

LA CONCERTACIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Mario Rodríguez Hurtado

Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

SUMARIO: *I.- La concertación. II.- Formas de concertación. III.- La concertación, el fraude y el engaño. IV.- Responsabilidad objetiva por el resultado. No basta la comprobación del perjuicio para configurar el delito de colusión. V.- Imputación objetiva en el delito de colusión. 1) Imputación Objetiva de la conducta, 2) Imputación objetiva del resultado. VI.- La colusión y las infracciones administrativas.*

I.- LA CONCERTACIÓN

El delito de colusión presenta, en su particular estructura, un elemento que lo caracteriza y le otorga su denominación, ese es el acto de concertación o colusión ilegal, cuyos alcances resulta necesario definir pues constituye la única modalidad de conducta típica que exige el delito de colusión ilegal previsto en el artículo 384 del Código Penal, muy diferente a la fórmula española (artículo 436 del CP de 1995) que amplía las modalidades de comisión típica al agregar la frase “o usase cualquier otro artificio para defraudar”.

Se sabe, que los elementos centrales del tipo objetivo del delito en mención son, en primer lugar, la concertación y, en segundo lugar, la defraudación, que se traduce en el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado. La concertación, además de ser el elemento que le otorga denominación al tipo de colusión ilegal, es el único medio a través del cual se puede defraudar o perjudicar los intereses patrimoniales del Estado.

Podemos definir a este elemento como: "...el ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse asimismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la Administración Pública"¹.

Asimismo, "...la concertación del agente público implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio de los intereses estatales. Requiere ponerse de acuerdo, concordar pareceres, conjugar dos o más voluntades, confluencia de intereses, realizar un pacto subrepticamente y de manera previa con los interesados"².

De lo mencionado queda claro que la concertación es aquel acuerdo o convenio entre el funcionario público competente y el particular, en aquello que la ley prohíbe y que al final derivará en un perjuicio patrimonial para el Estado (si el delito es consumado).

II.- FORMAS DE CONCERTACIÓN

El comportamiento típico, como se mencionó líneas antes, consiste en una concertación ilícita o prohibida, que versa, generalmente, sobre la forma o modo de obtener un beneficio³ para los funcionarios y/o particulares, ya sea modificando el trámite administrativo, que subyace a la realización de licitaciones, concursos o cualquier proceso de adquisición de bienes o servicios para el Estado; o simulando hechos o situaciones que no existen. Por ello es que podemos distinguir 2 clases de acuerdos:

1. Antes o durante los contratos, convenios, suministros, licitaciones o concurso de precios, se producen una serie de tratativas o conversaciones entre las par-

¹ Ejecutoria Suprema de 4.6.04, RN N° 740-2003, Arequipa. Arequipa, en Pérez Arroyo, L a evolución de la jurisprudencia penal en el Perú. (2001-2005), T II, p.1323

² GARCÍA CAVERO, Percy. El delito de colusión. GRIJLEY. Lima 2008. p. 104

³ El beneficio no constituye ningún elemento del tipo penal, éste no exige para su configuración que el funcionario o particular haya obtenido algún provecho o beneficio.

tes, éste es el escenario en el que, generalmente, se produce el acuerdo ilícito o colusorio.

2. Un segundo momento vendría a ser el acuerdo o convenio definitivo y legal, previsto en normas extra penales (TUO de la Ley de Contratación y adquisiciones del Estado por ejemplo). “Esta concertación es en principio lícita, pues ésta es precisamente la labor del funcionario: debe iniciar tratativas y llegar a acuerdos con los privados contratantes”⁴.

III.- LA CONCERTACIÓN, EL FRAUDE Y EL ENGAÑO

La jurisprudencia mayoritaria, siguiendo el mismo sentido de la doctrina nacional, coincide en establecer que el delito de colusión ilegal constituye un delito de resultado y no de mera actividad. Opuesto a esto, el Código Penal Español de 1995, recoge en su artículo 436 el mencionado tipo penal lo configura como un delito de mero comportamiento, donde se exige al funcionario público el empleo de la concertación u otro artificio para defraudar (finalidad), entendiéndose este último como un elemento subjetivo de tendencia interna y no como un elemento objetivo del tipo, como es en el caso peruano.

