

## El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión

Raúl Ernesto MARTÍNEZ HUAMÁN

Máster en Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad de Málaga

Resumen: En el siguiente artículo el autor realiza un análisis de las distintas posiciones que existen sobre el bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión (art. 384° del CP), para ello parte por establecer la problemática del mismo, así como metodología que asume sobre la concepción del Derecho penal en su conjunto, siendo que a partir de ahí desarrolla un breve análisis del bien jurídico, asumiendo una posición que lo protegido es la expectativa normativa de conducta de que los intervinientes (funcionario y particular) en los procesos de contratación pública no abusarán de sus facultades o incumplirán sus deberes -que emanan de su participación en el proceso administrativo-, a través de la concertación ilícita, para procurar defraudar al Estado.

### I. INTRODUCCIÓN

El contexto social en que actualmente vivimos y las, cada vez mayores, demandas al Estado de satisfacer las necesidades básicas y primordiales de sus ciudadanos (construcción de carreteras, inversión en la educación, salud, etc.) a través de la administración pública, hacen que la sociedad exija al mismo un control más eficiente y una respuesta más enérgica sobre los actos de corrupción que se desarrollan dentro de la administración; específicamente en el ámbito de los procesos de contrataciones públicas al ser uno de los espacios más sensibles y donde mayor incidencia de corrupción existe<sup>1</sup>. Ello se debe a que la contratación pública es uno de los ámbitos donde mayor presupuesto público se introduce, lo que hace que los agentes corruptos focalicen sus actuaciones en la misma. Tales conductas afectan gravemente, además del patrimonio estatal, a la estabilidad de las instituciones públicas, lo que repercute en la conservación de la configuración del Estado. En ese sentido, se aprecia que la sociedad reclame al sistema penal -incluyendo en el mismo sus mecanismos de prevención y represión- una actuación más eficaz sobre los posibles actos desleales de los funcionarios o servidores públicos en sus funciones vinculadas a contrataciones de bienes o servicios -sean para o dados por el Estado- con terceros.

Así, el patrimonio estatal es gestionado por los funcionarios o servidores públicos, los cuales tienen como competencia básica administrar el patrimonio del Estado de acuerdo a los márgenes establecidos en sus respectivas normatividades, a fin de alcanzar las metas instauradas en su respectivo sector, que no es otra cosa que la de generar bienestar en los ciudadanos. Por ello, el funcionario o servidor ocupa un papel primordial dentro de la estructura del Estado, al tener que administrar de manera leal el patrimonio del mismo, en

---

· Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular de Lima. Ex integrante de la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. Miembro fundador del Instituto de Ciencias Penales *Cesare Beccaria*. Becario de la AUIP.

<sup>1</sup> Sobre el desarrollo del mismo véase a MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. Corrupción en el Perú: ¿Es la contratación pública el ámbito donde más se desarrolla la corrupción? En Estudios de Política criminal y Derecho penal. Actuales tendencias. GASPAS CHIRINOS, Ángel y MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. Lima, Gaceta jurídica, 2015. pp. 383 y ss.

el marco de la contratación de bienes o servicios. Sin embargo, y esto se está dando de manera cada vez más intensa, existen ocasiones en que los funcionarios, abusando de las facultades concedidas, se conciertan con los interesados en las contrataciones, y celebran acuerdos desventajosos y dañinos para el Estado, que son de tal magnitud que ponen en peligro la existencia misma de la institucionalidad y del rol del Estado. En tal sentido, se afecta los principios por los cuales el Estado se rige en el marco de contrataciones de bienes o servicios como son la transparencia, la promoción del desarrollo humano, la eficiencia, entre otros. Es por ello que el legislador penal, consciente de la trascendencia actual de la administración del patrimonio del Estado, ha tipificado como delito la conducta del 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 se concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismos del Estado. Así tenemos que la indicada conducta se encuentra regulada en la legislación peruana en el art. 384 CP (colusión). Sin embargo, la aplicación del tipo penal por parte del sistema de justicia penal es escasa<sup>2</sup>, debido a los vacíos encontrados en los alcances interpretativos de los elementos del tipo, situación que se agrava si tenemos en cuenta que el delito en estudio no ha sido investigado convenientemente por la doctrina penal. Todo lo cual ha generado que no se puede establecer de manera acertada el límite del delito de colusión frente a otros delitos, como el cohecho, negociación incompatible, tráfico de influencias, peculado y estafa. Tampoco se ha establecido la relevancia del comportamiento del interesado para la configuración del delito; entre otras dificultades interpretativas encontradas. Consideramos que todas estas dificultades parten por no contar con una referencia al bien jurídico protegido, elemento que sin lugar a dudas sirve como instrumento interpretativo de los elementos que conforman el delito de colusión, por lo que resulta necesario establecer el bien jurídico protegido penalmente. Toda esta situación, sin lugar a dudas, legitima realizar un estudio sobre el delito de colusión, cual es la misión del presente trabajo.

En ese sentido, con carácter previo al análisis del fenómeno de la corrupción, resulta necesario establecer la metodología de investigación a utilizar (nuestra concepción del Derecho penal), punto necesario para comprender mejor las interpretaciones que sobre los distintos elementos del delito se hagan en el presente estudio, después de realizar ese análisis pasaremos a examinar -dogmáticamente- el bien jurídico penalmente protegido por la norma penal.

## **II. PROBLEMÁTICA DE LA COLUSIÓN Y EL BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO**

---

<sup>2</sup> Según información de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN), en el año 2013 se emitieron a nivel nacional 59613 sentencias condenatorias, de ellas 1548 personas fueron sentenciados por casos de corrupción (3%). De las personas condenadas por corrupción sólo el 3.7% obtuvieron sentencias condenatorias con penas privativas de la libertad (188 casos). Es decir que se aprecia del sistema penal un trato preferencias para personas condenadas por delitos que tienen penas muy elevadas como es el caso de la corrupción. De las personas reclusas en los penales por delitos de corrupción, 500 casos, *tenemos que la colusión, a pesar de contar con penas graves, solo representa el 7% del total de casos (35 casos)*. Véase el Boletín del CAN N° 3, Julio 2014. <http://can.pcm.gob.pe/category/boletin/>

En la actualidad, es aceptado mayoritariamente que la configuración del Estado nace de un contrato social, por medio del cual faculta a los gobernantes para que ejerzan un poder sobre todos dirigido a alcanzar el bienestar común. Ahora bien, el poder concedido no se encuentra al libre albedrío de quienes administran el Estado y sus instituciones -gobierno de turno-, sino que cuenta con una serie de límites y controles para asegurar la adecuada gestión del mismo, con el objetivo de que no se generen espacios de abuso de las facultades concedidas que puedan degenerar, entre otros fenómenos, en actos de corrupción. Sin embargo, muchas veces los controles no tienden a ser los más adecuados, debido a que se carece de los medios administrativos necesarios. Ello, básicamente, porque quienes tienen el poder de decidir sobre los medios son justamente los agentes que van a ser controlados: El funcionario público (presidente, ministros, congresistas, etc.). Es por eso que la corrupción tiende a ser un tema muy sensible, pues se exige de quien tiene el poder que establezca políticas públicas serias -tanto preventivas como represivas- para la erradicación de la corrupción. En tal sentido, la corrupción pública es, sin lugar a dudas, un fenómeno social, económico, político y jurídico que afecta gravemente a la sociedad en su conjunto. La afectación no se limita a las instituciones que forman parte del Estado, sino que incide sobre la conservación misma del modelo político que asume cada sociedad en un momento dado. Así se tiene que la sociedad -a través de sus distintos mecanismos de selección- ha confiado al funcionario público la gestión de los distintos recursos con que cuenta el Estado (económico, judicial, etc.), adquiriendo como contrapartida el cumplimiento de determinados deberes; así por ejemplo en caso de decisiones sobre alguna controversia se le exige al funcionario una actuación imparcial; o en el caso de gasto de recursos económicos se le exige al funcionario un adecuado manejo del patrimonio estatal; entre otros deberes. Es decir, se tiene el *sinálagma*: poder-deber. Esta situación se diferencia claramente de otras que pueden existir en el ámbito privado (p.e. administración desleal del patrimonio de una persona jurídica privada), dada la repercusión que las decisiones que se toman en la administración pública tienen para la sociedad.

Actualmente, el debate sobre el delito de colusión aumenta poco a poco debido a la importancia que alcanza dicho delito como sustento de represión de los delitos cometidos en el ámbito de la administración pública, específicamente a nivel de las contrataciones<sup>3</sup>. Sin embargo, al recién comenzar un análisis más profundo de cómo la doctrina abarca el tema, se aprecia fácilmente que hay muchas discrepancias. Así tenemos, que existe en la doctrina un debate sobre cuál sea el bien jurídico a proteger: algunos consideran que lo que se protege con el derecho penal es la objetividad e imparcialidad de la actuación de la administración pública en el ámbito de la actuación de las contrataciones públicas<sup>4</sup>, en tanto

---

<sup>3</sup> Ya en 1998, CATALÁN SENDER, Jesús, hacía hincapié sobre la escasa atención que se daba a la figura delictiva de fraude funcionaria (colusión en el Perú), a pesar de la importancia de la misma en los delitos contra la administración Pública. Del citado autor: *Nuevos perfiles del delito de fraude funcionarial en el Código Penal de 1995*, en: *Actualidad Penal*, n.º4, 1998, p.71. Igualmente lo menciona JAREÑO LEAL, Ángeles, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Madrid, Ed. Iustel, 2011, pp. 17 y 18; asimismo, Marta FERNÁNDEZ CABRERA manifiesta una carencia de atención por parte de la doctrina y el sistema penal en la lucha contra la corrupción en las contrataciones públicas. De ésta autora: *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos tras la LO 5/2010*, en: *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca (en prensa), pp. 1 y 2.

<sup>4</sup> Así, HURTADO POZO, José, *Corrupción y derecho penal*, disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechObenal/assets/files/articulos/a\\_20140608\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechObenal/assets/files/articulos/a_20140608_02.pdf), p. 6; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Fraudes y exacciones ilegales*, en: *Sistema de derecho penal español. Parte especial*, Madrid,

que otros autores establecen como bien jurídico el prestigio de la administración pública<sup>5</sup>. También encontramos autores que señalan al patrimonio del Estado como el bien a proteger<sup>6</sup>; o a otros que afirman desde una posición funcionalista normativista que lo protegido por la norma penal es el “deber positivo del funcionario público de disponer de patrimonio administrado en beneficio del Estado”<sup>7</sup>. Como se puede apreciar, ya en el primer nivel de análisis encontramos discrepancias excesivas, que reproducirán esos efectos en los otros elementos del delito.

En suma, la justificación del presente trabajo de investigación nace de la importancia que actualmente ocupa para el Estado y la sociedad el adecuado desarrollo de las actividades de la administración pública en las contrataciones públicas. Lo que se pretende aportar a la doctrina penal y a los actores del sistema de justicia penal en el ámbito de la corrupción es una interpretación que sea consistente en sus bases metodológicas y acorde con la realidad social actual. Así se suministrará a los operadores jurídicos un instrumento de interpretación que les permita aplicar el tipo penal de acuerdo a los fundamentos del delito de colusión, colmando los vacíos de conocimiento que sobre el mencionado delito existe en nuestra doctrina.

