

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL



PUCP

LA ILEGITIMIDAD DE LA COLUSIÓN

TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO
PENAL

AUTOR

ELÍ SELAH VIDAL CÓRDOVA

ASESOR:

YVAN FIDEL MONTOYA VIVANCO

mayo, 2018

A María Córdova y Juan Vidal, por supuesto

A Bayron, Cyntia, Ernesto, Gabi, Jaime, Jing, Pierre, Silvia y Zindy.
Los amigos son la familia que elegimos,
los quiero tanto...



INDICE

Resumen	6
Capítulo I - Estado de la cuestión.....	8
Colusión.....	8
1.- Elementos objetivos	8
1.1.- Bien jurídico.....	8
1.1.1.- Según Fidel Rojas Vargas	9
1.1.2.- Según Manuel Abanto Vásquez.....	9
1.1.3.- Según Percy García Cavero	9
1.1.4.- Según José Luis Castillo Alva	10
1.1.5.- Según Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre	11
1.1.6.- Según Eduardo Alcócer Povich.....	11
1.1.7.- Según Leonardo Calderón Valverde	11
1.1.8.- Según José Antonio Nolasco Valenzuela, Juan Manuel Velarde López, Erika Ayala Miranda y Reiser López Espinoza.....	12
1.1.9.- Según Jorge Bacilio Hugo Alvarez y Betty Huarcaya Ramos. .	12
1.1.10.- Según Raúl Pariona Arana.....	12
1.1.11.- Según la Jurisprudencia.....	12
1.1.12.- Propuesta personal	14
1.2.- Agentes	15
1.2.1.- Sujeto activo	15
1.2.2.- Sujeto pasivo	16
1.3.- Intervención.....	17
1.3.1.- Por razón de su cargo.....	17
1.3.2.- Directa o indirecta	18
1.4.- Verbo rector: Concertar con los interesados	19
1.4.1.- Objetivo de defraudar al Estado.....	21
1.5.- Defraudare patrimonial (modalidad agravada).....	21
1.6.- Proceso de contratación	22
2.- Elemento subjetivo	24
3.- Consumación y Tentativa	25
4.- Forma comisiva – forma omisiva.	26
5.- Concurso	27
6.- Pena y Prescripción.....	30

Negociación Incompatible	32
1.- Elementos objetivos del tipo	32
1.1- Bien jurídico.....	32
1.1.1.- Según Manuel Abanto Vásquez y Peña Cabrera Freyre	32
1.1.2.- Según Fidel Rojas Vargas, James Reátegui Sánchez y Carlos Suarez – Mira Rodríguez	33
1.1.3.- Según José Luis Castillo Alva	34
1.1.4.- Según Humberto Carranza Valdivieso	34
1.1.5.- Según la jurisprudencia.....	34
1.1.6.- Según Jorge Luis Rimondi	35
1.1.7.- Según José María Luzón Cuesta	35
1.1.8.- Según Pedro Rodríguez López	36
1.2.- Agentes	36
1.2.1.- Sujeto activo	37
1.2.2.- Sujeto pasivo	38
1.3.- Verbo rector: Interesarse	38
1.3.1.- En forma directa, indirecta o por acto simulado.....	40
1.3.2.- Oportunidad del interés	41
1.3.3.- En provecho propio o de tercero	41
1.4.- Cualquiera contrato u operación	42
2.- Elemento subjetivo	42
3.- Consumación y tentativa	43
4.- Concurso	45
5.- Pena y Prescripción.....	46
Capítulo II.- Tesis: la ilegitimidad de la vigencia de la colusión	48
1.- Por la derogación de la colusión	48
1.1.- La legislación comparada favorece la regulación individual de la negociación incompatible	49
1.2.- El acuerdo colusorio no es un elemento objetivo que rebase el reproche contenido en la negociación incompatible.....	50
1.3.- La valoración social del legislador	57
1.4.- Acuerdo para defraudar: ¿Colusión simple o tentativa de colusión agravada?	58
1.5.- La colusión promueve la impunidad.....	62
1.5.1.- Participación necesaria.....	62
1.5.2.- Casos	64

2.- Revalidación de la negociación incompatible	71
2.1.- Ajuste en la redacción de la negociación incompatible	71
2.1.1.- Sentido estricto del interés	71
2.1.2.- Retiro de toda referencia a un provecho.....	73
2.1.3.- Modificación y claridad en el contexto de los fraudes a sancionar	74
2.1.4.- Claridad en las etapas del que se comete el fraude.....	75
2.1.5. El vínculo del sujeto activo con la operación o procedimiento de contratación.....	76
2.1.6.- Los acuerdos defraudatorios serán sancionados por negociación incompatible	77
2.1.7.- Propuesta del supuesto de negociación incompatible.....	78
2.2.- Agravantes	79
2.2.1.- Agravante por perjuicio al patrimonio del Estado	79
2.2.2.- Agravante por grave exposición de otros bienes jurídicos	80
2.2.3.- Propuesta de las agravantes.....	82
2.3.- Consecuencias del delito	82
2.4.- Propuesta de Negociación Incompatible	83
Capítulo III.- Conclusiones y Recomendaciones	84
1.- Conclusiones	84
2.- Recomendaciones	86
Bibliografía	87
Libros.....	87
Revistas.....	100
Informes.....	108

Resumen

Hasta el siglo XX, el estudio de la creación de las leyes ocupaba un espacio importante en el quehacer jurídico. Sin embargo, desde ese entonces hasta ahora, prácticamente se ha perdido todo interés en él, por lo que la validez, alcance e idoneidad de las normas es determinada recién luego de que estas entran en vigencia. En otras palabras, podríamos decir que, actualmente, nuestro Código Penal organiza y regula su catálogo de delitos usando el método de ensayo y error. Esto ocasiona que -entre otras malas prácticas- se proscriba acciones muy similares en distintos tipos penales, lo que significa una sobrenormativización del derecho que provoca confusión en la aplicación de las leyes, inseguridad jurídica e, incluso, impunidad.

Un ejemplo claro de excesiva regulación la encontramos en la relación entre dos tipos penales de trascendencia actual: la negociación incompatible como una norma general y la colusión como una norma específica. Ambos delitos mantienen una marcada semejanza: son de mera actividad, protegen el mismo bien jurídico -el interés del Estado en las contrataciones públicas*, se cometen por funcionarios (sujetos con deberes especiales) en las mismas clases de operaciones o contratos, en contra de la Administración Pública, en agravio del Estado y estipulan una pena abstracta casi idéntica.

Ante esta enorme similitud, la presente investigación procura determinar si la colusión es una norma necesaria en nuestra regulación y si su vigencia no conlleva mayores costos que beneficios. Para lograr este objetivo, debemos evaluar si la concertación -único elemento que la diferencia de las demás normas de fraude- de la colusión -norma general- provoca una desvalorización social notoriamente distinta a la negociación incompatible -norma específica-. De ser así, esa sería la única razón que podría justificar la vigencia de un delito que sanciona exclusivamente los fraudes mediante acuerdos, cuando ya contamos

* Si bien sobre la naturaleza del bien jurídico de la colusión no hay un consenso en la doctrina actual, lo planteado es producto de una investigación previa, cuyos resultados han sido expuestos y desarrollados en la tesis que sustenté en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en diciembre de 2015 para obtener el título de abogado.

con otra norma que sanciona los fraudes en general. Caso contrario, la colusión debe derogarse (por esta y otras razones) y cederle su ámbito de aplicación a la negociación incompatible.

Desde nuestra perspectiva, la modalidad de fraude de la colusión no tiene una desvaloración social significativamente distinta a la negociación incompatible, por lo que no se justifica su regulación. Por otro lado, su propia vigencia tiene efectos sumamente nocivos. Por ejemplo, la participación necesaria -exigida en la norma- entorpece la aplicación de sanciones en contra de los funcionarios e, incluso, puede provocar impunidad. Además, la redacción de los dos párrafos de la colusión tampoco es clara, pues confunde la modalidad simple con la tentativa de la modalidad agravada.

Por dichas razones, en este trabajo contradecimos 154 años de legislación de delitos de fraude contra la Administración Pública^{*} y proponemos derogar la colusión y ajustar la redacción de la negociación incompatible para que, en adelante, este último sancione los fraudes cometidos mediante concertación (y prescinda de la participación necesaria). Finalmente, también hemos propuesto una pena agravada para las negociaciones incompatibles que, primero, superen un mínimo cuantitativo de perjuicio económico al Estado o, segundo, se cometan en procesos de contratación, actuados en una situación de emergencia, que pongan en serio riesgo o dañen otros bienes jurídicos.

* El primer Código Penal peruano corresponde al año 1863. En él se encuentra regulada la colusión en el artículo 200° y la negociación incompatible en el artículo 201°.

Capítulo I - Estado de la cuestión

Colusión¹

El delito de colusión que analizaremos en el presente capítulo es el concerniente a la última modificación, dispuesta por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243 y publicada el 22 de octubre de 2016, que establece la siguiente redacción:

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 concierta 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, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; 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, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a seiscientos treinta días-multa.

1.- Elementos objetivos

A continuación, realizaremos un examen descriptivo y una breve crítica (o propuesta) de cada uno de los elementos objetivos recogidos por la norma.

1.1.- Bien jurídico

En la doctrina, no existen posiciones mayoritarias en las que converjan una cantidad significativa de autores. En realidad, hay tantas interpretaciones como autores que se han ocupado de este tema, y si bien se puede apreciar que algunos casos las posturas coinciden, esto solo ocurre parcialmente. Por ello, no sería adecuado generalizar.

¹ La primera parte (colusión) del Capítulo I - Estado de la cuestión es una versión actualizada, modificada y mejorada de la presentada en mi tesis de pregrado que sustenté en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en diciembre de 2015 para obtener el título de abogado.

