

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción.

La necesidad de regular el delito de colusión activo en el código penal peruano.

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

AUTOR

Jimmy Manuel Sotomayor Herrera

ASESORA:

Yvana Lucía Novoa Curich

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20130978

2020



DEDICATORIA

Con mucho cariño a mi madre, mis hermanos, a mi padre en el cielo y a todas las personas que creen en mí y me motivan cada día a lograr mis objetivos.

RESUMEN

El problema jurídico que aborda en el presente trabajo académico consiste en poner en relieve la necesidad de regular un tipo penal independiente para el particular que se concierta con el funcionario público en el marco de una contratación estatal. Sostenemos esta necesidad en la medida que no compartimos el actual tratamiento que se le da al extraneus en el delito de colusión, debido a que dogmáticamente su conducta no puede ser considerada como accesoria y por ende limitarse a un supuesto de participación. El presente trabajo académico propone regular el tipo penal de colusión activo, donde se establezca autoría de este delito para el extraneus que se coluda con el funcionario público en el marco de la contratación estatal. El primer problema jurídico identificado en el presente trabajo es el considerar al delito de colusión como un delito de participación necesaria, lo que en la práctica puede generar impunidad o sentencias sin fundamento jurídico. Mencionamos ello porque en muchas ocasiones existen problemas por parte de la fiscalía para identificar a la persona concreta dentro de la persona jurídica con la cual se habría coludido el funcionario público. Ello lleva a que no se pueda aplicar el delito de colusión y se opta de manera subsidiaria por el delito de negociación incompatible, que claramente tiene una pena mucho menor al delito de colusión. Así mismo, encontramos que la pena que se le impone actualmente al extraneus en el delito de colusión. Mencionamos ello, porque al tratárselo como cómplice primario, el artículo 26 del código penal, establece que le corresponde la misma pena que al autor. En nuestra opinión ello es equivocado, porque no se le puede imponer la misma sanción al particular que no tiene deberes para con el estado, y al funcionario que sí tiene estos deberes especiales. Se estaría vulnerando claramente el principio de proporcionalidad, sobre todo si reparamos en que estamos ante un delito de infracción de deber.

ÍNDICE ANALÍTICO

| | |
|---|----|
| Introducción | |
| 1. Capítulo I: Análisis dogmático del delito de colusión | |
| | 5 |
| 1.1 El delito de colusión y naturaleza jurídica | |
| - 1.2 Diferencias con negociación incompatible | |
| 2. Capítulo II: Problemas dogmáticos de la participación en el delito de colusión | |
| | 16 |
| 2.1 La participación en el delito de colusión y su problemática | |
| 2.2 El caso Kouri como ejemplo del problema de la participación en la colusión. | |
| 3. Conclusiones..... | 22 |
| 4. Bibliografía | 23 |

Introducción

El presente artículo busca hacer un análisis dogmático del delito de colusión y en específico de la participación en el delito de colusión. Ello con el objetivo de evidenciar la problemática del tratamiento del tercero interesado en el presente tipo penal.

En ese sentido, el presente artículo busca plantear una solución a esa problemática. Lo que propongo es la creación de un nuevo tipo penal que se debería denominar, colusión activa. Por ello, y para cumplir con los objetivos planteados empezaré describiendo los elementos que componen el tipo penal a la luz de la doctrina y la jurisprudencia peruana. Centrando mi análisis, en la acción típica del delito de colusión, "concertándose con los interesados". A partir de ello evaluaré los problemas que trae la misma y analizaremos si es posible condenar por colusión solo al funcionario público, sin incluir en el proceso al tercero interesado.

Así mismo, en el segundo capítulo analizaremos el título de imputación que le correspondería al tercero interesado en el delito de colusión, a partir de la consideración de los conceptos de infracción de deber. En esa línea, y para lograr un análisis completo, explico brevemente en qué consiste un delito especial y la teoría de la unidad del título de imputación. Además de poner en consideración el principio de accesoriedad y el caso emblemático de Alex Kouri.

Como tercer punto de análisis, y último capítulo desarrollaré mi propuesta de regular el tipo penal de colusión activa, como delito independiente a ser aplicado a los extraneus (o también conocidos como terceros interesados) en el presente tipo penal. Para ello desarrollaré el principio de proporcionalidad como base de mi propuesta y finalizaré reflexionando respecto a la conducta fundante, y no accesoria, de este tercer interesado.

CAPÍTULO 1

1. Análisis dogmático del delito de colusión

Con el objetivo de desarrollar de mejor manera el presente artículo académico debemos empezar este primer capítulo definiendo la naturaleza jurídica del delito de colusión, para luego señalar las diferencias que existirían con el tipo penal de negociación incompatible.