Como sabemos, la defraudación, para este tipo penal específicamente, es entendida no como el engaño o fraude del delito de estafa, sino más bien como un perjuicio al patrimonio estatal. “El perjuicio es el elemento intrínseco a la defraudación, es su componente material que lo objetiviza y diferencia del simple engaño”⁵.

En ese sentido la defraudación debe de interpretarse no como aquella que el funcionario ocasiona al infringir sus deberes especiales de función o como la defraudación de la confianza y las expectativas que el Estado y la sociedad depositan en el correcto actuar del funcionario; sino más bien, circunscribirlo al perjuicio patrimonial, que vendría a ser el resultado objetivamente constatable del delito. Lo mencionado armoniza perfectamente con el texto de la norma, artículo 384 del Código Penal.

Entonces el disvalor de la conducta lo constituye el acto de concertación mismo, mientras que el disvalor del resultado está dado por la defraudación o perjuicio a los intereses económicos del Estado.

⁴ ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano. Palestra Editores. 2da. edición. Lima 2003. p.310

⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Grijley. 4ta edición. Lima 2007. p.412

IV.- RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR EL RESULTADO. NO BASTA LA COMPROBACIÓN DEL PERJUICIO PARA CONFIGURAR EL DELITO DE COLUSIÓN

Durante la década de los 90, se instaló en los diversos ámbitos del Estado una organización delictiva, liderada por Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos, entre cuyos objetivos se encontraba perpetuar en el poder a su líder y otorgar a sus miembros grandes sumas de dinero provenientes del erario nacional; para ello se buscó la adhesión de una serie de actores públicos pertenecientes al Poder Judicial, Ministerio Público, JNE, Ministerio de Economía y Finanzas, Ministerio del Interior, Ministerio de Defensa, SIN y las Fuerzas Armadas, entre otros. Fenecido el régimen de Alberto Fujimori, fue prioridad del siguiente gobierno la elaboración de una Política Nacional Anticorrupción, lo que dio lugar a lo que hoy conocemos como el "Sistema Nacional Anticorrupción."

En el marco de esta nueva política se dieron una serie de normas dirigidas a facilitar la lucha contra la corrupción, viéndose el Estado en la necesidad de diseñar un subsistema judicial anticorrupción, creando, así, una serie de juzgados, fiscalías, salas especiales y procuradurías Ad Hoc Anticorrupción, para afrontar una serie de procesos penales complejos.

Instalado ya dicho sistema y en plena operatividad podemos decir que muchos de los procesos fenecidos terminaron condenando a quienes efectivamente fueron responsables de una serie de delitos, (generalmente, delitos contra la Administración Pública y otros como asociación ilícita, lavado de activos, desaparición forzada, asesinato, etc.), y a otros tantos procesados que sin tener responsabilidad alguna se vieron forzados a pagar el costo de mantener estable un sistema (el anticorrupción), que no podía darse el lujo de absolver a quienes sobre los cuales pesaba una sospecha.

Es común encontrar a ex funcionarios públicos, del régimen pasado, involucrados en procesos sobre delitos contra la Administración Pública y en particular por delitos de peculado, malversación de fondos públicos, cohecho y colusión. Como se sabe, este último delito exige para su consumación la producción de un resultado, el perjuicio patrimonial. Pero como ya se comentó, no basta la existencia de dicho perjuicio para condenar a alguien por colusión, es indispensable acreditar la concertación. Lamentablemente muchos de los procesos mencionados terminan acusando o condenando en virtud a la mera producción del resultado (perjuicio a los intereses económicos del Estado), infringiendo así el principio que proscribe toda forma de responsabilidad objetiva por el resultado, Art VII del título preliminar del Código Penal. Esto significa que para que una persona pueda ser penada por un delito se requiere que el agente

actuó con dolo o culpa y que el resultado del hecho punible no sea producto de un hecho fortuito, fuerza física irresistible, error de tipo o error de prohibición.