Con el objetivo de respetar las ideas tal como originalmente fueron planteadas y ofrecer una visión amplia sobre el estado de cuestión de este tema, citaremos íntegramente las propuestas que, en la doctrina, han vertido los distintos autores (incluyendo a la jurisprudencia),

1.1.1.- Según Fidel Rojas Vargas

El profesor Rojas plantea que el bien jurídico para este delito es múltiple, es decir, que serán varios bienes los protegidos por esta norma. El autor propone lo siguiente:

[...] a) *Preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones que a nombre del Estado efectúan los negociadores oficiales (funcionarios y servidores públicos especialmente vinculados); b) Garantizar la intangibilidad de los roles especiales, inherentes a la función pública, que asumen dichos negociadores en sus relaciones con los interesados en contratar con las diferentes reparticiones públicas; de este modo se asegura, mediante el efecto comunicativo de naturaleza preventiva de la norma penal, la profesionalidad, objetividad y celo de los funcionarios y servidores públicos especialmente consignados, y; c) Asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, conminando con severa penalidad a los funcionarios y servidores públicos que transgrediendo sus roles especiales de negociación y representatividad pública quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado. Deber de probidad que no se afirma sólo en valoraciones de exclusiva naturaleza ética sino que se sustenta en el fundamento constitucional del servicio a la nación al que se deben todos los funcionarios y servidores públicos².*

1.1.2.- Según Manuel Abanto Vásquez

Manuel Abanto subscribe también una múltiple protección de bienes jurídicos, especificando que:

El OBJETO del bien jurídico directamente atacado aquí tiene evidentemente un contenido patrimonial. Es decir, se atenta contra el patrimonio administrado por la Administración Pública en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado. También interesa proteger la legalidad del ejercicio funcional. Y por último, como la colusión del funcionario usualmente tendrá por motivación un soborno, también se quiere mantener el carácter público de la función³.

1.1.3.- Según Percy García Cavero

García Cavero considera que el bien jurídico tiene por esencia los deberes especiales de los funcionarios, a mayor detalle:

²ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Cuarta edición. Editorial Grijley. Lima – Perú. Agosto – 2007. Pág. 407.

³ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. Segunda edición. Palestra editores. Lima – Perú. Abril – 2003. Pág. 309.

[...] el bien jurídico penalmente protegido por el delito de colusión desleal, como en todos los delitos de funcionarios, encuentra su fundamento en los deberes especiales atribuidos a los funcionarios públicos. Si bien podría decirse que el tipo penal apunta a proteger el patrimonio del Estado, el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio al Estado o al sistema económico, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario público. En ese orden de ideas, no es la infracción al rol general, común a todos los ciudadanos, la que sustenta la sanción penal, sino la inobservancia de un deber específico que vincula al funcionario público con los fines estatales. [...] Como puede verse, no se protege el bien jurídico por sí mismo (el Derecho penal no interviene si un terremoto destruye edificios públicos), sino en una relación normativa. En el caso concreto, la relación normativa que da sentido a la protección del patrimonio estatal es el deber positivo del funcionario público de disponer de patrimonio administrado en beneficio del Estado. [...] En esta línea jurisprudencial puede apreciarse con claridad que el bien jurídico protegido no está conformado simplemente por el patrimonio del Estado, sino fundamentalmente por el deber positivo atribuido a los funcionarios públicos de velar por los intereses patrimoniales del Estado en las negociaciones y en la ejecución de los contratos públicos para la adquisición de bienes y servicios⁴.

1.1.4.- Según José Luis Castillo Alva

A diferencia del autor que antecede, junto a quien escribió en coautoría el libro *El delito de colusión*, Castillo Alva tiene una perspectiva propia sobre la naturaleza del bien jurídico. Precisa que:

[...] el bien jurídico protegido del delito de colusión ilegal es el patrimonio del Estado. Sin embargo, una premisa de esta clase peca por genérica y amplia, pues también en otros delitos, como el peculado o la malversación de caudales, se tutela el patrimonio estatal. La particularidad del delito de colusión ilegal reside en el hecho de que la protección del patrimonio estatal se produce a partir de la tutela de la contratación administrativa, u otros modos de contratación [civil, laboral, comercial, etc.] de naturaleza económica, en la que se proscribe toda forma de concertación, acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación [perjuicio] al Estado. [...] La nota característica de la infracción estriba en que la protección del patrimonio estatal depende y se condiciona a la aparición de un concreto modo típico de conducta: la concertación que se realiza en el complejo entramado del proceso de contratación estatal. La lesión al patrimonio estatal que se ejecuta con otros medios o a través de otros mecanismos defraudatorios no se encuentran amparados ni protegidos por el bien jurídico ni por ámbito de protección de la norma⁵.

Años después, Castillo Alva ha cambiado de postura al señalar que el bien jurídico es la contratación administrativa. La cita a renglón seguido:

[...] La particularidad del delito de colusión ilegal reside en que el objeto de protección radica en la tutela de la contratación administrativa, en la que se proscribe toda forma de concertación, acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación (perjuicio) al Estado.

⁴ CASTILLO ALVA, José Luis; GARCÍA CAVERO, Percy. El delito de colusión. Editora jurídica Grijley. Lima – Perú. Enero – 2008. Pág. 21 – 23.

⁵ CASTILLO ALVA, José Luis; GARCÍA CAVERO, Percy. (nota 4). Pág. 79 – 80.

Queda claro, entonces, que solo la contratación administrativa es protegida como el bien jurídico en el delito de colusión en la medida que posea un unívoco sentido económico⁶ [...].

1.1.5.- Según Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre

El autor plantea que la colusión protege dos bienes jurídicos:

[...] primero, para el Estado, en la procura de ejercer la función con la debida imparcialidad y objetividad, en la búsqueda de las mejores condiciones para con el interés matrimonial estatal y, segundo, por parte de la ciudadanía, de que los funcionarios encargados de las contrataciones administrativa sólo basen su calificación en criterios de idoneidad y eficiencia, a fin de recibir una prestación pública de calidad⁷.

1.1.6.- Según Eduardo Alcócer Povich

Para Alcócer Povich, el bien jurídico mediato tutelado es el correcto funcionamiento de la administración pública. Detalla que:

El bien jurídico inmediato de protección del tipo de colusión ilegal viene a ser el patrimonio del Estado. [...] La lesión al patrimonio del Estado a través de actos fraudulentos constituye el elemento indispensable de la parte objetiva del delito de colusión ilegal. Así, sólo a través del perjuicio patrimonial puede vulnerarse el bien jurídico (inmediato) protegido, afectando -además- el correcto funcionamiento de la administración pública⁸.

1.1.7.- Según Leonardo Calderón Valverde

El mencionado autor también nos propone una protección de múltiples bienes jurídicos argumentando que:

[...] el bien jurídico protegido inmediato es la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la Administración Pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos. La conducta desleal del funcionario se orienta hacia la producción de un menoscabo al desempeño de las funciones públicas, lo que ocasiona la deficiencia de la función. Esta deficiencia es producto de la defraudación que ha sido sufrido el Estado en los diferentes procesos de selección o contratación que realiza con los particulares a través de los concursos públicos. Por lo tanto consideramos que quedan excluidos del ámbito de protección de la norma los actos contractuales que posean un contenido diferente al económico patrimonial⁹.

⁶ CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de colusión. 1° edición. Pacífico Editores. Lima - Perú. Noviembre - 2017. Pág. 117.

⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal – Parte Especial. Tomo V. Editorial Moreno. Lima – Perú. Octubre – 2010. Pág. 208 – 209.

⁸ ALCÓCER POVIS, Eduardo. Artículo «El engaño y el perjuicio en el delito de Colusión desleal ¿elemento del tipo penal?». <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-penal/El-engaño-y-el-perjuicio-en-el-delito-de-colusion-desleal.pdf>. Pág. 7. [Consulta: 10 de junio de 2015]

⁹ BENAVENTE CHORRES, Hesbert; CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. Delitos de corrupción de funcionarios. Primera edición. Gaceta jurídica. Lima – Perú. Mayo – 2012. Pág. 138.

1.1.8.- Según José Antonio Nolasco Valenzuela, Juan Manuel Velarde López, Erika Ayala Miranda y Reiser López Espinoza

Los citados autores hacen una referencia muy breve a la determinación del ámbito protegido por la norma, toda vez que señalan: «[el bien jurídico es] *el correcto funcionamiento de la Administración Pública mediante la protección del patrimonio del estado a través del cumplimiento de los deberes de imparcialidad y lealtad en la realización de los negocios jurídicos administrativos*»¹⁰.

1.1.9.- Según Jorge Bacilio Hugo Alvarez y Betty Huarcaya Ramos

Ambos tienen una posición muy amplia, ya que formulan que:

*[...] el bien jurídico es el ejercicio debido o correcto de la función pública; es decir, la función pública ejercida correctamente dentro de la legalidad. [...] Los funcionarios o servidores han de ejercitar sus intervenciones en los contratos, licitaciones, liquidaciones, etc. conforme (sic) al interés general según la legalidad existente*¹¹.

1.1.10.- Según Raúl Pariona Arana

En su libro *El delito de colusión*, el profesor Raúl Pariona ha sostenido que

*El bien jurídico genérico protegido [...] es el correcto funcionamiento de la administración pública. Los bienes específicos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas. También lo es el patrimonio administrado por el Estado*¹².

1.1.11.- Según la Jurisprudencia

Lamentablemente, la jurisprudencia tampoco ha tenido una posición unificada, pues en las distintas resoluciones emitidas se puede encontrar hasta cuatro propuestas sobre la naturaleza del bien jurídico tutelado en el delito de colusión:

¹⁰ NOLASCO VALENZUELA, José Antonio; VELARDE LÓPEZ, Juan Manuel. AYALA MIRANDA, Erika; LÓPEZ MEDINA, Reiser. Manual de Litigación oral en delitos gubernamentales. Tomo II. Primera edición. Ara editores. Lima – Perú. 2011. Pág. 281.

¹¹ Artículo escrito por Jorge B. Hugo Álvarez y Betty Huarcaya Ramos en la revista Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo cuarenta y dos. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Diciembre – 2012.

