



Delito de colusión y organización criminal: integrante, persona vinculada y actuación por encargo de ella

Crime of collusion and criminal organization:
member, related person and action on behalf of it

Raúl Ernesto Martínez Huamán¹

Resumen: El autor analiza la problemática en relación a los alcances de la agravante de organización criminal en el delito de colusión, estableciendo si dicha organización exige que el sujeto público sea un integrante o puede realizar otro tipo de colaboración. Igualmente, si la organización criminal necesariamente debe desarrollarse dentro de la Administración pública o es

¹ Profesor de pre y posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad de Málaga – España (Beca AUIP). Estancia de investigación científica en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht – Alemania (Beca Max-Planck-Institut). rmartinez.profesor@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6549-9821.

posible también comprender el ámbito empresarial, si la situación agravante es aplicable al *extraneus*, entre otros aspectos.

Palabras clave: Organización criminal, tercero interesado, sujeto público, persona jurídica, concertación, integrante, colaborador, actuación por encargo.

INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos el fenómeno de la criminalidad organizada se ha extendido a distintos ámbitos de la sociedad (a través de la ciberdelincuencia, delincuencia empresarial, etc.), encontrando que uno de sus mayores espacios está relacionado a los actos de corrupción, sin lugar a dudas, por los beneficios económicos que ello conlleva, como ya en su momento precise (Martínez, 2019, p.62) , solo por citar un ejemplo, la Contraloría General de la República ha establecido que en el año 2021, los actos de corrupción han ocasionado al país un perjuicio económico estimado en S/ 24 262 964 827 (Contraloría General de la Republica, 2022, p. 33), que representa el 13.6% del presupuesto nacional devengado o ejecutado, siendo uno de los espacios de mayor incidencia el de los procesos de contratación pública.

Así, las contrataciones públicas son el espacio donde mayor énfasis han colocado los agentes corruptos, situación de larga data; como indica (Caciagli, 1996, p.63), en los años 1960 a 1990 se aprecia un crecimiento de los actos de corrupción a través de la incursión de las mafias italianas, quienes después de una larga participación en las corrupciones enfocaron su actuar en las contrataciones públicas (construcción de carreteras). De la misma forma, precisa (Rodríguez y Muñoz, 2020, p. 871) esta inclinación hacia los contratos públicos:

Las medidas para combatir la corrupción en la contratación pública, como es sabido, se han desarrollado de manera significativa en los últimos años tras la constatación de ser este uno de los sectores más proclives a la proliferación de prácticas ilícitas.

Igualmente, señala la Catedrática de la Universidad de Valencia Jareño (2017) el aumento delictivo en relación a los contratos públicos “Las mayores cifras delictivas

relacionadas con la corrupción pública se producen en relación con la contratación pública en el ámbito de la Administración” (p.1).

Así, se advierte la compenetración de las organizaciones criminales en las instituciones públicas, algo que ya mencionaba Caciagli (1996) en relación a las mafias en Italia; indica el autor italiano que, por ejemplo, la mafia siciliana dejó de un lado la fuerza y coacción para obtener obras y servicios públicos, pues su medio para ello se volvió los actos de corrupción. Aún más, estas organizaciones criminales formaron parte de la administración pública, al introducir a integrantes de su organización como funcionarios de alto cargo (alcaldes, etc.), obteniendo así, el poder (monopolio) y decisión sobre la concesión de obras y servicios públicos (p. 101 y ss.). En igual sentido, Borrelli (2006), en el marco de la vivencia en Italia, menciona:

Sale a la luz, sucesivamente, gracias a la colaboración de muchos protagonistas y a las investigaciones de policía, todo un sistema oculto de contribuciones suministradas desde el mundo económico a los partidos políticos, que tenía como contrapartida la asignación de concesiones para obras o suministros públicos, la elusión de las reglas establecidas para el desarrollo de los concursos, la omisión de los exigentes controles sobre la calidad del resultado, la aceleración del pago del precio de la obra por parte del ente público que convocaba el concurso. (p. 373)

Las organizaciones criminales vinculadas a la corrupción pública y/o política, bajo la forma muchas veces de redes criminales, a menudo utilizan empresas de fachada para acceder a la contratación pública de obras de gran envergadura por medio de lobbies ilegales, lo cual constituye a todas luces uno de los espacios más rentables que concede el Estado. (Chappa, 2016, p.271)

Del mismo modo, debemos contrastar esta situación de las organizaciones criminales en los contratos públicos con los resultados del sistema de justicia. Así, de acuerdo a la información del INPE sobre la población penitenciaria relacionada a las organizaciones criminales, en el año 2020, en total se encontraban como internos 750, entre procesados y condenados, debiendo señalar que, solo se encontraban 06 personas

condenadas; para el año 2021, el total de internos era de 28 por organización criminal y 28 por banda criminal, en tanto que, al año 2022, se observa que era de 805 internos, entre ellos 14 condenados; finalmente, para el año 2023, en total encontramos 932 internos, con 65 condenados; como se aprecia, la incidencia en relación a la persecución y sanción de personas vinculadas a organizaciones criminales viene aumentando poco a poco; no obstante, su incidencia es aún muy baja.

