervenir.

En el caso peruano, la base normativa para reconocer esta forma de responsabilidad se encuentra en el artículo 13 del Código Penal, que establece la llamada cláusula de correspondencia. Conforme a esta disposición, el sujeto que omite actuar, teniendo un deber jurídico concreto de impedir un resultado, responde penalmente como si lo hubiera producido mediante una acción. La jurisprudencia ha señalado que esta cláusula cumple una función de equiparación: permite sancionar al omisor en los mismos términos que al autor comisivo, siempre que su inactividad tenga como consecuencia la producción de un resultado lesivo para el bien jurídico (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Recurso de Casación N.º 1749-2018/Cañete, 2020, f.j. 14). En otras palabras, el artículo 13 del Código Penal busca cerrar la brecha de impunidad en aquellos casos en los que la conducta omisiva de quien debía actuar se traduce en un daño al bien jurídico protegido tan reprochable como el que hubiera derivado de una conducta activa.

## **2.2. El deber de garante**

Para la comprensión y análisis de la aplicación de la omisión impropia, corresponde revisar también la figura del deber de garante. Este deber determina en qué casos una persona está jurídicamente obligada a actuar para evitar la producción de un resultado lesivo, y, por tanto, cuándo su conducta omisiva adquiere relevancia penal. En el ámbito de la función pública, su delimitación adquiere especial importancia, pues no todo funcionario o servidor público puede ser considerado garante frente a cualquier afectación de cualquier bien jurídico. Por ello, resulta necesario analizar su alcance –si se trata de un deber general o de uno específico– y las fuentes que lo originan. A través de este examen, se podrá determinar en qué medida los funcionarios y servidores públicos están llamados a intervenir para evitar la comisión de delitos como la colusión.

### **2.2.1. ¿Deber general o deber específico?**

La cuestión central en torno al deber de garante no es únicamente reconocer su existencia como fundamento de la responsabilidad por omisión impropia, sino determinar su alcance: ¿basta con un deber general que obligue al garante a intervenir en todo ámbito donde se vea comprometido un bien jurídico, o se requiere un deber específico y delimitado en la norma que precise en qué situaciones debe actuar?

Mañalich ha señalado que lo que convierte a una persona en autora por omisión impropia es la existencia de una posición jurídica de garantía. Esta posición, a su juicio, actúa como un espejo de la norma de prohibición: solo quienes ocupan ese lugar en el sistema jurídico reciben el mandato de actuar. Dicho de otro modo, no todos están obligados a evitar cualquier resultado, sino aquellos que, de manera concreta, se encuentran jurídicamente vinculados con un bien jurídico determinado (Mañalich, 2014, pp. 241-242).

Cuadrado, en la misma línea, sostiene que no se trata de sancionar a todo aquel que pudo haber evitado un resultado, sino únicamente a quienes se hallan en una situación que justifica imponerles la carga jurídica de actuar. El Derecho penal, según esta autora, selecciona entre todas las omisiones posibles aquellas que resultan penalmente relevantes, y estas son las de quienes, por mandato normativo, tienen un deber concreto de evitar el resultado prohibido. Así, se descarta la idea de un deber de garante general y abstracto, porque este convertiría en punible cualquier inacción de un sujeto con capacidad fáctica de evitar un daño (Cuadrado, 2000, p. 12).

Nagler sostiene que la omisión solo puede considerarse típica si el sujeto se encuentra en una posición especial que le impone de manera directa la obligación de garantizar la indemnidad de ciertos bienes jurídicos. Esa "posición especial" se deriva de una atribución normativa específica que lo convierte en responsable de actuar. Lo contrario supondría imponer responsabilidades ilimitadas, incompatibles con el principio de legalidad (Nagler citado en Cuadrado, 2000, p. 19).

La discusión sobre el alcance del deber de garante en los delitos de omisión impropia debe resolverse en el sentido de que se trata de un deber específico, delimitado por la función que cada persona desempeña dentro de la organización. Esto implica que no todos los funcionarios de una institución tienen la misma obligación de actuar frente a cualquier hecho punible, sino únicamente en aquellos ámbitos en los que la norma o su posición funcional les atribuye expresamente una responsabilidad de protección en relación con cierto bien jurídico.

No es lo mismo que un presidente regional tome conocimiento de la comisión de un delito en su entidad, a que el jefe de la Oficina de Logística advierta que en la Oficina de Administración se están realizando actos ilícitos. En el primer caso, el presidente regional sí se encuentra obligado a intervenir, porque su rol jerárquico lo coloca en una posición de garante respecto de la legalidad y probidad administrativa de la entidad que encabeza. Su autoridad no se limita a un área concreta, sino que abarca el conjunto de la institución bajo su cargo.

En cambio, el jefe de Logística no tendría el mismo deber jurídico respecto de los bienes o procesos que se encuentran bajo la gestión de la Oficina de Administración. Si bien puede tener la capacidad fáctica de actuar, su responsabilidad penal no puede extenderse a omisiones que no recaen dentro de su esfera de competencia específica. Su posición de garante se limita a los bienes jurídicos y funciones que le han sido atribuidos directamente, y no puede ampliarse a todo el aparato institucional sin vulnerar el principio de legalidad.