¹² PARIONA ARANA, Raúl. El delito de colusión. 1º edición. Pacífico editores. Junio - 2017. Pág. 25.

La primera se refiere al patrimonio del Estado. Esta posición ha sido acogida, por la Segunda Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad N° 79-2003, de fecha 15 de febrero de 2005, sostiene que:

La colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro 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 funcionario público de velar por los intereses del Estado.

Posteriormente, la misma sala reafirmará su propuesta mediante el Recurso de Nulidad N° 1296-2007, con fecha de 12 de diciembre de 2007, que sostiene que: «*Es preciso indicar que el bien jurídico protegido en el delito de colusión desleal es el patrimonio administrado por la Administración Pública [...]».*

La segunda está referida al normal orden y legal desenvolvimiento de la función pública de los órganos del Estado. Esta fue la postura tomada por la Sala Penal Especial de conformidad con la sentencia del exp. N° 25-2003-AV con fecha de 3 de agosto de 2005 que a la letra dice:

34°. El delito de colusión está concebido por el Código Penal, aunque impropriamente, como una modalidad de concusión. El bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto en este concreto delito es el patrimonio administrado por la Administración Pública.

La tercera propuesta tiene relación con el desarrollo de la Administración Pública. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema estableció una postura distinta a las ya vertidas, pues mediante el Recurso de Nulidad N° 3307-2008, con fecha de 13 de mayo de 2009, planteó que: «*El bien jurídico establecido es el desarrollo de la Administración Pública, que se ve afectada cuando el funcionario infringe los deberes de lealtad, probidad o imparcialidad que deben guardar en la gestión de la función pública».*

La cuarta refiere a la transparencia, la imparcialidad y el trato justo e igualitario. El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el presente tema de estudio, vertiendo su opinión en la famosa sentencia N° 00017-2011-PI/TC, la cual precisa que:

[...] la eficiencia y transparencia en el manejo de los recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales, y constituye la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis [artículo 76 de la Constitución] (Exp. N° 020-2003-AI, fundamentos N° 12 y 16).

En ese sentido, la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal (artículo 384° del Código Penal) tiene por objeto proteger estas condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores.

1.1.12.- Propuesta personal¹³

En Estados con cultura y valores sólidos, los procesos de contratación son sencillos y directos; se valen solo de principios que son aplicados como guías generales. En países como el nuestro —tan proclives a la corrupción—, los procesos de contratación han sido regulados con mucho mayor detalle para restarle todo espacio de discreción a los funcionarios. Sean sencillos o engorrosos, los procesos de contratación, en la más sencilla definición, son vías de negociación que usa el Estado para contratar generalmente con los privados.

En esta negociación, el Estado interviene a través de un funcionario público que resguarda sus intereses¹⁴; por lo que, cuando se concerta (o comete fraude de cualquier otra manera), esencial y primordialmente perjudica al mencionado interés que se encuentra representando. Es por ello que proponemos, como bien jurídico de los fraudes en contra de la administración pública, al interés que el Estado manifiesta en cada contratación. En abstracto, dicho interés público puede ser entendido como la búsqueda del menor precio posible para la mejor prestación —o viceversa, depende del caso— que satisfaga una necesidad del Estado. Esta regla puede ser usada para determinar el interés público en el caso concreto, para lo cual deberá evaluarse las condiciones de cada operación o procedimiento de contratación.

Evidentemente, no coincidimos con los autores citados. Es claro que el patrimonio no es el bien jurídico protegido en la colusión, pues ni siquiera es

¹³ Este punto ha sido expuesto y desarrollada, en extenso, en la tesis que sustenté en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en diciembre de 2015 para obtener el título de abogado. Haré aquí un breve resumen.

¹⁴ Por lo cual no pueden ser imparciales, pero este punto lo trataremos a detalle más adelante.

necesario para la consumación del delito. Por otro lado, los deberes del funcionario público —también llamado lealtad, imparcialidad, probidad o roles— tampoco pueden ser la esencia de la protección de la norma. Dichas variables sirven para determinar la autoría y participación en los delitos de infracción de deber — como la colusión o negociación incompatible—, pero no fundamentan el injusto¹⁵, ya que de ser así no podrían existir partícipes cualificados. Además, esta posición trastorna el concepto de bien jurídico, pues le quita su contenido material y lo confunde con la propia norma. Cabe recordar que las normas no deben ser protegidas *per se*, sino que estas deben estar orientadas a proteger un bien constitucional y penalmente relevante que sirva de filtro y guía a la tipificación de los delitos¹⁶. En el presente trabajo de investigación seguimos la teoría de la Infracción del Deber para determinar la autoría o participación en los sujetos implicados en los delitos de fraude que nos ocupan.

Por último, conceptos como transparencia, eficiencia o prestigio, deben ser amparados por otras ramas del derecho y no por la vía penal en lo que respecta a los delitos de fraude.

1.2.- Agentes

De la norma se desprenden dos agentes principales, el sujeto pasivo y el sujeto activo. A continuación, pasaremos a explicar las características de cada uno de ellos.

1.2.1.- Sujeto activo

Los requisitos necesarios para que un sujeto pueda ser considerado como tal son los siguientes: a) debe ser un funcionario o servidor público; b) debe tener la capacidad de intervenir, sea directa o indirectamente, y; c) dicha intervención

¹⁵ Punto resuelto en ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. 7ª edición. Madrid - España. 1999. Pág. 405: *"Hay que tener siempre presente que la infracción del deber especial, que hemos destacado con tanto énfasis, no constituye el fundamento de punición de estos preceptos, sino que sólo constituye la autoría. El fundamento de punición reside aquí, como en todos los demás tipos, en la lesión del bien jurídico; si fuera de otro modo, no podría haber en absoluto partícipes cualificados"*.

¹⁶ CASTILLO ALVA, José Luis. (nota 6). Pág. 60 y ss.

se debe fundamentar por razón de su cargo. Con respecto a este último requisito, debemos aclarar que la redacción derogada hacía mención a la *comisión especial* como fundamento de una eventual intervención. En ese sentido, lo determinante para que alguien pueda ser considerado como sujeto activo en este delito es que se trate de un funcionario o servidor público que intervenga, directa o indirectamente, por razón de su cargo en una contratación del Estado. Así, para efectos penales será indiferente si este funcionario es de otra institución, de otra área, de una comisión *ad hoc* o permanente, etc.

Cabe mencionar que el artículo 386° del Código Penal extiende la punibilidad por colusión, a otros sujetos activos como los peritos, árbitros, contadores particulares, tutores, curadores, albaceas que cometieran fraudes con respecto a los bienes que son parte de su competencia.

1.2.2.- Sujeto pasivo

Siempre se ha entendido como sujeto pasivo al Estado o a la Administración Pública; sin embargo, la Corte Suprema ha sostenido que: «[...] *el sujeto pasivo del delito es el Estado o el organismo público, en tanto tenga autonomía jurídica*»¹⁷, Además que:

*[...] estando a las múltiples ejecutorias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la República, en el sentido que tratándose de delitos contra la administración pública el sujeto pasivo resulta únicamente la instituciones que representan al Estado y que a su vez han sido perjudicadas con la comisión del delito, es decir en el presente caso el Instituto Peruano de Seguridad Social, hoy Essalud es quien debe ser considerado como agraviado, lo contrario implicaría una duplicidad de pago con relación a la Reparación Civil [...]*¹⁸.

En otras palabras, la Corte Suprema propone que se individualice a la institución pública agraviada, la cual debe contar con autonomía jurídica.

¹⁷ Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3041-2007-Lima del 4 de marzo de 2009.

¹⁸ Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3017-2004-Huánuco del 17 de marzo de 2005.

1.3.- Intervención

Como ya hemos señalado, el funcionario público debe tener la facultad de intervenir en el proceso de selección cuestionado, pues en caso de no contar con ella, no podría ser considerado como autor. Por ello, deducimos que la importancia de este requisito es significativa; sin embargo, en la doctrina muy poco se ha dicho sobre él, quizá porque, erróneamente, a partir de una lectura rápida nos vemos tentados a interpretar intuitivamente la intervención con un poder de decisión sobre el proceso de selección.

El único autor que ha trabajado con interés este requisito es Castillo Alva, quien propone dos posibles interpretaciones¹⁹. La primera lo considera como aquel que tiene la facultad para vincular jurídica y obligatoriamente al Estado, en otras palabras, que se encuentra habilitado para firmar contratos o convenios. Esta posición, aunque válida, no es respaldada por el autor porque al dejar de lado a los negociadores, o a los que fijan los convenios del contrato, reduce de manera sensible el espectro de los posibles autores que pueden ser abarcados por este delito. Una segunda propuesta más amplia plantea considerar:

[...] como autores todas aquellas personas que por razón del cargo o con autoridad expresa intervienen en cualquiera de las etapas del iter negocial que lleva a la postre a la suscripción de un contrato en interés de la administración pública. Intervenir quiere decir actuar o participar en el proceso de gestación, tramitación, suscripción y ejecución del negocio jurídico económico.

Esta es una posición mucho más coherente, ya que siendo tan complejos y variados los procesos de selección, es más adecuado político-criminalmente tener un ámbito de autores con mayor contenido que abarcar solamente a los suscribientes de las obligaciones del Estado.

1.3.1.- Por razón de su cargo

Cabe precisar que las facultades de las cuales hemos estado tratando están condicionadas a una procedencia legal, sea por un deber delegado, por

¹⁹ CASTILLO ALVA, José Luis; GARCÍA CAVERO, Percy. (nota 4). Pág. 129 – 132.

orden de un funcionario competente, por disposición del reglamento interno, por nombramiento, etc.

Castillo Alva también ha desarrollado este elemento del delito, manifestando que:

No se requiere que el funcionario posea de manera general un poder de decisión o forme parte de la alta estructura organizativa de la entidad estatal correspondiente. La ley solo exige que se actúe en razón al cargo o en base a una comisión especial. En todo caso, el poder de decisión debe derivar necesariamente del cargo o de la comisión especial; de tal forma que el funcionario puede que no ejerza ni desarrolle un poder de decisión pero se le conceda amplias facultades para llevar a cabo la negociación de un determinado contrato estatal. La exigencia de esta norma supone una valoración normativa y no fáctica²⁰.