Esta situación, ha generado que el legislador establezca de forma específica una agravante dentro del delito de colusión sobre organización criminal (artículo 384°) del Código penal, al encontrarnos dentro de un ámbito muy delicado, y donde la incidencia de las organizaciones es mayor. Así, se modificó a través del Artículo 2° de la Ley N° 31178, publicada el 28 abril 2021, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 384. Colusión simple y agravada

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

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

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de

naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.
3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional. (Ley N° 31178², 2021)

Sobre el particular, y fin de tener un panorama claro sobre la corrupción, comprendemos por corrupción pública (Guimaray, 2021) al ilícito por medio del cual un sujeto público (funcionario, servidor, autoridad, etc.) realiza un uso inadecuado de sus facultades o cualidades (p. 128) a través del ingreso a su ámbito de un agente externo, el agente corruptor. De la misma forma, la corrupción (pública), como fenómeno social, afecta gravemente a las instituciones del Estado, proyectando sus efectos en la percepción ciudadana y los actores del mercado (Ripolles, 2004, p. 41) debido a que, genera desconfianza en las instituciones públicas³, que repercute, como menciona (Caciagli, 1996, pp.84 y 91), en la maduración de una conciencia ciudadana participativa e intereses colectivos, más aún si su actuar se conecta con las actividades de una organización criminal⁴.

Dicho impacto también ha sido resaltado por el (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 00017-2011-PI/TC), al expresar que, la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra el desarrollo integral de los pueblos y contra las bases mismas del Estado. De la misma forma, la (Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs.

² Ley que modifica artículos del código penal respecto de circunstancia agravante derivada de la comisión del delito durante calamidad pública o emergencia sanitaria y dicta otras disposiciones sobre la pena de inhabilitación en el código penal y leyes especiales

³ Así (Salas, 1997) señala que “uno de los principales problemas que genera la corrupción es la creciente desconfianza en las instituciones del Estado” (p. 203).

⁴ Indican (Prado, V. & Prado, B.) que “una de las manifestaciones en el Perú con mayor presencia y operatividad en las organizaciones criminales es la corrupción” (p. 175).

Guatemala,2018) ha puntualizado las consecuencias negativas de la corrupción, en la medida en que “resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el Estado de derecho”. De todos los daños que ocasiona, consideramos que, el primordial y crítico, es el relacionado a los “valores básicos de la sociedad”. Como contrapartida, debemos precisar que, la lucha contra la corrupción es un principio constitucional (implícito), conforme lo ha referido el (Tribunal Constitucional, EXP. N° 00016-2019-PI/TC), que se desprende del art. 39° y art. 41° de la Constitución Política, el cual consideramos propiamente de carácter universal, debido a que, la corrupción aparece en todo tipo de sistema social o país (Vázquez, 2011, p362); no obstante, será más incisivo en aquellos países donde sus instituciones son más débiles.

Esta situación crítica, ha generado que también el legislador, en el ámbito procesal, haya establecido la posibilidad de la aplicación del proceso especial de colaboración eficaz para los casos de corrupción, además, la prisión preventiva para casos de corrupción en organización criminal puede tener un plazo de hasta treinta y seis meses, de la misma forma no resulta procedente la aplicación de la terminación anticipada si nos encontramos en casos de corrupción vinculadas a organizaciones criminales. Por su parte, en el espacio penitenciario, se aprecia que en el art. 55° del Código de Ejecución Penal se ha modificado y establecido que los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional, los principales beneficios, no son procedentes para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados a la corrupción. En tal sentido, se puede apreciar que el legislador ha seguido una línea de endurecimiento del marco normativo en los casos de delitos de corrupción.