“En la responsabilidad objetiva (responsabilidad por el resultado) se aplica la pena al supuesto de una causación natural de una lesión, aunque el sujeto no haya querido dicha lesión o no haya tomado el cuidado necesario para evitarlo. Esta imputación de la pura responsabilidad por el resultado, que se expresaba en el viejo principio “*versari in re ilícita*”, señalaba como responsable a quien inicialmente ejecutaba un acto ilícito aunque dicho resultado no haya sido querido o haya sido fortuito. Responsabilidad objetiva y culpabilidad no pueden coexistir, concluyéndose que es inadmisibles en nuestro Derecho Penal”⁶.

V.- IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DELITO DE COLUSIÓN

Con todo lo expuesto hasta ahora, solo se buscó, dar a conocer en forma sencilla los dos componentes característicos y propios del delito de colusión ilegal; a continuación trataremos de explicar el significado de cada uno de estos dos componentes del tipo penal aplicando criterios de imputación objetiva.

En esa misma línea, diremos que, la Teoría de la imputación objetiva busca, por un lado, determinar si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponde o no con la descripción típica. Por otro lado, se busca determinar, una vez verificada la tipicidad de la conducta, si el resultado vinculado causalmente le puede ser atribuido, mediante los criterios normativos ya conocidos, a dicha conducta.

Al respecto Villavicencio señala que: “luego de verificada la causalidad natural (nexo causal), la imputación requiere comprobar, primero, si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y, segundo, si el resultado es producto del mismo peligro. Estos dos criterios son base para la determinación de la imputación objetiva”⁷.

En este contexto la doctrina nos proporciona ciertos criterios como el riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso e imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, que nos habilitan afirmar o descartar la existencia de tipicidad

⁶ PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal Parte General. Edit. GRILEY. 3ra edición. Lima 1997. p.79

⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General. Edit. GRILEY. Lima 2006. p.323

en la conducta. Asimismo, la imputación objetiva nos ofrece los principios que, una vez verificada la conducta típica, determinan cuando el resultado producido debe ser atribuido o imputado a la conducta.

Pues bien, ahora examinaremos el delito de colusión ilegal, bajo el lente de la imputación objetiva, y lo haremos en dos niveles:

- * Imputación objetiva de la conducta.
- * Imputación objetiva del resultado.

1. Imputación objetiva de la conducta

Como ya se dijo, la conducta típica en el delito de colusión es la concertación ilegal, y para que tal comportamiento sea típico, debe ser fuente generadora de riesgo o peligro para el bien jurídico (el patrimonio estatal).

Según el criterio del riesgo permitido "...procede negar la imputación objetiva (no la causalidad, como antes) cuando la acción no ha creado el riesgo relevante de una lesión al bien jurídico. La ausencia de este riesgo relevante se comprueba con un juicio de adecuación, es decir, cuando el resultado no hubiera sido objetivamente previsible"⁸.

En ese sentido, el comportamiento típico, la concertación ilegal, será generadora de riesgo cuando el funcionario público coludido con los interesados viole o infrinja las normas administrativas que subyacen a todo proceso de selección, ya sea de licitación o concurso público, para la adquisición de bienes o servicios; o cualquier otro proceso de contratación de naturaleza patrimonial.

Ahora bien, en primer lugar, el ámbito de aplicación del delito en mención es aquel que el artículo 384 configura al decir "El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante...". El legislador al señalar taxativamente cada una de estas operaciones no hace más que, establecer el carácter o la naturaleza de los actos o negocios jurídicos (procesos de selección públicos para la adquisición, de bienes y servicios, o contrataciones públicas eminentemente patrimoniales) sobre los cuales deberá recaer la colusión.

⁸ ROXIN, Claus. La imputación objetiva en el Derecho Penal. Edit. IDEMSA. Lima 1997.p.23

Los contratos públicos, que importan para efectos de este delito, son aquellos de contenido eminentemente patrimonial y sometido a regulación administrativa o civil, ya sea para la adquisición de bienes o servicios.

