

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la
Corrupción

**¿Es correcto que los operadores de justicia determinen la misma pena
para autores y cómplices primarios en el delito de colusión?**

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

Autor:

Alex Hugo Alvarado Cánez

Asesor:

Daniel Simón Quispe Meza


Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, Daniel Simón Quispe Meza, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado, “¿Es correcto que los operadores de justicia determinen la misma pena para autores y cómplices primarios en el delito de colusión?” del autor Alex Hugo Alvarado Cánez, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 26%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 06/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 19 de febrero de 2023

Daniel Simón Quispe Meza	
DNI: 70437387	Firma 
ORCID https://orcid.org/0000-0002-5979-4744	

Resumen:

El presente trabajo académico posee como finalidad cuestionarnos si es adecuado que los operadores de justicia determinen la misma pena para autores y cómplices primarios en el delito de colusión, ya que por su naturaleza bilateral, existen mínimamente dos implicados -servidor o funcionario público e interesado- en donde el primero tendrá el título de autor y el segundo de cómplice primario.

Ahora bien, es relevante destacar que, para establecer el quantum de pena en un hecho ilícito, se debe de asociar la afectación del bien jurídico y el acto ilícito, respetando los principios de proporcionalidad e igualdad. En el caso del delito que analizamos, solo el servidor o funcionario público pueden afectar directamente y con mayor intensidad el bien jurídico, pues la protección de este bien jurídico está en la esfera de este último, dado que tiene un deber especial que lo diferencia de los demás sujetos.

Por otro lado, tras un análisis jurisprudencial sobre la determinación de pena del delito de colusión, se advierte que las decisiones judiciales carecen de predictibilidad, generando inseguridad jurídica. Por lo que, evidenciando este aspecto, consideramos que, aunque erróneamente se interprete que artículo 25 del Código Penal establece que el autor y el cómplice primario deben tener la misma pena concreta, los autores deben tener mayor reproche penal que los interesados, ello en marco del artículo 45 del Código Penal y de los principios de proporcionalidad e igualdad.

Palabras clave: colusión, autoría, complicidad, determinación de la pena, bien jurídico

Abstract:

The purpose of this academic work is to question whether it is appropriate that the operators of justice determine the same penalty for perpetrators and primary accomplices in the crime of collusion, since due to its bilateral nature, there are at least two parties involved, public servant or official and interested party, where the former will have the title of perpetrator and the latter of primary accomplice.

Now, it is relevant to point out that, in order to establish the quantum of punishment in an illicit act, the affectation of the legal right and the illicit act must be associated, respecting the principles of proportionality and equality. In the case of the crime we are analyzing, only the public servant or official directly and excessively affects the legal good, since the protection of this legal good is in the sphere of the latter, given that he has a special duty that differentiates him from the other subjects.

On the other hand, after a jurisprudential analysis on the determination of the penalty for the crime of collusion, it is noticed that judicial decisions lack predictability, generating legal insecurity. Therefore, evidencing this aspect, we consider that, although it is erroneously interpreted that article 25 of the Criminal Code establishes that the perpetrator and the primary accomplice must have the same specific penalty, the perpetrators must have a greater criminal reproach than the interested parties, in the framework of article 45 of the Criminal Code and the principles of proportionality and equality.

Keywords: collusion, perpetration, aiding and abetting, penalty determination, legal property

ÍNDICE

Introducción	1
1. Capítulo 1: delito de colusión en el ordenamiento peruano	2
2. Capítulo 2: autoría y participación en el delito de colusión	5
3. Capítulo 3: aspectos problemáticos en el análisis jurisprudencial del delito de colusión en cuanto a la determinación de la pena	10
4. Conclusiones	17
7. Referencias bibliográficas	19



INTRODUCCIÓN

Se señala que un órgano jurisdiccional (representado por los jueces) emite tres juicios relevantes al momento de analizar un hecho ilícito. El primer juicio es sobre la tipicidad de la conducta; es decir, si la acción que cometió el imputado se subsume a un delito. En segundo lugar, el juez (después de escuchar y analizar los alegatos de la parte acusadora y defensora) toma la decisión de declarar culpable o inocente al imputado. Por último, si el órgano jurisdiccional declara que el imputado es responsable penalmente, tendrá que definir cuál es la sanción jurídica que le corresponde a los implicados en el delito (autores o partícipes) mediante la imposición de una pena. (Prado, 2009, p. 229).

De esta manera, el presente trabajo tendrá énfasis en analizar el tercer juicio, específicamente, sobre el delito de colusión, ya que como parte importante de la lucha contra la corrupción es poder brindar de predictibilidad y seguridad jurídica a las decisiones judiciales, en este caso, ante un delito comúnmente perpetrado por las autoridades peruanas, pues (como se evidenciará en el trabajo) las decisiones judiciales carecen de predictibilidad y seguridad jurídica.

Por esta razón, tendremos como objetivo examinar si es correcto que los operadores de justicia determinen la misma pena para autores y cómplices primarios en el delito de colusión, dado que este delito posee un carácter bilateral el cual implica que para la consumación de este delito se necesitan un intraneus (servidor o funcionario público) y un extraneus (tercero interesado).