Desde una propuesta contraria a la citada, encontramos a Marca Romero, quien sostiene que:

[...] no puede ser autor cualquier funcionario o servidor público que carezca de las cualidades específicas de decisión que el tipo exige. De allí que no pueda ser sujeto activo quien pese a ser funcionario no tenga marco funcional, competencia o autorización especial para participar en la celebración o ejecución de contratos derivados de un proceso de selección. Entonces, lo que determina la penalización de la conducta típica, no es tanto el cargo que ostenta un sujeto público, sino el estar habilitado normativamente (ley, reglamento, manual de organización de funciones, estatutos, etc.) o contar con autorización especial –si es que no se cumple con aquel requisito- para intervenir en el acto o negocio jurídico²¹.

Para el análisis en el siguiente capítulo, tomaremos la interpretación hecha por Castillo Alva, ya que nos parece la más adecuada desde la perspectiva que la política criminal intenta buscar, como también la más coherente con la naturaleza misma de la intervención delictiva y los marcos de su ejecución.

1.3.2.- Directa o indirecta

De toda la bibliografía revisada, apenas se ha podido encontrar una sola referencia de análisis a estas modalidades, en la cual se señala que:

[...] la reforma de la Ley N° 29758 trae, en nuestra consideración presenta (sic) dos claras ventajas. Por un lado hace referencia a la intervención directa o indirecta del funcionario público en la concertación ilícita con los interesados. Esto permite involucrar sin mayores dudas a funcionarios que no necesariamente hayan tenido como competencia o función la determinación directa del proveedor seleccionado sino que puede tratarse

²⁰ CASTILLO ALVA, José Luis; GARCÍA CAVERO, Percy. (nota 4). Pág. 91.

²¹ Artículo de Elmer Marca Romero en la revista Gaceta Penal y Procesal Penal. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 26. Lima – Perú. Agosto – 2011. Pág. 27 – 28.

de un funcionario que a través de informes o requerimientos haya tenido algún nivel de incidencia en tal selección fraudulenta²².

Es nuestra opinión, para poder determinar frente a qué clase de intervención nos encontramos, es necesario analizarla y determinar su procedencia. Por ello, planteamos que si la injerencia se deriva de alguno de los miembros del comité, calificaremos a ésta como directa, toda vez que son aquellos quienes tienen los roles más influyentes y decisivos en la toma de decisiones. En contraste, todos aquellos funcionarios que sin ser parte del comité, intervienen en los procesos de contratación, tendrán una injerencia indirecta, pues como ya se ha dicho, los roles desplegados por estos son de una diversidad mucho más amplia, tanto en el tipo de injerencia que realizan como en el momento en que esta se lleva a cabo.

1.4.- Verbo rector: Concertar con los interesados

La concertación implica el acuerdo con fines fraudulentos entre el funcionario que representa los intereses públicos y el privado que desea contratar con el Estado. Dicho acuerdo, tiene naturaleza clandestina (entiéndase ilegal).

El acuerdo defraudatorio como tal, debe haberse realizados de forma cabal, es decir, no basta la solicitud o el requerimiento para llegar a un acuerdo, sino que este debe haber sido producido y aceptado por todas las partes intervinientes en él²³. Incluso, algunos autores como Catillo Alva, llegan a sostener que aun cuando el funcionario haya aceptado la reunión, si esta no se llega a producir, entonces no habría un acuerdo colusorio. Por nuestra parte, coincidimos con la idea precedente, pero consideramos que para que este acuerdo llegue a ser considerado como tal, no es necesario que las partes expongan de manera verbal o escrita su voluntad, sino que este también puede tener lugar por actos concluyentes —actos posteriores que, sin haber existido realmente un acuerdo, se

²² Artículo: La ley que modifica nuevamente los delitos contra la administración pública. En Proyecto Anticorrupción. Boletín N° 5. IDEHPUCP. PUCP. Agosto – 2011. Pág. 3.

²³ REATEGUI SÁNCHEZ, James. Derecho Penal – Parte Especial. Volumen 2. Segunda edición. Editora Ediciones legales. Lima – Perú. Setiembre - 2012. Pág. 901/902.

ejecutan tal como si fueran consecuencia de una concertación, es decir, en reciprocidad—.

Siguiendo con la interpretación de la concertación, es oportuno citar a la Corte Suprema, quien se ha pronunciado en el siguiente sentido:

*El delito de colusión fraudulenta [...] exige que el funcionario público defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales; que, propiamente, la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en el perjuicio patrimonial – potencial o real – para la Administración [...]*²⁴.

Esta propuesta resulta idónea para la redacción del Código Penal español que, en su artículo 436, señala que se sancionará al funcionario que «*se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público*»²⁵. En cambio, para la redacción de la norma que nos ocupa, la concertación no se encuentra determinada por el uso de alguna vía o medio específico, por lo que su existencia únicamente se verá condicionada por las conductas objetivas desplegadas por el funcionario y el privado de forma recíproca y coherente.

En ese sentido, consideramos que es un desacierto afirmar que la concertación se limita a maniobras de engaño como lo plantea la Corte Suprema, ya que, como es sencillo representarse, el funcionario público que se aparta de su rol de representante de los intereses del Estado, en la mayoría de casos, no procura engañar a nadie, pues obra de propia voluntad al quebrantar sus deberes de representación. De forma paralela, el privado que concierta, tampoco emplea medios de engaño, pues para concertar ilegalmente es necesario que ambas partes sean conscientes del intercambio de compromisos delictivos que asumen.

²⁴ Ejecutoria Suprema N° 1480-2003-Arequipa de fecha 22 de julio de 2004.

²⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director); VALLE MUÑIZ, José Manuel (Cordinador). Comentarios a la parte especial del Derecho Penal. Tomo II. Editorial Aranzado. Navarra – España. 1996. Pág. 1261; LLORENTE FERNANDEZ, Ángel José. Delitos contra la administración pública, contra la administración de justicia y contra la Constitución. Primera edición. Editorial BOSCH. Barcelona – España. Setiembre – 2008. Pág. 121.

1.4.1.- Objetivo de defraudar al Estado

Entre todas las formas de concertación, la que está dirigida a buscar la defraudación del Estado siempre será entendida como una conducta delictiva tipificable por colusión. Esto quiere decir que la concertación debe de disponer de los elementos idóneos para causar un perjuicio. Así, este acuerdo clandestino siempre debe apuntar a intereses ajenos a los garantizados por el sector público. En consecuencia, no importará si este interés ajeno corresponde a un privado nacional, extranjero, a algún ámbito distinto del sector público, a organizaciones sin fines de lucro, al funcionario interviniente, a un tercero que desconoce ser el beneficiado, etc. Todo interés ajeno al que se proteja en los puntales procesos de contratación se entenderá como lo suficientemente idóneo para de producir perjuicio.

1.5.- Defraudare patrimonial (modalidad agravada)

El segundo párrafo del presente artículo ha sido interpretado de dos formas distintas. Desde la primera, tanto el primer supuesto como el segundo configuran dos delitos diferentes. Esta postura ha sido esbozada por Hesbert Benavente Chorres y Leonardo Calderón Valverde cuando señalan que para el primer párrafo el verbo rector es «concertar» mientras que para el segundo es «defraudar»²⁶. Quienes sí defienden abiertamente esta idea son los profesores Víctor Roberto Prado Saldarriaga y César Eugenio San Martín Castro²⁷, ya que desde su punto de vista, en la norma sub análisis, se han regulado dos supuestos delictivos distintos e independientes uno del otro. Desde la segunda, se trata de un tipo base y de un tipo agravado. Es decir, cuando el tipo base, concertación defraudatoria, produzca perjuicio al Estado, la imputación se trasladará al según párrafo que tiene una pena abstracta de mayor envergadura.

²⁶ BENAVENTE CHORRES, Hesbert; CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. (nota 9). Pág. 139.

²⁷ La fuente son las conversaciones que he sostenido con ambos profesores en la maestría del programa de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú durante los meses de septiembre a noviembre de 2015.

Vale destacar que, hasta antes de la incorporación de la modalidad agravada, el sector mayoritario de la doctrina se inclinaba por calificar a la colusión como un delito de resultado. Sin embargo, luego de la modificación, el debate sobre la interpretación de la defraudación, sea como un perjuicio económico o un quebrantamiento del deber especial delegado, fue dejado de lado. En consecuencia, la concertación ha pasado a ser entendida como el momento aquel donde el funcionario quiebra sus deberes especiales, y la defraudación como el equivalente al perjuicio económico.

En el siguiente capítulo, retomaremos este punto, precisando las consecuencias negativas que implica usar esta técnica legislativa.

1.6.- Proceso de contratación

La norma tipifica literalmente «*las modalidades de adquisición o contrataciones públicas de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado*». Estos procesos de contratación deben ser entendidos de conformidad con la ley vigente y contemporánea a la imputación fiscal. Estas contrataciones pueden ir desde compras habituales y sencillas hasta procedimientos que impliquen la participación de grandes consorcios y condicionen el desarrollo de varias regiones.

Ahora bien, la norma señala que la colusión también se aplica para «cualquier operación a cargo del Estado», expresión que José Luis Castillo Alva interpreta de la siguiente forma:

La extensión aplicativa a “cualquier otra operación” no se realiza de cualquier manera o queda de modo absoluto librado a la discrecionalidad del juez. La propia ley se encarga de limitar y precisar sobre qué base se debe interpretar la referencia a “cualquier otra operación” aludiendo a que dicha operación debe ser semejante, es decir, debe poseer un parecido nuclear a los actos y negocios que la ley describe expresamente²⁸.