1.1 Naturaleza jurídica del delito de colusión.

Lo primero que se debe señalar es que el delito de colusión desleal está regulado en el artículo 384 del Código Penal, en el capítulo de delitos contra la administración pública. Asimismo, resulta menester mencionar que el delito de colusión es un delito especial, dado que sólo podrán ser considerados autores, los funcionarios o servidores públicos, con lo que el círculo de posibles autores viene delimitado por la propia norma penal.

Respecto a este primer concepto sobre delito especial: Debemos entender por delitos especiales aquellos que no podrán ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones exigidas por el tipo penal¹. Gómez Martín nos dice que este concepto de delito especial es formal, y que es útil para definir la idoneidad de los autores para cometer delitos. Además, nos menciona que este concepto se aplica perfectamente a los delitos contra la administración pública, y entre ellos el delito de colusión, dado que la estructura formal de posibles autores viene delimitada por la norma penal. En este mismo sentido, García Caveró afirma que, a diferencia de los delitos comunes, en los delitos especiales el tipo exige alguna cualidad o circunstancia especial en el sujeto activo.²

Es importante indicar que la tipicidad de este delito nos indica que no basta ser funcionario o servidor público para cometer el delito de colusión, es decir, no cualquier funcionario o servidor público podrá cometer este delito. Sino, sólo el funcionario que intervino en razón de su cargo en los contratos, licitaciones, suministros o cualquier operación semejante.³ Sobre la expresión “en razón de su cargo” se considera que en la intervención debe existir algún grado de competencia o facultad en el proceso que determina la contratación. En este sentido, Rodríguez y Ossandón señalan: “(...) esto es, que tiene competencia para participar en ciertas operaciones. Como la disposición no distingue, podría tratarse de cualquier clase

¹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (2006). Los delitos especiales. Buenos Aires: B de F/ Euros Editores, p. 27

² GARCÍA CAVERO, Percy, El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal peruano. Ara Editores, Lima, 2003, p 49.

³ Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116

de intervención, pero entendiendo siempre que en ella al funcionario ha de caberle un cierto grado de responsabilidad en la corrección del procedimiento y las decisiones, lo que fundamenta la mayor penalidad”⁴.

Entonces tenemos que deberá ser un sujeto cualificado pero que además la forma de intervenir y realizar la acción deberá responder a que estaba autorizado por la función que cumple. En este mismo sentido la Corte Suprema señala lo siguiente: “En la configuración del ilícito, la vinculación funcional del sujeto activo con el objeto normativo materia del delito y con el bien jurídico se halla fuertemente enfatizada por la norma penal, de forma que la autoría se presenta restringida a determinados sujetos públicos vinculados, quienes se relacionan con el objeto material del delito (negociaciones y operaciones contractuales) por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial”⁵

En lo que respecta al sujeto pasivo de este delito, queda claro que es el estado representado por alguna de sus entidades, y que en lo que concierna a la tipicidad subjetiva, el tipo penal es netamente doloso, con lo que se descarta la posibilidad de su comisión con culpa. Respecto al bien jurídico que protegería el delito de colusión no hay una postura uniforme y, por el contrario, hay posturas disímiles a nivel jurisprudencial.

Para dar cuenta de esta falta de uniformidad respecto a este punto pasaré a citar algunas sentencias.

“(…) es preciso indicar que el bien jurídico protegido en dicho delito (colusión) es el patrimonio administrado por la administración pública”⁶ En esta primera cita de una ejecutoria de la suprema del año 2007, tenemos que se identifica como bien jurídico protegido en el delito de colusión al patrimonio.

⁴ Rodríguez y Ossandón, 2005, p. 417.

⁵ Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N.º 2677-2012, Madre de Dios, del 15 de abril de 2014.

⁶ Exp 1296-2007, Ejecutoria Suprema del 12 diciembre del 2007

“El delito de colusión cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado”⁷ En esta ejecutoria, ya no se identifica como bien jurídico protegido al patrimonio, sino que se señala que será el desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado.

“Que la colusión desleal tiene como bien jurídico protegido: el desarrollo de la Administración Pública que se ve afectada cuando el funcionario infringe los deberes de lealtad, probidad e imparcialidad que deben guardar en la gestión pública”⁸ En este recurso de nulidad observamos que se identifica como el bien jurídico protegido el desarrollo de la administración pública a diferencia de los anteriores recurso que identificaban en el patrimonio el bien a tutelar.