Por lo que, el siguiente trabajo académico se dividirá en tres capítulos. El primero relacionado al análisis breve del tipo penal colusión, enfocándonos en el bien jurídico y en sus elementos típicos característicos. En el segundo capítulo, explicaremos cómo se llega a delimitar la autoría y participación, ello relacionado con la determinación de la pena tanto para autores y partícipes, por lo que se explicará -de forma concisa- cómo se llega a establecer la pena en el ordenamiento jurídico peruano. Y en el último capítulo, realizaremos un análisis jurisprudencial sobre cómo se llega a determinar la pena para los autores y partícipes en los casos de colusión, donde finalmente brindaremos nuestra postura al respecto.

CAPÍTULO 1: DELITO DE COLUSIÓN EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

En el presente capítulo, brindaremos un panorama general del delito de colusión, para ello expondremos cuál sería su bien jurídico específico y cuáles son los elementos típicos más importante y característicos de este tipo penal. Antes que ello, es preciso mencionar que tipo penal de colusión está tipificado en el artículo 384 del Código Penal, en donde en el primer párrafo se encuentra la modalidad simple y en el segundo la agravada.

1.1.- Bien Jurídico del delito de colusión

Considerando que el delito de colusión es un delito de infracción de deber, este posee un bien jurídico específico y general. En cuanto al último, la doctrina mayoritaria señala que es el “correcto funcionamiento de la Administración Pública”; sin embargo, en relación al bien jurídico específico no existe un criterio homogéneo, pues en la doctrina y jurisprudencia podemos encontrar una variedad de propuestas. Por lo que, en esta sección mencionaremos algunas posturas más relevantes para que, posteriormente, señalemos que no importa que postura de bien jurídico se adopte, pues en todas el bien jurídico solo puede ser afectado directamente y en demasía por un servidor o funcionario público (intraneus).

La primera postura es la propuesta por Pariona Arana, donde se señala que el bien específico del delito de colusión es la “legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas” (Pariona, 2017, p. 25). De esta propuesta, examinamos que es completa y abarca los aspectos que pretende proteger este delito.

La segunda postura es propuesta por Guimaray Mori, la cual señala que el bien jurídico específico del delito de colusión es “la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que realice el Estado o en cualquier tipo de operaciones a cargo de éste” (Guimaray, 2011, p. 4).

La última postura es planteada por Díaz Castillo, la cual señala que el bien jurídico del delito de colusión es “actividad contractual del Estado” (Díaz, 2016, p. 362). La autora señala que lo que busca resguardar el tipo penal es la toda la actividad contractual esté libre de corrupción. De esta forma, con esta propuesta abarca toda actividad contractual del Estado; es decir, no solo los contratos públicos que están regidos por la Ley de Contrataciones del Estado e implica un desembolso por parte del Estado, sino que contempla toda actividad contractual; es decir, todos los contratos estatales. Cabe señalar que utilizaremos esta postura para los análisis posteriores en este trabajo.

Ahora bien, es importante señalar que existe una relación entre el bien jurídico del delito de colusión y los elementos típicos de este delito, sobre todo asociado al sujeto activo y la conducta típica. En cuanto al primero, solo un servidor o funcionario público podrá afectar directamente su bien jurídico, puesto que solo él puede ser autor del delito de colusión al estar así señalado en el tipo penal. En cuanto al segundo elemento típico, solo con la intervención de este se podrá realizar la conducta típica, ya que a pesar de que la descripción del tipo penal exige la participación de un interesado, este implicado no afecta directamente el bien jurídico del delito de colusión, puesto que no puede acceder por si solo a la actividad contractual del Estado, necesitando siempre la intervención de un intraneus. Por ello, en el siguiente subcapítulo desarrollaremos algunos elementos típicos del delito de colusión y la importancia de la participación del tercero interesado para su configuración.

1.2.- Elementos típicos del delito de colusión: sujeto activo y conducta típica

De la descripción del tipo penal de colusión, consideramos que existen dos aspectos que lo caracterizan: sujeto activo y conducta típica. En cuanto a primero, el artículo mencionado anteriormente señala expresamente que será sujeto activo del delito “los funcionarios y servidores públicos, que intervienen directa o indirectamente por razón de su cargo”. Desglosando esta frase, implica que solo podrán ser autores aquellas personas que poseen un cargo público, pero no cualquier función pública, sino solo aquellos que, por su condición especial o razón de su cargo, pueden verse involucrados en operaciones contractuales del Estado.

De esta manera, ello implica que -en un caso particular de colusión- un funcionario o servidor público que no está facultado para intervenir o participar en un contrato estatal no podrá ser sujeto activo de este delito (Salinas, 2019, p. 245). Por esta razón, se señala que en este delito el agente tiene una doble calificación funcional, dado que; por un lado, debe ser un funcionario y servidor público y; por otro lado, es quien puede influenciar por su cargo o encargo en las operaciones contractuales del Estado. De esta manera, esta doble calificación funcional se descarta la idea de que cualquier servidor o funcionario público puede ser sujeto activo de este delito (Rojas, 2016, p. 193).