Frente a ello, nos preguntamos: ¿Qué características comunes podemos encontrar entre todos los procedimientos de selección que nos ayuden a establecer parámetros de comparación con otras operaciones a cargo del Estado?

²⁸ CASTILLO ALVA, José Luis; GARCIA CAVERO, Percy. (nota 4). Pág.167.

Desde nuestro punto de vista, todas se corresponden con actividades económicas de las que se vale el Estado (o sus instituciones) para contratar bienes, servicios o efectos y así satisfacer sus fines²⁹.

Teniendo en cuenta lo señalado, debemos especificar que siendo los procesos de selección una lista cerrada, estas características comunes deben ser aplicadas a las operaciones por determinarse. Aun cuando los tipos de operaciones que desarrolla el Estado son muy diversos, cualquiera de ellos que cumpla con ser una actividad económica dirigida a la obtención de bienes, servicios o efectos para satisfacer los fines del Estado, se verá subsumida dentro del tipo penal de colusión.

Haciendo una precisión, consideramos que la palabra "operaciones" no debe ser entendida en la colusión como una actividad unilateral por parte del Estado, tal como es interpretada en la negociación incompatible. Por el contrario, para la colusión, el término "operación" se debe interpretar como un acto unilateral. De no ser así, estaríamos proponiendo un supuesto imposible de colusión que sanciona un acuerdo defraudatorio en actividades económicas unilaterales. Sin duda, el empleo del término "operaciones" en ambos tipos penales es un desacierto del legislador que induce a confusiones y debe corregirse.

Por otro lado, la redacción de la colusión ha aclarado que la concertación se puede realizar en cualquier etapa de la operación o proceso de selección. Esta es una aclaración afortunada, toda vez que la redacción derogada limitaba la concertación a los convenios, ajustes, liquidaciones y suministros³⁰; actos que

²⁹ En similar sentido, CASTILLO ALVA, José Luis; GARCIA CAVERO, Percy. (nota 4). Pág.169: *"El aspecto común que tiene los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas es que aluden a una serie de mecanismos, procedimiento o actos del tráfico económico-comercial de bienes y servicios en las que interviene el Estado como un sujeto económico cualquiera para proveer de bienes y servicios a todas o algunas de sus dependencias"*.

³⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. Derecho Penal práctico procesal y disciplinario. Primera edición. Gaceta Jurídica. Julio – 2012. Pág. 171 – 172: *«[...] Esta característica de la norma penal de colusión desleal de excluir de la relevancia penal las anomalías o actos irregulares que se hallen antes de los convenios, ajustes, liquidaciones y suministros constituyen el necesario filtro de racionalidad para la inferencia penal y la línea divisora entre el ilícito administrativo y el ilícito penal. Soslayar esta nota distintiva y comunicativa que ofrece la norma peruana de colusión para querer considerar como típicos cualquier acto o momento de un proceso de selección, incluso*

corresponden generalmente a la etapa contractual o post entrega³¹ de la buena pro³².

2.- Elemento subjetivo

La concertación solo puede ser ejecutada con pleno conocimiento y voluntad, por lo que este tipo penal exige el dolo directo.

En la doctrina se han planteado nuevas propuestas, como la de Elmer Marca Romero³³, quien sostiene que la nueva redacción establece a la defraudación como un elemento subjetivo de tendencia interna³⁴ y no como un ele-

antes de que surja, constituye un error de interpretación que suele observarse en ciertas argumentaciones fiscales y en la valoración de hallazgos que efectúa la Contraloría, lo que lleva a aplicar un Derecho Penal de máxima injerencia, colisionando con los mandatos del principio constitucional de legalidad». La citada afirmación no siempre ha sido acorde a lo manifestado por Rojas Vargas, para comprobarlo basta ver su libro citado en la nota 2 en la página 414: “La concertación del agente público con los interesados (que la Corte Suprema denomina el acuerdo clandestino para lograr un fin ilícito) implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio de los interesados estatales en juego. Se puede concertar ilícitamente en cualquier fase de la negociación con tal que ella tenga eficacia defraudatoria [...]”.

³¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (nota 3) Pág. 314: «[...] pero debe notarse que se trata siempre de colusiones en un momento en que los privados ya han obtenido la posibilidad de contratar con la administración, o, luego de haber contratado con ésta, están ejecutando o prorrogando el contrato [...]».

³² HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública. Segunda edición. Editorial Gaceta Jurídica. 2002. Pág. 84. Propone una alternativa distinta: «[...] la expresión “concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros” el legislador señala de manera expresa y taxativamente el acuerdo colusionario (sic) sólo referido a convenios, ajustes, liquidaciones o suministros; situación aparentemente contradictoria, ya que la primera expresión es abierta y la segunda es taxativa o cerrada. Por lo que sugerimos modificar y/o suprimir este último párrafo».

³³ MARCA ROMERO, Elmer. (nota 21). Pág. 30.

³⁴ HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal – Parte General. Tomo I. Cuarta edición. Editorial Moreno S.A. Lima – Perú. Agosto – 2011. Pág. 440: «la referencia, explícita o implícita, a algunos aspectos del mundo interno del agente (p. ej., motivos propósitos o tendencias) en los tipos legales fue considerada como una excepción a la regla según la cual el carácter ilícito de la acción incriminada debía ser establecido objetivamente. La aceptación del esquema del delito elaborado por los finalistas ha conducido a considerar al dolo y a los demás elementos subjetivos referentes a la acción como circunstancias indispensables para determinar si ésta es conforme al tipo legal y, por consiguiente, si es ilícita. [...] El elemento subjetivo concierne lo ilícito cuando sirve para caracterizar el tipo legal precisando sus relaciones con el bien jurídico protegido o determinando mejor la acción, el objeto del delito, el animus del agente. El propósito “obtener provecho” (art. 185), el hecho de matar para facilitar u ocultar otro delito (art. 108, inc. 2), emplear la violencia contra un funcionario para impedir o trabar un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones (art. 366), todos ellos son elementos subjetivos que caracterizan al tipo legal respectivo y fundamentan, en consecuencia, el carácter ilícito del acto. Estos elementos son deno-

mento objetivo. Estimamos acertada esta postura, pues como ya hemos explicado, la concertación criminal solo es aquella que apunta a defraudar al Estado. En sí misma, la concertación, incluso, es recomendable como un medio ágil y directo para negociar en representación de sus intereses.

3.- Consumación y Tentativa

La consumación se determinará desde el momento en que se ha producido este acuerdo, sin importar si luego, efectivamente, el Estado llega a ser perjudicado o si los intervinientes obtienen algún beneficio³⁵. En caso de generarse un perjuicio, la conducta se sancionará como colusión agravada.

Es claro para todos que, en la antigua redacción, este era uno de los puntos que generaba un mayor debate, ya que la norma no era del todo clara y existían algunos argumentos que admitían considerarlo como un delito de resultado³⁶ y otros bajo los cuales podía entenderse como uno de simple actividad. A favor del primero, la Corte Suprema había señalado que se trataba de un delito de resultado³⁷ con importante valor probatorio otorgado a la pericia que determinaba el perjuicio. Además, la doctrina mayoritaria respaldaba dicha posición, ya que solamente la concreta generación de un perjuicio podía fundamentar una pena tan alta. Por otro lado, los autores que sostenían que se trataba de un delito de mera actividad³⁸, planteaban que en sí la norma no exigía una defraudación, sino que esta era connatural en el mismo acuerdo colusorio. En esa misma línea, precisaban que los pactos internacionales³⁹, amparados por el

minados en doctrina como elementos de tendencia interna trascendente»; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Derecho Penal – Parte General. Editora Jurídica Grijley. Lima – Perú. 2006. Pág. 375: «"Se trata de los delitos cuya 'parte interna' requiere de una intención especial (Absicht) que no corresponde a la parte externa objetiva". Esta intención especial consiste en la búsqueda de un resultado diferente al exigido típicamente y que, por ende, no es exigente para la consumación del delito, debiendo entenderse sólo para efectos de llenar el tipo».

³⁵ De opinión contraria Hesbert Benavente Chorres y Leonardo Calderón Valverde (nota 9).

³⁶ Crónica Judicial (Caso Comunicore). En Proyecto Anticorrupción. Boletín N° 2. IDEHPUCP. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 17 – Perú. Mayo – 2011. Pág. 5.

³⁷ De postura contraria, algunas ejecutorias supremas recaían en el Recurso de Nulidad N° 1464-04-Cusco del 17 de febrero de 2005 y el Recurso de Nulidad 3250-2005 del 3 de febrero de 2006.

³⁸ FRISANCHO APARICIO, Manuel. PEÑA CABRERA, Raúl. Delitos contra la administración pública. Editorial FECAT. Lima - Perú; 1999. Pág. 365.

³⁹ Por ejemplo: Convención Interamericana contra la Corrupción – Art. XII.- Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan

Perú, imponen que para los delitos de corrupción no se exige un resultado y, por último, señalaban que una interpretación de la colusión como delito de resultado no satisfacía las necesidades político-criminales de persecución y sanción que la norma buscaba.

4.- Forma comisiva – forma omisiva.

La doctrina mayoritaria⁴⁰ ha planteado que la comisión por omisión para este delito no es posible, ya que el verbo rector “concertar” implica el despliegue de alguna conducta o actividad que produzca dicho acuerdo y, eventualmente, logre el fraude. En la misma línea, Castillo Alva señala que es importante diferenciar los actos mediante los cuales se lleva a cabo la concertación y los efectos que esta produce. En particular, no es posible concertar sin realizar conducta alguna. Lo que generalmente sucede, y que se presta a confusión, es que como consecuencia de lo acordado se omitan controles, deberes o garantías. Sin embargo debe tenerse claro que estas omisiones no son la concertación en sí, sino solo efectos de ella. Por su parte, Hesbert Benavente Chorres y Leonardo Calderon señalan que:

Esta concertación solo se podrá realizar por comisión, no siendo posible una concertación por omisión. La conducta de un funcionario público de una comisión de selección de no hacer nada ante una situación “arreglada” por otros miembros, no es equiparable con una concertación con los interesados que exige el tipo penal. Aquel funcionario omisivo será susceptible de ser imputado por el delito de omisión de denuncia u omisión de deberes funcionales. En el caso que un funcionario que participa de las negociaciones, pero que obra en razón de su cargo y que tan solo guarda silencio, permitiendo su silencio que haya un comportamiento defraudatorio a los intereses del Estado, se está frente a un comportamiento de complicidad primaria omisiva. Dado que guardar silencio desde una óptica normativa y estructural no equivale a concertar, que es lo que exige el tipo penal, el concertar es una acción eminentemente activa, el que guarda silencio o calla, no obra en concierto para perjudicar al Estado, simplemente realiza un comportamiento omisivo que facilita la comisión del delito por otros⁴¹.