Este razonamiento demuestra que el deber de garante no debe confundirse con una obligación genérica de velar por la legalidad en toda circunstancia, sino con una responsabilidad concreta vinculada a la función. Sin embargo, debe reconocerse que a mayor jerarquía institucional, mayor será la amplitud del deber específico que corresponde a esa posición. Por ello, mientras que un funcionario de nivel medio solo responde por las omisiones relacionadas con su área de competencia, un alto funcionario, como un presidente regional, debe intervenir frente a cualquier ilícito dentro de la entidad, porque así lo exige su deber específico de dirigir y supervisar la gestión pública a su cargo.

En definitiva, el deber de garante debe ser entendido como específico en cuanto se fundamenta en las atribuciones normativas y funcionales concretas de cada puesto. No obstante, este deber se expande proporcionalmente con el nivel jerárquico del cargo: cuanto más alto sea el rango, más amplio será el ámbito de responsabilidad que la persona debe asumir para garantizar la protección de los bienes jurídicos en la institución que dirige.

### **2.2.2. Fuentes del deber de garante**

Como se indicó anteriormente, solo pueden responder por un delito de omisión impropia aquellos sujetos que, conforme al ordenamiento, se encuentran en una posición jurídica especial que los convierte en garantes de un bien jurídico. En ese sentido, la dogmática ha identificado lo que se denomina fuentes del deber de garante, es decir, los orígenes normativos o relacionales que explican por qué una determinada persona tiene la obligación de actuar para evitar un resultado lesivo. Las fuentes formales del deber jurídico constituyen los fundamentos a partir de los cuales se puede fundamentar la posición de garante.

En primer lugar, la ley es la fuente más evidente del deber jurídico, pues establece expresamente los deberes que recaen sobre determinados sujetos en virtud de su posición o relación con ciertos bienes jurídicos. A través de disposiciones normativas, el legislador define qué vínculos o relaciones –como las familiares o de autoridad– imponen la obligación de salvaguardar bienes jurídicos (Daza, 2013, p. 24). Un ejemplo claro en el ámbito de la función pública se encuentra en la Ley del Código de Ética de la Función Pública, cuyos artículos 6 y 7 establecen deberes como la probidad, la lealtad al Estado y la obligación de proteger adecuadamente los recursos públicos. Estas disposiciones muestran cómo la ley asigna deberes específicos derivados del ejercicio de la función pública, lo cual refuerza la conexión entre la posición del funcionario o servidor público y sus deberes jurídicos.

En segundo lugar, el contrato también puede generar deberes jurídicos de actuación. Este surge de la autonomía de la voluntad de las partes, en virtud de la cual se asumen libremente obligaciones de protección o vigilancia. No es

necesario que el contrato sea formal u oneroso; basta con que de él se derive un deber de cuidado o de evitar un resultado lesivo. Incluso si el contrato carece de validez civil, ello no elimina la posición de garante si la relación contractual ha generado efectivamente una obligación de protección (Cuadrado, 2000, pp. 28-29).

Finalmente, el hacer precedente o injerencia constituye una fuente del deber jurídico derivada de la creación previa de un riesgo. En este caso, la obligación de actuar nace cuando una persona, por su comportamiento anterior, ha generado una situación peligrosa que amenaza un bien jurídico ajeno. El fundamento de este deber radica en que quien causa o contribuye a la creación de un peligro debe realizar todos los actos necesarios para evitar que dicho riesgo se materialice en un resultado lesivo que afecte a terceros. Esto refleja una manifestación de responsabilidad derivada del propio actuar, la cual impone un deber de corrección y contención de las consecuencias de la propia conducta (Daza, 2013, p. 33).

La relevancia penal de los deberes de garante se manifiesta tanto cuando el sujeto actúa de manera positiva como cuando incurre en una omisión, pues en ambos casos la infracción de estos deberes puede fundamentar una imputación jurídico-penal (Caro, 2009, p. 93). Con el tiempo, la doctrina y la jurisprudencia han identificado tres modalidades bajo las que se presentan los deberes de garante: los deberes de aseguramiento, los deberes de salvamento y los deberes que surgen por asunción voluntaria (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N.º 725-2018/Junín, 2019, f.j. 4).

Los deberes de aseguramiento corresponden al grupo más amplio y alcanzan a cualquier persona que administra o controla una fuente de peligro. En esencia, estos deberes exigen que quien tiene a su cargo la administración de una fuente de peligro actúe para evitar que esta supere el riesgo permitido y termine afectando a terceros (Valdivia, 2022, pp. 53-54). En ese sentido, estos deberes implican que la persona responsable adopte medidas razonables para impedir que el peligro bajo su control genere daños.

Los deberes de salvamento se activan cuando el peligro ya ha salido del ámbito de organización del garante y amenaza con producir un daño. En estos supuestos, la obligación consiste en revertir o contener el riesgo que previamente se generó, asegurándose de que no derive en un riesgo prohibido (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N.º 725-2018/Junín, 2019, f.j. 4). La jurisprudencia destaca que, en estos casos, la persona debe neutralizar el curso dañoso para restablecer la situación al riesgo permitido.

Dentro de esta categoría se ubica la llamada injerencia, la cual, como se señaló anteriormente, se produce cuando alguien, mediante un actuar previo, crea una situación peligrosa. En este caso, quien generó el peligro debe adoptar todas las medidas necesarias para impedir que este provoque un daño, precisamente porque fue él quien introdujo un factor de amenaza en la esfera de terceros (Valdivia, 2022, pp. 53-54; Caro, 2009, p. 94). La razón es clara: quien crea una situación peligrosa debe asumir también la responsabilidad de evitar que su propio comportamiento cause perjuicios a terceros.