### III. MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN

#### A. Control social y Derecho penal

Modernamente es aceptado por la doctrina mayoritaria que el Derecho penal viene a ser un subsistema más dentro del sistema *control social*<sup>8</sup>, así se puede mencionar a otros subsistemas como la escuela, la familia, el trabajo, etc. Es decir, se parte por entender que el Derecho penal pertenece al sistema del control social. Señalado este primer punto, debemos referirnos a cuáles la dinámica del control social, para de esta forma derivar el

---

Dykinson, 2011, pp. 987 y 988; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Código penal. II. Parte especial*, Granada, Comares, 2010. p. 1175; SÁNCHEZ OCAÑA, Roberto, *De los fraude y exacciones ilegales*, en: Jacobo LÓPEZ DE QUIROGA y Luis RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), ÁLVAREZ GARCÍA, Javier & AAVV., *Código penal comentado*, Madrid, Akal, 1990, p. 734.

<sup>5</sup> Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delito de colusión según la Ley n.º 29758*, en: Gaceta penal y procesal penal, t. 29, nov., Lima, Gaceta Jurídica, 2011, p.135; RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Joaquín, *Fraudes y Exacciones ilegales*, en: RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (dir.), *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*, 3ra. ed. Madrid, La Ley, 2009. p. 1263.

<sup>6</sup>SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso, *Derecho Penal: Parte Especial*, 11ª ed., Madrid, Dykson, 2006, p.830; MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Delitos contra la administración pública*, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 8ªed., Navarra, Thomson Reuters, 2009, p.1750; ALCÓCER POVIS, Eduardo, *El engaño y el perjuicio en el delito de colusión desleal. ¿Elementos del tipo penal?*, en: Jus Jurisprudencia, dic., 7, Lima, Grijley, 2007, p. 128.

<sup>7</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *El delito de colusión*. Lima, Ed. Grijley, 2008. p. 22. BUENDÍA VALENZUELA, Juan Paulino. *El delito de colusión desleal. ¿delito de peligro o de resultado?* [blog.pucp.edu.pe/media/avatar/964.doc](http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/964.doc) p. 9.

<sup>8</sup> Así, Díez RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español. Parte general en esquemas*. 2da. Ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009. p. 17. Igualmente, MUÑOZ CONDE, Francisco. “Lo que diferencia al Derecho penal de otras instituciones de control social es simplemente la *formalización* del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad prObios de otros sistemas del control social”. *Derecho Penal y Control Social*. Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985. p. 16.

papel del Derecho penal en el marco global del control social. Tenemos que la dinámica del control social es la de garantizar el *orden social*, a través de la vigencia de expectativas de conductas básicas para la sociedad<sup>9</sup> (institucionalizadas o no), necesarias para la interrelación social, pues establecen objetivamente cual es el marco normativo por el cual se rige una determinada sociedad (y con ella sus integrantes), lo cual, a su vez, permite como primer punto contar con la expectativa de conducta que uno tiene sobre los demás, y además -fundamentalmente- la expectativa que los demás tienen sobre el comportamiento de uno en sociedad. En tal sentido, en caso uno incumpla la expectativa que los demás tienen sobre él (lesión de la expectativa), el sistema social procesa dicha infracción, y si llega a establecer (procesar) que dicha infracción le es imputable, reacciona con la aplicación de una sanción, a fin de restablecer la expectativa defraudada, y emitir el mensaje social de que la expectativa correcta es la que se tenía sobre el actuar del infractor. En dicho marco obtenemos que, los elementos que conforman esta dinámica son: La *norma*, el *procedimiento* y la *sanción*<sup>10</sup>. De estos últimos elementos tenemos que la sanción tiene como función la de reafirmar la vigencia de la norma frente a todos sus destinatarios<sup>11</sup> y evitar así su olvido como pauta de conducta social. Además, como señala José Luis Díez RIPOLLÉS estos elementos son irrenunciables en toda sociedad<sup>12</sup>.

La dinámica del control social se refleja también en sus otros subsistemas, por ejemplo en el caso de la familia, el hijo de 12 años que incumpla con la expectativa que se tiene sobre él de no beber alcohol será -previo proceso (verificación: acto y atribución del acto)-sancionado por los padres a través de la restricción de salidas los fines de semana o la disminución de la mesada, sólo de esta forma la expectativa de no beber de los hijos a una determinada edad continúa vigente en la familia (en sí nunca la pierda, sólo se trata desautorizar la conducta particular<sup>13</sup>), y por ende los demás hijos conocen de la expectativa que se tiene sobre ellos.

En el caso del derecho penal, debido a su elevado grado de formalización, la dinámica es mucho más compleja; pero al fin y al cabo se desarrolla de la misma forma. En tal sentido, tenemos que la dinámica *formal* (institucionalizada) del control social se encuentra en el sub-control social Derecho penal. Cabe señalar, que las expectativas inmersas en el Derecho penal no poseen contenido material por el solo hecho de encontrarse en ese sub-control social, es decir no de por sí le da *legitimidad* (validez) para interferir en el ámbito de libertad de las personas. Para establecer si determinadas expectativas son legítimas tenemos que precisar de dónde se deriva dicha legitimidad. En tal sentido, existe un gran sector doctrinal que establece que sólo aquellas expectativas que se encuentran identificadas en la Constitución Política podrán ser legítimamente protegidas, pues el cuerpo normativo antes referido es la norma -o normas- básica donde se sintetiza el consenso mínimo de convivencia de todas las personas que forman parte la sociedad. Así

---

<sup>9</sup> Así Díez RIPOLLÉS, José Luis. *La contextualización del bien jurídico protegido*, en: *Política criminal y derecho penal -Estudios-*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. 2da Ed. p. 17.

<sup>10</sup> Vid. *Ibidem*. p. 17.

<sup>11</sup> Vid. Díez RIPOLLÉS, José Luis y GIMÉNEZ-SALINA I COLOMER, Esther (Coord.). *Manual de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General*. Guatemala, Librerías Artemis Edinter SA, 2001. p. 4.

<sup>12</sup> Díez RIPOLLÉS, José Luis. (2009) p. 17.

<sup>13</sup> Con ello queremos señalar que la expectativa social (norma) se mantiene vigente como regla de conducta social, y que la misma nunca estuvo errada, sino que el error se encuentra en el sujeto que la infringió.

p.e. si en una sociedad esclavista se establece como norma constitucional, por necesidad para el funcionamiento de la sociedad (convivencia), que se encuentra prohibido (expectativa) las relaciones sentimentales entre ciudadano y esclavo, el Derecho penal habrá de proteger la expectativa mencionada, pues resulta funcional para dicha sociedad.

Al respecto, compartimos las críticas señaladas por el profesor José Luis Díez Ripollés, en el sentido de que derivar de la Constitución la legitimidad de las normas sociales tiene como gran debilidad la ignorancia de la complejidad y mutabilidad de la sociedad, más aún en un contexto como el actual<sup>14</sup>. Más idóneo para establecer la legitimidad de las expectativas a proteger penalmente consideramos al criterio de las convicciones generales históricamente establecidas, mediante el cual se determina en una sociedad concreta el grado de evolución histórica de su racionalidad, siendo por ello mucho más dinámica y acorde a las necesidades sociales en un momento histórico, a diferencia de lo que sucede con la Constitución. Una muestra de ello es la pena de muerte (establecido en la Constitución peruana en su art. 140) que si bien pueden estar formalmente en el mencionado cuerpo normativo, la misma constituye una *falla estructural* de nuestro sistema jurídico<sup>15</sup>, con ello se quiere decir que el grado de evolución histórica alcanzada -su identidad normativa- por las sociedades actuales no lo legítima. Así, ya pasaron los tiempos en que la sociedades occidentales hacían uso de la pena de muerte como mecanismos de “solución” ante los conflictos sociales. Por ello, como señala José Antonio Caro John: “dicha reforma sólo operaría en la letra de la Constitución Política, mas no en el espíritu de la Constitución Histórica<sup>16</sup>”, pues la exclusión de la pena de muerte ha sido alcanzado por la sociedad actual como resultado de un largo proceso histórico, dónde ha costado mucho esfuerzo consolidarla. Ahora bien, sin lugar a dudas poder colegir la identidad normativa vigente en nuestra sociedad es muy difícil de conseguir, considerando por nuestra parte que ello se conseguirá, y siguiendo en este aspecto al profesor José Luis Díez Ripollés, con el *criterio democrático o de las convicciones generales*<sup>17</sup>.

## **B. Sobre el bien jurídico y las expectativas normativas**

Establecido la identidad normativa vigente en nuestras sociedades actuales, y determinado con ello las expectativas por las cuales se hace posible el desarrollo de los contactos sociales legítimos, debemos continuar con la dinámica del control social. En tal sentido, al Derecho penal le interesan las expectativas, pero sólo aquellas que se encuentran institucionalizadas y derivadas de las convicciones generales históricamente establecidas en

---

<sup>14</sup> Así Díez Ripollés, José Luis. (2009) p. 22. Igualmente, Díez Ripollés, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Madrid, Ed. Trotta, 2003. Señala textualmente: “En suma, las tesis constitucionalistas ignoran la complejidad y mutabilidad de las actuales sociedades, así como la pluralidad de frentes sociales a los que se ha de atender, datos ambos que no se pueden pasar por alto aun cuando se parta de un escrupuloso respeto de los principios de lesividad, esencialidad o fragmentariedad, y subsidiariedad del derecho penal. Proponen un modelo rígido de sociedad, escasamente dinámico o, todo lo más, sometido al arbitrio de las interpretaciones judiciales, en una nueva versión del fenómeno de judicialización en otro lugar estudiado”. p. 182.

<sup>15</sup> Así lo señala Caro John, José Antonio. *Pena de muerte: una práctica estatal ilegítima y anticuada para nuestros tiempos*, en: *Normativismo e imputación jurídico-penal*. Lima, Ara ed., 2010. p. 351.

<sup>16</sup> *Ibidem*. p. 353.