La Corte Suprema de Justicia de la República mantiene una opinión similar, como se puede advertir del R.N. N° 2587-2011-Cusco:

La norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de Contratación Administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada,

perjuicio patrimonial para el Estado con fecha de ratificación, aceptación y adhesión 4 de abril de 1997.

⁴⁰ CASTILLO ALVA, José Luis; GARCÍA CAVERO, Percy. (nota 4) Pág. 124/125.

⁴¹ BENAVENTE CHORRES, Hesbert; CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. (nota 9). Pág. 142.

la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. De modo tal que, si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de colusión ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa.

En oposición, James Reátegui Sánchez⁴² propone que sí es posible la comisión por omisión en la colusión (posición con la que coincidimos). Fundamentándose en los supuestos siguientes: a) Cuando un funcionario interviniente delega sus funciones y no impide que el delegado concierte fraudulentamente; b) cuando el funcionario interviniente no impide que los intereses patrimoniales del Estado se vean afectados; c) cuando siendo varios los funcionarios encargados de una contratación, algunos de ellos permiten que los otros realicen actividades ilícitas, por lo que esta permisividad se constituye al mismo nivel que un acto comisivo. Desde esta misma perspectiva, Fidel Rojas ha sostenido que:

En el caso de existir un colegiado de negociadores públicos para una operación contractual, el silencio o la omisión de denunciar que adopte uno o varios de ellos ante la conducta ilícita asumida por los demás, dada la especial posición de garante que asumen dichos funcionarios, puede configurar un estado de coautoría en el delito con base a una omisión impropia o comisión por omisión, de conformidad con lo indicado en el artículo 13 del Código Penal. Si la omisión le es imputable a cualquier otro funcionario o servidor público, esto es, no vinculado funcionalmente, será invocable el delito de omisión de denuncia⁴³.

5.- Concurso

La colusión comúnmente entra en concurso con varios delitos, por ejemplo el de estafa, cohecho pasivo, negociación incompatible y otros.

La similitud entre la colusión y la negociación incompatible es notoria, tanto que ciertos autores cuestionan incluso la pertinencia de la incorporación de ambos en un mismo Código Penal⁴⁴. Ahora bien, según Castillo Alva y James

⁴² REATEGUI SÁNCHEZ, James. (nota 23). Pág. 938/939.

⁴³ ROJAS VARGAS, Fidel. (nota 2). Pág. 409.

⁴⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (nota 7) Pág. 566: «"interesarse" es un contrato u operación, en razón del cargo, puede ser un paso previo a los tipos penales de Colusión Ilegal o de Cohecho, por lo que tenemos cierto reparo de otorgarle una sustantividad propia». ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. (nota 3). Pág. 504: «la fuente es indudablemente argentina, pero allí se trata de esta figura en un capítulo independiente dedicado a las "negociaciones incompatibles" y, por otro lado, no se tiene allá un tipo penal de "patrocinio ilegal" como el que existe aquí en el artículo 385 C.P., ni tampoco se tiene un tipo penal específico de "fraude al Estado" (Colusión ilegal) del funcionario que intervenga en contratos, suministros, concursos públicos, etc., tal como

Reátegui en la casuística se configurará generalmente un concurso aparente de normas⁴⁵, pues tratar la colusión de una conducta concertada abarcará en sí misma un mayor desvalor y una afectación más intensa del bien jurídico protegido. Por estas razones, si bien ambos delitos tienen una gran coincidencia en el ámbito en que se desarrollan (contrataciones y procedimientos de selección), la configuración del acuerdo colusorio, principalmente, releva al delito de negociación incompatible en todos los casos, pues la colusión sanciona una modalidad de fraude más específica en comparación con la negociación incompatible. Qué duda cabe que cualquier funcionario que acuerda un fraude a la vez, por su parte, se está interesando indebidamente (conducta típica de la negociación incompatible). Sin embargo, no todo funcionario que exterioriza un interés indebido lo hará, necesariamente, a través de un concierto de voluntades con el privado. En consecuencia, la configuración del concurso ideal no es posible pues, en realidad, es un concurso aparente de normas donde predomina la colusión⁴⁶ como norma específica.

Con respecto a los delitos contra la Fe Pública, usualmente esta clase de delitos son cometidos como medios idóneos para reforzar o fundamentar el interés indebido. Es decir, en la medida que la administración tiene órganos de control y procedimientos basados en reglas taxativas a seguir, es común que los funcionarios, a fin de no ver frustrado su ánimo criminal, utilicen medios falaces para poder superar los controles establecidos en la ley. Por ello, se suele configurar un concurso real con la colusión. Sin embargo, si la exteriorización de la voluntad defraudatoria coincide con algunos de estos medios fraudulentos, podría configurarse un concurso ideal entre ambos delitos.

existe en el artículo 384 C.P. peruano. Evidentemente, estas realidades legales no fueron tomadas en cuenta por nuestro legislador, quien irreflexiva y asistémicamente introdujo tipos penales guiándose por fuentes extranjeras».

⁴⁵ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Manual de Derecho Penal Parte General. Tomo II. Primera edición. Pacífico editores. Lima – Perú. Julio – 2014. Pág. 1039-1041. CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de Negociación Incompatible. Pacífico editores. Lima – Perú. Febrero - 2015. Pág. 137.

⁴⁶ Artículo: La sentencia del caso COFOPRI bajo análisis. En Proyecto Anticorrupción. Boletín N° 9. IDEHPUCP. PUCP. Enero – 2012. Pág. 14: «[...] los delitos de negociación incompatible y de omisión de funciones serían subsidiarios [...]».

Ahora bien, analizando la estafa, es importante mencionar que la Corte Suprema ha entendido que para configurar la colusión es necesario cumplir con los elementos requeridos en la estafa, añadiéndoles algunos más⁴⁷. Desde nuestro punto de vista, lo afirmado es un desacierto, ya que atender la mencionada posición implicaría interpretar que la colusión necesariamente debe ser efectuada mediante engaño, lo cual no se condice con la necesidad político-criminal que demanda la norma, ni mucho menos con la misma realidad, toda vez que en la práctica diaria es fácil advertir que existen muchas formas de concertar fraudulentamente sin contar siquiera con el engaño. En consecuencia, la estafa no es un tipo subsidiario de la colusión, porque los elementos objetivos que se requieren en cada delito son muy distintos, por lo que es imposible el concurso aparente de normas. Además, tampoco puede haber un concurso ideal, ya que el acuerdo defraudatorio exige dolo directo, situación que es completamente incompatible con el elemento objetivo protagónico en la estafa, el engaño. En todo caso, dependiendo de los hechos es posible que se configure un concurso real entre ambos delitos.

Por otro lado, si bien la doctrina asume unánimemente que existe un concurso entre la colusión y el cohecho pasivo, no ha precisado qué clase de concurso se configuraría. En contraste, la única excepción a dicha omisión es el Informe del caso COFOPRI publicado por el IDEHPUCP, donde se manifestó lo siguiente:

[...] No puede considerarse que el delito de colusión absorba al de Cohecho [...] el fundamento de esta afirmación radica en las diferencias entre los bienes jurídicos protegidos por sendos tipos penales [...]. A ello se debe agregar el diferente contenido del injusto específicamente marcado por la diferencia en el desvalor de la conducta. En la colusión lo relevante radica en la concertación con los terceros interesados en un procedimiento de provisión o asignación de bienes o servicios para el Estado, mientras que en el cohecho lo relevante radica en la solicitud o recepción de dadas, promesas o ventajas relacionadas al ejercicio de la función, sin delimitar ningún contexto. Desde esta perspectiva,

⁴⁷ Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 956-2005 del 26 de octubre de 2005: «que, sin embargo, esa conducta no puede ser subsumida en el tipo del injusto de estafa, en tanto si bien fluye la existencia del engaño y la disposición patrimonial-denota un aparente concurso de leyes- por el principio de especialidad dicha conducta debe ser subsumida únicamente en el delito de colusión ilegal (como delito especial) pues comprende todos los elementos del tipo legal de estafa más algunos elementos adicionales- el autor del ilícito es un funcionario público, el ámbito típico del negocio jurídico concertado es un contrato, el sujeto pasivo solamente puede estar constituido por el Estado».

*la relación entre ambos tipos penales es la de un concurso ideal (si la concertación coincide con el momento de la recepción de la dádiva o la aceptación de la promesa) o un concurso real si tales momentos no coinciden en el tiempo*⁴⁸.

Sin ser concluyentes, desde nuestro punto de vista, podríamos anunciar un concurso aparente entre ambas normas.

Por último, los supuestos de hecho regulados en el numeral 1 y 2 del artículo 241 del Código Penal (fraude en remates, licitaciones y concursos públicos) son actos típicos de fraudes en contra de la administración pública que difícilmente suceden en otros espacios. Por ello, existe un concurso aparente con la colusión, que será el delito predominante, debido a su fin defraudatorio que no es exigido en aquel tipo penal. Sin embargo, estimamos que el artículo 241 bien podría ser derogado, pues es un claro ejemplo de excesiva regulación por parte del legislador.