El suministro “es aquel que se acuerda entre el Estado y un particular en virtud del cual éste se encarga, por su cuenta y riesgo, y mediante una remuneración pagada por la administración, de proporcionar prestaciones mobiliarias (por ejemplo, combustibles para vehículos del Estado, alimentos para un regimiento, armas, ropas, mercaderías, etc.)”⁹.

Las licitaciones, constituyen una de las modalidades de los procesos de selección previstas en el capítulo segundo (“De los Procesos de Selección”) artículo 15 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que consiste en la convocatoria que realiza la Administración Pública para la contratación de obras y para la adquisición de bienes y suministros.

En cuanto al concurso de precios, el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del estado, en su artículo 16, utiliza la denominación “Concurso Público” para referirse a una segunda modalidad de procesos de selección, por medio del cual el Estado convoca para la contratación de servicios de toda naturaleza, incluyendo consultorías y arrendamientos.

Las subastas son procesos de carácter judicial o administrativos, de venta pública de bienes al mejor postor. Además de estas modalidades, el tipo penal alude a la frase, “otras operaciones semejantes”, el cual necesariamente deberá interpretarse dentro de las márgenes que fijan los anteriores negocios jurídicos, es decir en el marco de los procesos de selección y contrataciones públicas para la adquisición de bienes o servicios.

El Legislador en un primer momento, presenta el escenario de negocios o actos jurídicos en los que puede intervenir el funcionario público y, en un segundo momento, precisa en forma específica los actos en los que puede recaer la colusión, estos son, los convenios ajustes, liquidaciones y suministros.

En segundo lugar, todas estas operaciones se encuentran minuciosamente reguladas en normas extra penales, administrativas principalmente. Así tenemos: El Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento, aprobado por

⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. p. 417

Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, ambas publicadas el 29 de noviembre de 2004, directivas (directiva 011-2006-CONSUCODE/PRE: procedimiento para la obtención de la conformidad de las bases; N° 011-2001-CONSUCODE/PRE: publicación de avisos referidos a proceso de selección, etc), comunicados, legislación complementaria (Ley 29060: ley del silencio administrativo, DS N° 062-2001-PCM, DS N° 052-2001-PCM y otros)

En tercer lugar para que la conducta sea típica deberá ser creadora de un riesgo prohibido y esto se produce al infringir el autor las normas administrativas que regulan el procedimiento de adquisición pública de bienes y servicios. Si bien es cierto, que en delitos como el de peculado, malversación o cohecho, por ejemplo, también existe infracción de dispositivos de carácter administrativo, pero éstos no se limitan a normar procesos públicos de selección o contrataciones públicas, son mas bien normas que describen el ámbito competencial del funcionario o ciertos tramites administrativos distintos a los que se desarrollan en el delito de colusión. Entonces, estas previsiones administrativas son de insoslayable valor para el tipo penal, pues, por un lado, sostienen todo el procedimiento de adquisiciones públicas de bienes y servicios (que es el ámbito que el tipo penal delimita para que pueda actuar el funcionario) y, por otro lado, son la única forma o camino que el funcionario puede elegir para que, modificando el tramite o simulando hechos falsos (y así infringiendo las normas), pueda generarse para si o para terceros un beneficio económico perjudicando el patrimonio estatal.

La jurisprudencia nos ofrece una serie de casos en los que las irregularidades administrativas constituyen los únicos indicios capaces de acreditar la existencia de concertación ilegal. A continuación citaremos algunas ejecutorias supremas que fundamentan lo explicado:

"...De la revisión de autos se colige de manera categórica que el delito instruido y juzgado –colusión desleal – y la responsabilidad penal de los encausados se encuentra plenamente acreditados...; habiéndose determinado que se hicieron excesivos pagos a favor de la empresa Real Service Sociedad de Responsabilidad Limitada y la firma L & R Contratistas Generales Sociedad Anónima en la ejecución de la rehabilitación de las vías de comunicación Zarumilla – Zapallal – Matapalo – San Juan de la Virgen y Pampas de Hospital...incluso se comprobó además del pésimo estado de la ejecución de la obra y que no hubiera utilizado maquinaria pesada...pagándose así una determinada suma de dinero"¹⁰.