En cuanto a la conducta típica, este delito señala que para que se llegue a configurar, así sea en cualquiera de sus dos modalidades (simple o agravada), se necesita la concertación entre un servidor o funcionario y un interesado. De esta manera, en el primer párrafo se señala la colusión simple, donde el verbo rector es “concertar para defraudar”. En consecuencia, debe haber una concertación entre un funcionario y un interesado; es decir, un acuerdo ilícito donde la finalidad sea defraudar al Estado y se esté priorizando los intereses del funcionario o servidor y del interesado. Por esta razón, se señala que la colusión simple queda consumada cuando se llega a comprobar la concertación entre un intraneus y el interesado, el cual puede ser un particular, o un servidor o funcionario público sin razón de su cargo.

Por otro lado, el segundo párrafo hace referencia a la colusión agravada, donde el verbo rector es “defraudar patrimonialmente”, que implica un perjuicio económico real y efectivo al patrimonio del Estado. Entonces, en este tipo penal agravado además de exigirse que exista una concertación, también se debe de generar un menoscabo patrimonial al Estado. Por ello, se señala que la colusión agravada se llega a consumir cuando el sujeto activo se concierta con el interesado y se llega a propiciar un daño patrimonial al Estado (Salinas, 2020, p. 48).

De esta manera, el delito de colusión, al exigir una concertación para su consumación en ambas modalidades, vendría a ser un delito de participación necesaria o intervención necesaria, puesto que para su consumación es indispensablemente la intervención de más de una persona; es decir, es necesario la concurrencia de varias personas, ello sin valorar anticipadamente el carácter jurídico-penal del aporte que

podrán brindar (Abanto, 2003, p. 65). En esa línea, en España se utiliza la denominación “plurisubjetivo”, cuando se refieren a la exigencia de la intervención de más de una persona. (Peña, 2012, p. 156).

En conclusión, el delito de colusión al ser un delito de participación necesaria o intervención necesaria o plurisubjetivo, exige que , para que se lleguen a configurar o consumir, es imprescindible la intervención o participación de una persona adicional al sujeto activo; por lo que, posee un carácter bilateral, ya que para que se cumpla la conducta típica debe de haber una relación de dos personas por lo menos, en donde una tiene que ser un servidor o funcionario y la otra un interesado, pues una sola persona no podrá concertarse para defraudar al Estado.

De esta manera, como llegamos a la conclusión de que el delito de colusión, en sus dos modalidades, necesita indispensablemente la participación o intervención de, mínimamente, un intraneus y un interesado. Por lo que, en el próximo capítulo expondremos cuál sería el título de imputación que recibirá el interesado y en el capítulo tres realizaremos un análisis jurisprudencial con respecto a la determinación de la pena en relación al funcionario o servidor público y el interesado, para finalmente poder brindar nuestra postura.

CAPÍTULO 2: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN: incidencia de su delimitación en la individualización de la pena

2.1. Autoría y participación en el delito de colusión

Como señalamos en el capítulo anterior, el delito de colusión es un delito de carácter bilateral, el cual es imprescindible la participación no solo del autor del delito, sino también de un tercero interesado para que se genere la conducta típica de concertación; es decir, el delito no se va a llegar a consumir si no existe la participación, por lo menos, de dos personas. Ante ello, cabe señalar que los servidores o funcionarios públicos del delito poseen un deber especial; por ello, para la determinar la autoría y participación de los involucrados en el tipo penal de colusión se tendrá que recurrir la teoría de infracción de deber, para evitar que se vulnere el principio de legalidad y que se presenten casos de impunidad.

Lo que señala esta teoría es que solo serán considerados autores aquellas personas que quebranten un deber especial de carácter extrapenal, en donde en muchos casos este deber extrapenal se encuentra en deberes que están supeditados en el plano de la lógica a la norma y que, comúnmente, se desprende de otras ramas jurídicas (Roxin, 2016, p. 345). En otras palabras, ese deber no se encuentra en el ámbito penal, sino que, por lo general, en otras ramas jurídica, por ejemplo, el derecho administrativo.

De esta manera, todas las personas que no poseen ese deber especial de carácter extrapenal no podrán ser autores de ese delito de infracción de deber, sino serán partícipes, quienes serán aquellas personas que participan en la perpetración del comportamiento ilícito, pero sin infringir ese deber especial de carácter extrapenal (Salinas, 2019, p. 23).

En el caso del delito de colusión, serán autores los servidores o funcionarios públicos que cometan el comportamiento típico, pues son los que poseen este deber especial. En cuanto a la calificación de título de imputación del interesado, este podría ser calificado como partícipe, pues no posee este deber especial y es aquella persona que, dolosamente, colabora con el autor en la realización del acto ilícito, sin poseer el dominio del hecho.

Ahora bien, en cuanto a la parte normativa, el artículo 25 del Código Penal divide a la participación en complicidad primaria y secundaria, en donde la principal diferencia es que el cómplice primario colabora con un aporte esencial en la perpetración del delito, mientras que el aporte del cómplice secundario no es esencial, pues de todas maneras se hubiera realizado el delito. En ese caso, esta diferencia se refleja también en la determinación de la pena, pues el cómplice primario tendrá una pena prudencialmente mayor al cómplice secundario por el grado de aporte e importancia que presta para la realización del delito.