<sup>17</sup> Sobre el desarrollo de tal postura véase ampliamente Díez Ripollés, José Luis (2003). *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Madrid, Ed. Trotta, 2003. pp. 183 y ss.

su sociedad. Éste es el marco sobre el cual funciona el Derecho penal, y el control social en general. Por ello, no logramos comprender el corte que tienden a realizar muchos autores a la hora de introducir al bien jurídico como base de la protección jurídico penal, cuando ya se ha señalado que la dinámica del control social se funda en expectativas sociales<sup>18</sup>. Ya se ha mencionado que el Derecho penal lo que protege son las expectativas institucionalizadas más relevantes para el desarrollo de la persona en sociedad, y no bienes (jurídicos). Pues lo que resulta importante en sociedad es la comunicabilidad que se pueda alcanzar en la misma, y ello sólo se logra con las expectativas normativas que permiten a los ciudadanos contar con el “mapa” social vigente, los cuales dan sentido a los bienes que se encuentran en la sociedad. Por ello, lo relevante es el sentido comunicativo vigente en una sociedad, la misma que está plasmado en su identidad normativa, y no en bienes. Lo antes indicado queda validado con algunos ejemplos como: La vida, el Derecho penal no interviene porque la vida desaparezca por cuestiones de edad o por una catástrofe natural, sino sólo ante expectativas de conductas de que las personas no le quitaran la vida a otra persona de forma ilegal o, p.e., el Derecho penal no interviene ante el deterioro que puedan tener los bienes por cuestiones del transcurso del tiempo, sino ante la expectativa que se tiene de que los ciudadanos no organizarán su espacio libertad, de tal forma que de su administración defectuosa se derive una lesión a la libertad de gestión que tiene una persona sobre sus bienes. Además, en el CP los tipos penales están configurado muchas veces no como lesión efectiva de bienes, sino en base a estadios previos a lesión del bien<sup>19</sup>, ello porque para las sociedades actuales lo que resulta relevante no es el bien en sí, sino la expectativa de conducta de las personas sobre la no afectación de la libertad de administración que tienen los ciudadanos sobre su bienes. En ese sentido, el criterio de legitimidad de la norma jurídica, y objeto de cada tipo penal del CP, aparece como una cuestión vinculada a la configuración de cada sociedad en concreto (identidad social), y no vinculada a determinados bienes jurídicos. Como señala Bernd MÜSSIG, “el Derecho penal es garantía del Derecho en cuanto estructura de la sociedad<sup>20</sup>”. Por ello, cada tipo penal debe partir por estar vinculado a la función social de la norma, como punto de referencia legitimador primario, y no ya a la protección de bienes jurídicos en cuanto bien, sino en cuanto a su vinculación con la configuración social.

Por lo tanto, no se proteja el bien jurídico como intereses descontextualizado, sino una expectativa en un contexto dado. No se protege el patrimonio a secas, sino la expectativa de que un tercero no se organizará -su libertad- de forma defectuosa para afectar en ámbito de libertad de un tercero, afectando así la disposición que este tercero tiene para con su ámbito de libertad, específicamente en la gestión de su patrimonio.

Por otro lado, tenemos que el Derecho penal no puede *proteger* bienes jurídicos, porque su intervención no tendría razón de ser, ya que cuando aparece el Derecho penal los bienes ya están lesionados o puestos en peligro, no pudiendo restituir el bien al estado anterior al

---

<sup>18</sup> Indica ya la crítica Bernd MÜSSIG al señalar la falta de toma de tierra de la teoría del bien jurídico hacia la teoría social. En *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, en: Revista de derecho penal y criminología UNED, 2da. Época, N° 9. Madrid, Marcial Pons, 2002. p. 171.

<sup>19</sup> Así lo menciona MÜSSIG, Bernd. Ob. cit. p. 169.

<sup>20</sup> *Ibidem*. p. 172.

delito<sup>21</sup>; por citar un ejemplo, el caso del asesinato de una persona, el Derecho penal aparece después de ocasionada la muerte; perdiendo sustento el carácter preventivo de la pena. Además, existen ocasiones en las que el bien jurídico se lesiona de forma natural. En el ejemplo anterior, pensemos que la muerte no haya sido ocasionada por asesino, sino que la persona murió de forma natural (por su avanzada edad), situación en la cual el Derecho penal no tiene por qué hacer su aparición, ya que nadie ha utilizado de forma defectuosa su ámbito de libertad para ocasionar la muerte de otro, es decir nadie ha infringido el deber genérico de no dañar a los demás.

Es así que, las normas jurídicas permiten la realización de los contactos sociales - interactuando en base a la vigencia de normas-. Cuando una persona defrauda esa expectativa normativa aparece el Derecho penal para re-estabilizarla, es decir la pena no tiene ninguna incidencia sobre el individuo (persona) sino sobre la sociedad, le dice a la sociedad que las normas siguen vigentes, y son por estas normas por donde se deben conducir. Considerando Günther JAKOBS a la vigencia de la norma como el “bien jurídico-penal<sup>22</sup>”.

### **C. La norma configurada como: ¿Expectativa normativa o expectativa cognitiva?**

El tercer ámbito de desarrollo es la de identificar qué expectativa es la que prima en el Derecho penal: la expectativa normativa o la cognitiva. Para tal efecto, ya desde Armin KAUFMANN se partía por establecer que la norma penal tenía que estar configurada conforme al receptor del mismo, cual es un sujeto entendido como ser estructurado ontológicamente, que se maneja en base a un actuar final (psicológico); y por ende la norma debería estar configurada como un imperativo vinculado a las motivaciones concretas del sujeto (un hacer u omitir). Es decir, se parte de comprender la norma como un instrumento de motivación del sujeto, dando primacía a la parte subjetiva de la conducta. Bajo esa lógica el mundo social está compuesto por expectativas cognitivas, es decir sobre qué hará o no un determinado sujeto en base a su *acción final*. Así pues, parte de construir la realidad social sobre un concepto final de acción. Por señalar un ejemplo, en el caso de un sujeto A, al cual un sujeto B le exige que pague la deuda que le tiene, pues le menciona que con dicho pago comprará unas bombas para hacerlas explotar en el Palacio de Gobierno, pues considera que el presidente -bajo el modelo económico liberal- aplica políticas públicas injustas y opresoras para los que carecen de recursos económicos. Teniendo que el sujeto A, consciente de lo señalado por el sujeto B, comparte dicha concepción, y por ello paga en el plazo establecido conforme al contrato de mutuo; siendo que de acuerdo a lo indicado, el sujeto B detona una bomba donde mueren muchas personas. En este ejemplo, bajo la pensamiento de las expectativas cognitivas, el sujeto A resultaría culpable en grado de cómplice del sujeto B por el delito de homicidio; pues el sujeto A actuó con la finalidad de que estallara una bomba. Bajo esta lógica, la construcción de la norma jurídica sería que todo sujeto que actué con la voluntad de que de su actuar se deriven lesiones a terceros, por

---

<sup>21</sup> La crítica de JAKOBS a la doctrina del bien jurídico se centra en la idea de que incluso los bienes jurídicos que han de ser protegidos por el Derecho penal no gozan de una protección absoluta en una sociedad que permite en una medida muy considerable el sacrificio de bienes para posibilitar el contacto social. JAKOBS, Günther. *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional*, en: *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*. Lima, Palestra, 2000. p. 19. y p. 45.

<sup>22</sup> JAKOBS, Günther. Ob. cit. p. 45.



más que objetivamente no se encuentre vinculado a su acción, será responsable del mismo. En concreto, el sentido de la acción social (la intersubjetividad) se reduce a la dirección final que cada sujeto le dé a su actuar (estructura ontológica de la acción), cortando así la verdadera dimensión social del Derecho<sup>23</sup>, como estructura dentro de la dinámica del control social.

Consideramos que la norma no puede ser aprendida en base a la teoría antes referida, sino que debe estructurarse en base a la función propia del Derecho penal dentro del control social<sup>24</sup>. Por ello, la interrelación social no se desarrolla en base a la voluntad (final) de terceros, sino en expectativas establecidas previamente, derivadas de un determinado contexto social. En ese sentido, un sujeto se interrelaciona en base a la expectativa normativa que tiene sobre los demás y, a la vez, en la expectativa que los demás tienen sobre él. Así, en una sociedad abatida por la circulación de vehículos, todo sujeto espera de los demás que no se pasen la luz roja, y como contrapartida sabe que los demás tienen la expectativa que él no se pasará la luz roja. Dando como sentido social de la norma la prohibición de pasarse la luz roja, siendo irrelevante si fue mediante un hacer (apretar el acelerador para pasar la luz roja) o un omitir (haber omitido la desaceleración del vehículo para no pasar la luz roja).

#### **D. Resumen**

El Derecho Penal (sub-control social) existe dentro de una sociedad concreta -sea esta esclavista, feudal, capitalista o comunista- y su función es la de mantener la identidad que la determina a través de la contradicción de las conductas que, a su vez, contradicen -niegan- las expectativas normativas vigentes: la pena contradice el delito<sup>25</sup>. En ese sentido, partimos por considerar que la sociedad no funciona en base a expectativas cognitivas -el que hará o no hará determinado sujeto-, sino sobre expectativas normativas institucionalizada -el deber de no infringir una norma penal por parte de las personas-. Ello permitirá que la sociedad funcione como tal y no se quede estancada en base a deseos de los particulares. Más aún, si se observa que la sociedad actual se caracteriza por la complejidad de sus contactos sociales, en la cual las personas no entran a tener un contacto directo a la hora de relacionarse, sino un contacto <<indirecto>> -anónimo- (p.e. la compra-venta de un bien por vía electrónica). En ese sentido, la persona es aquel titular de derechos y deberes, y para el Derecho penal destinatario de expectativas normativas, es decir de deberes. Por lo tanto, la persona está configurada por lo social, es una construcción

---

<sup>23</sup> *Ibidem.* p. 179.

<sup>24</sup> La relevancia cada vez menor que JAKOBS atribuye a la relación interna entre el autor (potencial) del hecho y la norma, cuestión central para el finalismo (y en especial para su orientación más radicalmente imperativista), y su preocupación, paralelamente creciente, por la significación social de la vigencia de las normas y de su quebrantamiento, ya que una concepción imperativista de la norma deja de lado por completo el sentido que da la sociedad, es decir su significado social, siendo el injusto simplemente un presupuesto de reproche moral. PEÑARANDA RAMOS, Enrique y AAVV: “que la norma infringida continúa siendo, pese a su quebrantamiento, la regla de comportamiento en que se puede seguir confiando”. *Un Nuevo Sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación*. Lima, Grijley, 1998. p. 17

<sup>25</sup> Sobre el particular Vid a JAKOBS, Günther. *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional*, en: *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*. Palestra, Lima. pp. 19 y ss. Asimismo a LESCH, Heike-Hartmut. *Injusto y culpabilidad en el derecho penal*, en: Cuadernos de conferencias y artículos N° 27. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001. p. 18

social<sup>26</sup>. De esa manera, los criterios de imputación a utilizar en el presente trabajo son los normativos, partiendo de entender a la persona como destinatarios de las normas, dejando de lado los criterios ontológicos -voluntad-. Y ello básicamente porque si queremos existir como sociedad, y una tan compleja como la actual, tenemos que partir por establecer desde un inicio cuales son las normas (expectativas normativas) por la cuales deberán regirse todos aquellos que quieran pertenecer a nuestra sociedad, las cuales a su vez permitirán que todos los integrantes de la sociedad conozcan cuales son los alcances y límites de sus derechos y deberes. Sólo en ese sentido, uno podrá ser verdaderamente libre y disfrutar de esa libertad.

Todo lo antes desarrollado nos va a servir para el análisis del bien jurídico, lo cual pasamos a desarrollar.