SOBRE EL DELITO DE COLUSIÓN

Brevemente, precisamos que, el delito de colusión, se centra en aquellos sujetos públicos que, por su ámbito de competencia, se encuentran relacionados a procesos de contratación pública, sea de forma directa o indirecta, por lo que, tienen dentro de su ámbito funcional el desarrollo del proceso de contratación, sea a nivel de requerimiento del servicio, proceso de selección, suscripción del contrato, ejecución de la obra o servicio, o a nivel de resolución de conflictos por la vía arbitral, etc.

En dicho espacio, el funcionario arriba a un acuerdo con el tercero interesado (normalmente, personas vinculadas a una persona jurídica), a fin que, a través de un acto en el marco de sus funciones o en el incumplimiento incida en el proceso de contratación. Estas situaciones son las que desarrolla la organización criminal sea desde el mismo ámbito público, a través de funcionarios partes de la organización o a fines al mismo; también las organizaciones pueden actuar desde el ámbito privado, al contar con el apoyo de funcionarios públicos (a fines o vinculados), para el favorecimiento en los procesos de contratación.

ORGANIZACIÓN CRIMINAL

En relación a la organización criminal, el profesor Cabrera (2016), nos ha precisado el impacto de la misma:

La criminalidad organizada es un fenómeno sociológico que se ha incrementado significativamente de manera paralela y directamente proporcional al propio desarrollo de la sociedad postindustrial, este genera graves riesgos para la vida social y para el propio Estado de Derecho, y su implicancia se extiende a distintos ámbitos del sistema penal. (p. 301)

Debemos resaltar que, a través de la Ley N° 30077, se establece los alcances de la organización criminal, así en el artículo 2° de la misma, comprende:

A cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves. (Ley N° 30077 Ley contra el crimen Organizado, 2013)

Asimismo, en el punto 2 del citado artículo, se precisa que “la intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal” (Ley N° 30077 Ley contra el

crimen Organizado, 2013). Lo relevante de dicho aspecto es que se introducen aquellas personas vinculadas o que actúen por encargo de la organización, conforme lo precisado en el artículo 384° del Código Penal, además que, dicha actividad puede ser temporal, ocasional o aislada, con lo cual no se requiere que las actividades sean permanentes o indefinidas.

Igualmente, el artículo 22° de la citada Ley, señala en sus agravantes que la pena se puede aumentar hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido, sin que en ningún caso pueda exceder los treinta y cinco años, si se da el supuesto:

- c) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es funcionario o servidor público y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito. (Ley N° 30077 Ley contra el crimen Organizado, 2013)

Es decir, con la modificación al Código, dicha agravante deja de cumplir efectos para el caso del delito de colusión, al establecer de forma específica la citada agravante, lo cual ha sido reconocido de forma expresa en la Ley al precisar “2. Estas circunstancias agravantes no son aplicables cuando se encuentren ya previstas como tales por la ley penal” (Ley N° 30077 Ley contra el crimen Organizado, 2013).

ÁMBITO DE LA AGRAVANTE DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN EL DELITO DE COLUSIÓN

Conforme a la Ley N° 31178, se incorporaron nuevas agravantes al delito de colusión, que conlleva a penas más graves, ahora se puede imponer hasta veinte años de pena privativa de la libertad, además de inhabilitación perpetua. El primer agravante incorporado, que es materia de estudio, se relaciona a la participación del sujeto público dentro de una organización criminal (integrante, persona vinculada o actúe por encargo de ella).

Así, para efectos de entender la comprensión de una organización criminal como se precisó, debemos recurrir a la Ley N° 30077, artículo 2°. También, debemos puntualizar que, este supuesto agravado ya se encontraba regulado en la citada Ley,

artículo 22º, 1., c. (agravantes especiales); por lo que, ya no se podrá aplicar dicha agravante al encontrarse regulado de forma explícita en el artículo 384º del Código Penal. A este respecto, el legislador, siguiendo su actual tendencia, ha preferido no aplicar relaciones concursales del delito de organización criminal (artículo 317º del Código Penal), y establecer de forma específica la agravante de organización criminal en el delito ejecutado (por ejemplo en el robo agravado, trata de personas, tráfico de droga, etc.), en este caso en el delito de colusión (circunstancia agravatoria específica con una pena privativa de quince a veinte años) con una mayor punición en relación a la organización criminal (que establece una pena de ocho a quince años) (Paucar, 2016, p. 109).