¹⁰ RN N° 2222-2004. Tumbes de 14 de febrero de 2005, en Percy García Caverio. El delito de colusión. Grijley. Lima 2007. p.233

"El delito de concusión imputado al encausado ha quedado plenamente acreditado en autos, al haber tratado de vender el inmueble de propiedad de la Sociedad de Beneficencia, para lo cual firmó el documento de opción de venta sin contar con la autorización respectiva, documento en el que se fija las condiciones y precio de transacción de dicho inmueble, venta que se pretendió realizar sin observar las normas legales del caso, pues conforme a lo previsto por la legislación sobre transferencia de bienes del Estado, la venta del patrimonio público debe realizarse por subasta pública, y tratándose de venta directa, ésta debe ser autorizada por ley; disposiciones legales que el procesado a pretendido ignorar..."¹¹.

"Del examen de los actuados fluyen suficientes elementos probatorios de cargo que demuestran de manera fehacientemente la responsabilidad de los acusados, lo cual demuestra de manera meridiana la concertación entre los acusados...asimismo, los acusados aprovechando su condición de funcionarios públicos pretendieron pagarle a la referida empresa la contraprestación derivada del aludido contrato sin que haya ejecutado trabajo alguno..."¹².

"...existen elementos de prueba razonable, que nos permiten colegir que los citados encausados concertaron voluntades entre sí en el proceso de adquisición de cómputos para la entidad agraviada, al haberse infringido lo dispuesto en el Reglamento Único de Adquisiciones y omitir dolosamente evaluar las cotizaciones con la finalidad de favorecer a la empresa proveedora..."¹³.

Como es posible apreciar, lo que la mayoría de autores nacionales identifican como acuerdo o concertación defraudatoria (conducta típica del delito), no es más que la concertación ilegal, amañada, clandestina y violatoria de la legislación administrativa que sostiene todo el procedimiento a llevarse a cabo en el marco de las contrataciones públicas.

De otro lado, una nota característica de sociedades contemporáneas como la nuestra es lo complejo de sus relaciones sociales y, en el proceso de producción de bienes y servicios, la alta especialización de las tareas que componen el proceso de trabajo. Esto implica la distribución de las tareas o competencias entre los miem-

¹¹ ROJAS VARGAS, Fidel. Código Penal 16 años de jurisprudencia sistematizada. Tomo II. IDEMSA. Lima 2007.p.561

¹² ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. p.561.

¹³ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. p.561.

bros del equipo de trabajo. Y como no es posible que una sola persona se haga cargo de todo un complejo proceso de producción (de bienes o servicios, sean públicos o privados) y considerando que, exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno significaría hacer ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de la organización social es la confianza de que cada ciudadano actuará conforme a sus competencias o función en la sociedad.

En ese sentido "...no cabe imputación a la conducta cuando el sujeto obra confiado en que los demás actuarán dentro de los límites del riesgo permitido. Quien realiza un comportamiento riesgoso, en general lícito, actúa confiado en que, quienes participen con él van a actuar correctamente conforme a las reglas preexistentes. Ejemplo el médico cirujano espera que el material quirúrgico que emplea en una intervención, haya sido esterilizado por el personal de sanitario"¹⁴.

Conforme a lo anotado, no cabe atribuir responsabilidad al procesado por delito de colusión cuando éste actuó de acuerdo a sus competencias específicas definidas en la normatividad pertinente y aún así se produjera un perjuicio económico al Estado; pues, de suceder lo opuesto estaríamos frente a una responsabilidad por el resultado (lo que se encuentra proscrito por nuestro ordenamiento penal). El desarrollo del iter contractual implica la intervención de una serie de agentes públicos con funciones claramente definidas y que actúan en diferentes etapas del proceso de adquisición, el principio de confianza nos sirve en estos casos para establecer el grado de responsabilidad de cada interviniente según a si ha cumplido o no con sus funciones, pues si cada funcionario tuviese que controlar, fiscalizar o investigar lo que es de competencia del otro compañero entonces las actividades se paralizarían o devendrían ineficaces.