Finalmente, los deberes por asunción aparecen cuando una persona, por decisión propia, acepta proteger un bien jurídico, lo que genera en la víctima una expectativa razonable de protección. Esta aceptación voluntaria amplía el ámbito de responsabilidad del garante y le impide desligarse de su compromiso sin más, ya que su abandono dejaría desprotegida a la víctima (Caro, 2009, pp. 94-95; Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N.º 725-2018/Junín, 2019, f.j. 4).

Dentro de esta clasificación, la posición de garante de los servidores y funcionarios públicos se enmarca en la asunción voluntaria de un deber de protección. Ello obedece a que, al incorporarse de manera libre y consciente al aparato estatal, el funcionario acepta un conjunto de funciones y competencias orientadas a salvaguardar bienes jurídicos vinculados a la administración pública. En el contexto específico del delito de colusión, esta posición de garante adquiere especial relevancia, pues el funcionario público asume voluntariamente el deber de proteger los bienes jurídicos protegidos por este tipo penal: la imparcialidad y los intereses patrimoniales del Estado. Así, la función pública

asumida de manera voluntaria crea una expectativa normativa de tutela sobre dichos bienes jurídicos.

Sin embargo, esta posición de garante no implica que cualquier omisión atribuible a un funcionario público adquiera automáticamente relevancia penal. Para que la omisión pueda imputarse como infracción a un deber de garante, debe estar directamente relacionada con el ámbito competencial propio del cargo, es decir, con aquellas funciones específicas cuya ejecución el ordenamiento le ha asignado. Solo cuando el deber omitido forma parte de las funciones y competencias asignadas es posible sostener que la conducta omisiva ha vulnerado el deber de garante que ostentaba el funcionario o servidor público.

### **2.3. Elementos dogmáticos copulativos de la omisión impropia**

La jurisprudencia nacional ha resaltado que la imputación en los delitos omisivos impropios presenta particularidades que la diferencian de los delitos comisivos, Mientras que en estos últimos la estructura típica se construye a partir del verbo rector que describe la acción prohibida, en la omisión impropia, el punto de partida no se encuentra en la parte especial del Código Penal, sino en una disposición de carácter general: el artículo 13. Este artículo cumple un rol de conexión entre el hecho omisivo y el tipo comisivo, de modo que el núcleo de la imputación está dado por la existencia de un deber especial de actuar y la evaluación de si la inacción puede equipararse, desde un punto de vista normativo, a la realización activa de la conducta (Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Sentencia de Vista del Exp. N.º 0112-2014-0-0401-JR-PE-01, 2018, f.j. 2).

En este mismo sentido, la Corte Suprema ha precisado que la omisión impropia constituye una estructura típica autónoma, compuesta por tres elementos básicos: **(i)** la existencia de un comportamiento omisivo vinculado a un resultado que debió evitarse, **(ii)** la presencia de un deber jurídico concreto que obliga al agente a impedir la producción del resultado o a controlar una fuente de peligro, y **(iii)** la necesidad de realizar un juicio de equivalencia, mediante el cual se

valora si la omisión puede ser tratada jurídicamente como una conducta activa prohibida (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N.° 1749-2018/Cañete, 2020, f.j. 14).

De manera más reciente, la misma Sala Penal Permanente, en la Casación N.° 1689-2024/Lima, ha señalado que la aplicación del artículo 13 del Código Penal requiere la concurrencia de dos presupuestos copulativos por un lado, que el agente esté jurídicamente obligado a impedir el resultado –ya sea porque la norma le atribuye un deber específico de protección a porque él mismo generó una situación de riesgo– y, por otro lado, que exista correspondencia entre la omisión y el tipo penal activo, de modo que pueda afirmarse que el no actuar tiene la misma significación típica que el actuar prohibido (2025, f.j. 3-B).

Desde una perspectiva subjetiva, se exige que el agente conozca las circunstancias que generan su posición de garante, la existencia de un riesgo cierto para el bien jurídico y su propia capacidad de intervenir. Así, un funcionario a cargo de supervisar la ejecución contractual que detecta incumplimientos sustanciales tiene plena conciencia de que su función le impone intervenir para proteger el patrimonio estatal. El dolo en la omisión impropia se configura precisamente cuando, pese a esa conciencia sobre su posición de garante, el riesgo existente y su capacidad de actuar, el sujeto decide voluntariamente no hacerlo.

En estos casos, la diferencia entre negligencia y dolo omisivo radica en la valoración interna del agente: mientras que la negligencia refleja un actuar descuidado o imprudente, el dolo omisivo supone una decisión deliberada de incumplir su deber jurídico de actuar para evitar el resultado lesivo. Por ello, cuando un funcionario, sabiendo que su intervención evitaría un perjuicio para la administración pública, opta conscientemente por no actuar, se configuran los elementos subjetivos propios de la omisión impropia (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad N.° 2174-2017/Lima, f.j. 11).

En suma, los elementos dogmáticos de la omisión impropia se estructuran en un plano objetivo y subjetivo. A nivel objetivo, se requiere la existencia de un deber jurídico específico derivado de una posición de garante, la producción del

resultado típico que pudo evitarse y la posibilidad material de hacerlo. A nivel subjetivo, es necesario que el agente conozca tanto la obligación de actuar como la situación de riesgo y que, pese a ello, opte por una conducta omisiva. De esta manera, el artículo 13 del Código Penal funciona como la cláusula normativa que permite equiparar la omisión a la comisión, garantizando que la protección de los bienes jurídicos no dependa únicamente de la acción directa, sino también de la exigencia de intervenir cuando existe un deber de hacerlo.