No obstante, debemos señalar que, a diferencia del art. 317º del Código Penal, donde solo se requiere para la configuración de la organización criminal que el sujeto forme parte integrante de la organización, en el supuesto del agravante de colusión, puede también responder el sujeto público que colabore o actúe por encargo de la organización, no formando parte de la misma. También resulta necesario puntualizar que, la organización criminal, a la cual el sujeto se vincula o actúa por ella, puede originarse desde la misma institución estatal (una organización que forma parte del aparato público) o una organización del ámbito privado, p.e., una organización que se vale de la administración para favorecer a terceros. De otro lado, si el sujeto público cumple con una de las agravantes establecidas en la Ley 30077, art. 22º, 1., c. (agravantes especiales), p.e. ser cabecilla, esta agravante concursará a la del art. 384º, tercer párrafo, inciso 1 del Código Penal.

En tal sentido, como menciona el profesor Sánchez (2023), existe una ampliación normativa en el supuesto de hecho para aplicar esta agravante especial del delito de colusión agravada, ya que no solo se aplicará cuando el sujeto actúe en el marco de una organización criminal, sino también cuando el sujeto activo actúe de forma solamente “vinculada” a la organización, o, en su defecto, actúe por “encargo” de ella. Así los supuestos de vinculación y encargo al ser propiamente supuesto de autoría, generarán una discusión sobre la apertura de la complicidad e instigación. (pp. 19 – 40)

1. ¿La agravante de colusión por organización criminal exige previamente la configuración de la agravante de perjuicio patrimonial?

De otro lado, si bien un sector jurisprudencial y doctrinal considera que para que se aplique la agravante por organización criminal se requiere previamente que se cumpla con la agravante del perjuicio patrimonial establecida en el segundo párrafo del artículo 384° del Código Penal, somos de la precisión que dicha comprensión resulta incorrecta, en primer lugar, porque de la lectura del artículo 384°, se observa que el tercer párrafo no se entrelaza con el segundo, menos aún se utiliza alguna de las formas legales donde se haga depender la agravante de otra agravante previa, en este caso el perjuicio patrimonial.

Por otra parte, comprendemos que el sentido de la agravante surge para dar un mayor énfasis al sentido del injusto base (colusión simple), que en el presente caso es el acuerdo colusorio, situación que se repite en las distintas agravantes establecidas en otros delitos, por citar un ejemplo, en el delito de hurto agravado (artículo 186° del Código Penal), la agravante establecida en el segundo párrafo, inciso 1, “en inmueble habitado”, no dependerá de que previamente se establezca una agravante del primer párrafo (durante la noche, mediante el concurso de dos o más personas, sobre los bienes muebles que forman el equipaje viajero, etc.), pues resultaría incongruente que previamente a la concretización de la agravante del segundo párrafo (inmueble habitado) se tenga que establecer que el sujeto activo deba sustraer bienes relacionados a equipaje viajero, así, si sustrae un televisor u otro bien no circunscrito al equipaje de viaje, nos encontraríamos ante un supuesto de hurto simple.

Lo mismo sucede en el caso de la colusión por organización criminal, establecer que previamente se haya dado un perjuicio al Estado para concretizar la agravante no guarda relación con el sentido de su agravación, el objeto del mismo no se encuentra solo en afectar la expectativa vinculada a la actividad del funcionario competente sobre el contrato público, sino además, en la afectación a la tranquilidad pública al realizar el acuerdo contando con toda una organización criminal detrás del mismo, es decir a su mayor lesividad. Si queremos irnos a la perspectiva criminológica, la misma esta relacionada a la facilidad y seguridad que brinda la organización criminal para la concretización de los acuerdos colusorios por parte del funcionario público.

En la misma línea, si nos vamos a la agravante establecida en el punto 3 del tercer párrafo del artículo 384 del Código Penal, relacionado al aprovechamiento del agente en situación de emergencia sanitaria, el sentido de la mayor sanción se encuentra vinculado,

más que al perjuicio patrimonial, a la situación delicada que se vive en dicho momento a nivel social, donde se espera del sujeto público un mayor compromiso en la atención de los bienes y servicios para la sociedad en situaciones tan delicadas (por ejemplo el COVID-19), he ahí su mayor reproche.

Este sentido pluriofensivo de las agravantes, ya fue precisado por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 04-2011/CJ-116 (relacionado al hurto), señalando además la autonomía del supuesto agravado, donde precisa que “no se puede amparar, en base al principio de favorabilidad del reo, que se genere impunidad”, como en el caso intensificado de una sustracción de bien no mayor a una remuneración mínima vital por organización criminal de un bien inmueble de escaso valor.