2.- Imputación objetiva del resultado

Existe unanimidad en la doctrina respecto a que también en esta segunda fase de imputación existe una serie de criterios normativos que permiten realizar el proceso de atribución del resultado a la conducta.

"... de lo que se trata en este segundo escalón de análisis es de explicar el resultado lesivo producido. Solo podrá considerarse el resultado consecuencia de la conducta típica cuando ésta aparezca como el factor causal determinante del resultado"¹⁵.

¹⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit. p. 327

¹⁵ CANCIO MELIA, Manuel. Líneas básicas de la Teoría de Imputación Objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo. Madrid 2001. p.131

Una vez establecida la tipicidad de la conducta colusoria, por haber creado el peligro de perjuicio al Estado infringiendo la normatividad que regula el proceso de adquisición; entonces corresponde identificar si ese perjuicio ha sido a causa de la conducta colusoria ilegal.

Sabemos que el Estado se puede ver afectado en su patrimonio de una serie de formas, y a cada una de ellas le corresponde un delito específico, pero a nosotros nos interesa que ese perjuicio sea producto de la concertación ilegítima

En ese sentido, el texto legal precisa lo siguiente: "El funcionario o servidor público que,... defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose...". Como se aprecia el tipo exige expresamente en su texto que el funcionario defraude al Estado, entendiéndose esto último como el resultado lesivo al bien jurídico patrimonio del Estado. Entonces el fraude al que alude el tipo penal se traduce en el perjuicio o menoscabo patrimonial que sufre el Estado a causa del la concertación ilegal. La defraudación que aquí se exige no debe ser entendida como el fraude del delito de estafa, en la que el engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta constituyen el medio o mecanismo por el que se induce o mantiene en error al sujeto pasivo a fin de que éste realice la disposición patrimonial de sus bienes, lo que finalmente ocasiona el perjuicio.

Como se explicó antes, este delito no podrá ser interpretado como uno de mero comportamiento; ello implicaría trasladar la defraudación al tipo subjetivo y convertirlo en un elemento de tendencia interna. A fin a este criterio es Abanto para el cual el delito se consuma cuando el funcionario público se colude con la finalidad de defraudar. De esta forma puede ser interpretado el artículo 436 del Código Penal Español de 1995, para el que "la acción consiste concretamente en concertarse con los interesados o en usar cualquier otro artificio para defraudar a dicho ente público. En ambos casos se trata de un delito tendencial de mera actividad, que en realidad incluye la represión penal de actos meramente preparatorios, ya que no necesita para la consumación ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude, sino la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) o a la puesta en marcha de ciertos artificios con la finalidad de llevarlo a cabo"¹⁶.

¹⁶ SERRANO BUTRAGENO, Ignacio. Código Penal DE 1995. Comentarios y Jurisprudencia. TIII. Edit COMARES. Granada 1999. p.1735

El delito de colusión se consuma con la producción del menoscabo o perjuicio a los intereses económicos del Estado, de no suceder esto último el delito podrá ser castigado en grado de tentativa, siempre que se acredite la concertación ilegal. Todo lo dicho armoniza perfectamente con el principio de lesividad al exigir el delito la producción efectiva de la lesión o al menos puesta en peligro del bien jurídico, el patrimonio estatal.

Entonces, verificada la relación de riesgo existente entre la conducta y el resultado surge la necesidad de acreditar técnicamente el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado, pero ello forma parte del ámbito, procesal, tarea que corresponde a las normas de Derecho Procesal Penal.