Asimismo, la Corte Suprema en la casación 9-2018 – Junín, señala:

“El bien jurídico protegido en el delito de colusión –tipo penal de infracción– no es únicamente el patrimonio del Estado, pues su cautela es un deber entimemático. El agente activo de la colusión tiene el deber de obrar con pulcritud y dotar de eficiencia los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer de dinero público. Tal deber también constituye objeto de protección sustancial, debido a que la colusión se configura en determinado contexto administrativo de compras estatales”⁹

Por último debo citar la sentencia emitida por el tribunal constitucional 03 de mayo del 2012 en el expediente 00017-2011-PI/TC donde señala:

“(…) en este sentido, la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal tiene por objeto proteger estas condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo

⁷ Exp. 20-2003-A.V, Ejecutoria Suprema del 18 de octubre del 2005

⁸ R.N. 3307-2008, Ejecutoria Suprema del 13 de mayo de 2009

⁹ Sala permanente de la Corte Suprema – Casación n° 9 -2018 – Junín.

e igualitario a los posibles proveedores”¹⁰

Y es a partir de esta sentencia importante del TC donde siento mi postura respecto al bien jurídico protegido en el delito de colusión. Si bien existen diversas posturas yo me decanto por sostener que existe en primer término un bien jurídico genérico recaído en el correcto funcionamiento de la administración pública que es transversal a todos los delitos contra la administración pública. Pero a su vez existe un bien jurídico específico por delito. Así pues, el delito de colusión es un delito pluriofensivo, dado que protege más de un bien jurídico. Por un lado, protege la imparcialidad en la actividad contractual (tipo base) y, en la modalidad agravada, en su segundo párrafo, se protege el patrimonio.¹¹

Ahora debemos analizar cuál sería la conducta típica de este delito. A efectos de resolver nuestro primer problema jurídico, resulta muy importante este aspecto, dado que describe el punto neurálgico del delito de colusión. En ese sentido, la corte suprema ha sido uniforme y enfática en señalar que el verbo rector del tipo penal es el acuerdo colusorio.¹² En este mismo sentido se reafirma en el R.N. N°027-2004 donde indica que “el delito de colusión viene a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito con perjuicio de un tercero”¹³. En ese mismo sentido el IDEHPUCP¹⁴ se pronuncia y sostiene que la conducta típica será el acuerdo colusorio que debe existir entre el funcionario público y el particular interesado. Este acuerdo debe ser fraudulento con finalidad ilícita y en la búsqueda de defraudar al Estado.

En ese mismo sentido la Corte Suprema señala en otro recurso de nulidad “Que, la norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de Contratación

¹⁰ Exp. 00017-2011-PI/TC

¹¹ Ingrid Díaz, tesis doctoral- EL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO 2016. Salamnca.

¹² Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N.° 2677-2012, Madre de Dios, del 15 de abril de 2014.

¹³ Ejecutoria Suprema R.N N°027-2004, Exp N°20-2003, del 01 de octubre del 2004

¹⁴ IDEHPUCP. Manual sobre delitos contra la administración pública. Segunda edición, 2016.

Administrativa, **para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados**, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, **pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión**¹⁵ Así también el R.N 1295-2007 sostiene que “el delito de colusión exige como elemento objetivo que el funcionario o servidor público se concierte con terceros interesados en los convenios para defraudar al estado, lo que implica la necesidad de que dichos interesados intervengan, como contrapartes, en el acuerdo colusorio y en la operación defraudatoria”¹⁶

Así mismo, José Ugaz, señala que el comportamiento típico consiste en un acuerdo ilegal entre un funcionario público y una o varias personas interesadas en obtener algún beneficio del estado a través del fraude.¹⁷ Así también indica este autor que es un delito de participación necesaria, en la medida que se necesitan dos sujetos para realizar la conducta típica, coludirse, siendo uno el funcionario público y el otro el particular. Se exige además que este acuerdo colusorio produzca una defraudación al estado, defraudación que no necesariamente debe ser patrimonial, sino que bastará la defraudación a los deberes de confianza que son depositados en el funcionario. Entonces esta defraudación e infracción de deberes del funcionario se verá reflejada en la vulneración al trato igualitario a los postores.¹⁸

A partir de todo lo desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina queda claro que la conducta típica del delito de colusión es el acuerdo colusorio y que, para que sea posible su realización, se necesitan mínimo dos personas, por algo lo denominan **delito de participación necesario o delito de encuentro**.

Ahora, para un mejor análisis definamos lo que se debe entender por un delito de

¹⁵ Corte Suprema R.N 1969-2012- La Libertad.

¹⁶ R.N. 1295 – 2007, Ejecutoria Suprema del 11 de noviembre de 2008.

¹⁷ Sanchez Ugaz, Delitos Económicos contra la administración pública y criminalidad organizada, Colección lo esencial del Derecho 18- PUCP, pag 120.