#### IV. BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO

A continuación desarrollaremos un análisis del bien jurídico penalmente protegido, lo que nos permitirá un mejor desarrollo metodológico de nuestro tema de investigación, pues el estudio de cualquier tipo de la parte especial del Código penal debe comenzar por saber cuál es el bien jurídico penal a proteger, pues gracias al mismo sabremos que conductas son idóneas y cuales no para ponerla en peligro o dañarla<sup>27</sup>. Es así, que el bien jurídico penalmente protegido nos permite contar con una valiosa herramienta hermenéutica, que nos servirá como guía (*telos*) de comprensión de los alcances de los elementos constitutivos de delito de colusión, para así poder contar con un resultado más razonable y correcto, brindando una mayor seguridad jurídica; y por ende, dando certeza en los márgenes de actuación de libertad de los ciudadanos, haciendo una convivencia social más saludable<sup>28</sup>. Sin embargo, para el caso de los delitos de corrupción, existe en la doctrina una elevada dificultad a la hora de determinar el bien jurídico a proteger; tal es el grado del inconveniente que muchos autores evitan establecer el bien jurídico penalmente protegido o peor aún aceptan de forma indiferente posiciones que distan de lograr un auténtico bien jurídico<sup>29</sup>. Es por ello, la necesidad de partir por determinar el bien jurídico penalmente protegido, pues sin la misma no podríamos continuar, de forma coherente, con el análisis de los demás elementos de delito de colusión<sup>30</sup>.

##### **A. Bien jurídico como deber de lealtad y probidad del funcionario**

---

<sup>26</sup> Ampliamente JAKOBS, Günther. *La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal*, en: *Los desafíos del derecho Penal en el siglo XXI*. Lima, Ara Ed., 2005. pp. 95 y ss.

<sup>27</sup> Vid, en este sentido, GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit. p. 29.

<sup>28</sup> Sobre los alcances de la interpretación de los preceptos penales a partir del bien jurídico; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho Penal*, en: *Estudios de filosofía en derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 370 y pp. 390-391.

<sup>29</sup> Así lo indica DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, en: *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2º Época, n° 17. Madrid, UNED, 2006. p. 82.

<sup>30</sup> En el mismo sentido, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Corrupción y delitos contra la administración pública*, en: *Fraude y corrupción en la administración pública*. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y AAVV. Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2002. Así señala que "El bien jurídico es un instrumento fundamental en la teoría del delito, pues permite determinar el objeto de referencia de la lesión o el peligro que debe exteriorizar toda conducta delictiva". p. 16.

Esta posición parte de realizar su análisis sobre administración pública desde una perspectiva intramuros; es decir, desde la funcionalidad interna de la misma<sup>31</sup>. Así, considera que la administración pública deposita en el funcionario una confianza en la gestión de determinados recursos públicos, la misma que queda plasmada en una serie de deberes para con la Administración<sup>32</sup>. Aquí el vínculo puede ser graficado de la siguiente manera: Funcionario-Administración; lo cual ha generado que muchas veces se nombre de distintas formas esta relación para hacer referencia al mismo bien tutelado: fiel desempeño del cargo, la incorruptibilidad del funcionario, infracción de deber o la fidelidad, lealtad o probidad en el cargo<sup>33</sup>.

En ese sentido, lo que se protege es la vigencia y preservación de los deberes de lealtad<sup>34</sup>, y en algunos casos profesionalismo<sup>35</sup> o probidad, del funcionario. Posición que fue asumida en su momento por el Tribunal Supremo español, al indicar que la protección del bien jurídico está direccionando al “interés de la administración pública, más moral que patrimonial, en preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver<sup>36</sup>”. Con ello se quiere decir que la norma penal está direccionada al mantenimiento del lazo Administración-funcionario, en que dicho vínculo no se quebrante con la inobservancia por parte del funcionario en el cumplimiento de sus deberes. Así, ya a nivel administrativo se observa que en los reglamentos internos se exige del funcionario una actuación honesta para con la administración<sup>37</sup>; y que en cada acto vinculado a la contratación pública, vele por una actuación proba y leal<sup>38</sup>; p.e., que en los distintos procesos de licitación, el

---

<sup>31</sup> En España tenemos a varios autores que asumen esta perspectiva como p.e. Abraham CASTRO MORENO, quien considera como bien jurídico primario, en el delito de fraude funcional (colusión), al deber de lealtad y probidad funcional. *Fraudes contractuales y exacciones ilegales. Adaptado a la LO 5/2010, de 22 de junio*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. pp. 16-17. Igualmente, ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, Xabier. *Fraudes y exacciones ilegales*, en: *Delitos contra la administración pública*. ASÚA BATURRITA, Adela (ed.). Bilbao, Ediciones del Instituto Vasco de Administración Pública, 1997. p. 209. En Perú, comparte este planteamiento y considera que es tendencia mayoritaria en la doctrina, BENDEZÚ BARNUEVO, Rocci Fiorella. *El delito de Colusión: Un tratamiento desde la óptica extranjera y nacional y sus componentes típicos*. [www.RedJus.com](http://www.RedJus.com) p. 6. En contra de esta posición, al considerarla discutible, JAREÑO LEAL, Ángeles. Ob. cit. n.p. 175, p. 137.

<sup>32</sup> Así lo expresa SÁNCHEZ OCAÑA, Roberto. *De los fraude y exacciones ilegales*, en: *Código penal comentado*. LÓPEZ DE QUIROGA, Jacobo y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Coord.). Madrid, Akal, 1990. p. 734. CARDONA TORRES, Juan. *Derecho penal parte especial*. Barcelona, Bosch, 2010. p. 521.

<sup>33</sup> Así también lo considera DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Ob. cit. pp. 93-94

<sup>34</sup> En ese sentido, la sentencia de 16 de mayo de 1990 [LA LEY 2426/1992]), citada por RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Joaquín. *Fraudes y Exacciones ilegales*, en: *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Dir.). Madrid, La Ley, 2009. 3ra. Ed. p. 1263.

<sup>35</sup> Así mencionan Moisés N. PAZ PANDURO y Juana De FÁTIMA ROSAS RUIZ que lo protegido es: “La vigencia y preservación de los deberes funcionales de lealtad y profesionalismo en la representación contractual del Estado, ello debido a que el sujeto activo del delito es el “titular” de la confianza”. *Acerca del momento consumativo y la participación en el delito de colusión desleal*, en: *Normas Legales* T. 364, Vol. 2, Set. 2006. p.171; FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, A. Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Delitos Contra la Administración Pública*. Lima, Ed. Fecat. 2002. p. 284.

<sup>36</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo español, de 14 de mayo de 1994 (RJ 1994/3703).

<sup>37</sup> Al respecto, tenemos en el art. 4. de la Ley de Contrataciones del Estado peruano, aprobado mediante D.L. N° 1017, que establece los principios que rigen las contrataciones, entre ellos el de Moralidad, por el cual se exige del funcionario una actividad honrada y proba.

<sup>38</sup> Señala que existe en la doctrina peruana dicha posición, GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit. p. 20; MARCA ROMERO, Elmer. *Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N° 29758*, en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. T.26. Lima, Gaceta Jurídica, 2011. p. 25

funcionario omite solicitar a una empresa las declaraciones tributarias y documentos relacionados con la experiencia mínima requerida en el sector a contratar, faltando así a los deberes establecidos en su reglamento o en las bases del concurso.

En tal sentido, señalan sus defensores, que esta falta de lealtad y probidad lleva aparejada, en el delito de colusión, una falta de veracidad de la actuación del funcionario en el proceso de los contratos públicos, configurándose así un engaño a la Administración y contradiciendo, por ende, la confianza depositada en él. Por ello, algunos autores requerían para la configuración del ilícito una conducta enmarcada en el engaño a la Administración<sup>39</sup>. De ello se deriva que el injusto penal se encuentra enmarcado en la falta de integridad del funcionario, afectando la confianza depositada en él por parte de la Administración. Existiendo autores que establecen que para la configuración de este ilícito ni siquiera se requiere del funcionario una falta o infracción de sus deberes, sino que sólo se exige la falta de incorruptibilidad<sup>40</sup>, es decir cuestiones más éticas que funcionales; algo muy parecido al tipo de infidelidad de los delitos de administración desleal<sup>41</sup>.

Sobre esta posición del bien jurídico penalmente protegido, ya se han hecho muchas críticas. Así tenemos, que la mera infracción del funcionario a sus deberes no puede acarrear la intervención penal, pues una posición subjetivista del delito (relación funcionario-Administración) no sustenta de legitimidad la participación del Derecho penal, siendo suficiente con la intervención del Derecho Administrativo Sancionador. Así señala R. KAISER: “[...] desde una concepción más moderna la infracción de este deber sólo es decisiva en el Derecho disciplinario<sup>42</sup>”. En tal sentido, partir de una posición limitada a salvaguardar la relación del funcionario y administración, no aporta fundamentos suficientes para la intervención penal, debido a que la misma legitima su intervención a partir de la protección de espacios que tengan repercusión en lo social.

Además, parecen olvidar los partidarios de esta posición que la administración pública tiene como finalidad brindar determinados servicios encaminados a satisfacer las necesidades de los ciudadanos, es esta finalidad la que sustenta su actuación. Por ello, cuando un funcionario falta a sus deberes, no se tiene en cuenta -para efectos penales- la relación subjetiva antes mencionada, sino la afectación a la sociedad con dicha actuación. Como se mencionó *ut supra*, una de las instituciones básicas de la sociedad contemporánea es la

---

<sup>39</sup> Menciona en la doctrina peruana Eduardo ALCÓCER POVIS, que la infracción de los deberes de lealtad, supondría la falta de veracidad del funcionario durante el ejercicio de su cargo; con lo cual se está configurando un engaño que contradice la expectativa de la Administración sobre el funcionario. *El engaño y el perjuicio en el delito de colusión desleal. ¿Elementos del tipo penal?*, en: *Revista JUS Jurisprudencia*, Dic. 7. Lima, Ed. Grijley, 2007. p. 125.

<sup>40</sup> Así, Miguel POLAINO NAVARRETE establece como bien jurídico la incorruptibilidad del funcionario público, en el marco del cumplimiento de los deberes del cargo. *Curso de Derecho penal español. Parte Especial II*. Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997. p. 370; FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho penal VII. Parte especial*. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998. p. 338.

<sup>41</sup> Como señala Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, en la infidelidad, la actuación de autor se mantiene dentro de sus facultades, aunque son indebidamente ejercidas, no existiendo así un ejercicio abusivo de las facultades otorgadas. *La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el derecho penal español: ¿un tipo de administración desleal en el artículo 252 del código penal?*, en: *La administración desleal de los órganos societarios*. Barcelona, Atelier, 2008. p. 166.

<sup>42</sup> Citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Ob. cit. n.p. 36, p. 94.

administración pública, es su actuación acorde con las expectativas que de la misma se tienen en la sociedad actual, y es a partir de dicha expectativa de donde se debe configurar el bien jurídico a proteger. Así, y exagerando la figura de análisis, la sociedad -siempre en el contexto penal- no cuenta con la expectativa de que el funcionario llegará temprano al trabajo, sino que cuenta con una expectativa más relevante, que el funcionario no infrinja aquellas obligaciones, en el marco de los procesos de contrataciones públicas, que puedan traer aparejado un daño patrimonial para el Estado<sup>43</sup>. Es esta última expectativa la que interesa al Derecho penal, pues posibilita la funcionalidad del sistema social en su conjunto.