VI.-COLUSIÓN E INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

Si bien es cierto que una infracción administrativa por sí misma no reviste contenido penal, lo cierto es que, en el delito que se comenta, dicha infracción constituye un requisito más o una característica más que se agrega a la conducta típica, la concertación. Además de los elementos del tipo objetivo que configuran todo delito (como son, el bien jurídico, objeto material de la acción, conducta típica, etc.), la conducta típica para que sea tal debe poseer, según la naturaleza del delito de colusión, una característica más, que es la ilicitud de una norma extra penal. Percy García Caverio en su libro "delito de colusión", en las páginas 206, 207 y 208, refiere que la infracción de las normas administrativas de manera alguna podrían formar parte del tipo de colusión, pues esas infracciones solo poseen valor acreditativo, para efectos de la prueba, y no constituyen parte del tipo penal del delito de colusión; continua el autor en esa misma línea afirmando que, no basta la mera violación de estas normas para dar por configurado el delito, pues la infracción puede darse por negligencia o descuido, y es más, una sola infracción o varias no son suficientes para dar por sentado el delito.

Frente a estas afirmaciones diremos que las infracciones administrativas no solo constituyen los indicios por medio de los cuales es posible acreditar la producción de la concertación, sino que son el elemento objetivo, fáctico adicional que se requiere conjuntamente a la concertación para que ésta sea ilegal. Ahora, que la práctica judicial se sirva de las irregularidades administrativas para comprobar la concertación no le resta mérito a su valor como elemento objetivo del tipo, pues no se le debe otorgar únicamente cualidad probatoria, no solo sirven para probar la concertación, sino que forma parte de su construcción en el tipo, aunque éste no lo mencione expresamente, pero sí es posible colegir de su redacción, pues ¿de qué forma se puede perjudicar al Estado, mediante concertación, si no es a través de la utilización de articulaciones o

maniobras que desvirtúen el procedimiento correctamente reglado? solo se perjudicará al Estado trastocando las normas reguladoras del procedimiento de adquisición.

Ahora, sobre la afirmación de si es posible producir perjuicio al Estado infringiendo normas administrativas a causa de una actuación negligente o descuidada por parte de los funcionarios encargados, eso es cierto; pero como ya sabemos, el actuar negligente y doloso del sujeto activo se examina no con criterios de imputación objetiva sino en la siguiente fase que es la de la imputación subjetiva al tipo penal; en esta fase se verifica la concurrencia o no de dolo o imprudencia, entonces si es que el funcionario ha actuado descuidadamente, no tomando en cuenta la regulación pertinente, por ejemplo, se adjudicó la buena pro sin publicación previa, o sin que el ganador de la buena pro haya estado inscrito en registro único de proveedores o cuando las adquisiciones fueron sobre valuadas; todo ello forma parte del tipo objetivo pues el funcionario público que actúa de esa forma crea un riesgo que puede ser evitable, si el funcionario actuó con dolo o sólo fue negligente, eso se analizará con criterios de imputación subjetivos: dolo o imprudencia y no en el ámbito de la imputación objetiva.

Las ejecutorias supremas que se cita a continuación ilustran mejor lo expuesto hasta ahora:

*"Para la configuración del delito de concusión en la modalidad de concertación ilegal con los interesados, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos: a) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, b) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado, c) mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que en la presente causa...se advierte que no ha existido ningún acuerdo ilícito para poder aprovecharse económicamente, advirtiéndose mas bien una responsabilidad de carácter administrativo, en consecuencia la conducta del procesado es atípica, lo que es corroborado con los informes de evaluación contable de la documentación sustentatoria y técnica de la inversión en la ejecución del citado proyecto..."*¹⁷.

La ejecutoria suprema citada, de un lado, reafirma la necesidad que, para la configuración del delito de colusión se requiera de la aparición de sus elementos morfológicos como son la concertación ilegal y el perjuicio patrimonial; por otro lado, señala que

¹⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. Código Penal. 16 años de jurisprudencia sistematizada. Tomo II. IDEMSA. Lima 2007. p. 559

no ha existido conducta típica, acuerdos colusorios, sino más bien irregularidades administrativas lo que daría lugar a responsabilidades a ese nivel. La resolución suprema reafirma lo ya explicado, en el sentido que no basta la existencia de un cúmulo de infracciones a las normas administrativas o de irregularidades en el trámite para tener por configurado el delito es necesario verificar éstas sean producto de una concertación previa entre los intervinientes, funcionarios competentes y particulares.