En ese sentido, ¿qué tipo de imputación tendrá el tercero interesado que se concierta con el intraneus para ejecutar el delito de colusión? Ante ello, la doctrina dominante y jurisprudencia señalan que el título de imputación del interesado sería de cómplice primario.

Entonces, tendrá un papel de cómplice primario, ya que dolosamente va a contribuir con aportes a la ejecución del delito de colusión, y gracias a él se podrá realizar la concertación y, posteriormente, la defraudación (de darse el caso de colusión agravada), comportamiento típico necesario para que se llegue a llevar a cabo el delito. Por ello, se le señala como el sujeto bisagra necesario la ejecución y consumación del delito de colusión (Rojas, 2016, p. 212).

Por otro lado, en el Recurso de Nulidad N° 978-2011, Lima, se señala que la colusión es un tipo penal de encuentro, lo que implica la intervención necesaria de un funcionario público y de una persona con la que se llega a concertar. De esta manera, aunque la conducta del interesado no posee una descripción típica expresa, debe de tener el título de imputación de cómplice primario, ya que su participación ha sido indispensable para la perpetración del delito. Asimismo, no puede ser sancionado a título de autor o coautor, pues no posee la cualidad especial exigida por el tipo penal (fundamento 9).

En ese sentido, concluimos que el interesado en la colusión vendría a ser cómplice primario, dado que su participación es indispensable para que se realiza el delito, ya que sin esta concertación no se podría llegar a perpetrar el delito de colusión, en sus dos modalidades. En ese sentido, ¿sería correcto afirmar que el interesado debe tener el mismo reproche penal que el servidor o funcionario público?

Ante ello, cabe señalar que, a pesar de que el artículo 25 del Código Penal señala que el cómplice primario será sancionado con la pena prevista para el autor, ello no implica que el cómplice primario tendrá la misma pena para el autor, sino que sucederá lo mismo que con el instigador, donde el cómplice primario debe ser sancionado dentro de los marcos legales que tendrá el autor del delito (Villavicencio, 2017, p. 113).

Entonces, en relación a la determinación de la pena, consideramos que a pesar de que pueda interpretarse que el cómplice primario debe tener igual pena que el autor, esto es incorrecto; pues la interpretación adecuada es que deben de ser sancionados en el mismo marco legal.

Para poder reforzar esta postura, previamente, pasaremos a explicar cómo se llega a determinar la pena en el ordenamiento peruano, para que, en el tercer capítulo, tras un análisis jurisprudencial, podamos brindar nuestra postura.

2.2. Consecuencias jurídicas en la determinación de la pena entre autores y cómplices primarios en el delito de colusión

En el presente subcapítulo, explicaremos, en forma general, cómo se llega a determinar la pena de los involucrados en un delito, para ello mencionamos que existen dos momentos importantes. El primero consiste en determinar el marco de pena abstracto y el segundo en individualizar la pena para cada implicado, ello para establecer la pena concreta. De esta manera, la finalidad de esta sección es señalar que al momento de determinar la pena concreta (segundo momento), el juzgador deberá tener en consideración el estatus jurídico del intransigente y del interesado respecto al delito de colusión.

Asimismo, señalar que la interpretación adecuada del artículo 25 del Código Penal en cuanto a la determinación de la pena, es que el autor tendrá el mismo marco de pena (primer momento) que el cómplice primario y no que el cómplice primario tendrá la misma pena concreta (segundo momento) que el autor.

Ahora bien, hay varias etapas para la determinación de la pena, que ha grosso modo, se identifican dos momentos: identificación de la pena básica (marco de pena) y la individualización de la pena concreta. Entonces, en cuanto a la primera, esta establece cuál será el marco de pena abstracto; es decir, establecer un mínimo y máximo inicial de la pena. Este aspecto tiene que ver con lo que señala de forma expresa el tipo penal, el cual es instaurado por el legislador con un carácter general. Este momento es al que se refiere el artículo 25 del Código Penal, dado que con una correcta interpretación, se comprende que autor y cómplice primario tendrán el mismo marco de pena y no la misma pena.

Entonces, después de haber establecido el marco de pena abstracto vendrá el segundo momento, que es la individualización de la pena. De esta manera, el intransigente e interesado tendrán el mismo marco de pena (primer momento), pero en

este segundo momento, se tendrá que analizar el comportamiento de cada uno de forma individual.

Ahora bien, el primer paso para la individualización de la pena es la determinación de los espacios aplicable, en este caso, se recurrirá al sistema de tercios. Este sistema sustentado en el literal 1) del artículo 45-A del Código Penal. Por esta razón, es que cuando se obtiene el marco de la pena general, se puede recurrir al sistema de tercios (inferior, medio y superior). En esta fase, se determinará en qué tercio está cada implicado, en este caso, en qué espacio estará el intraneus y el interesado, ello dependiendo de la concurrencia de agravantes o atenuantes.

En ese sentido, después de valorar la concurrencia de agravantes y atenuantes de cada involucrado, se tendrá que determinar en qué tercio se encuentra cada uno, ya que en relación al artículo 45-A del Código Penal, podrán presentarse tres escenarios. El primero, cuando solo concurren circunstancias agravantes, para ello se encontrará en el tercio superior, donde la pena concreta se establecerá en el marco del tercio superior. La segunda, cuando solo concurren circunstancias atenuantes o no hay circunstancias que observar; en este caso, la pena concreta se encontrará en el tercio inferior. Finalmente, cuando hay una concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se encontrará en tercio medio.