Por ello, partir de una infracción de deber sin sustento social permite que el Derecho penal intervenga para sancionar actos meramente formales<sup>44</sup>, incompatibles con la función que se le establece en un Estado social y democrático de Derecho. Como señala Norberto J. DE LA MATA BARRANCO<sup>45</sup>: “El deber del funcionario, la correcta ejecución del mismo, no es un interés penal *per se*, sino presupuesto instrumental de protección del verdadero interés jurídico-penal, la función que él desarrolla en beneficio de los administrados”. Igualmente, el Derecho penal no vela por el cumplimiento de deberes sin más, sino que tiene que tomar aquellos que tengan relevancia social y sean a su vez los más importantes para su funcionamiento<sup>46</sup>. Debemos reiterar en este punto, que la posición de infracción del deber del cargo sólo se circunscribe a la maquinaria administrativa, en tanto que lo que se exige al Derecho penal es una expectativa de relevancia para el funcionamiento social, y no de una parcela.

## **B. Bien jurídico como ejercicio funcional en base a los principios de legalidad e imparcialidad**

Algunos autores sostienen que más que la probidad de la actuación del funcionario, lo que se trata de proteger es una actuación del mismo conforme a principios de legalidad dentro de la relación de la administración con terceros, en el marco de contrataciones públicas<sup>47</sup>. Quiere decir que lo que se valora es el papel imparcial de la actuación del funcionario en los procesos de contratación de bienes o servicios a favor del Estado<sup>48</sup>. Con ello se tendrá

---

<sup>43</sup> Menciona José Luis CASTILLO ALVA que llegar a establecer como bien jurídico-penal la infracción de deberes del cargo amplía en demasía el marco de actuación del derecho penal, hasta llegar al absurdo de proteger meras infracciones administrativas. *El delito de colusión*. Lima, Ed. Grijley, 2008. p. 67.

<sup>44</sup> En ese sentido, señala CASTILLO ALVA, José Luis que: “La referencia a los deberes de lealtad, por un lado, es muy amplia, y por el otro es muy estrecha en relación al bien jurídico protegido. *Amplia* debido a que **cualquier infracción a un deber de lealtad supone la comisión de un delito**, hecho que contraviene el principio de intervención mínima y lleva al extremo de sostener que toda infracción administrativa que refleja una deslealtad del funcionario en el ejercicio de la función equivale a la comisión del delito de colusión”. Ob. cit. p. 67.

<sup>45</sup> Vid. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Ob. cit. p. 98.

<sup>46</sup> Como señala SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. “[...] Lo que se protege no es, por tanto, un ente abstracto con independencia de su función jurídico-social”. *Los delitos consistentes en la Infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios*, en: *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María & SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. Lima, Ed. Grijley, 2001. p. 161.

<sup>47</sup> Vid. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit. p. 65.

<sup>48</sup> Señala ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. que lo que “interesa proteger [es] la *legalidad del ejercicio funcional*”. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2da. Ed. Lima, Palestra, 2003. p.309. En el mismo sentido SEMINARA, Sergio. *La corrupción en la administración pública*.

una Administración justa -legal- en su proceder con terceros (personas naturales o jurídicas).

Lo que se valora aquí es la existencia de un marco normativo en las contrataciones públicas que vinculan al funcionario, quien debe actuar en dicho marco a fin de que su actividad esté ejercida correctamente (objetivamente), es decir dentro de la legalidad<sup>49</sup>. De esta forma, la ciudadanía tendrá la seguridad de una actuación funcional conforme a lo establecido en un marco normativo predeterminado, basado en el principio de imparcialidad<sup>50</sup>; no pudiendo el funcionario desarrollar sus actividades, en los procesos de contratación pública, de forma favorecedora para con terceros.

Si bien en un inicio resultaría acorde la exigencia de una actuación imparcial de los funcionarios para con los terceros ajenos a la Administración, ello no resulta aplicable para el contexto en el cual nos manejamos: **contrataciones públicas**. Queremos decir con esto, que si bien en otros espacios de la administración se exige a los funcionarios actuar con imparcialidad (p.e. los casos de prevaricación o cohecho), en el marco de un contrato público no se le puede exigir imparcialidad al funcionario, sino todo lo contrario, una actuación parcializada; pues debe buscar con su actuación el mejor beneficio para los ciudadanos y la eficiencia de la administración pública. Cuando el funcionario se encuentra en una tratativa contractual, p.e. para conseguir la construcción de obras en beneficio de la ciudadanía, tiene que conducirse en el marco de su rol de negociador: *Deber de resguardar el interés público*. La finalidad del funcionario es contratar a la empresa que brinde el mejor servicio o bien para la ciudadanía y con el menor costo -racional- posible; es dicha exigencia la expectativa que la ciudadanía tiene sobre el funcionario<sup>51</sup>.

Por otro lado, no resulta pertinente que el Derecho penal tenga que proteger principios -como el de legalidad- inspiradores de la actuación del funcionario, no es ésta su misión, pues la misma resulta demasiado abstracta. Lo que se le exige al Derecho penal es un resguardo de expectativas concretas, que resultan necesarias para el normal desenvolvimiento social, y un principio no resguarda expectativa concreta alguna. Por todo ello, no compartimos la opinión de tener como bien jurídico el principio de imparcialidad en los actos funcionariales.

### **C. Bien jurídico como patrimonio estatal**

Un gran sector de la doctrina penal considera que el bien jurídico primordial a proteger en

---

En ARROYO ZAPATERO, Luis & NIETO MARTÍN, Adán (Coords.). *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico eurObeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006. p. 140.

<sup>49</sup> Así señala Andrés MARTÍNEZ ARRIERA, apoyado en GONZALES CUSSAC, lo que se protege es la actividad del funcionario conforme a la legalidad. *Delitos contra la administración pública*, en: *Comentarios al Código penal*. T.IV. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y AAVV. Barcelona, Bosch, 2007. p. 3009. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Fraudes y exacciones ilegales*, en: *Sistema de Derecho penal español parte especial*. Madrid, Dykinson, 2011. pp. 987-988.

<sup>50</sup> En el Perú, consideran que se protege el principio de imparcialidad FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, A. Raúl. Ob. cit. p. 284

<sup>51</sup> En el mismo sentido, CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit. p. 69.

el delito analizado no viene a ser otro que el patrimonio estatal. Llegan a esa afirmación al considerar que nos encontramos en la parcela de la administración pública encargada de los gastos e ingresos patrimoniales del Estado, para la satisfacción de necesidades colectivas. De ello se deriva que el delito se circunscribe a la conducta del adecuado manejo del patrimonio estatal, resultando necesaria la protección del mismo<sup>52</sup>.

Al enmarcarse la actuación del funcionario público en los gastos e ingresos del patrimonio estatal<sup>53</sup>, el legislador ha querido configurar como delito el acto de concertación, entre funcionario y particular, dirigido a obtener de forma ilegal la concesión de un contrato administrativo (p.e. una licitación, suministros, concurso de precios, etc.), defraudando así al Estado, y por ende el adecuado funcionamiento de la administración pública. De ello se deriva que cualquier acto que no se encuentre vinculado con el patrimonio estatal, no entra en el radio de protección del Derecho penal.

Por ende, al encontrarnos en el marco normativo de contratación pública, el patrimonio estatal resulta imprescindible para el desarrollo de la administración pública, y por ello resulta justificada su protección, ya que sin el mismo no se desarrollaría de forma adecuada a la obtención de su finalidad<sup>54</sup>, cual es el bienestar social. Cabe señalar, que cuando los partidarios de este enfoque hacen referencia al patrimonio estatal, engloban en el mismo a todos sus activos y pasivos<sup>55</sup>, y no sólo a sus egresos (compras) e ingresos (ventas). Además, y como ya se puede derivar de todo lo antes mencionado, se establece que únicamente son relevantes de protección jurídico-penal, aquellos los contratos de naturaleza económica<sup>56</sup>.

Al respecto, consideramos que la posición del patrimonio estatal como bien jurídico limita la protección pretendida por el Derecho penal. Como primer punto, y referido a cuestiones de metodología jurídica, partimos de que el Estado no puede proteger el patrimonio en sí, pues éste al incursionar en el mercado -a través de las contrataciones públicas- se expone -indefectiblemente- a ser afectado. Por otro lado, bajo la posición de proteger el patrimonio sin más, se estaría dando cabida a la posibilidad de la configuración de un delito imprudente de colusión, algo que de por sí va en contra de la unánime definición -genérica-

---

<sup>52</sup> Así MAYER LUX, Laura. *El patrimonio del estado como objeto de protección penal*, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX. 2do Semestre*. Valparaíso, PUCV, Chile, 2007. p. 231; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. (2003). Ob. cit. p. 309. También con MARCA ROMERO, Elmer. Ob. cit. pp. 25-26; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7ma. ed. Barcelona, Reppertor, 2004. p. 136. SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso. *Derecho Penal: Parte Especial*. 11va ed. Madrid, Dykson, 2006. p. 832. Por todos, en Perú, ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta Ed. Lima, Grijley, 2007. p. 407.

<sup>53</sup> Hace referencia al patrimonio como gasto público o ejecución, SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. *Fraudes y exacciones ilegales. Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZALÉS CUSSAC, José Luis (Dirs.). Valencia, Tirant lo blanch, 2010. p. 482.

<sup>54</sup> Así lo aprecia, MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *De los fraudes y exacciones ilegales*, en: *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). 5ta Ed. Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005. p. 1075.

<sup>55</sup> En el mismo sentido, CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit. p. 74.

<sup>56</sup> Así lo indica CASTILLO ALVA, José Luis: “[...] La protección del patrimonio estatal se produce a partir de la tutela de la *contratación administrativa* (...) de naturaleza económica”. Ob. cit. p. 79.

de corrupción establecida por distintos sectores<sup>57</sup>. Consideramos que lo protegido no es el bien en sí (visión estática de la sociedad), sino la expectativa social que se tiene, en el marco de los procesos de contratación pública, sobre los intervinientes en la misma (funcionario y particulares) de que actuarán de acuerdo a los deberes fundamentales que le surgen al ingresar a dicho proceso, siendo el relevante jurídico-penalmente el de no realizar pactos ilícitos idóneos para perjudicar patrimonialmente al Estado.

Además, si lo que se buscará fuera la protección del patrimonio en sí, lo correcto sería configurar el delito de colusión como un delito de resultado; quiere decir la necesidad de un perjuicio real para el patrimonio estatal, situación que no se aprecia de la redacción del tipo penal. Todo lo contrario, el delito se configura -simplemente- con el acto de concertación del funcionario y el particular interesado. Es más, en la doctrina española se establece por muchos autores que en caso de que se efectuará un perjuicio patrimonial, se entraría en un concurso con otros delitos (estafa, hurto, malversación, etc.)<sup>58</sup>. Así señalan autores como Pedro CRESPO BARQUERO<sup>59</sup>, sobre el delito de colusión, que: “Precisamente por tratarse de un delito de mera actividad que deja fuera del ámbito típico objetivo el *perjuicio patrimonial*, la doctrina se ha preguntado si, de alcanzarse éste, habría de sostenerse la existencia de un *concurso medial* de delitos *con la estafa*. La respuesta es mayoritariamente afirmativa (ORTS, MUÑOZ CONDE, RODRÍGUEZ DEVESA)”. Por ello, reiteramos, no se protege el patrimonio estatal de forma directa, sino que la protección tiene que estar vinculada con la naturaleza especial de la institución: administración pública, y el desarrollo que en el mismo tiene el funcionario y el particular para su adecuado desenvolvimiento social, y con ello la expectativa que sobre los mismos tiene la sociedad.