6.- Pena y Prescripción

La colusión impone una sanción de pena privativa de libertad que, para su modalidad simple, se calculará entre los tres y seis años, mientras que para su modalidad agravada se hará entre los seis y quince años. Además, ambas modalidades son sancionadas con inhabilitación⁴⁹ y días-multa.

En lo que respecta a la prescripción, empezaremos señalando que la duplicidad del plazo no aplica para este delito, ya que no se ajusta a los requerimientos establecidos por el párrafo 15 del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116⁵⁰,

⁴⁸ Artículo: La ley que modifica nuevamente los delitos contra la administración pública. En Proyecto Anticorrupción. Boletín N° 5. IDEHPUCP. PUCP. Agosto – 2011. Pág. 12.

⁴⁹ De acuerdo con el artículo 38 del Código Penal Penal, modificado por el Decreto Legislativo N° 1243 del 22 de octubre de 2016, la pena de inhabilitación se entine de cinco a veinte años cuando se trate de la colusión, negociación incompatible y otros. En caso que el agente actúe como integrante de una organización criminal; como persona vinculada; por encargo de ella o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, siempre que el valor de patrimonio involucrado supere las 15 IUT, la inhabilitación será perpetua.

⁵⁰ «15°. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos: A. Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito – funcionario o servidor público- y el patrimonio del Estado. B. El vínculo del funcionario o servidor

quedando solo como plazos establecidos la prescripción ordinaria y extraordinaria.

Luego de una operación aritmética simple, en sencillo concluir que los plazos de prescripción extraordinarios para la modalidad simple y agravada serán de nueve años y veintidós años con seis meses respectivamente.

Por último, debemos precisar que el Decreto Legislativo N° 1351, publicado el 7 de enero de 2017, dispone la modificación del artículo 57 del Código Penal que regulaba los requisitos para suspender la ejecución de la pena, agregándole el párrafo que señala lo siguiente: «*la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399 y 401 del Código*». En consecuencia, la suspensión de la pena no podrá ser aplicada a los casos de colusión⁵¹⁵².

público con el patrimonio del Estado implica que ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos. C. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad (sic) funcional una orden administrativa y, por tanto es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no posea».

⁵¹ Nos preguntamos: ¿Este decreto va en contra del principio de culpabilidad? MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal. En Constitución y principios de Derecho Penal: Algunas bases constitucionales. MIR PUIG, Santiago; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (Directores). Editorial Tirant lo Blanch. Valencia – España. 2010. Pág. 99/103: «[...] *El principio de culpabilidad no depende de exigencias de prevención, sino que, por el contrario, pretende limitar la prevención por razones ajenas a su lógica utilitarista. El sacrificio del principio de culpabilidad nunca podría, pues, considerarse un coste admisible por el hecho de que pudiera resultar proporcionado al beneficio de una mayor prevención. [...] La culpabilidad es la posibilidad de imputar al sujeto dicho injusto. Tal posibilidad de imputar puede darse por completo, estar disminuida, o faltar totalmente. Cuando la culpabilidad es completa, todo el desvalor del injusto puede imputarse al sujeto, cuando la culpabilidad está disminuida no puede imputarse totalmente el desvalor del injusto. La culpabilidad no aumenta la gravedad del hecho a imputar, sino que solamente condiciona la posibilidad de imputar dicho hecho, con su gravedad, ya sea completamente (este es el límite máximo) o en forma disminuida. Por muy completa que sea la culpabilidad del sujeto plenamente imputable que comete una falta, no aumentará la gravedad de ésta; en cambio, por grave que sea el delito, como p. ej., el de asesinato, puede cometerse con una culpabilidad disminuida o sin culpabilidad*».

⁵² Aquí culmina la versión actualizada, modificada y mejorada de la primera parte (colusión) del Capítulo I - Estado de la cuestión que presenté en mi tesis de pregrado y sustenté en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en diciembre de 2015 para obtener el título de abogado.

Negociación Incompatible

Para la descripción de este tipo penal, tomaremos como referencia su última versión — incorporada por la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013— cuya redacción es la siguiente:

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

1.- Elementos objetivos del tipo

1.1- Bien jurídico

Entre los posibles bienes jurídicos protegidos que son mencionados por la doctrina y la jurisprudencia, tenemos los siguientes:

1.1.1.- Según Manuel Abanto Vásquez y Peña Cabrera Freyre

La imparcialidad es una posición acogida por un importante sector de la doctrina, representada por Manuel Abanto Vásquez, Peña Cabrera Freyre y otros⁵³, cuyos postulados plantean que el delito de negociación incompatible busca proteger el desempeño imparcial que debe tener el funcionario público cuando intervenga en los contratos u operaciones. Sin embargo, desde la opinión adquirida en esta investigación, notamos efectos contraproducentes al considerar la imparcialidad como el bien jurídico protegido para este delito. La labor del funcionario público no es propiamente imparcial, pues esto implicaría que aquel tenga la responsabilidad de buscar el justiprecio en cada una de las contrataciones u operaciones llevadas a cabo, convirtiéndose así en garante de las

⁵³ ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano (nota 3) Pág. 506; DONNA, Edgardo Alberto. Delito contra la administración pública. Rubinzal – Culzoni editores. Argentina. 2002. Pág. 314; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal – Parte Especial (nota 7). Pág. 569; CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (directores). Comentarios al Código Penal: Parte Especial. Tomo II. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid – España. 2004. Pág. 2013.

utilidades que debería adquirir todo privado que contrate con el Estado. Esto evidentemente no sucede en la práctica, los funcionarios que representan al Estado se encargan de proteger los intereses de éste y si de alguna forma intervienen en el quehacer de los privados, será únicamente para verificar que estos cumplan con las formalidades solicitadas, la suficiencia material o capital para cumplir el contrato, la ausencia de inhabilitaciones, etc.

1.1.2.- Según Fidel Rojas Vargas, James Reátegui Sánchez y Carlos Suarez – Mira Rodríguez

El interés del Estado es una propuesta planteada, por los mencionados autores⁵⁴ —a la que nos adherimos en esta investigación e incluso la proponemos también para la colusión—. En ese tenor, formulamos que el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es el interés del Estado en las contrataciones u operaciones en las que interviene como parte, actividades en las cuales el funcionario no debe anteponer su propio provecho, sino que debe inmiscuirse solo como un agente que personaliza los intereses del Estado y busca obtener el mejor precio a cambio de la prestación ofrecida, o viceversa. Vale agregar también que con esta postura se responde al ejemplo planteado como crítica al bien jurídico imparcialidad, pues sucederá que si el funcionario público presenta una oferta simulada superior a las demás, de todas formas se configurará el delito de negociación incompatible, ya que, al amparo de la protección del interés Estatal, no se podría entender que este ha sido adecuadamente representado y satisfecho, con lo que se incurre en conductas que se encuentran prohibidas.

⁵⁴ SUAREZ – MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. Manual de Derecho Penal. Tomo II. Quinta edición. Editorial Arazandi. Pamplona – España. 2008. Pág. 547; ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. (Nota 2). Pág. 819; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública. Jurista editores. Lima – Perú. Enero – 2014. Pág. 498 – 499.

1.1.3.- Según José Luis Castillo Alva

En un inicio este autor ha señalado que solo la transparencia es el bien jurídico protegido para este delito⁵⁵. No obstante, en posteriores publicaciones, ha ampliado su postura precisando que además de la transparencia el delito aquí estudiado también protege el interés del Estado en las contrataciones públicas⁵⁶.

1.1.4.- Según Humberto Carranza Valdivieso

El deber de lealtad⁵⁷ es el ámbito dentro de la administración pública que se procura proteger para no perjudicar las contrataciones del Estado. Esta posición se encuentra bastante alejada de los lineamientos fundamentales del Derecho Penal, pues lo funcionarios no le deben devoción o voto al sector público. En otras palabras, de ninguna manera se pueden preservar valores morales o éticos que, si bien pueden ser propios de la administración pública, no significan un atentado penal.

1.1.5.- Según la jurisprudencia

La posición adoptada por la Corte Suprema de la República no ha sido uniforme, debido a que se pueden encontrar al menos dos propuestas: mientras en el R.N. N.º 1318-2012 sostiene que *«el bien jurídico protegido en este delito [negociación incompatible] está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En ese sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente»* (nótese la contradicción), en el R.N. 661-2009 precisa que

[...] si bien el referido tipo penal está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación [...].

⁵⁵ CASTILLO ALVA, José Luis. Negociación Incompatible. En REYNA ALFARO, Luis Miguel (director). Delitos contra la administración pública. Jurista editores. Lima – Perú. Enero – 2009. Pág. 578-579.

⁵⁶ CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de Negociación Incompatible. (nota 45). Pág. 15.

⁵⁷ CARRANZA VALDIVIESO, Humberto. El asesinato de Alan García (5 de abril de 1992). Dimpex graf S.R.L. (talleres gráficos). Lima – Perú. 2000. Pág. 156.

1.1.6.- Según Jorge Luis Rimondi

La objetividad es una posición planteada por Jorge Luis Rimondi⁵⁸, quien plantea su propuesta como un distanciamiento a la protección de la imparcialidad. Este autor nos señala que para ejercer realmente un deber de imparcialidad primero sería necesario contar con dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del Estado de otorgar la menor ganancia posible que pueda conceder y, por el otro, el interés de los privados de hacerse con la mayor utilidad que puedan adquirir. No obstante, desde su punto de vista, esta contraposición de intereses no sucede nunca cuando un privado contrata con el Estado, ya que las entidades públicas no tienen como objetivo perjudicar a los contratantes, sino brindarles una justa retribución por las prestaciones desplegadas. Por consiguiente, según la postura del autor citado, no resulta propicio hablar de imparcialidad sino de objetividad en el desarrollo de la función. Frente a ello, discrepamos abiertamente de lo expuesto por Rimondi, toda vez que, como ya expusimos en los párrafos anteriores, no es deber del funcionario público comportarse como un garante del riesgo empresarial que conlleva contratar con el Estado. Además, desde nuestro punto de vista, si bien es cierto que la administración pública no tiene ninguna finalidad de perjudicar a los contratantes, también lo es que aquella contraposición de intereses explicada por el autor sí sucede en la realidad y, es más, sucede siempre, pero ello tampoco basta para acoger a la imparcialidad como bien jurídico protegido por las contravenciones ya citadas.