Cabe mencionar que, hasta ahora, no hay una pena establecida, sino que se fijó el nuevo marco de pena en uno de estos tercios, ello evaluando la concurrencia de cada involucrado en el delito de colusión.

Posteriormente, como segundo paso de la individualización de la pena, el juez tendrá que determinar la pena concreta dentro de ese nuevo marco de pena según el tercio establecido. Para ello, el juez tendrá que analizar las reglas del artículo 45 del Código Penal para cada implicado del delito, así sea autor o cómplice primario.

Ello, porque, a pesar de que el análisis de individualización de pena es personal; es decir, el autor y el interesado del delito de colusión tendrán un análisis diferente; en muchos casos hasta este momento - atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso en particular- los órganos jurisdiccionales establecen a ambos implicados

en el mismo marco de pena según el tercio. En otras palabras, el autor e interesado, según las características del delito de colusión, están en un mismo tercio.

Por esta razón, en este último paso, cuando el juez tendrá que imponer la pena concreta para cada uno, así sea en marco del mismo tercio, tendrá que analizar -del artículo 45- sobre todo “el abuso de su cargo, (...) poder, (...) o la función que ocupe en la sociedad”. En consecuencia, es en esta fase que el juez tendrá que analizar cuál es el estatus jurídico del autor del delito de colusión, que es un funcionario o servidor público que posee un deber especial; y el estatus jurídico del interesado. Para ello, el juez también tendrá que respetar y aplicar principios generales del derecho penal, los cuales están tipificados en el Título Preliminar del Código Penal, entre ellos, el principio de proporcionalidad e igualdad.

De esta manera, en el siguiente capítulo vamos a realizar un análisis jurisprudencial para observar si todo lo explicado o desarrollado hasta este punto se refleja en las decisiones judiciales en cuanto a la determinación de la pena en el delito de colusión, específicamente en relación con los autores y cómplices. De este modo, finalmente, podamos brindar nuestra posición al respecto en cuanto a la determinación de la pena para los involucrados en el delito de colusión.

CAPÍTULO 3: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN EL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE COLUSIÓN EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

3.1. Análisis jurisprudencial en relación a la determinación de la pena en cuanto a la determinación de la pena para autor e interesado

En el presente subcapítulo realizaremos un análisis jurisprudencial en torno a la determinación de la pena en el delito de colusión, para ello narraremos de forma sucinta de qué trata cada sentencia y cuál fue la decisión del órgano jurisprudencial en relación a la pena de los autores e interesados de este delito.

El Recurso de Nulidad 2949-2014, Del Santa, implica un acuerdo colusorio entre servidores y funcionarios de la Municipalidad Distrital de Samanco, los cuales comprenden al alcalde de la mencionada municipalidad, el director municipal y

presidente del comité permanente de contrataciones y adquisiciones, y el tesorero e integrante de este comité. De esta manera, se llegaron a coludir en beneficio de la empresa “Perforaciones del Solar Alegre” para adjudicarle la buena pro en un concurso de contratación del Estado.

De esta manera, en la presente resolución, se ratifica la condena a los tres intraneus como coautores del delito de colusión, y al titular de la persona jurídica beneficiada como cómplice primario a cuatro años de pena suspendida. Como se observa, en este caso se está sancionando con la misma pena concreta a los coautores y cómplices del delito de colusión, considerando que tanto coautor como cómplice primario poseen el mismo estatus jurídico en el caso en concreto.

En esa misma línea, el Recurso de Nulidad 1361-2013, Junín, donde el hecho ilícito comprende la participación de funcionarios y servidores públicos en el acto colusorio para ejecución de una obra en supuesto beneficio de la Municipalidad Distrital de San José de Quero. Ante ello, Gerardo Lazo Reyes (el servidor público) y Wilder Lazo Reyes (interesado que ejecutó la obra fueron sancionados) fueron condenados como autor y cómplice primario, respectivamente, con una pena de cuatro años de pena suspendida, decisión que fue ratificada por la Sala Penal Transitoria en este caso.

Entonces, también podemos contemplar que la Sala considera que el autor y cómplice primario deben tener la misma pena y tratamiento jurídico, dado que la diferencia entre ambas es solo terminológica, pues ambas posean la misma sanción.

Otra resolución que posee relación con las dos mencionadas, pero en este caso también vulnerando el principio de legalidad es el Recurso de Nulidad 109-2017, Lima. La cual implica un pacto colusorio entre diversos servidores públicos para la compra sobrevaluada de un inmueble en perjuicio de la entidad pública Caja de Pensiones Militar Policial. En este caso, en una instancia anterior sanciona con la misma pena al autor del delito y al cómplice primario (quien es el tercero interesado).

No obstante, en el Recurso de Nulidad mencionado se cambia el título de imputación del cómplice primario a secundario, pero se mantiene la misma pena que el autor, decisión que contradice lo señalado en el artículo 25 del Código Penal, pues se señala

que al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena a comparación del autor. Por esta razón, consideramos que la decisión de la Sala Penal Transitoria vulnera el principio de legalidad.