La óptica de independencia de la agravante de la organización criminal en el delito de colusión de la agravante por perjuicio patrimonial⁵, ha sido asumido recientemente por la Primera Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Lima, ponente el Juez Superior Peña Farfán, Resolución N° 03, del 05 de mayo de 2023, expediente 04756-2021-20-1826-JR-PE-02:

Discrepando con el juzgado, la Sala entiende que el delito de colusión en que se actúa como integrante de una organización criminal, puede subsumir la modalidad de colusión simple (concertación ilegal sin defraudación patrimonial al Estado) o la modalidad de colusión agravada “con defraudación patrimonial); en el presente caso la fiscalía postula que se habría actuado en organización criminal dentro del aparato de poder del Estado.

2. Agente: El funcionario o servidor público:

Son tres las formas en las que se puede relacionar el sujeto activo con la organización criminal: integrante, persona vinculada y actuación por encargo de ella. Cabe señalar que, en relación a los alcances de funcionario o servidor público, como ya en su momento indique⁶, considero que el término más apropiado es el de sujeto público,

⁵ Compartida también por (Sánchez, 2023, pp. 38-39).

⁶ Ampliamente, (Martínez, 2019, p. 237). Sigue esta perspectiva, (Sánchez, 2023, p.94 y ss).

pues el mismo abarca espacios que no se restringen al funcionario o servidor, como el caso de las autoridades, entre otros.

a) Integrante

El maestro sanmarquino Prado (2021), precisa que se comprende por integrante de una organización criminal:

(...) sus alcances hermenéuticos comprenden todo acto de adhesión personal y material a una estructura delictiva preexistente y a la cual el autor del delito se incorpora de modo pleno e incondicional. Esta sí que, a través de esta conducta, el agente se somete a los designios del grupo criminal, a las líneas y las competencias de sus órganos de dirección, comprometiéndose, además, de modo expreso o implícito, a realizar las acciones operativas que le sean encomendadas.
(p. 67)

Entonces, el funcionario como integrante de una organización, propiamente alude al miembro de la organización⁷, quien cumple una función dentro del desarrollo, fines y objetivos de la organización criminal. Cabe resaltar que, para la aplicación de la agravante del artículo 384, no es suficiente que el sujeto público sea integrante de una organización, como clásicamente se entendería para el artículo 317 del Código Penal, sino que el mismo debe realizar el pacto ilícito (función específica dentro de la organización) con el tercero interesado, ahí se encuentra el mayor aspecto de relevancia en relación a su conducta.

Asimismo, la organización a la que ha de pertenecer el sujeto público, puede encontrarse enquistada en la misma entidad pública, donde otros funcionarios resultan parte de la organización criminal, como también que el sujeto público sea parte de una organización fuera del aparato público, es decir, desde un ámbito “privado”.

b) Persona vinculada

⁷ Precisa dicha situación de miembro de la organización criminal (Yaipén, 2020, p.396)

Las personas vinculadas no pertenecen propiamente a la organización criminal, en este caso el sujeto público es un agente periférico, pero vinculado (Páucar, 2016, p. 109), de la organización, para el caso en concreto del delito de colusión, a diferencia de los promotores, financistas, entre otros, tiene que realizar un acto en concreto, el cual es concertarse.

Como se precisó, el sujeto público no es integrante de la organización, por lo que, tampoco se puede comprender como miembro inactivo, pues el mismo sí se encuentra vinculado a la organización (Páucar, 2016, p. 109); así el acto del sujeto público se encuentra vinculado a un acto de colaboración, cooperación externa, mas no a un acto de pertenencia a la organización. Esta necesidad de separar los actos de colaboración de los actos de pertenencia a la organización, ya fue advertido en su momento por Páucar (2016) “(...) los actos de integración y los actos de colaboración, nos muestra la necesidad de contar con su punición como dos supuestos por separado y con carácter autónomo” (p.137).

De la misma forma, esta sintonía de diferenciar actos de colaboración con actos de pertenencia, ya fue en su momento advertida por el legislador al regular, por ejemplo, el (Código Penal Peruano,1991, art. 302°A) relacionado al tráfico ilícito de drogas, al precisar:

“1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella”, lo mismo para el caso del delito de financiamiento prohibido de organizaciones políticas (Código Penal Peruano,1991, art. 359°A), al establecer como agravante: “b) El agente comete el delito como integrante de una organización criminal o persona vinculada a ella o actúe por encargo de la misma”.

Así, normalmente, se diferencia a la persona vinculada del integrante de la organización, en el sentido que el primero es propiamente un *extraneus* de la organización, no pertenece a la misma, su actuar se enmarca en un favorecimiento o colaboración a las actividades de la organización, con lo cual hace manifiesta su cercanía con la organización.