¹⁸ Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N.º 3591-2013, Junín, del 18 de noviembre de 2015. Fundamento jurídico sexto.

participación necesaria: "se llaman delitos de intervención necesaria, participación necesaria o plurisubjetivos a aquellos que para la configuración de su tipo penal requieren, imprescindiblemente, la intervención de más de una persona. Es decir, el tipo penal no solo describe la conducta del autor sino también la conducta de otra persona" ¹⁹ Y es claro que la conducta típica del delito de colusión, requiere indefectiblemente la participación de dos personas. Asimismo, debemos señalar al delito de colusión como un delito de encuentro. Estos últimos son "Aquellos donde las actividades de las personas intervinientes se dirigen a un mismo objetivo, pero lo hace desde lados o posiciones distintas, de tal manera que las conductas acaban por encontrarse"²⁰. Y es este el supuesto del acuerdo colusorio, donde las conductas se encuentran de lados distintos, por un lado el funcionario público desde la administración pública y por otro el particular desde el sector privado.

Por tal motivo, el delito de colusión exige la identificación del particular para poder lograr la sanción del mismo. Al respecto, Héctor Rojas, nos recuerda que la naturaleza de la concertación reviste dos características importantes para su consumación. Estas características son, por un lado, su ilegalidad y, por otro, que tiene que darse de manera dolosa mediante actos comisivos, nunca mediante actos omisivos. Además es importante mencionar que estos acuerdos colusorios, por su naturaleza ilegal, se dan en la clandestinidad.²¹

El acuerdo, como mencionábamos, se da con un particular. Rojas Vargas entiende la participación del particular de la siguiente forma: *"En definitiva, el cómplice primario o extraneus necesario en el delito de colusión viene a ser quien mediante aportes o actos dolosos fraudulentos –relacionados con la contratación estatal específica- practica comportamientos inherentes a una posición institucional dentro de la empresa contratista, que sirve u optimiza el rol doloso y antijurídico del autor (funcionario o servidor público que actúa en representación del Estado) del delito*

¹⁹ | IDEHPUCP. Manual sobre delitos contra la administración pública. Segunda edición , 2016. PAG 62.

²⁰ Ibem, pg 63

²¹ Ejecutoria Suprema de fecha 16 de mayo de 2003, Exp. N° 3611-2002 HUANUCO, citado en el informe jurídico del Caso Alex Kouri por Rojas Vargas, Héctor. 2017

*de Colusión.*²²

No basta señalar que existió acuerdo colusorio, sino que se debe indicar puntualmente el tiempo, modo, lugar de dichos actos, así como su contexto específico y sus agentes. En este mismo sentido, la Corte Suprema señala que “No se configura el delito de colusión cuando no se establece que haya concretado acuerdo alguno de manera oculta con los terceros interesados”²³. Rojas Vargas concluye señalando que la falta de identificación del extraneus, derivaría en una atipicidad relativa por imposibilidad de articulación del pacto colusorio, ya que estamos ante un delito convergencia. Por ello, al ser el extraneus un cómplice necesario, no cabe sanción alguna sin la identificación de este.

Y aquí resulta importante citar el Recurso de Nulidad 2673-2014, LIMA que en su fundamento octavo señala lo siguiente:

Fundamento: Octavo.

“Que el argumento de la decisión cuestionada, más allá de que concluyó por la responsabilidad de los citados acusados, alegando irregularidades, como haber efectuado cotizaciones a un solo proveedor, entregado materiales para la fabricación de los tachos de basura y haber autorizado el desembolso de anticipos, sin que estos actos hayan sido adecuadamente sustentados; no explica de forma concreta y adecuada cuáles serían los actos colusorios que estos realizaron con el extraneus para acreditar su responsabilidad en el delito imputado; pues para la configuración del delito de colusión, el tipo penal exige: “Que 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 [...]». Es decir, requiere que el funcionario público concierte con los particulares; en el caso de autos, con el sentenciado Mauro Antonio Porras Jara

²² Rojas Vargas, Fidel Informe Jurídico, Caso Alex Kouri. 2017

²³ R.N.N° 1842 – 2010 – Corte Suprema

(único extraneus comprendido en el proceso), para defraudar al Estado. Pero no se hace referencia a concertación alguna con dicho imputado; por ende, no se efectuó una adecuada fundamentación de la decisión judicial, tal y como lo exige el inciso cinco, del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución del Estado. Esta misma falencia se advierte en el título de imputación efectuada en la acusación fiscal de fojas cinco mil setecientos treinta y uno, tomo IX; donde, incluso, entre otros aspectos, se atribuye haber dado a los anticipos uso de distinta naturaleza a la solicitada, imputación que no corresponde a un delito como el que es materia de análisis.”

En este mismo sentido, Caro John nos ilustra al señalar que no basta la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales, sino que debe tener una corroboración fáctica precisa. Y el hecho de no identificar plenamente al cómplice necesario, extraneus, en el delito de colusión atenta claramente contra el principio de imputación necesaria.²⁴ Nos señala este autor que se estaría vulnerando el principio de legalidad al no identificar al tercero interesado y se estaría desconfigurando el tipo penal al sancionar a sólo una persona cuando el artículo 384 del código penal exige dos personas. En esta misma línea, Percy García Cavero indica que “no hay delito de colusión sin concertación previa de los interesados”²⁵

1.2 El delito de negociación incompatible y su diferencia con el delito de colusión

Empecemos citando el artículo 399 del código penal que regula el delito de negociación incompatible:

“Art. 399.- El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será

²⁴ Caro, Jhon Fidel Informe Jurídico, Caso Alex Kouri.2017

²⁵ GARCÍA CAVERO, Percy/CASTILLO ALVA, José Luis, El delito de colusión, Lima 2008, pp. 103

reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.”