*"El delito de colusión fraudulenta exige necesariamente la producción de un fraude a la hacienda pública, no siendo suficiente la realidad de una vinculación indebida con funcionarios públicos y el hecho de haber vendido productos y efectuado servicios, en tanto que no aparezca acreditada, entre otros, medios fraudulentos, sobrevaluaciones o ventas de servicios inexistentes o innecesarios, por lo que esta carga carece de contenido penal"*¹⁸.

La ejecutoria suprema señala que mientras no aparezca acreditada la concurrencia de hechos fraudulentos, como por ejemplo, sobrevaluaciones o venta de servicios inexistentes, (lo que implica la violación sistemática de regulaciones administrativas) no podrá darse por afirmado el perjuicio patrimonial. Ello demuestra no solo el valor acreditativo que se le endilga a la concurrencia de irregularidades en el procedimiento de contrataciones estatales, sino también su valor como elementos morfológicos del tipo objetivo del delito en comentario.

*"No se ha acreditado en autos que el proceso de licitación haya infringido los lineamientos establecidos por la Ley de contrataciones y Adquisiciones, pues conforme a su reglamento son responsables del contenido de las declaraciones juradas las personas naturales o los representantes de las personas jurídicas que las suscriben, máxime si tampoco se ha demostrado que los miembros de la comisión de licitación, al momento de otorgar la buena pro, hubieran conocido los impedimentos de la empresa contratista"*¹⁹.

*"De haberse realizado las adquisiciones de acuerdo a la Ley del Presupuesto vigente para ese año y al Reglamento de Adquisiciones de Bienes y Servicios no personales, que permitía la adjudicación directa, no probándose que haya existido concertación con la empresa vendedora ni tampoco trasgresión de las normas de austeridad, la sentencia que absuelve a los acusados se halla conforme a la ley"*²⁰.

¹⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. p. 560

¹⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. p. 565

²⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. p. 566

Como se aprecia del texto de las dos ejecutorias supremas citadas, es de resaltar que, la concertación para ser ilegal debe ser transgresora de las normas que regulan los actos de contratación pública, pues no solo poseen valor probatorio como meros indicios que demuestran la concertación, en un caso determinado, sino que estas contravenciones a las normas extra penales son configuradoras del tipo penal.

CONCLUSIONES

- * El delito de colusión ilegal es un delito de resultado.
- * Los dos elementos característicos del delito son la concertación ilegal y la defraudación patrimonial.
- * La conducta típica está dada por la concertación ilegal. Ésta consiste en el acuerdo o convenio clandestino, llevado a cabo entre el funcionario público y el particular, generalmente en procura de un beneficio patrimonial. Para que esta concertación sea típica debe ser generadora de un riesgo prohibido por el ordenamiento jurídico. El riesgo prohibido se crea al infringir la normatividad reguladora del procedimiento o de los actos de contratación pública de bienes y servicios para el Estado (por ejemplo, el TUO de la ley de Contrataciones y adquisiciones del Estado y su reglamento). Es decir, la conducta típica deberá ir acompañada de un elemento particular y objetivo del tipo penal que es la infracción de normas extra penales. El ámbito o escenario en el que se llevan a cabo estos delitos, procesos de selección (licitaciones o concurso de precios) o contrataciones públicas, necesariamente conlleva al cumplimiento de una serie de regulaciones cuya inobservancia ya es causal de un probable perjuicio. Ahora, que éste perjuicio se haya generado por inoperancia, desconocimiento o imprudencia, ya no es materia de análisis del tipo objetivo sino mas bien pertenece al ámbito de la tipicidad subjetiva.
- * El riesgo jurídicamente desaprobado, originado por la conducta colusoria, debe de materializarse en el resultado, que la norma penal describe en el tipo y lo denomina "defraudación", que no es otra cosa que el perjuicio o menoscabo patrimonial que sufre el Estado.
- * No es suficiente comprobar la existencia del perjuicio patrimonial si éste no es ocasionado por medio de conductas colusorias