### **III. La viabilidad de la imputación de colusión mediante omisión impropia**

En este apartado, se examinará la viabilidad de imputar el delito de colusión mediante omisión impropia. Primero, se revisarán los antecedentes jurisprudenciales peruanos, tanto aquellos que aceptan como los que rechazan esta aplicación. Luego, se abordará el debate doctrinal, en el que se presentarán posturas a favor y en contra de la viabilidad de una imputación de este tipo. Finalmente, se realizará un análisis aplicado para evaluar la compatibilidad de la omisión impropia con la colusión simple y la colusión agravada.

#### **3.1. Antecedentes jurisprudenciales sobre imputaciones de colusión por omisión impropia en el Perú**

En los primeros pronunciamientos sobre la posibilidad de imputar el delito de colusión mediante omisión impropia, la Corte Suprema adoptó una visión estrictamente comisiva de la colusión. Así, en el Recurso de Nulidad N.º 1167-2010, se afirmó que el núcleo de la concertación requiere necesariamente una actuación positiva y coordinada entre el funcionario y el particular, lo que descartaba la posibilidad de entender que una simple omisión –como dejar de denunciar un hecho irregular– pudiera equivaler a un acuerdo colusorio (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad N.º 1167-2010, 2013). Según este criterio, el delito de colusión quedaba reservado únicamente a comportamientos activos que dieran forma concreta al pacto defraudatorio. Posteriormente, la Corte consolidó esta línea al señalar que el incumplimiento de funciones de control o la falta de denuncia de irregularidades, si bien podrían constituir infracciones administrativas o incluso delitos distintos, no tenían cabida

dentro del tipo penal de colusión (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad N.° 2456-2012, 2013; Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad N.° 118-2013, 2013). De acuerdo con esta postura, lo que se sanciona es el acto de concertar, no la pasividad frente a conductas ilícitas de otros. Por ello, se subrayó que la mera omisión de advertir o reportar anomalías no puede ser vista como una forma de contribuir al acuerdo colusorio.

La jurisprudencia también enfatizó que el delito de colusión exige maniobras específicas y activas para defraudar al Estado. Así, en el Recurso de Nulidad N.° 2587-2011/Cusco, la Sala Penal Permanente precisó que la concertación requiere conductas comisivas tales como manipular expedientes, sobrevaluar precios o alterar documentos contractuales. En esa lógica, la omisión, entendida como negligencia o falta de diligencia en el ejercicio del cargo, podía tener consecuencias disciplinarias, pero no alcanzaba el umbral del injusto penal de colusión (2013, f.j. 4.3).

Posteriormente, en la Casación N.° 178-2022/Loreto, la Sala Penal Permanente sostuvo que la conducta omisiva de determinados funcionarios con altos cargos jerárquicos podría ser equiparada a la concertación ilícita. Este fallo sugiere que, al menos en relación con los altos mandos, la omisión de actuar frente a hechos defraudatorios podría valorarse como una conducta cuyo resultado es equiparable a la conducta activa descrita en el tipo penal de colusión (2022, f.j. 2). En la Casación N.° 1689-2024/Lima, se concluyó que la omisión impropia solo tendría cabida en la modalidad agravada, por tratarse de un delito de resultado, mientras que, en la colusión simple, al ser un delito de peligro abstracto, no es posible imputar responsabilidad por omisión (2025, f.j. 2-E)

En síntesis, la posición de la Corte Suprema sobre la posibilidad de imputar el delito de colusión mediante omisión impropia ha transitado desde una negativa absoluta –que consideraba imposible que una omisión configurase el acuerdo colusorio– hacia un criterio más matizado. La línea dominante sigue siendo que el tipo penal exige actos comisivos, pero algunos fallos recientes han abierto la puerta a examinar si, en el caso de funcionarios con mayores responsabilidades

de control y supervisión, la omisión de actuar podría constituir una forma de participación típica.

### **3.2. Debate doctrinal**

El debate doctrinal en torno a la aplicación de la omisión impropia en el delito de colusión ha generado posiciones contrapuestas dentro de la doctrina penal peruana. Este debate se centra en determinar si es posible atribuir responsabilidad penal a un funcionario público que, pese a tener el deber jurídico de actuar, omite impedir la comisión del delito. Mientras algunos autores consideran que la naturaleza esencialmente activa del tipo penal de colusión excluye cualquier posibilidad de comisión por omisión, otros sostienen que, bajo determinadas condiciones, la omisión del funcionario puede equipararse a una conducta activa cuando incumple su deber de garante frente al bien jurídico protegido.

#### **3.2.1. Posturas que rechazan la aplicación de la omisión impropia**

Las posturas que rechazan la aplicación de la omisión impropia en el delito de colusión parten de la premisa de que la naturaleza activa del tipo penal impide equiparar el silencio o la inacción del funcionario a una concertación. En este sentido, Pariona (2023) sostiene que, para determinar si una conducta omisiva puede considerarse equivalente a una acción típica en el delito de colusión, deben cumplirse los requisitos previstos en el artículo 13 del Código Penal: la existencia de una posición de garante y la correspondencia entre el no hacer y el hacer típico. Si bien admite que el funcionario público tiene un deber de custodia respecto del patrimonio estatal, el autor considera extremadamente difícil encontrar una omisión que pueda corresponderse con el elemento de concertación, propio del tipo penal de colusión (Pariona, 2023, pp. 50-51).