Ahora que sabemos cómo está regulado este delito y para resolver satisfactoriamente la pregunta debemos empezar estableciendo las semejanzas y diferencias entre ambos tipos penales.

| SIMILITUDES | DIFERENCIAS | ¿CÓMO DEFINIR EL TIPO APLICABLE? ²⁶ |
|--|--|---|
| <p>Ambos delitos son: Especiales, funcionariales, de infracción de deber y contra la administración pública.</p> <p>Ambos delitos son aplicables en el marco de cualquier operación económica en la que el estado participe como parte.</p> <p>Ambos delitos reflejan y desvaloran el conflicto entre intereses privados y públicos.</p> | <p>El delito de colusión requiere y describe la conducta de mínimo DOS personas. El funcionario público y el tercero interesado.</p> <p>El delito de negociación incompatible solo describe la conducta de una persona que es el funcionario público.</p> <p>El delito de colusión tiene como verbo recto y conducta típica, la concertación ilegal. Por ende, es considerado un delito de participación necesario y delito de encuentro.</p> <p>El delito de Negociación incompatible tiene como verbo rector y conducta típica es interesarse. Delito, por tanto, que claramente no es bilateral como la colusión, ni de encuentro, ni mucho menos de participación necesaria.</p> | <p>A partir del principio de especialidad, debemos indicar que la conducta típica en el delito de negociación incompatible es más genérica. Por el contrario, al ser la colusión un delito más específico, este sería el que subsuma de manera más completa la conducta delictiva.</p> <p>Entonces, en aquellos casos donde no pueda probarse la existencia de un acuerdo colusorio o no existan indicios para suponer que el interés privado indebido se mostró de manera bilateral, será el delito de negociación incompatible el que subsidiariamente sea aplicado</p> |

²⁶ Cuadro tomado como referencia del manual Idehpucp -2016, pero modificado por el autor del presente artículo.

A partir de este cuadro ilustrativo podemos observar que ambos delitos coinciden en ser delitos de corrupción de funcionarios en el marco de la contratación estatal. Además de ello, es importante resaltar que ambos delitos son especiales. Tal como se explicó en el primer acápite, se consideran especiales por la cualidad exigida a los autores, en este caso ser funcionarios o servidores públicos.

Pero lo que más importa resaltar a efectos del presente artículo académico es que la conducta típica del delito de negociación incompatible describe la conducta de una sola persona. En contraposición, el delito de colusión tiene la descripción típica de dos personas. Cuando señalamos dos personas nos referimos a la conducta del funcionario público y la conducta del particular con el que se pone de acuerdo para defraudar al estado.

Es importante señalar que el delito de negociación incompatible tiene como conducta típica "interesarse"; Hay uniformidad que, en cualquier caso, e interpretación, importa la conducta de una sola persona. Al no estar este artículo referido al delito de negociación incompatible me limitaré a señalar la postura mayoritaria respecto a lo que se debe entender por el verbo rector interesarse. Así en la Casación 231-2017 Puno se señala que *"La conducta típica de este ilícito penal está constituida por el "interés indebido"; el verbo rector "interesarse", ha sido considerado por un sector mayoritario de la doctrina como "volcar sobre un negocio, una pretensión de parte no administrativa, querer que asuma una configuración basada en este; y será indebido, por cuando, en vez de que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública cambia su actuar en pro de su provecho propio o de tercero(...) no debe ser entendido como parcializarse por una de las partes, sino que debe interpretarse como una actuación dirigida a beneficiarse mediante la intervención en determinado contrato, realizando conductas concretas, interviniendo a su favor en la obra que esté a cargo".*²⁷

²⁷ Casación 231 -2017 PUNO. Fundamento décimo sexto.

Esta particularidad del delito de colusión de requerir para su configuración la conducta de dos personas y no de una (como normalmente sucede en todos los delitos), traerá problemas para la probanza y sanción del mismo como veremos en el siguiente capítulo.

Capítulo 2

Problemas dogmáticos de la participación en el delito de colusión

2.1 La participación en el delito de colusión y su problemática

Para abordar de manera correcta este problema debemos empezar explicando la teoría aplicable a la autoría y la participación. Resulta importante señalar que nuestro país acoge la teoría diferenciadora, es decir, se distingue entre autores y partícipes. Siendo autor aquel que ejecuta los hechos teniendo dominio sobre ellos y partícipe, aquel que colabora o induce al autor a realizar el delito, pero que no tiene el dominio del hecho.