Finalmente, si bien de forma genérica se entiende que la colaboración a la organización criminal puede ser de distintas maneras: “directa o indirecta, simple o compleja, continua o única, etc.” (Páucar, 2016, p.141), para el caso del delito de colusión, como se indicó, debe constar en la concertación del sujeto público que se enmarque dentro de las actividades que desarrolla la organización criminal, ahí se encuentra el mayor desvalor del acto funcional.

c) Actuación por encargo

A diferencia del anterior supuesto, en el caso la actuación por encargo de la organización, el sujeto público, no se encuentra vinculado a la organización, sino que actúa como “subcontratado”, es decir un agente periférico no integrante de la organización (tercerización), “un recurso al que puede acudir una organización criminal para desarrollar una determinada tarea en el interior de la organización” (Páucar, 2016, p.111). En tal sentido, la organización criminal puede tener dentro de sus actividades ilícitas principales la comisión de otros delitos, pero en un caso en concreto requiere de la participación de un funcionario público para el direccionamiento de un proceso de contratación, por lo que, “contratará” al citado funcionario, quien en base a ello responderá con la citada agravante.

Así, el sujeto público realiza la concertación de forma aislada dentro de sus actividades, conforme la encomienda realizada por la organización, es decir, administra de tal forma su ámbito funcional para “acoplarse” ocasionalmente a las directrices de la organización criminal.

ORGANIZACIÓN CRIMINAL: PRIVADA Y/O PÚBLICA

Otro aspecto muy interesante, es si la organización criminal en la que el sujeto público es integrante, persona vinculada o actúa por encargo de la misma, debe ser una organización que propiamente actúe dentro de la Administración pública o fuera de la misma.

En tal sentido, es común para el caso en que el sujeto público actúe como integrante de la organización criminal, que esta última desarrolle sus actividades dentro

de la Administración público, no obstante, no es una condición, pues también puede suceder que una organización criminal, por ejemplo, desarrollada en el ámbito empresarial, cuente dentro de sus filas con un funcionario o servidor público para viabilizar sus actividades.

Por ello, consideramos que la organización criminal a la que hace referencia el artículo 384° del Código Penal, puede encontrarse dentro de la misma Administración pública (casos emblemáticos como Gregorio Santos o César Álvarez) o fuera de ella, dentro del ámbito empresarial (casos como Odebrecht).

TERCERO INTERESADO EN LA AGRAVANTE DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

Una vez establecido el marco de actuación del sujeto público, así como el ámbito de comprensión de la organización criminal, nos corresponde analizar si la agravante establecida en el delito de colusión también es pasible de ser aplicada a los *extraneus*, sean cómplices o instigadores. Así, recientemente, (Rojas, 2021, p. 606) ha señalado que el cómplice no parece estar comprendido en dicha agravante, en tanto que, (Sánchez, 2023, p. 34) ha señalado lo complejo del problema.

Al respecto, partimos que, al igual que en los delitos con agravantes establecidas en el Código Penal, es totalmente factible establecer que dicha agravante vinculada a un elemento de la configuración del delito se trasmita al cómplice e instigador, conforme las pautas establecidas por nuestra Corte Suprema en distintas casaciones y, especialmente, el Acuerdo Plenario N° 03-2016/CJ-116: “En efecto, lo accesorio de la participación de aquél lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcional de dicho hecho punible”, y como también se desprende del artículo 25° y 26° del Código Penal, basados en la unidad del título de imputación, el negar dicha posibilidad en relación al partícipe no va en armonía con las posiciones establecidas por la doctrina y jurisprudencia, pues, por citar un ejemplo, robo agravado, si una persona colabora con el autor para la comisión del hecho en un inmueble habitado, se partiría por establecer que el autor cometería robo agravado por realizarlo sobre inmueble habitado, en tanto que el cómplice no, pues no les sería trasmitible dicha situación, no dando mayor fundamento del mismo, lo cual no es lo preponderante, pues casi todos establecerán que el cómplice

estaría administrando su libertad defectuosamente para brindar un aporte al autor, por lo que, también será pasible de enmarcar su actuar en el supuesto de robo agravado.