Desde esta perspectiva, la doctrina penal –como destaca el propio Pariona– niega que la concertación, núcleo de la colusión, pueda darse mediante una omisión. Esto se debe a que la concertación implica un acuerdo de voluntades activas, una interacción entre el funcionario y el particular, que no puede

materializarse a través del mero silencio o la pasividad. Incluso en supuestos en los que la inacción del funcionario revela una connivencia con el particular, el autor aclara que no se trata de una omisión propiamente dicha, sino de una conducta comisiva encubierta, donde el funcionario actúa activamente al favorecer al postor, aunque lo haga sin un acuerdo expreso (Pariona, 2023, pp. 50-51).

En una línea similar, Castillo (2008) señala que, cuando un funcionario omite denunciar un acto de colusión sin tener la obligación directa de intervenir en la contratación, su conducta podría constituir, en todo caso, una omisión de denuncia, pero no colusión. Esto se justifica en que el deber jurídico de comunicar irregularidades solo genera responsabilidad cuando la ley lo impone expresamente. Por tanto, no puede sostenerse que el simple silencio de un funcionario externo al proceso de contratación equivalga al comportamiento típico de concertar (Castillo, 2008, pp. 122-123).

Asimismo, Castillo enfatiza que cuando el funcionario participa en las negociaciones, pero no interviene por razón de su cargo o por una comisión especial, su silencio podría interpretarse, a lo sumo, como complicidad omisiva primaria, no como coautoría. Esto significa que la pasividad de dicho funcionario solo facilita la comisión del delito, pero no lo estructura. Según el autor, equiparar el silencio con la concertación supone una distorsión del tipo penal, pues “concertar” es una acción esencialmente activa que requiere interacción, coordinación y voluntad común con el particular (Castillo, 2008, pp. 122-123).

En consecuencia, tanto Pariona como Castillo coinciden en que la figura de la omisión impropia no puede aplicarse al delito de colusión, ya que este exige una conducta activa de concertación. Según estos autores, la omisión carece de la dimensión estructural y normativa necesaria para configurar ese elemento típico.

### **3.2.2. Posturas que admiten la aplicación de la omisión impropia**

Las posturas que defienden la aplicación de la omisión impropia en el delito de colusión parten de una comprensión diferente de la cláusula de correspondencia

prevista en el artículo 13 del Código Penal. Según Reátegui (2014), esta disposición permite equiparar ciertas conductas omisivas a acciones típicas, siempre que se cumpla con los requisitos de la posición de garante y la correspondencia normativa. El autor explica que, así como el delito de homicidio puede configurarse no solo mediante el acto de matar, sino también a través del “dejar morir” o “dejar matar”, la estructura del delito de colusión también admite formas en las que la omisión del funcionario se corresponde con una participación activa en la concertación, siempre que su deber le imponga evitar el resultado (Reátegui, 2014, p. 403).

Desde esta perspectiva, Reátegui argumenta que la conducta omisiva será equiparable a la conducta comisiva cuando el funcionario, teniendo una vinculación funcional, no impide que otro funcionario, al que le ha delegado facultades, concierte fraudulentamente con terceros o permita que los intereses del Estado sean afectados en beneficio de particulares. En tales casos, la omisión no representa una simple pasividad, sino un acto concluyente de carácter positivo, jurídicamente relevante, que produce los mismos efectos que una acción de concertación (Reátegui, 2014, p. 404).

Por otro lado, Guimaray y Rodríguez (2015) precisan que la imputación por omisión impropia en la colusión puede tener lugar en escenarios donde la falta de supervisión o vigilancia del funcionario –como alcaldes o presidentes regionales– genere, desde un punto de vista *ex ante*, un riesgo relevante para el bien jurídico protegido. En este sentido, la responsabilidad penal no se deriva de cualquier omisión, sino únicamente de aquellas omisiones funcionalmente relevantes que crean o permiten la concreción del riesgo para el bien jurídico (Guimaray y Rodríguez, 2015, p. 51).

Estas posturas sostienen que la omisión impropia puede ser aplicable al delito de colusión siempre que el funcionario omita actuar pese a tener el deber de evitar el delito, de forma tal que se configure una correspondencia con la acción típica de concertar. Este enfoque permite sancionar a quienes, teniendo la obligación de intervenir, facilitan con su silencio o pasividad la afectación del bien jurídico protegido por el delito de colusión.

### **3.3. Análisis aplicado**

En el presente apartado, se abordará la compatibilidad de la figura de la omisión impropia con el delito de colusión, tanto en su forma simple como agravada. Este análisis permitirá determinar si resulta jurídicamente posible imputar responsabilidad penal a un funcionario o servidor público por omisión impropia dentro de estos tipos delictivos. Para ello, se examinarán los elementos estructurales del delito de colusión en cada una de sus modalidades y se contrastarán con los requisitos de la comisión por omisión, a fin de identificar si la conducta omisiva del funcionario o servidor se corresponde con el resultado típico de dicho tipo penal.

#### **3.3.1. Compatibilidad de la omisión impropia con la colusión simple**

La aplicación de la figura de la omisión impropia al delito de colusión simple resulta incompatible. Ello se debe a que, en la colusión simple, la conducta típica se consume con la mera concertación ilícita entre el funcionario o servidor público y el particular. Se trata de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, cuya consumación ocurre en el instante mismo en que se alcanza el acuerdo colusorio, sin requerir una posterior defraudación.