Como segundo punto debemos mencionar que, en los delitos contra la Administración Pública, a diferencia de los delitos comunes, los autores deben poseer, necesariamente, alguna cualidad específica exigida por el tipo penal. Por lo que delimitar a título de participación resulta especialmente complejo. Siguiendo la doctrina alemana desarrollada muy bien por Abanto Vázquez, existen dos posibilidades para llevar a cabo dicha delimitación: emplear la teoría del dominio del hecho y/o la teoría de infracción de deber.

Empecemos analizando la teoría del dominio del hecho y sus limitaciones a la hora de abordar los delitos especiales.

Teoría del dominio del hecho

El reproche en esta teoría está dirigido hacia el dominio de la conducta delictiva que

termina en el resultado de una acción típica, antijurídica y culpable. Según la doctrina dominante, esta teoría del dominio del hecho encuentra hasta tres formas de manifestación:

a) Autoría directa: cuando existe un dominio de la acción por el propio individuo.

b) Autoría mediata: cuando se tiene dominio de la voluntad sobre un tercero que servirá como instrumento, normalmente en error.

c) Coautoría: cuando hay dominio funcional del hecho que es ejecutado en conjunto con otros intervinientes.²⁸

En los delitos especiales, importa señalar a título de qué respondería el sujeto que no tiene las características especiales del autor. Esta teoría ha sido analizada desde dos ámbitos. Así, Abanto Vázquez (2004, p.5) señala que, por un lado, están quienes aceptan la teoría de la ruptura de la unidad del título de imputación, mientras que, por otro lado, están quienes siguen la teoría de la unidad del título de imputación. Por una parte, la teoría de la ruptura del título de imputación establece que los tipos penales de delitos especiales solamente se referirán al intraneus, es decir, a aquellos sujetos que reúnen la cualidad exigida por el tipo penal. Es importante mencionar en este punto que será intraneus el funcionario público y extraneus el tercero interesado.

Por lo tanto, los extraneus, es decir, aquellos que no poseen dicha cualidad, solamente serán punibles sobre la base de los tipos penales comunes correlativos. Sin embargo, esto tendría un defecto respecto al principio de accesoriedad de la participación, puesto que, si el dominio del hecho lo posee el intraneus, el extraneus como partícipe, al no permitírsele la dependencia del hecho principal, sería imputado por un delito común no cometido, lo que resulta poco satisfactorio.

Contraria a la teoría antes enunciada, la teoría de la unidad de título de imputación

²⁸ 12. Sotomayor Herrera, J (2019) "¿Es el testaferro cómplice del delito de enriquecimiento ilícito?" GACETA PENAL & PROCESAL PENAL | Nº 120 • junio 2019 • issn: 2075-6305 • pp. 179-191

postula que el extraneus sí puede ser partícipe del delito especial, ya que, a pesar de que no sea ni pueda ser considerado autor, nada impediría que este pueda ser partícipe de dicho delito. Por tanto, esta teoría permite la accesoriedad, de modo que es posible que el extraneus pueda participar del delito especial como cómplice o instigador. Esta es la teoría que acoge expresamente nuestro Código Penal en su artículo 251, por lo que no cabe duda de que la teoría a aplicarse en los delitos especiales, hoy en día, es la de la unidad del título de imputación.

Sin embargo, esta teoría analizada desde el enfoque del dominio del hecho también traería problemas si tratáramos de establecer la autoría del intraneus, el cual se ampara en un extraneus que, con dominio del hecho, actúa voluntariamente. Vista así la situación, la teoría del dominio del hecho señalaría que, para este caso, el autor debería ser el extraneus. Sin embargo, nos encontraríamos ante un problema al verificar que este no cuenta con la cualidad exigida por el tipo penal para ser autor. De esta forma, devendría en impune el accionar del intraneus que se vale del extraneus para la comisión de un delito y el accionar del extraneus que actúa voluntariamente con dominio del hecho. Por tal razón, no podríamos sostener válida y satisfactoriamente que se puede aplicar la teoría del dominio del hecho en los delitos especiales.

Es por ese motivo que concordamos con la postura de Roxin, quien sostiene que la teoría del dominio del hecho sirve para determinar al autor y al cómplice en los delitos comunes, pero no resulta muy útil a la hora de analizar los delitos especiales, ya que en estos el que tiene las riendas del acontecimiento delictivo no necesariamente es el autor. En este sentido, se hace necesario acudir a la teoría de infracción del deber propuesta por Roxin (1998, citado por Abanto Vázquez, 2004, p. 11) y que es la que se aplica a los delitos contra la Administración Pública.