Mencionado ello, entendemos que, el tercero interesado en el delito de colusión responderá como un cómplice primario (Martínez, 2019, p. 237), por lo que, le es factible la aplicación de la agravante de organización criminal. No es necesario, como contrariamente lo refiere (Rojas, 2021, p. 106), que el tercero interesado integre la organización. Desde luego, se parte que el aporte del tercero interesado en el delito de colusión (concertarse con el sujeto público) se encuentra dentro de un contexto de la actividad de una organización criminal, a la que puede o no pertenecer, no olvidemos que la configuración del Código penal está dirigido al autor del delito, más que al cómplice. A partir de esta comprensión, reiteramos, el tercero interesado también contará con el marco punitivo establecido para el autor, esto es, de una pena privativa de la libertad no menor de quince años, ni mayor de veinte.

EFFECTOS PUNITIVOS DEL PARTÍCIPE EN LA AGRAVANTE DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

Ahora bien, en relación a los demás efectos que podrían implicar al partícipe en el caso de la organización criminal, por ejemplo, el relacionado al artículo 22° del Código Penal (responsabilidad restringida), donde se excluye dicha reducción de la pena, el mismo no será de aplicación al partícipe del delito de colusión agravada por organización criminal, pues el mismo está relacionado a un espacio vinculado al autor del delito, específicamente para los integrantes, debiendo de resaltar que no se hace mención al colaborador o al sujeto que actúe por encargo de la organización. Lo mismo sucede en el caso del artículo 80° del Código Penal (duplicidad del plazo de prescripción), donde conforme ya lo ha referido la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 02-2011/CJ-116:

En suma, los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor -dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del Código Penal-, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá la duplica del plazo previstos para los autores (...).

Así, dicha restricción solo es alcanzable para los autores, por el papel especial que desarrollan, en inicio funcionario público y su relación con el patrimonio público, y para nuestro caso también para los integrantes de organizaciones criminales, donde nuevamente no se menciona los supuestos de colaborador o subcontratado de la organización.

De la misma forma, en relación a la inaplicación de los beneficios penitenciarios de semilibertad o liberación condicional, conforme lo establecido en el artículo 50° del Código de Ejecución Penal, consideramos que ello no es aplicable al partícipe del delito de colusión agravada por organización criminal, pues el *extraneus* no es funcionario o servidor público.

CONCLUSIÓN

Como se ha podido observar, los alcances de la actuación de las organizaciones criminales han incidido en el ámbito de las contrataciones públicas por los beneficios económicos que encuentran en el mismo, no obstante, conforme la estadística del INPE, sus resultados no son del todo prometedores, ante dicha situación, el legislador ha optado por agravar de forma específica el delito de colusión a través de organizaciones criminales. Sin embargo, no se ha encontrado mayor desarrollo sobre esta nueva agravante a nivel doctrinal y jurisprudencial, a pesar de los distintos problemas que se están encontrando en la casuística, por ejemplo, si para la configuración de la agravante organización criminal se requiere previamente que se concrete la agravante perjuicio patrimonial del delito de colusión, sobre ello, como hemos desarrollado, consideramos que son independientes, así como la sociedad encuentra la conducta (acuerdo) más incisiva al ocasionar perjuicio patrimonial, también encuentra, aún más grave, que el pacto se enmarque en la actuación de una organización criminal.

También se ha precisado las diferencias entre integrantes, que forman parte de la organización criminal, del vinculado o sujeto que actúa por encargo de la organización criminal, así como cuando el vinculado no es integrante, pero realiza actos de colaboración para la organización, en tanto que el encargado es un subcontratado de la organización, *extraneus* que solo actúa si la organización requiere de sus servicios.

También se ha establecido que la organización criminal a la que hace referencia la agravante en la colusión, puede ser una organización que actúa dentro de la Administración pública, como una organización fuera de ella, como, por ejemplo, que actúa dentro del ámbito empresarial. De la misma forma, el tercero interesado, si bien no se requiere que sea integrante o colaborador de la organización, por unidad del título de imputación, es cómplice primario del delito de colusión agravada por organización criminal, por lo que, su marco punitivo es el mismo que la del autor, esto es, de quince a veinte años de pena privativa de la libertad, no obstante, dicha situación no es igual, cuando se hace referencia a la posibilidad de duplicidad del plazo de prescripción o la inaplicación de beneficios penitenciarios.