En consecuencia, no existe un momento previo en el que un funcionario con deber de garante pueda desplegar una conducta orientada a impedir la consumación del delito, pues el tipo penal se agota en un único acto, lo que imposibilita cualquier fase previa susceptible de intervención. Imputar responsabilidad por omisión impropia en este contexto equivaldría a exigir la evitación de un acuerdo solo cognoscible después de haberse realizado, lo que resulta ilógico desde el punto de vista jurídico y fáctico.

Además, una imputación de ese tipo desconocería el principio de posibilidad de actuación *ex ante*, presupuesto de la omisión impropia. Este principio exige que el garante haya tenido, antes de la generación del resultado lesivo, una oportunidad real de intervenir para evitarlo. En los delitos de mera actividad, como la colusión simple, dado que el tipo carece de un proceso causal, no existe

un intervalo temporal que habilite una intervención por parte de quien ostenta la posición de garante, lo cual reafirma la imposibilidad de sostener una responsabilidad por omisión impropia en este contexto.

Desde una perspectiva fáctica, la incompatibilidad se evidencia en la imposibilidad de una intervención preventiva. El funcionario que ostenta una posición de garante respecto del principio de imparcialidad solo podría conocer el pacto colusorio una vez celebrado, es decir, cuando el delito ya se encuentra consumado. En tales condiciones, no puede afirmarse la existencia de un momento anterior en el que hubiera sido posible actuar para impedir la concertación. Exigirle hacerlo desnaturaliza el fundamento del deber de garante, que solo se justifica cuando el sujeto tiene una posibilidad real y concreta de evitar la lesión del bien jurídico.

En razón de ello, se evidencia que, tanto desde el plano dogmático como desde el plano fáctico, la imputación por omisión impropia en la colusión simple es jurídicamente inviable. Distinto es el caso de la colusión agravada, donde la conducta típica no se agota con la concertación: incorpora un resultado lesivo y un proceso causal entre la concertación y el perjuicio patrimonial generado al Estado. Esta estructura –a diferencia de la colusión simple– abre la posibilidad de analizar si, durante ese desarrollo causal que conduce al resultado lesivo, podría configurarse una responsabilidad por omisión impropia.

### **3.3.2. Compatibilidad de la omisión impropia con la colusión agravada**

La aplicación de la omisión impropia en el delito de colusión agravada sí es posible, puesto que este tipo penal no se agota en la concertación, sino que se consume con la defraudación patrimonial al Estado. Esto permite identificar un espacio temporal posterior al acuerdo colusorio en el que el funcionario o servidor público, que detenta un deber jurídico respecto de los bienes jurídicos protegidos por este delito, aún puede impedir la producción del perjuicio. Dicho espacio, que abarca desde los actos administrativos posteriores a la concertación hasta la ejecución del contrato y el desembolso de fondos, constituye el marco en el que la conducta omisiva del garante puede adquirir

relevancia penal bajo la forma de una omisión impropia, conforme al artículo 13 del Código Penal.

Es preciso señalar que el reconocimiento de esta posibilidad no supone ampliar el alcance del tipo penal, sino aplicar el artículo 13 del Código Penal bajo criterios estrictos de correspondencia entre el resultado típico producido por la forma activa de comisión y el incumplimiento del deber de garante de impedir dicho resultado lesivo. Este marco evita interpretaciones expansivas y asegura que la atribución de responsabilidad por omisión impropia se limite únicamente a los supuestos en los que el garante tenía una oportunidad real y jurídicamente exigible de interrumpir el proceso causal que conduce al perjuicio patrimonial.

A continuación, se analizarán una serie de supuestos con el propósito de distinguir aquellos casos en los que una conducta activa podría erróneamente interpretarse como una omisión impropia, de aquellos en los que realmente estamos frente a conductas omisivas penalmente relevantes y que constituyen omisiones impropias.

El primer supuesto a analizar es aquel en el que un presidente regional recibe una carta de una empresa participante en un proceso de contratación pública para la construcción de un colegio. En esta carta, la empresa advierte que los miembros del comité de selección se han coludido con otra empresa para adjudicarle fraudulentamente la buena pro. Ante ello, el presidente regional cita a los miembros del comité, quienes le confiesan su participación en el acuerdo ilícito y le proponen que no intervenga a cambio de recibir S/. 50.000.00. El presidente acepta la propuesta, permite que el proceso continúe y, posteriormente, firma el contrato con la empresa coludida y autoriza el pago de 3.6 millones de soles por la obra.

En este escenario, no se configura una omisión impropia, sino una conducta comisiva plenamente activa. El presidente regional se concierta con los miembros del comité, aunque el acuerdo no sea el originario, sino una actualización o ampliación del pacto colusorio inicial. Esta actualización ha sido reconocida doctrinalmente como una extensión natural del acuerdo primigenio,

pues responde a la propia dinámica del delito de colusión, que puede requerir nuevos acuerdos con funcionarios que, por razón de su cargo, intervienen en fases posteriores del procedimiento.

En esa línea, los acuerdos sucesivos que se celebran tras la concertación inicial no constituyen pactos aislados, sino manifestaciones complementarias del mismo plan delictivo orientado a consumir la defraudación patrimonial. Por ello, la responsabilidad penal del presidente regional se sustenta en una conducta activa –como autor del delito de colusión agravada– y no, en una supuesta “falta de intervención”. De este modo, se evita cualquier confusión entre la ausencia de determinadas actuaciones y una conducta omisiva.