En ese sentido jurisprudencial, se encuentra el Recurso de Nulidad 1389-2012, Cañete; en donde se señala que este hecho ilícito involucra un acuerdo colusorio en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Chilca, donde uno de los implicados, Luis Alberto Bernal, quien fue el tercero interesado y calificado como cómplice primario presenta su recurso de nulidad señalando que se vulneraron los principios de proporcionalidad y razonabilidad en cuanto a su pena concreta, ya que existe una diferencia en los roles entre este particular interesado y el funcionario público.

Ante este argumento, la Sala Penal Transitoria, en su fundamento sexto, señala que la pena de seis años resulta proporcional a la lesividad del bien jurídico afectado por la participación como cómplice primario. Asimismo, que el artículo 25 del Código Penal señala que el cómplice primario será reprimido con la pena prevista para el autor.

Bajo este fundamento, consideramos (y como explicamos párrafos arriba) que, la interpretación que realiza la Corte Suprema es errónea, pues lo que señala el artículo 25 no es que autor y cómplice primario tendrán la misma pena concreta, sino que ambos estarán en el mismo marco de pena, tema que fue explicado en el capítulo anterior.

No obstante, a pesar de que hasta el momento hemos presentado jurisprudencia que considera que el autor y cómplice primario del delito de colusión tienen el mismo tratamiento jurídico y, por ende, la misma pena; también existe jurisprudencia que sí realiza una distinción entre la determinación de la pena entre servidores o funcionarios públicos e interesados del tipo penal de colusión.

Por ejemplo, el Recurso de Nulidad 77-2012, Cusco; en el cual se sanciona un acuerdo colusorio perjudicando al Gobierno Regional de Cusco, dado que se elaboraron varios contratos a diversos consultores y profesionales en beneficio de las autoridades y de los terceros interesados. De esta manera, en la presente resolución

se observa que se le impone una pena de ocho años a los autores del delito, Teófilo Ocho Vargas y Hugo Gonzales Sayán; mientras que a los interesados beneficiados por estas contrataciones ilícitas, se les impuso penas menores que a los autores por ser cómplices primarios. En efecto, se le impuso una pena de cinco años a Guido Gallegos Cáceres por cómplice primario; Katuska Cárdenas fue sentenciada con una pena de siete años bajo el título de cómplice primaria; y Daniel Merino Yopez se le impuso una pena de cuatro años por ser cómplice primario.

De esta manera, podemos observar que en este caso sí se realizó una diferencia entre autores y cómplices primarios; es decir, entre funcionarios o servidores públicos y particulares interesados en el delito de colusión. Asimismo, también pudimos encontrar otra jurisprudencia que posee la misma diferencia en la determinación de la pena entre autores y cómplices primarios, esta es el Recurso de Nulidad 1722-2016, Del Santa.

Esta resolución implica actos colusorios para la compra de equipos de cómputo a un precio que perjudica a la entidad agraviada, en este caso, UGEL de Huarney - Gobierno Regional de Ancash. De esta manera, el comité de adquisiciones del Estado infringió los requerimientos de las diferentes áreas de esta institución. Por ello, hay tres personas imputadas como autores del delito de colusión, todas con una pena de cuatro años de pena privativa de libertad. Asimismo, hay tres personas imputadas como cómplices primarios, todos ellos con una pena de y tres años de pena privativa de libertad.

De esta forma, por todo lo mencionado en este subcapítulo podemos advertir que no existe un criterio uniforme en la jurisprudencia en cuanto a la determinación de la pena de los autores y cómplices primarios en el delito de colusión, específicamente si estos dos deben tener la misma pena o no. Por lo que colegimos que, para algunos jueces deben tener el mismo tratamiento jurídico y que la diferencia entre autor y cómplice primario es solo una divergencia terminológica que no posee consecuencias jurídicas, aspecto que no estamos de acuerdo. Por esta razón, consideramos relevante que debe establecerse un criterio único en estos casos, ello para evitar inseguridad jurídica y que exista mayor predictibilidad en la jurisprudencia.

Por lo que, en el siguiente subcapítulo brindaremos nuestra postura acerca de cuál debería ser la determinación de la pena respecto de los autores y cómplices primarios en el delito de colusión.

3.2. Toma de posición: autor debe tener mayor pena que cómplice primario en el delito de colusión

Después de haber analizado y observado que no existe homogeneidad en las decisiones jurisprudenciales respecto a la determinación de la pena para autores y cómplices primarios en el delito de colusión, en este subtítulo, sustentaremos nuestra postura, para ello recurrimos a todo lo expuesto en el presente trabajo. En primer lugar, mencionaremos la importancia de la relación del bien jurídico del delito de colusión con la determinación de la pena para autores y cómplices primarios, dado su carácter bilateral para su consumación y el deber especial que poseen los autores a diferencia de los cómplices.

En segundo lugar, recurriremos a lo explicado en cuanto a la determinación de la pena para relacionarlo con el respeto de los principios generales del derecho penal enfocados a la determinación de la pena que son: proporcionalidad e igualdad. Finalmente, se expondrán argumentos en base a interpretaciones jurídicas para reforzar nuestra postura sobre que los autores merecen mayor pena que los cómplices en el delito de colusión.