Finalmente, cabría preguntarnos que si la protección penal fuese el patrimonio estatal sin más, ¿Sería adecuada sancionar penalmente aquel funcionario que se colude con un particular interesado -recibiendo de este último una dádiva- para beneficiarlo con la concesión de un contrato público; teniendo que el particular cuenta con la empresa más adecuada y brinda el mejor servicio, a un costo que resulta el más beneficioso para el Estado? Bajo la lógica de la posición del bien jurídico-penal como patrimonio estatal resultaría inadecuada sancionar al funcionario, lo cual consideramos totalmente erróneo, pues lo primordial es la expectativa de actuación del funcionario acorde con sus deberes, bajo esta última posición, desde luego que el funcionario tiene que ser castigo penalmente por su actuación no adecuada a derecho<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Así, es común encontrar en las definiciones de corrupción la referencia a un actuar doloso, por señalar un ejemplo, la definición dada por el Grupo Multidisciplinar sobre la Corrupción (GMC) del Consejo EurObeo: “El soborno y cualquier otro comportamiento en relación a personas a las que se han confiado responsabilidades en el sector público o privado, que viola los deberes de éstas dimanantes de su situación de funcionario público, empleado privado, agente independiente o cualquier otro tipo de relación y que **tiene por objeto obtener ventajas indebidas de cualquier clase para sí o para otros**” (Consejo de EurObea, GMC (96) 43, p.10). Citado por DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Corrupción y delitos contra la Administración pública*, en: *Fraude y corrupción en la administración pública*. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y AAVV. Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2002. p. 177.

<sup>58</sup> Vid. SÁNCHEZ OCAÑA, Roberto. Ob. cit. p. 735; MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Ob. cit. p. 990; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Ob. cit. p. 1175.

<sup>59</sup> Vid. CRESPO BARQUERO, Pedro. *De los fraudes y exacciones ilegales*, en: *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*. T II. CRESPO BARQUERO, Pedro & AAVV. Granada, Comares Ed., 2002. p. 2424.

<sup>60</sup> Crítico de que se proteja el patrimonio estatal bajo cualquier delito vinculado con la administración pública,



#### **D. Bien jurídico como expectativa normativa institucionalizada**

Por último, y como doctrina minoritaria, encontramos la posición que, partiendo del sistema funcional-normativista, establece que lo protegido por la norma penal es la expectativa que la sociedad tiene sobre la Administración (representado por el funcionario) en cuanto al adecuado manejo del patrimonio estatal en las transacciones comerciales (sean de ingresos o egresos). En ese sentido, existe por parte de la sociedad, en un inicio, la expectativa de que la administración pública desarrolle sus actividades acorde con las finalidades que se le exigen<sup>61</sup>, que en forma general sería el de su correcto o adecuado funcionamiento; y en forma específica, la del adecuado desarrollo de los contratos o liquidaciones públicas -en general compra o venta de bienes o servicios-. Por ello, exige la sociedad que el funcionario -que representa a la administración- actúe en el marco de sus deberes, no defraudando el interés patrimonial del Estado. Es así, que el legislador ha establecido, para la adecuada protección de la mencionada expectativa, la prohibición de concertaciones ilícitas entre funcionario y particular interesado en las contrataciones estatales, que se enmarquen en un peligro de defraudación para el patrimonio estatal.

En Perú, parte de esta posición Percy GARCÍA CAVERO, al considerar que el Derecho penal no protege bienes sin más, sino relaciones normativas (expectativas), y que para el caso en estudio no sería otro que la expectativa que se tiene sobre la actuación benéfica por parte del funcionario en cuanto a la disposición del patrimonio estatal en la adquisición de bienes o servicios, excluyendo la participación de terceros que perjudiquen al Estado<sup>62</sup>.

Cabe precisar que cuando se hace referencia al quebrantamiento de la expectativa depositada en el funcionario, no se debe relacionar con el clásico entendimiento de la infracción de deber en la administración pública. En este último caso, se hace referencia a la vinculación de funcionario-Administración, es decir algo más interno y enmarcado a dicho sector funcional, posición subjetiva le dicen algunos autores<sup>63</sup>; en tanto, cuando se realiza un análisis desde un punto de vista normativista se establece el vínculo funcionario-sociedad, ya nos encontramos en una relación más genérica y relevante, aquí se le exige al funcionario enmarcarse en el cumplimiento de su rol, pues el incumplimiento de la misma afecta la expectativa que la ciudadanía tiene para con la Administración. Como señala Bárbara HUBER<sup>64</sup>, vinculada a la actuación del funcionario -en lo referente a su actuación leal-: “son necesarios para mantener y desarrollar las relaciones sociales y económicas (...)

---

véase a MEINI MÉNDEZ, Iván. *El marco normativo internacional anticorrupción*. En SIMON, Jan-Michael & RAMÍREZ, William (Coord.). *La Lucha contra la Corrupción en el Perú. El Modelo Peruano: La Experiencia de las Procuradurías Anticorrupción*. Lima, MINJUS, 2012. p. 329.

<sup>61</sup> Sobre la expectativa vinculada al desarrollo de instituciones modernas como la administración pública, véase, por todos, JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2da Ed. Madrid, Marcial Pons ed. 1997. pp. 226-227.

<sup>62</sup> Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit. pp. 21-22. Siguiendo a GARCÍA CAVERO, también BUENDÍA VALENZUELA, Juan Paulino. Ob. cit. p. 9.

<sup>63</sup> Vid. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Al señalar que: “Pues bien, las posiciones doctrinales acerca del bien jurídico protegido en los <delitos de funcionarios> son también básicamente dos: a) la protección de la fidelidad al Estado (ilícito como infracción subjetiva del deber)”. Ob. cit. p. 185

<sup>64</sup> HUBER, Bárbara. *La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional*, en: *Aportes fundamentales al derecho penal*. México D.F., Ubijus Ed., 2010. p. 89

[lesionando] en gran medida a la sociedad en su conjunto”. Es así, que la perspectiva de la actuación del funcionario tiene necesariamente implicancias sociales, las cuales son relevantes para el desarrollo básico de sociedades como las actuales.

### **E. Posición del autor**

Como se señaló en el apartado anterior, asumimos para el análisis de Derecho penal, como ciencia dogmática, al constructo realizado por la teoría normativo-funcional. Al respecto, consideramos el Derecho penal no protege directamente bienes jurídicos (objetos), sino expectativas de conductas institucionalizadas, es decir normas jurídico-penales; las cuales son básicas para el desarrollo personal en sociedad. Así, “cada tipo penal recoge una expectativa normativa de conducta básica para el funcionamiento del sistema social, que al mismo tiempo, sólo puede ser defraudada mediante una conducta capaz de desautorizar la vigencia de la norma<sup>65</sup>”. En ese sentido, como ya lo hemos referido, en el delito de colusión no se protege propiamente el bien jurídico patrimonio estatal, pues cuando el delito tiene lugar el patrimonio ya se encuentra afectado; con lo cual la función del Derecho Penal fracasaría. Por ello, lo que propiamente se protege es la vigencia de la expectativa que la sociedad tiene de que los intervinientes, y específicamente el funcionario, a quien se le ha confiado la administración del patrimonio estatal, en el marco de contrataciones públicas, no abusará de sus facultades para poner en peligro el patrimonio público (expectativa normativa). Por lo tanto, lo que el Derecho penal protege son, propiamente, expectativas de conductas institucionalizadas<sup>66</sup>.

Esta posición encuentra su base en el entendimiento de que la sociedad moderna se encuentra configurada por normas jurídicas<sup>67</sup> (comunicación), las cuales a su vez determinan la identidad de la sociedad<sup>68</sup>, pues establecen las pautas de conductas necesarias

---

<sup>65</sup> Vid, en este sentido, José Antonio CARO JOHN. *Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima desde una perspectiva funcional del derecho penal*, en: *Revista del XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología*. Lima, ARA Ed., 2005. p. 367

<sup>66</sup> Por todos JAKOBS, Günther. *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional*, en: *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*. Lima, Palestra, 2000. p. 19, parte de la consideración por la cual el Derecho Penal está orientada a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad, es decir, tiene como función el mantenimiento de expectativas normativa institucionalizadas configuradoras de la sociedad; siendo que con el injusto penal se logra un quebrantamiento gradual y continuo de las expectativas normativas, llevado a cabo por la comunidad organizativa; ante ello la función de la pena es la de restablecer la vigencia de las expectativa normativa quebrada con el delito. En palabras de Heiko LESCH: “la función institutiva de la pena sólo puede describirse en relación con el concepto de delito, es decir, con la idea de que el delito debe ser superado, no como creación de un mal externo, sino como lesión del derecho en tanto que derecho”. Ob. cit. p. 22. Igualmente el autor citado, establece siguiendo a Hegel: “la pena se define como una reacción frente a lo acontecido, como eliminación de la perturbación generada por el hecho entendido como confirmación simbólica del ordenamiento”. Ob. cit. p. 26.

<sup>67</sup> Así pues “la Norma es concebida como expectativa institucionalizada de conducta, que se dirige al ciudadano en tanto potencial víctima, y el injusto penal como quebrantamiento gradual y continuo de expectativas normativas, llevado a cabo por la comunidad organizativa”. REAÑO PESCHIERA, José. *Autoría y Participación Delictiva: El Sistema del Injusto único de Intervención*, en: *Estudios de Derecho penal*. Lima, Ara Ed., 2005. p. 213.

<sup>68</sup> JAKOBS parte de considerar que las los seres humanos vivimos, en la medida que lo hagamos en sociedad, en un mundo socialmente configurado de una determinada manera, donde se existen expectativas normativas estables. JAKOBS, Günther. (2000) Ob. cit. p. 20.

-en un contexto social determinado- para el desenvolvimiento social: qué espero yo de los demás y qué esperan los demás de mí. Son estas normas las que permiten la interacción entre personas, ya que en base a los derechos y deberes que pesa sobre cada persona<sup>69</sup>, es que uno puede realizarse en sociedad: *ser libre*. Por lo tanto, el Derecho penal tiene como función<sup>70</sup> el mantener la configuración social, lo cual a su vez se logra con la imposición de una pena. Las personas<sup>71</sup> al interactuar en la sociedad saben, en base a las normas jurídicas, cuales son los deberes y derechos que tiene cada cual dentro de la sociedad, siendo el deber más genérico el de no dañar la esfera de libertad de terceros. Así, si un tercero comunica a la sociedad, en base a su delito, que el padrón de conducta vigente no es lo señalado en la norma jurídica (lo prohibido), sino el mensaje de su conducta; da cabida a que intervenga el Derecho penal para contradecir su comunicación, y afirmar que lo vigente sigue siendo lo establecido por la norma jurídica, y que es en base a ella por la que se deben conducir<sup>72</sup> las personas pertenecientes a la sociedad.