El segundo supuesto parte del mismo escenario, pero con una variación: el presidente regional, tras reunirse con los miembros del comité, no recibe beneficio económico alguno, aunque acepta su pedido de no intervenir para evitar que el proceso continúe conforme al pacto colusorio. A pesar de no obtener un lucro personal, firma igualmente el contrato y permite que se ejecute el pago a la empresa coludida.

Debe precisarse que la obtención de un beneficio no constituye un elemento típico del delito de colusión; por ello, el análisis no debe centrarse en la existencia o ausencia de lucro, sino, en la estructura del acuerdo ilícito. En este caso, la aceptación de permitir que el proceso de contratación continúe en los términos pactados configura una actualización del pacto inicial orientada a materializar la defraudación patrimonial. Por lo tanto, aquí tampoco puede hablarse de una omisión impropia, puesto que el presidente participa activamente en la dinámica comisiva del acuerdo colusorio.

Al analizar la existencia de una concertación, debe tenerse presente que no es necesario que todos los partícipes obtengan un beneficio personal; basta con que exista un acuerdo de voluntades orientado a defraudar al Estado. Su conducta se subsume en una participación activa en la concertación, pues su consentimiento –a no intervenir para evitar la comisión del delito– y firma materializan la ejecución del pacto ilícito. Por tanto, su responsabilidad se

fundamenta en una acción típica del delito de colusión agravada y no, en una conducta omisiva.

El tercer supuesto objeto de análisis es aquel en el que el presidente regional recibe la carta de advertencia sobre la colusión, revisa el expediente del proceso, constata que las bases de la convocatoria fueron direccionadas hacia una empresa específica y evidencia irregularidades como requisitos técnicos innecesarios y actos de favorecimiento. A pesar de conocer estos hechos, no adopta ninguna medida para detener el proceso, y, finalmente, firma el contrato con la empresa coludida, permitiendo que esta reciba el pago de 3.5 millones de soles.

En este escenario, no existe una conducta activa que responda al verbo rector del tipo penal de colusión agravada, pues el presidente no participó en ningún acuerdo; sin embargo, el no intervenir podría constituir una omisión impropia en tanto incumple su deber de garante frente al patrimonio estatal. No obstante, una conclusión en tal sentido exige un análisis especialmente estricto respecto del momento de evitación y de la certeza del conocimiento del funcionario, de modo que la imputación no se base en simples sospechas. Solo cuando el funcionario conoce la situación de riesgo y dispone efectivamente de la posibilidad de impedir el resultado, puede atribuírsele responsabilidad por omisión impropia conforme al artículo 13 del Código Penal.

En este tercer supuesto, concurren los elementos previstos en el artículo 13 del Código Penal. En primer lugar, existe una posición de garante derivada de su condición de máxima autoridad regional. Este deber específico se fundamenta en las atribuciones de dirección y control que le impone la ley, las cuales le obligan a supervisar la legalidad de los procesos de contratación y a proteger los intereses patrimoniales de su entidad. En segundo lugar, se verifica la capacidad real y concreta de actuar, ya que el presidente tenía facultades para suspender el procedimiento, ordenar una investigación interna o denunciar las irregularidades ante el órgano competente. Su poder jerárquico le otorgaba los medios para impedir el resultado, por lo que su inacción no puede considerarse neutra.

Asimismo, se cumple el requisito de correspondencia entre la omisión y la acción prevista en el tipo penal. La conducta típica en la colusión agravada es la defraudación patrimonial mediante concertación; sin embargo, ello no implica reconstruir de manera artificial una “concertación omitida”. Lo relevante es verificar si la omisión del presidente permitió la producción del mismo resultado lesivo que habría generado una conducta activa. En este caso, al permitir conscientemente la ejecución del contrato direccionado, su omisión posibilita la concreción del perjuicio patrimonial que el tipo penal busca evitar, lo cual satisface el estándar de correspondencia exigido por el artículo 13 del Código Penal.

El dolo omisivo también se encuentra presente. El presidente conoce el riesgo, pues revisa personalmente el expediente, constata irregularidades y, a pesar de ello, decide no intervenir para evitar la materialización del perjuicio patrimonial. No se trata de una omisión culposa, sino de una omisión dolosa, en la medida en que existe conocimiento del deber y de la capacidad de actuación, y una decisión consciente de no impedir el resultado.

Por tanto, en este supuesto, si es posible atribuir responsabilidad por colusión agravada mediante omisión impropia, pues concurren los tres elementos esenciales: **(i)** un deber jurídico específico, **(ii)** una posibilidad efectiva de impedir el resultado y **(iii)** una correspondencia entre la omisión y la acción típica. La conducta del presidente regional, al no detener un proceso colusorio que conocía y podía frenar, produce el mismo efecto típico que la defraudación mediante una concertación: un perjuicio patrimonial al erario público. Su omisión, en ese sentido, tiene el mismo desvalor de acción y de resultado que una concertación.

En conclusión, la colusión agravada admite la comisión por omisión impropia en los casos en que un funcionario público, investido de un deber jurídico, omite deliberadamente actuar para impedir la ejecución de un pacto colusorio. Este reconocimiento no amplía indebidamente el alcance del tipo penal, sino que responde a una interpretación del artículo 13 del Código Penal, conforme a la cual la omisión del garante puede equipararse a la acción típica cuando no actúa

para evitar el resultado lesivo. En ese marco, mientras los dos primeros supuestos analizados revelan conductas activas propias de la colusión agravada, el tercero constituye un ejemplo de omisión impropia aplicable, en el que la omisión dolosa del funcionario permite la consumación del perjuicio patrimonial. No obstante, esta tesis debe aplicarse restrictivamente, dada la naturaleza de los delitos contra la administración pública y el riesgo de expandir el *ius puniendi* hacia obligaciones genéricas de vigilancia.