Respecto al primer argumento, es necesario recordar que el delito de colusión es un delito de infracción de deber y uno especial, donde solo un sujeto con características especiales puede ser autor, ello por estar así establecido en el tipo penal. De esta manera, solo los servidores o funcionarios públicos que tienen a su cargo operaciones contractuales con el Estado podrán ser autores de este delito, pues ningún otro tendrá la oportunidad de afectar el bien jurídico, puesto que de ellos depende su deber de protegerlo y solo ellos podrán lesionarlo directamente.

Ahora bien, como señalamos en el capítulo uno, utilizaremos la propuesta de bien jurídico planteada por Díaz Castillo, que es “la actividad contractual del Estado”. De esta manera, solo los funcionarios que poseen a su cargo la protección de esta

actividad contractual del Estado podrán ser los únicos que podrán lesionarlo de forma directa y en mucha más medida, puesto que el bien jurídico está en la esfera de estos funcionarios con deberes especiales, por lo que a pesar de que un particular o un funcionario sin este deber especial intente afectar este bien jurídico, no podrá hacerlo de la misma manera que el intraneus a cargo de esta actividad contractual.

Ahora bien, como mencionamos en el primer capítulo, cualquier postura que se adopte en torno al bien jurídico, de todas maneras, solo podrá ser afectado directamente y en mayor intensidad por un servidor o funcionario público por lo mencionado anteriormente.

Por ello, la conducta del intraneus debe ser más reprobable que la del particular interesado (extraneus), pues el primero actúa lesionando o infringiendo un deber especial, mientras que el interesado es indispensable para la configuración del delito de colusión, pero participa sin infringir algún deber especial, ya que no lo posee. (Salinas, 2019, p. 354).

En torno al segundo argumento, señalamos en el capítulo dos que existen dos momentos para determinar la pena, el primer enfocado al marco de pena abstracto y el segundo relacionado con la individualización de la pena, el cual tendrá relación con los principios generales del derecho penal, como los principios de proporcionalidad e igualdad.

Ahora bien, en este último momento es cuando el juzgador tendrá que analizar lo dispuesto en el artículo 45 del Código Penal, para cada implicado. En ese precepto legal se señala que el juez deberá tener en consideración para determinar la pena concreta “el abuso de su cargo, (...) poder, (...) o la función que ocupe en la sociedad”.

De esta manera, en el delito de colusión al haber dos implicados por su carácter bilateral-funcionario o servidor público e interesado- el juez deberá tener en cuenta que el servidor o funcionario público ha abusado de su cargo y poder, por ende, su acción ilícita es mayor que la de un particular. Para ello, tendrá que recurrir al principio de proporcionalidad el cual señala que la intensidad de la pena debe ser proporcional

a la gravedad del acto ilícito, en donde se deberá tener en cuenta la afectación de bienes jurídicos y peligrosidad de la acción (Peña, 2012, p. 25).

En cuanto a la parte que señala que el juez tendrá que analizar la “función que ocupe en la sociedad” el imputado, consideramos que tiene importancia resaltar el principio de igualdad, ya que el principio de igualdad implica un trato igualitario a personas con condiciones iguales, y un trato desigual a los desiguales; es decir, en el caso de funcionarios o servidores públicos estos deben de ser tratados de igual manera por pertenecer al mismo estatus jurídico, aspecto que no puede aceptarse en el caso de los particulares, pues es claro que los funcionarios o servidores públicos y particulares no poseen las mismas condiciones jurídicas ni sociales iguales (Peña, 2018, p. 97).

De esta manera, no es posible que el funcionario o servidor público tenga la misma pena que el interesado que es un particular, puesto que el primero posee un deber especial ante la sociedad y goza de un estatus jurídico diferente. Por ello, recalamos que la interpretación correcta del artículo 25 del Código Penal, en referencia a la pena en el delito de colusión, es que el autor y el cómplice primario deben tener el mismo marco de pena y en ese intervalo cada uno tendrá una sanción diferente, donde se deberá tener en cuenta la función que ocupa en la sociedad el funcionario o servidor público para tener una mayor sanción.

Por último, como esta postura no está expresada textualmente en un precepto legal, acudiremos a la interpretación jurídica en busca de una solución, hasta que el legislador peruano establezca una regla especial para estos casos (Abanto, 2004, p. 16). Para ello, recurriremos a las dúplicas del plazo de prescripción, medida que esta señalada en el artículo 80 del Código Penal.

De esta manera, esta disposición señala que solo los servidores y funcionarios públicos que cometan delitos en contra del patrimonio del Estado se les duplicará el plazo de prescripción; es decir, tendrán mayor reproche penal que los particulares. En el caso del tipo penal de colusión, esta medida se aplica cuando se llega a consumir la modalidad agravada, pues implica un perjuicio económico real y efectivo al patrimonio del Estado.