Por lo tanto, es responsabilidad de cada uno -en cuanto persona- cumplir con lo establecido por la norma jurídica. Pues gracias a la norma, las personas pueden disfrutar verdaderamente de su libertad, situación que no ocurriría si entendiéramos a la sociedad de forma cognitiva, en la cual el padrón a moverse sería el de la satisfacción/insatisfacción, ya que esto llevaría a que todos tengamos que estar inmiscuyéndonos en las esferas de libertad de otras personas para saber si desean o no cometer un delito.

En base a lo antes señalado, partimos de una sociedad en la cual existen normas que regulan deberes y derechos (expectativas normativas), las cuales son protegidas por el Derecho penal. Con lo cual lo que se protege con el tipo penal de colusión es una expectativa básica para el desenvolvimiento de toda la sociedad, la expectativa de conducta de que los intervinientes (funcionario y particular) en el proceso administrativo de contratación pública no abusarán de las facultades que le son conferidas por su posición para concertarse ilícitamente, con la finalidad de defraudar al Estado. Es decir, el funcionario tiene que procurar que dentro del cumplimiento de sus deberes, no se derive ningún *output* que dañe esferas de libertad de terceros (Estado), así como la evitar, que terceras personas pongan en peligro el patrimonio del Estado. En tanto que el particular, tiene el deber de participar del proceso administrativo de contratación pública sin infringir los deberes que adquiere con la calidad de concursante, específicamente de no formar pactos ilícitos con los funcionarios para defraudar al Estado en las contrataciones públicas.

---

<sup>69</sup> En este sentido CARO JOHN: “Si las expectativas tuvieran que referirse a los individuos, sería imposible reducir la complejidad social, sobre todo en las sociedades de nuestro tiempo, caracterizadas por su elevado nivel de anonimización de los contactos sociales”. Ob. cit. p. 370.

<sup>70</sup> Se puede apreciar que la “función” *pr*Obia del Derecho Penal es la de restituir la vigencia de la norma defraudada, mas no podríamos considerar como “finalidad” del Derecho Penal la de generar la confianza y seguridad en la vigencia de las expectativas normativas. Véase a ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *¿Normativismos radical o normativismo moderado?*, en: *Revista Persiana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. 2004. pp. 17 y ss.

<sup>71</sup> Así señala Günther JAKOBS que: “Persona es, por lo tanto, el destinatario de expectativas normativas, la titular de deberes, y, en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas”. *La idea de la normativización en la dogmática jurídico-pena*, en: *Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI*. LH al Profesor Dr. Günther Jakobs. Lima, Ara Ed., 2005. p. 98.

<sup>72</sup> Así lo mencionan PEÑARANDA RAMOS, Enrique y AAVV. Ob. cit. p. 21.

En tal sentido, conforme a la estructuración del tipo penal, debe entenderse al delito de colusión como un delito de participación necesaria<sup>73</sup>, es decir la participación de dos partes en una suerte de contrato donde se compra y vende la función pública<sup>74</sup>. Al respecto, y son pocos los autores que se han atrevido a tomar posición, queda la problemática de establecer si nos encontramos -en la clasificación de los delitos de participación necesaria- ante un delito de convergencia o de encuentro. Así, se entiende por *delito de convergencia* a la actividad conjunta de los sujetos encaminados a la configuración del hecho delictivo<sup>75</sup>, dando la posibilidad en este tipo de delito, conforme señala Günther JAKOBS, a la inducción y complicidad según las reglas de la parte general<sup>76</sup>. Van un poco más lejos, Hans-Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND, y establecen que “en virtud de la propia Ley en estos supuestos todos los intervinientes son punibles como autores, aquí no plantea [propriadamente dicho] el problema de la participación necesaria”. Por otro lado, hablamos de *delito de encuentro* cuando la actividad de los intervinientes se dirige al mismo objetivo; sin embargo, el sentido del hecho delictivo lo da la conducta de un solo sujeto, el establecido en el tipo penal. Además, la intervención de los sujetos la realizan desde situaciones y acciones distintas, donde muchas veces uno de los intervinientes es sujeto pasivo del hecho criminal<sup>77</sup> o lo realiza desde una posición de inferioridad con respecto al otro sujeto. En el último caso los ejemplos comunes son los delitos de estafa, usura, delitos de abuso sexual, etc. Al respecto, consideramos que en el delito de colusión nos encontramos ante un delito de convergencia<sup>78</sup>, donde la guía para la comprensión del hecho delictivo la marca el verbo rector *concertar*, pues para su configuración se requiere del aporte conjunto del funcionario y el interesado, y no un delito de encuentro, como es comprendido mayoritariamente<sup>79</sup>, pues el interesado no es sujeto pasivo del delito, y además no realiza un hecho con un sentido diferente del delito (que por ejemplo se da en los casos de encubrimiento personal sobre un prófugo de la justicia), sino que la conducta de ambos forman una unidad de sentido jurídico penal.

---

<sup>73</sup> Así ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. al señalar que “Los particulares intervinientes son “partícipes necesarios”. Ob. cit. p. 316.

<sup>74</sup> Vid. PARIONA ARANA, Raúl. *El Marco Normativo Nacional Anticorrupción. Estado actual y propuesta para su consolidación*, en: *La Lucha contra la Corrupción en el Perú. El Modelo Peruano: La Experiencia de las Procuradurías Anticorrupción*. SIMON, Jan-Michael & RAMÍREZ, William (Coord.). Lima, MINJUS, 2012. p. 309.

<sup>75</sup> En ese sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (2002). *Tratado de Derecho penal. Parte general*. 5ta. Ed. Granada: Ed. Comares. Ob. cit. p.751; también JAKOBS, Günther (1995) p. 840.

<sup>76</sup> Vid. JAKOBS, Günther (1995) p. 840.

<sup>77</sup> Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit. p. 751.

<sup>78</sup> Lo considera también como delito convergente CALDERÓN CEREZO, Ángel. *Delitos contra la Administración Pública*, en *Manual de Derecho Penal. PE. TII*. CALDERÓN CEREZO, Ángel. y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Madrid, Deusto Jurídico, 2005. Al señalar que: “Mediando acuerdo con los interesados el delito es plurisubjetivo de tipo convergente, en la medida en que las voluntades concordadas se dirigen a un mismo fin”. p. 507. Espec., POLAINO NAVARRETE, Miguel. “La presente modalidad típica alternativa configura un tipo de delito *pluripersonal convergente*, que requiere la confluencia de voluntades del titular de la función pública con los terceros con quienes se concierta”. Ob. cit. p. 419.

<sup>79</sup> Lo considera como delito de encuentro, en España SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. Ob. cit. pp. 481-482; CARDONA TORRES, Juan. Ob. cit. p. 521. En Perú, DÍAZ GUEVARA, Juan José. Ob. cit. p. 6.

Esencialmente, encontramos que ambos sujetos, no sólo uno, resuelven realizar la comisión del delito de colusión, donde ambos van a aportar -desde sus posiciones- hechos relevantes, así p.e. el funcionario aportará a través de la infracción de su deber -especial- de custodiar los intereses del Estado (omitiendo controlar adecuadamente la documentación presentada, variando los requisitos a través de actos administrativos, etc.); y el particular aportar al hecho delictivo con el incumplimiento de la entrega de documentos o requisitos establecidos en las bases del concurso administrativo; si alguno de los dos omite realizar alguna aportación, es poco probable que puedan concretizar los acuerdos asumidos para defraudar al Estado. Dicha comprensión, como señalaremos seguidamente permite llenar los vacíos de punibilidad que se dan en el delito materia de estudio, como en el caso de la complicidad o instigación al interesado.

En ese sentido, los deberes que pesan sobre los intervinientes de delito de colusión son de dos formas; para el particular los deberes generales (deberes negativos) y para el funcionario los deberes especiales (deberes positivos). El primero hace referencia a que las personas (particular interesado) tienen toda la libertad de utilizar como quieran su ámbito de libertad, pero procurando no dañar las esferas de libertad de otras personas. En cuanto al segundo, en ellas el funcionario no sólo tiene el deber de no dañar otro ámbito de libertad (Estado), sino además, en base al vínculo que nace con el bien, fomentar el desarrollo del mismo, protegerlo de ataques de terceros, etc.

Por ello, e insistimos, el Derecho penal protege el patrimonio del Estado, *sino la expectativa normativa de conducta de que los intervinientes (funcionario y particular) en los procesos de contratación pública no abusarán de sus facultades o incumplirán sus deberes que emanan de su participación, a través de la concertación ilegal, para procurar defraudar -patrimonialmente- al Estado.* El delito de colusión defrauda esta expectativa normativa de conducta, siendo la función de la pena devolver la vigencia a la norma infringida<sup>80</sup>. Ello consideramos se debe a que el funcionario tiene como facultad decidir -en alguna medida- sobre el patrimonio del Estado, patrimonio que tiene como fuente a la ciudadanía y como destinataria la satisfacción de necesidades de la misma. Más aún cuando el funcionario también forma parte de la ciudadanía. Es a partir de aquí por lo que se establece que la expectativa no se circunscribe sólo a la Administración como ente autónomo, sino que es a la sociedad en su conjunto a la que se defrauda y por ello se exige que la expectativa afectada vuelva a su status quo, para de esta forma se pueda desarrollar de forma adecuada en la interacción social vinculada a la administración pública.

Esta posición ya ha sido, de alguna forma, asumida por la jurisprudencia peruana, así en la ejecutoria de la Corte Suprema de Justicia en lo penal (Recurso de Nulidad No 79-2003-Madre de Dios, del quince de febrero de dos mil cinco), señala lo siguiente: “*Que la colusión desleal previsto en el artículo 384 del Código Penal, es un tipo penal especial propio, de resultado, que busca proteger el patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionariopúblico de velar por los intereses del Estado,*

---

<sup>80</sup> Vid GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit. p. 22.

***deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial o real para la administración***<sup>81</sup>. En ella se puede observar que la Corte Suprema ya vincula el centro de la imputación en el actuar del funcionario contraviniendo sus deberes de velar por los intereses del Estado, estos deberes no son nada más que las expectativas que la sociedad tiene sobre el funcionario, la misma que una vez defraudada tiene que ser restituida a través de la correspondiente sanción penal.