La teoría de los delitos de infracción de deber

La primera afirmación que realiza Roxin, en torno a este tema, es que los tipos penales de la parte especial pueden regularse como delitos de dominio (el dominio como conducta típica por parte del autor, por sí mismo o intermediario) y como

delitos de infracción del deber (infracción de un deber específico del sujeto activo sin importar cómo la realice). En la segunda regulación estarían ubicados los delitos especiales, de omisión y de propia mano.

La segunda afirmación que realiza el autor indica que, en los delitos de dominio, se aplica el dominio de hecho, mientras que, en los delitos de infracción del deber, el dominio del hecho no es importante porque basta que el intraneus infrinja su deber provocando que los extraneus colaboradores también sean partícipes del delito.

Sin embargo, habría imposibilidad de coautoría en la participación de un intraneus y un extraneus en delitos especiales a menos que estos infrinjan dolosamente los mismos deberes que les corresponden. Esta última afirmación indica que, para determinar la autoría en este caso, no es posible recurrir a la teoría del dominio del hecho, puesto que aquí solo importa la infracción del deber, donde la imputación dependerá únicamente de su infracción. Y es justamente esta la teoría que se acoge para analizar los delitos contra la Administración Pública.

En conclusión, debemos concordar que, al ser el delito de colusión un delito contra la administración pública, será un delito especial donde se le aplica la teoría de infracción de deber y la teoría de la unidad del título de imputación, en concordancia con el principio de accesoria. Por ello, solo podrá ser autor de este delito, el funcionario público y, el particular que intervenga en estos delitos, al no contar con ningún deber, solo podrá responder a título de partícipe por el mismo delito imputado al funcionario público.

El problema que encuentro en este punto es que la conducta descrita en el artículo 384 del código penal, respecto al tercero interesado, no es accesoria. Sino que es fundante del tipo penal. Con esto sostengo que la conducta del extraneus, al ser un partícipe necesario, resulta indispensable tal como está regulado el tipo penal. Lo que nos lleva a sostener que, si no se identifica al tercero interesado en un proceso penal por colusión, resultará imposible aplicar el tipo penal en cuestión. Y este problema lo podemos ver de manera más clara en el caso del ex gobernador regional del callao, Alex Kouri Boumachar que analizaremos a continuación.

2.2 El caso Kouri como ejemplo del problema de la participación en la colusión.

Alex Kouri, en su calidad de gobernado regional, mediante el recurso de Nulidad 1842-2016-Lima, fue condenado, en calidad de autor por el delito de colusión, imponiéndosele una pena privativa de libertad de 5 años, 3 años de inhabilitación y el pago de una reparación civil por el monto de 26 millones de soles. La particularidad del caso es que fue condenado por colusión, sin haberse identificado y menos procesado al tercero con el que se habría concertado. A partir de ello, identifique algunos problemas con la participación en la colusión y, en específico, el caso de Alex Kouri.

Un primer problema identificado fue que no se incorporó al proceso penal al extraneus y que, a pesar de ello, se sancionó por colusión al intraneus. Sostengo que no se puede sancionar por el delito de colusión sólo al funcionario público sin identificar al tercero interesado. Ello porque a partir del desarrollo de los elementos de este tipo penal, se entiende que este delito es de participación necesaria y de encuentro. Por lo que, para subsumir una conducta en el delito de colusión se exige probar un acuerdo, que por su propia naturaleza implica a dos personas, siendo estos el funcionario público y el tercero interesado. La no inclusión del tercero interesado al proceso penal en este caso, implica reconocer que no se pudo probar el acuerdo colusorio, por ende, no es de aplicación el delito de colusión.

Un segundo problema jurídico identificado fue el título de imputación que se le daría al tercero interesado. Sostenemos que, en primer lugar, se tiene que a partir del reconocimiento del delito de colusión como delito especial en el que se aplica la teoría de la infracción de deber, el tercero interesado respondería a título de cómplice primario en concordancia con la teoría de la unidad del título de imputación. En segundo lugar, resulta inadmisibles el argumento de la Corte Suprema en el caso Kouri de remitir copias al ministerio público para que investigue a los terceros interesados, cuando ya en su parte resolutive esta señalando que se

cometió este delito. Todo ello, considero, afecta el principio de accesoriadad y el derecho a la presunción de inocencia de los señalados como terceros interesados.

El tercer problema identificado es el tipo penal a aplicar el en presente caso. Sostengo que la figura aplicable al presente caso es el delito de negociación incompatible y no el de colusión. Ello básicamente porque al no haberse incorporado al tercero interesado al proceso penal no se probó la concertación. Si no hay dos personas como mínimo, no puede haber acto colusorio, por tal no puede aplicarse el tipo penal de colusión. Y llego a la conclusión que sí sería de aplicación el delito de negociación incompatible porque lo medios probatorios actuados, da cuenta de un interés indebido de Alex Kouri en favor de la empresa Convial Callao.