En esa línea, también está lo estipulado en el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, que en sus fundamentos 16 y 17, establece como doctrina legal vinculante que solo los funcionarios o servidores públicos tendrán mayor reproche penal -se les duplicará el plazo de prescripción- por ser personas con un deber especial ante la Administración Pública, puesto que ello implica un compromiso de protección, compromiso efectivo con el Estado y la confianza pública.

Por lo tanto, en cuanto al delito de colusión, en base a la afectación del bien jurídico, individualización de la pena en relación a los principios de proporcionalidad e igualdad y por la interpretación axiológica de las dúplicas de los plazos de prescripción, los juzgadores deben de imponer una menor pena a los terceros interesados (cómplices primarios) que a los funcionarios o servidores públicos (autores).

CONCLUSIONES:

- No existe uniformidad de posturas acerca del bien jurídico específico del tipo penal de colusión; sin embargo, a pesar de ello, llegamos a la conclusión de que solo los intraneus (servidores o funcionarios públicos), pueden afectar directamente y con mayor intensidad al bien jurídico. Asimismo, por el tenor literal del tipo penal de colusión, evidenciamos que posee un carácter bilateral, ya que para que el delito se llegue a consumar (en sus dos modalidades) se necesita la participación de dos personas mínimamente, estos son el intraneus y el interesado, ello con el objetivo de realizar la concertación que es acción típica característica de este delito.
- En cuanto a la autoría y participación del delito de colusión, llegamos a la conclusión de que tendrá título de autor el servidor o funcionario público que por razón de su cargo se llega a concertar para fines particulares; mientras que el tercero interesado tendrá la calificación de cómplice primario por su aporte indispensable para que se realice el delito.
- Ahora bien, consideramos que existe una interpretación errónea del artículo 25 del Código Penal en cuanto la determinación de pena para autor y cómplice

primario, pues lo que establece este precepto legal es que tanto autor y cómplice primario deben tener el mismo marco de pena y no la misma pena concreta.

- En esa línea, para llegar a establecer el quantum de pena existen dos momentos importantes, el primero relacionado a la determinación del marco legal abstracto, y el segundo enfocado a la pena concreta. En cuanto al último, el juzgador tendrá que valorar lo señalado en el artículo 45 del Código Penal vinculando los principios de proporcionalidad e igualdad.
- Después de realizar un análisis jurisprudencial de cómo se llega a determinar la pena en los casos de colusión, se llega a la conclusión de que no existe predictibilidad en las decisiones judicial, generando ello inseguridad jurídica.
- Nuestra postura es que, en casos de colusión, los autores (servidores y funcionarios públicos) deben tener mayor reproche penal que los interesados (cómplices primarios), ya que solo los primeros son los únicos que pueden afectar directamente el bien jurídico, pues son los encargados de protegerlo por el deber especial que no poseen los interesados. Por ello, en marco del artículo 45 del Código Penal y por los principios de proporcionalidad e igualdad, merecen mayor sanción penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. (2003). Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal peruano. *Palestra Editores, Lima*
- Abanto, M. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber. *Revista Penal* (14), p. 3-23.
- Corte Suprema (2011). Recurso de Nulidad N° 978-2011, Lima
- Corte Suprema (2011). Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116
- Corte Suprema (2012). Recurso de Nulidad 1389-2012, Cañete
- Corte Suprema (2012). Recurso de Nulidad 77-2012, Cusco
- Corte Suprema (2013). Recurso de Nulidad 1361-2013, Junín
- Corte Suprema (2014). El Recurso de Nulidad 2949-2014, Del Santa
- Corte Suprema (2016). Recurso de Nulidad 1722-2016, Del Santa.
- Corte Suprema (2017). Recurso de Nulidad 109-2017, Lima
- Diaz, I. (2016). El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca.
https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/131865/DDPG_DiazCastilloI_Tipoinjustodelitoscolusion.pdf;jsessionid=64DA6EA96AC25CE1902BEABAD23D6D72?sequence=1
- Guimaray, E. (2011). La tipificación penal del delito de colusión. Boletín Anticorrupción, N° 7.

http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre_2011_n07.pdf

- Pariona, R (2017). El Delito de Colusión. Instituto Pacífico, 2017.
- Peña, L (2012). Lecciones de derecho penal parte general. 3ª edición ampliada y revisada 1ª ed. 1996 como Curso de Derecho Penal, Parte General I, Madrid 2ª ed. 2012.
- Peña, A (2018). Duplicidad del plazo de prescripción y el particular o extraneus en el artículo 41º de la Constitución Política del Perú. Universidad Nacional de Piura.
<https://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/1536/DER-PE%c3%91-CAS-2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Prado, V (2009). La Reforma Penal en el Perú y la Determinación Judicial de la Pena. Derecho & Sociedad. 228-242. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17428>
- Rojas, F. (2016). Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Nomos & Thesis EIRL.
- Roxin, C. (2016). Autoría y dominio del hecho en el derecho penal. *Traducción de la novena edición alemana (2015) por Joaquín Cuello Contreras*. Marcial Pons.
- Salinas, R. (2019). Delitos contra la administración pública, 5ta edición, Iustitia, Lima, 2019.
- Salinas, R. (2020). La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales.
- Villavicencio, F. (2017). Derecho penal básico. Colección lo esencial del derecho N° 3. Pontificia Universidad Católica del Perú.