Por último, debemos indicar que al enmarcarse la actuación de los actores en la contratación pública, la misma debe cumplir con los elementos que a ella hacen referencia. Así, en los procesos administrativos de contratación pública, el desempeño del rol del funcionario se encuentra dirigido -y concretizado en las fases del contrato (emisión de informes, aprobación de expedientes administrativos, etc.)- a obtener el mejor beneficio patrimonial para ente público<sup>82</sup>. Por ello, el rol del funcionario siempre va a quedar determinado por la fase del proceso administrativo en la que se encuentre, que pueden ser conforme a los márgenes establecidos por el Informe sobre la Lucha contra la Corrupción en la Unión Europea de 2014: Antes de la licitación (incluidas la evaluación de las necesidades y las especificaciones), en el proceso de licitación (incluido el proceso de contratación: selección, evaluación y adjudicación del contrato) y después de la adjudicación<sup>83</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

Conforme a lo apreciado, el bien jurídico entendido como deber de lealtad y probidad es pasivo de muchas críticas. Siendo la principal el no tener una relevancia social que de sustento a la intervención del Derecho penal, pues se limita a la relación Administración-funcionario. Otra posición del bien jurídico es la de entenderla como ejercicio funcional en base a los principios de legalidad e imparcialidad; sin embargo circunscribir el Derecho penal a la protección de principios y a una actuación neutral del Estado en las contrataciones de bienes y servicios contradicen la finalidad de la Administración Pública, cual es brindar el mejor servicio a los ciudadanos de forma eficiente y eficaz. Por otro lado, tenemos la concepción del bien jurídico como patrimonio estatal; sin embargo, la configuración del delito de colusión en su tipo base se circunscribe al acuerdo ilícito, no requiriendo de daño patrimonial alguno.

Del análisis de las distintas posiciones sobre bien jurídico protegido penalmente en el delito de fraude funcional, se ha asumido que lo protegido es la expectativa normativa de conducta de que los intervinientes (funcionario y particular) en los procesos de contratación pública no abusarán de sus facultades o incumplirán sus deberes -que emanan de su participación en el proceso administrativo-, a través de la concertación ilícita, para procurar defraudar al Estado.

---

<sup>81</sup> Sentencia citada por GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit. pp. 22-23.

<sup>82</sup> Vid. DÍAZ GUEVARA, Juan José. Ob. cit. p. 3

<sup>83</sup> Informe sobre la Lucha contra la Corrupción en la Unión EurObea, de 3 febrero de 2014, COM(2014) 38. p. 28.

## Bibliografía

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. “Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano”. 2da. Ed. Lima, Palestra, 2003.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. ¿Normativismos radical o normativismo moderado? En Revista Persiana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. 2004.
- ALCÓCER POVIS, Eduardo. “El engaño y el perjuicio en el delito de colusión desleal. ¿Elementos del tipo penal?” En *JUS Jurisprudencia*, Dic. 7. Lima, Grijley, 2007.
- BENDEZÚ BARNUEVO, Rocci Fiorella. “El delito de Colusión: Un tratamiento desde la óptica extranjera y nacional y sus componentes típicos”. [www.RedJus.com](http://www.RedJus.com)
- Boletín del CAN N° 3, Julio 2014. <http://can.pcm.gob.pe/category/boletin/>
- BUENDÍA VALENZUELA, Juan Paulino. “El delito de colusión desleal ¿delito de peligro o de resultado?” [blog.pucp.edu.pe/media/avatar/964.doc](http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/964.doc).
- CALDERÓN CEREZO, Ángel. “Delitos contra la Administración Pública”. En CALDERÓN CEREZO, Ángel. y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Manual de Derecho Penal. PE. TII. Madrid, Deusto Jurídico, 2005.*
- CARDONA TORRES, Juan. “Derecho penal parte especial”. Barcelona, Bosch, 2010.
- CARO JOHN, José Antonio. “Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima desde una perspectiva funcional del derecho penal”. En *Revista del XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología*. Lima, ARA Ed., 2005.
- CARO JOHN, José Antonio. “Pena de muerte: una práctica estatal ilegítima y anticuada para nuestros tiempos”. En *Normativismo e imputación jurídico-penal*. Lima, Ara ed., 2010.
- CASTILLO ALVA, José Luis. “El delito de colusión”. Lima, Ed. Grijley, 2008.
- CASTRO MORENO, Abraham. “Fraudes contractuales y exacciones ilegales. Adaptado a la LO 5/2010, de 22 de junio”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- CATALÁN SENDER, Jesús. “Nuevos perfiles del delito de fraude funcional en el Código Penal de 1995”. En *Actualidad Penal*. N°4,
- CRESPO BARQUERO, Pedro. “De los fraudes y exacciones ilegales”. *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*. En CRESPO BARQUERO, Pedro & AAVV. T II. Granada, Comares Ed., 2002.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2º Época, n° 17. Madrid, UNED, 2006.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. En FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y AAVV. “Corrupción y delitos contra la Administración pública”. *Fraude y corrupción en la administración pública*. Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2002.
- DÍAZ GUEVARA, Juan José. “Colusión desleal: corruptiouniusestgeneratioalterius”. <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/>
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GIMÉNEZ-SALINA I COLOMER, Esther (Coord.). “Manual de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General”. Guatemala, Librerías

- Artemis Edinter SA, 2001.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “Derecho penal español. Parte general en esquemas”. 2da. Ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
  - DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La contextualización del bien jurídico protegido”. En Política criminal y derecho penal -Estudios-. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. 2da Ed.
  - DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría”. Madrid, Ed. Trotta, 2003.
  - ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, Xabier. En ASÚA BATURRITA, Adela (ed.). “Fraudes y exacciones ilegales”. En Delitos contra la administración pública. Bilbao, Ediciones del Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.
  - FERNÁNDEZ CABRERA, Marta. “El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos tras la LO 5/2010”. En moderno discurso penal y nuevas tecnologías. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, (en prensa).
  - FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. “Corrupción y delitos contra la administración pública”. En FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y AAVV. Fraude y corrupción en la administración pública. Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2002.
  - FONTÁN BALESTRA, Carlos. “Tratado de Derecho penal VII. Parte especial”. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998.
  - FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, A. Raúl. “Tratado de Derecho Penal. Delitos Contra la Administración Pública”. Lima, Ed. Fecat. 2002.
  - GARCÍA CAVERO, Percy. “El delito de colusión”. Lima, Ed. Grijley, 2008.
  - GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el derecho penal español: ¿un tipo de administración desleal en el artículo 252 del código penal? En la administración desleal de los órganos societarios”. Barcelona, Atelier, 2008.
  - HUBER, Bárbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional. En Aportes fundamentales al derecho penal. México D.F., Ubijus Ed., 2010.
  - HURTADO POZO, José. “Corrupción y derecho penal”. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20140608\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140608_02.pdf)
  - JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”. 2da Ed. Madrid, Marcial Pons ed. 1997.
  - JAKOBS, Günther. “La idea de la normativización en la dogmática jurídico-pena”. En Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI. LH al Profesor Dr. Günther Jakobs. Lima, Ara Ed., 2005.
  - JAKOBS, Günther. “Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional”. En Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal. Lima, Palestra, 2000.
  - JAREÑO LEAL, Ángeles. “Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública”. Madrid, Ed. Iustel, 2011.
  - JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (2002). Tratado de Derecho penal. Parte general. 5ta. Ed. Granada: Ed. Comares
  - LESCH, Heike-Hartmut. “Injusto y culpabilidad en el derecho penal”. Cuadernos de conferencias y artículos N° 27. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.



- LESCH, Heiko. “Injusto y culpabilidad en el derecho penal”. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2001.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “Código penal. II. Parte especial”. Granada, Comares, 2010.
- MARCA ROMERO, Elmer. “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N° 29758”. En Gaceta Penal & Procesal Penal. T.26. Lima, Gaceta Jurídica, 2011.
- MARTÍNEZ ARRIERA, Andrés. “Delitos contra la administración pública”. En CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y AAVV. Comentarios al Código penal. T.IV. Barcelona, Bosch, 2007.
- MARTINEZ HUAMAN, Raul Ernesto. Corrupción en el Perú: ¿Es la contratación pública el ámbito donde más se desarrolla la corrupción? En Estudios de Política criminal y Derecho penal. Actuales tendencias. GASPAS CHIRINOS, Ángel y MARTINEZ HUAMAN, Raul Ernesto. Lima, Gaceta jurídica, 2015.
- MAYER LUX, Laura. “El patrimonio del estado como objeto de protección penal”. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX. 2do Semestre. Valparaíso, PUCV, Chile, 2007.
- MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. 7ma. ed. Barcelona, Reppertor, 2004.
- MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José. “De los fraudes y exacciones ilegales”. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). Comentarios a la parte especial del Derecho penal. 5ta Ed. Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005.
- MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José. “Delitos contra la administración pública”. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). Comentarios a la parte especial del Derecho penal. 8va. Ed. Navarra, Thomson Reuters, 2009.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Fraudes y exacciones ilegales”. En Sistema de Derecho penal español parte especial. Madrid, Dykinson, 2011.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho Penal y Control Social”. Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- MÜSSIG, Bernd. “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema”. En Revista de derecho penal y criminología UNED, 2da. Época, N° 9. Madrid, Marcial Pons, 2002.
- PARIONA ARANA, Raúl. “El Marco Normativo Nacional Anticorrupción. Estado actual y propuesta para su consolidación”. En SIMON, Jan-Michael & RAMÍREZ, William (Coord.). La Lucha contra la Corrupción en el Perú. El Modelo Peruano: La Experiencia de las Procuradurías Anticorrupción. Lima, MINJUS, 2012.
- PAZ PANDURO, Moisés N. y Juana DE FÁTIMA ROSAS RUIZ. “Acerca del momento consumativo y la participación en el delito de colusión desleal”. En Normas Legales T. 364, Vol. 2, Set. 2006.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique y AAVV. “Un Nuevo Sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación”. Lima, Grijley, 1998.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Curso de Derecho penal español. Parte Especial II”. Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997.

- REAÑO PESCHIERA, José. “Autoría y Participación Delictiva: El Sistema del Injusto único de Intervención” en Estudios de Derecho penal. Lima, Ara Ed., 2005.
- RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Joaquín. “Fraudes y Exacciones ilegales”. En RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Dir.). Código Penal. Comentado y con jurisprudencia. 3ra. Ed. Madrid, La Ley, 2009.
- RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Joaquín. “Fraudes y Exacciones ilegales. En Código Penal. Comentado y con jurisprudencia”. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Dir.). Madrid, La Ley, 2009. 3ra. Ed.
- ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos contra la Administración Pública”. 4ta Ed. Lima, Grijley, 2007.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. “Delito de colusión según la ley n° 29758”. En Gaceta penal y procesal penal. T. 29. Nov. Lima, Gaceta Jurídica, 2011.
- SÁNCHEZ OCAÑA, Roberto. “De los fraude y exacciones ilegales”. En Jacobo LÓPEZ DE QUIROGA y Luis RODRÍGUEZ RAMOS (Coord). ÁLVAREZ GARCÍA, Javier & AAVV. Código penal comentado. Madrid, Akal, 1990.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. “Fraudes y exacciones ilegales”. En Comentarios a la Reforma Penal de 2010. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZALÉS CUSSAC, José Luis (Dirs.). Valencia, Tirant lo blanch, 2010.
- SEMINARA, Sergio. “La corrupción en la administración pública”. En ARROYO ZAPATERO, Luis & NIETO MARTÍN, Adán (Coords.). Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso. “Derecho Penal: Parte Especial”. 11va ed. Madrid, Dykson, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho Penal. En Estudios de filosofía en derecho penal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- SUÁREZ GONZÁLEZ. Carlos J. “Los delitos consistentes en la Infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios”. En La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María & SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. Lima, Ed. Grijley, 2001.