BIBLIOGRAFÍA

- Borrelli, F.S. (2006). Corrupción y política. La experiencia italiana. *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*, pp. 371-380. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2288839>
- Caciagli, M. (1996). *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada. Evidencias empíricas y propuestas teóricas a partir de los casos italianos* (Nº60). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. <https://biblat.unam.mx/hevila/IconosRevistadecienciassociales/2002/no15/16.pdf>
- Contraloría General de la República (2022). *Incidencia de la corrupción einconduca funcional, 2021*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5215198/Incidencia%20de%20la%20corrupci%C3%B3n%20e%20inconduca%20funcional%2C%202021.pdf?v=1696262437>
- Diez, J. (2004). *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Guimaray, E. (2021). Aspectos criminológicos del rol del poder político en la gran corrupción. En Meini, I. y Montoya, Y. (Editores), *Libro Homenaje en memoria del profesor doctor Felipe Villavicencio Terreros* (1ra edición, pp. 127-137). <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/182710/Libro>

- [%20Homenaje%20en%20memoria%20del%20profesor%20doctor%20Felipe%20Villavicencio%20Terroros%20VF.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2020/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_marzo_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Instituto Nacional Penitenciario (2020). *Informe estadístico. Marzo-2020*.
https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2020/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_marzo_2020.pdf
- Instituto Nacional Penitenciario (2021). *Informe estadístico. Marzo-2021*.
https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2021/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_marzo_2021.pdf
- Instituto Nacional Penitenciario (2022). *Informe estadístico. Marzo-2022*.
https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2022/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_marzo_2022.pdf
- Instituto Nacional Penitenciario (2023). *Informe estadístico. Marzo-2023*.
https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2023/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_marzo_2023.pdf
- Jareño, A. (2017). Conductas delictivas en materia de contratación pública. *Revista Internacional TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD*, (5ta edición) 1.
http://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/12/angeles_jare%C3%B1o.pdf
- Martínez, R. (2019). *Delito de colusión: Doctrina y jurisprudencia*. Editores del Centro.
- Páucar, M. (2016). *El delito de organización criminal* (1ra edición). IDEAS Solución Editorial
- Peña, A. (2016). *Crimen organizado y sicariato. Tratamiento penal de la delincuencia e inseguridad ciudadana* (1ra edición). Ideas solución editorial S.A.C.
- Prado, V. y Prado, B. (2021). *Políticas públicas y criminalidad. Una introducción a la Política Criminal*. Ideas Solución Editorial, Lima.
- Prado, V. (2021) *Los delitos de crimen organizado. Aspectos criminológicos, política criminal y control pena* (1ra edición). Gaceta jurídica.
- Reátegui, J. (2023). Circunstancias agravatorias relacionadas a la organización criminal. *Actualidad Penal*, (N° 103), pp.19-40.
<https://actualidadpenal.pe/revista/edicion/actualidad-penal-103/circunstancias-agravatorias-relacionadas-a-la-organizacion-criminal>

- Reategui, J. (2023). *Delitos contra la administración pública en el Código penal* (3ra. edición). Gaceta Jurídica.
- Arana, J. (2020). Compliance y self-cleaning en la contratación pública (especial referencia al derecho comunitario). *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (N° 268), pp. 787-824.
<https://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/issue/view/4689>
- Rojas, F. (2021). *Delitos contra la Administración pública* (5ta edición). Gacetajurídica.
- Salas, L. (1997). La normativa y el papel del Ministerio Público y la Contraloría en la lucha contra la corrupción en la América Latina. En Gómez, J. y González, J. (Editores), *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, (N° 2, pp 203 - 206). Editorial Publicacions Universitat Jaume I.
[https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=_MOHKvvIPkC&oi=fnd&pg=PA203&dq=%E2%80%A2%09SALAS,+Luis.+\(1997\).+La+normativa+y+el+papel+del+Ministerio+Pu%CC%81blico+y+la+Contralori%CC%81a+en+la+lucha+contra+la+corrupcio%CC%81n+en+la+Ame%CC%81rica+Latina&ots=VWZDRK0c3Q&sig=KO7cu1yOIf0Neal3BB0iRuar0dk](https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=_MOHKvvIPkC&oi=fnd&pg=PA203&dq=%E2%80%A2%09SALAS,+Luis.+(1997).+La+normativa+y+el+papel+del+Ministerio+Pu%CC%81blico+y+la+Contralori%CC%81a+en+la+lucha+contra+la+corrupcio%CC%81n+en+la+Ame%CC%81rica+Latina&ots=VWZDRK0c3Q&sig=KO7cu1yOIf0Neal3BB0iRuar0dk)
- Vásquez, C. (2011). Extensión y tendencias de los delitos de corrupción. Fiabilidad de los instrumentos de medición de la corrupción. *Revista de Derecho penal y Criminología*, volumen 3 (N° 6), pp. 361-408.
<https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24611>
- Yaipén, V. (2020). *El delito de organización criminal. Injusto de sistema y autopoietico* (1ra edición). Ideas soluciones editorial.