## CONCLUSIONES

- La evolución legislativa del artículo 384 del Código Penal evidencia una tendencia hacia el endurecimiento progresivo de las penas y la incorporación de sanciones accesorias como la inhabilitación y la multa. La distinción entre colusión simple y agravada, consolidada desde la Ley N.º 29758 del año 2011, responde a la necesidad de sancionar tanto el peligro derivado de la concertación ilícita como el daño patrimonial efectivo al Estado.
- El deber de garante del funcionario público debe entenderse como un deber específico delimitado por las competencias y atribuciones concretas del cargo, no como un deber general de vigilancia sobre toda la administración pública.
- La colusión simple es incompatible con la omisión impropia debido a que se trata de un delito de peligro abstracto y mera actividad que se consuma con la sola concertación ilícita, lo cual impide la existencia de un momento previo en el que el garante pueda intervenir para evitar el resultado típico.
- La colusión agravada sí admite la imputación por omisión impropia cuando concurren copulativamente los requisitos del artículo 13 del Código Penal. Esta viabilidad se fundamenta en su carácter de delito de resultado que incorpora un proceso causal entre la concertación y el perjuicio patrimonial.
- La aplicación de la omisión impropia en la colusión agravada debe realizarse de manera restrictiva, de modo que se eviten interpretaciones expansivas que conviertan cualquier omisión en delito. La imputación solo procede cuando la omisión del garante permite la producción del mismo resultado lesivo que habría generado una conducta activa de concertación.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina:

- Caro, J. (2010). Sobre la identidad de imputación a la acción y la omisión. *Anuario de Derecho penal 2009*, pp. 83-98.
- Cuadrado, M. (2000). La posición de garante. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 11-68.
- Chanjan, R., Espinoza O., Avendaño, M., Santa Maria, F., Choque, A., Gutiérrez, L., & Vega, A. (2022), Sobre la naturaleza del delito de colusión del artículo 384 del Código Penal: Análisis del debate jurisprudencial. *IUS ET VERITAS*, (65), 83-101.
- Daza, M. (2013). *La posición de garante en tratándose de los delitos impropios de omisión cometidos por los militares por incumplimiento de sus funciones constitucionales y legales: Análisis de la Sentencia SU-1184 de 2001*. [Tesis de maestría, Universidad EAFIT].
- Daza-González, A. (2017). *Autoría mediata en estructuras de poder organizado. Análisis de casos: Mapiripán y Desaparecidos del Palacio de Justicia*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- García, P. & Castillo Alva, J. (2008). *El delito de colusión*. Lima: Grijley.
- Guimaray, E., & Rodríguez, J. (2015). Colusión por Comisión por Omisión: El caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales. *IUS ET VERITAS*, 24(51), 286-296.
- Mañalich, J. (2014). Omisión del garante e intervención delictiva: una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 21(2), 225-276.

- Mir, S. (2016). *Derecho penal. Parte general*. (10.<sup>a</sup> ed.). Editorial BdeF.
- Montoya, Y. (Coord.). (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pariona, R. (2023). *El delito de colusión* (2<sup>a</sup> ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Reátegui, J. (2014). *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública*. Lima: Jurista Editores.
- Rodríguez, J. (2015, 15 de mayo). *Comisión por omisión: Otro supuesto de responsabilidad de altos mandos militares*. Boletín IDEHPUCP.
- Rojas, F. (2021). *Delitos contra la Administración Pública* (5<sup>a</sup> ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública* (4<sup>a</sup> ed.). Lima: Grijley.
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública* (5<sup>a</sup> ed.), Lima: Iustitia.
- Silva, J. (2003), *Los delitos de omisión. Concepto y sistema*. Editorial BdeF.
- Valdivia, S. (2022). Responsabilidad penal del socio fundador por conductas delictivas de los administradores. *Forseti. Revista De Derecho*, 11(15), 50-62.

### **Jurisprudencia:**

- Recurso de Casación N.° 1689-2024/Lima (Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Permanente, 03 de marzo de 2025).
- Recurso de Apelación N.° 27-2023/Ucayali (Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Permanente, 17 de julio del 2023).

Recurso de Casación N.º 178-2022/Loreto (Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Permanente, 28 de diciembre de 2022).

Recurso de Nulidad N.º 2164-2019/Lima (Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Transitoria, 22 de diciembre del 2022).

Recurso de Casación N.º 1749-2018/Cañete (Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Permanente, 19 de agosto de 2020).

Recurso de Casación N.º 725-2018/Junín (Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Permanente, 31 de julio del 2019).

Recurso de Nulidad N.º 2174-2017/Lima (Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Permanente, 23 de enero de 2018).

Recurso de Nulidad N.º 118-2013 (Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Transitoria, 22 de noviembre de 2013).

Recurso de Nulidad N.º 1167-2010 (Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Transitoria, 24 de julio de 2013).

Recurso de Nulidad N.º 2456-2012 (Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Transitoria, 11 de abril de 2013).

Recurso de Nulidad N.º 2587-2011/Cusco (Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Permanente, 23 de enero de 2013).

Recurso de Nulidad N.º 2363-2010/Ica (Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Transitoria, 29 de octubre de 2010).

Sentencia de Vista recaída en el Exp. N.º 0112-2014-0-0401-JR-PE-01 (Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, 09 de octubre del 2017).