Por último, respecto al cuarto problema identificado en lo que respecta a la imputación necesaria, sostengo que se vulneró el principio de imputación necesaria en sus tres vertientes a Alex Kouri. Estas tres vertientes son la fáctica, la jurídica y la probatoria. No es posible sostener una colusión donde se procesó sólo al funcionario público sin identificar al tercero interesado con el que se habría concertado. Decir lo contrario sería desconocer el carácter bilateral de este delito, y se le vulnera el principio de imputación necesaria a los procesados, con lo que por ende el derecho a la defensa quedaría gravemente mellado al no dársele a conocer de manera clara, detallada y precisa la imputación de concertación.

Conclusión

Como conclusión, propongo que, ante los problemas expuestos a lo largo del presente artículo, se debe tipificar un nuevo delito que debe ser llamado el delito de colusión activa. Sostengo ello en base a que no se puede sancionar de la misma forma al intraneus y a al extraneus, aplicándoseles las mismas penas. Dado que ello importaría una grave afectación al principio de proporcionalidad.

Esto en la medida que debemos tener en cuenta que los deberes de los funcionarios públicos para con el estado no pueden ser equiparado y sancionados cuando se infrinjan, de la misma forma en la que se sancione o reproche penalmente a un tercero ajeno al sistema estatal. Todo ello acorde a la teoría que se aplica para estos delitos, es decir, la teoría de infracción de deber.

Así mismo, y tal como señala el profesor Raúl Pariona, se debe establecer que la conducta del extraneus en la colusión no es accesoria sino fundante del delito por tal merece una regulación independiente. Esto porque, tal como se explicó, la conducta del tercero es indispensable para la configuración del delito de colusión. Todas estas consideraciones hacen que debamos empezar a debatir la formulación de un nuevo tipo penal independiente que seguramente debería tener una tipificación que abarque y sancione correctamente la conducta de los extraneus.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

1. Abanto Vásquez, M (2004) Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber. *Revista Penal* /14), pp, 3-23.
2. Caro, Jhon Fidel Informe Jurídico, Caso Alex Kouri.2017
3. Chanjan Documet, R. 2017. El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública. *Derecho Penal y Criminología*.
4. GARCÍA CAVERO, Percy, El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal peruano. Ara Editores, Lima, 2003, p 49.
5. GARCÍA CAVERO, Percy/CASTILLO ALVA, José Luis, El delito de colusión, Lima 2008, pp. 103
6. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (2006). Los delitos especiales. Buenos Aires: B de F/ Euros Editores, p. 27
7. IDEHPUCP. Manual sobre delitos contra la administración pública. Segunda edición, 2016.
8. Rodríguez y Ossandón, 2005, p. 417.
9. Rojas Vargas F. (2001). Delitos contra la Administración Pública, Lima. Grijley.
10. Rojas Vargas, Fidel Informe Jurídico, Caso Alex Kouri. 2017
11. Salinas Siccha R. (2016) Delitos contra la Administración pública 4° edición. Lima: Grigley

12. Sotomayor Herrera, J (2019) "¿Es el testaferro cómplice del delito de enriquecimiento ilícito?" GACETA PENAL & PROCESAL PENAL | N° 120
• junio 2019 • issn: 2075-6305 • pp. 179-191

JURISPRUDENCIA

1. Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116
1. Corte Suprema R.N 1969-2012- La Libertad.
2. Ejecutoria Suprema de fecha 16 de mayo de 2003, Exp. N° 3611-2002 HUANUCO, citado en el informe jurídico del Caso Alex Kouri por Rojas Vargas, Héctor. 2017
3. Ejecutoria Suprema R.N N°027-2004, Exp N°20-2003, del 01 de octubre del 2004
4. Exp 1296-2007, Ejecutoria Suprema del 12 diciembre del 2007
5. Exp. 00017-2011-PI/TC
6. Exp. 20-2003-A.V, Ejecutoria Suprema del 18 de octubre del 2005
1. R.N. 0956-2011-Ucayall
2. R.N. 1295 – 2007, Ejecutoria Suprema del 11 de noviembre de 2008.
3. R.N. 3307-2008, Ejecutoria Suprema del 13 de mayo de 2009
4. R.N.N° 1842 – 2010 – Corte Suprema
5. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N.º 2677-2012, Madre de Dios, del 15 de abril de 2014.
6. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N.º 2677-2012, Madre de Dios, del 15 de abril de 2014.

7. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N.º 3591-2013, Junín, del 18 de noviembre de 2015. Fundamento jurídico sexto.
8. Sala permanente de la Corte Suprema – Casación n° 9 -2018 – Junín.
9. Sanchez Ugaz, Delitos Económicos contra la administración pública y criminalidad organizada, Colección lo esencial del Derecho 18- PUCP, pag 120.