1.1.7.- Según José María Luzón Cuesta

La imagen de la administración pública es una propuesta de un sector de la doctrina española⁵⁹ que sostiene la necesidad de preservar la buena imagen de las instituciones del Estado, la cual quedaría afectada si es que los funciona-

⁵⁸ RIMONDI, Jorge Luis. Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública. Editorial Ad-hoc. Buenos Aires – Argentina. Julio – 2005. Pág. 248.

⁵⁹ LUZÓN CUESTA, José María. Compendio de Derecho Penal Parte Especial. Edición décimo séptima. Editorial Dykinson. Madrid – España. Julio – 2010. Pág. 334.

rios públicos exteriorizaran su interés individual en las contrataciones u operaciones del Estado. Evidentemente, esta posición no puede ser acogida en el Derecho Penal actual, ya que este consagra principios como la última ratio o la de intervención mínima que no se condicen en ningún sentido con la protección de valores subjetivos como son la reputación o la imagen de la administración pública o de alguna entidad que la conforme.

1.1.8.- Según Pedro Rodríguez López

La transparencia es la posición planteada por otro sector de la doctrina española⁶⁰ que expone que el bien jurídico protegido correspondiente para este delito es la transparencia en la celebración de contratos y otras actividades de la administración pública. Respecto a este planteamiento, cabe señalar que aun cuando la transparencia se sostiene en una fuente legal y en los principios del derecho, este valor corresponde al ámbito del Derecho Administrativo y no alcanza relevancia penal. A mayor detalle, debe notarse que acoger esta posición implicaría concluir el absurdo de que cualquier falta administrativa que pueda repercutir en desmedro de la transparencia (o, en algunos casos, de la publicidad) de las contrataciones estatales adquiriría la calidad de delito siendo necesario reprochar dicha conducta haciendo uso del *ius punendi*.

1.2.- Agentes

Los agentes que protagonizan la mayoría de delitos se pueden dividir en sujeto activo y sujeto pasivo. Los analizaremos por separado.

⁶⁰ RODRIGUEZ LÓPEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Bosch, Barcelona – España. 2008. Pág. 378; y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho Penal – Parte Especial. Séptima edición. Editorial Dykinson, Madrid – España. Junio – 2002. Pág. 809.

1.2.1.- Sujeto activo

La norma limita el universo de agentes posibles a aquellos que tengan la calidad de funcionarios o servidores públicos, cualidad especial que es definida por el Código Penal en su artículo 425⁶¹. Además, el tipo penal requiere de dos características: a) que tenga la facultad de intervenir en los negocios u operaciones; y b) que dicha intervención sea por razón de su cargo.

Esta facultad de intervenir ha sido interpretado por la doctrina⁶² como la participación del sujeto activo en los contratos u operaciones en la medida de que este pueda votar en las decisiones, dar vistos de legalidad, concurrir a los diversos actos, etc. En contraste con lo anterior, debemos señalar que la Corte Suprema de Justicia de la República ha ejemplificado el término “intervenir” como aquellos casos en los cuales el imputado debe tener la calidad de miembro de un comité de selección o gozar de la facultad para poder suscribir convenios con los privados⁶³.

Nuestra opinión coincide con la primera posición expuesta porque nos permite un mayor espectro de punibilidad para el universo de actos de corrupción que se pueden configurar en la realidad y evita vacíos de impunidad en aquellos casos donde sujetos activos que sin tener poder de decisión plena o parcial, se interesan indebidamente.

⁶¹ Art. 425.- Funcionarios o servidores públicos. Se consideran funcionarios o servidores públicos: 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquiera naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

⁶² HUGO ALVAREZ, Jorge B (nota 32). Pág. 184; PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Delitos contra la administración pública. Segunda edición. Editora Jurídica Portocarrero. Lima – Perú. 1997. Pág. 220.

⁶³ Ver las Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad N° 661-2009 y N° 1054-2001.

Por otro lado, cuando la norma sostiene que esta facultad de intervenir debe ser en razón de su cargo, exige al operador de justicia verificar que dicho deber se sustente en una fuente legal legítima. Es decir, aquella facultad por la cual el funcionario tiene el deber de intervenir, en la contratación u operación, debe cumplir con todas las prerrogativas legales necesarias. Si bien se podrían mencionar algunas de las fuentes más comunes (por ejemplo, que se trate de una facultad delegable, que corresponda a sus funciones, que haya sido encargada por orden de un funcionario competente, etc.), estos serán determinados específicamente dependiendo del caso.

1.2.2.- Sujeto pasivo

En medida general este siempre va a ser el Estado. Sin embargo, en algunos casos, como para la Caja de Pensiones Militar Policial, la ley establece que los agraviados directos, las instituciones u organismos estatales, sean reconocidos por su propio representante legal en el proceso y como beneficiarios de una eventual reparación civil.

1.3.- Verbo rector: Interesarse

Para que el interés tenga significancia penal debe ser exteriorizado, es decir, debe haberse manifestado en forma objetiva y real en el contrato u operación del funcionario público, pues, como ya hemos aclarado, para los parámetros establecidos por el derecho penal de nada importa la sola representación mental del interés, por más reprochable que sea, si es que ésta no se ha traducido objetivamente en la realidad. Por consiguiente, en aquellos casos donde el contrato u operación se lleva en forma idónea y cumpliendo los parámetros legales, el interés que tenga el funcionario o lo propenso que pueda ser a aquel, no tendrán ninguna significancia penal, toda vez que ésta no ha interferido con el acto administrativo.

Ahora bien, además de ser exteriorizado, el interés también debe ser indebido. Ello significa que, si bien en el funcionario público pueden concurrir un

sinfín de intereses, el que impulsa las contrataciones u operaciones no debe ser alguno distinto al encargado en razón de su cargo o de su función.

Las vertientes generales, francesa o italiana⁶⁴, se pueden explicar como sigue: la posición francesa⁶⁵ considera que el interés se manifiesta únicamente en un sentido patrimonial o económico, mientras que la doctrina italiana considera que el interés puede ser de cualquiera tipo y no solo se limita a su concepción patrimonial⁶⁶.

Respecto a la primera posición, podemos decir que esta se explica exponiendo que el interés manifestado por el funcionario público solamente tendrá una importancia penal cuando tenga un contenido patrimonial, por lo que los demás casos, donde el funcionario pueda exteriorizar cualquiera otra clase de interés, competarán a las demás ramas del derecho encargarse de dicha conducta lesiva. Asimismo, estos autores sostienen algunas críticas en contra del sector minoritario de la doctrina: a) Si consideramos que el interés puede ser de cualquier tipo, podríamos llegar a los extremos de interferir en actividades jurisdiccionales en las cuales exista incompatibilidad de intereses entre el procesado y el juzgador⁶⁷; y, b) Es imposible encontrar un contrato u operación que no tenga carácter económico, por lo que vinculándolo con el interés este también tendrá indefectiblemente un contenido patrimonial⁶⁸.

⁶⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. (nota 2). Pág. 822; SOLER, Sebastián. Derecho Penal argentino. Tomo V. Tipográfica editores. Buenos Aires – Argentina. 1963. Pág. 189.

⁶⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. (nota 2) Pág. 820-823; CASTRO CUENTA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. 2008. Pág. 179-181; GOMÉZ MENDEZ, Alfonso, y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal de 2000. Segunda edición. Editorial Cordillera. 2004. Pág. 351-354. SOLER, Sebastián (nota 64). Pág. 189; FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo VII. Segunda edición. Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1993. Pág. 337; RIMONDI, Jorge Luis (nota 58). Pág. 252-253; DONNA, Edgardo Alberto. (nota 53). Pág. 322; CREUS, Carlos. *Derecho Penal – parte especial*. Tomo II. Tercera edición. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina. 1990. Pág. 310.

⁶⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (nota 7) Pág. 573-574; PEÑA OSSA, Erléans de Jesús. Delito contra la administración pública. Editorial Gustavo Ibáñez. Colombia. Pág. 182; PACHECO OSORIO, Pedro. Derecho Penal Especial. Tomo I. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 1992. Pág. 193; MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal: Parte Especial. Volumen III. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 1989. Pág. 271; HUGO ALVAREZ, Jorge B. (nota 32). Pág. 189; REATEGUI, SÁNCHEZ, James. (nota 54). Pág. 503-504.

⁶⁷ CASTILLO ALVA, José Luis (nota 45). Pág. 53: «(...) *en aquellos casos judiciales en donde hay incompatibilidad o un conflicto de intereses, manifiesto o no, entre el juez y una de las partes y éste no se aparte desde el principio, no se inhibe de su conocimiento o no acepta la recusación planteada, podrá dar lugar, sin mayor problema, a la configuración del delito de negociación incompatible (...)*»

⁶⁸ CREUS, Carlos. (nota 65). Pág. 310.

Por otro lado, esta investigación se adhiere a la posición contraria que no limita el interés a un ámbito puramente patrimonial, pues este se puede manifestar de diversas formas (político, amical, familiar, etc.) todas capaces de perjudicar cabalmente los intereses del Estado y, por consiguiente, los fines perseguidos por este. Debemos precisar la diferencia entre el interés del contrato u operación y el interés indebido del funcionario público. Es evidente que el móvil económico del primero se vincula estrechamente a la naturaleza de los procedimientos administrativos, mientras que, en el segundo caso, el funcionario público puede tener un interés muy diverso, en tanto que le basta ser ajeno al interés público para configurar el delito. Por lo tanto, la crítica señalada líneas arriba en el punto “b)” no puede ser atendida ya que esta desconoce la diferencia entre la naturaleza del interés consustancial a las contrataciones u operaciones y el interés del funcionario público que se propone cometer el delito.

Adicionalmente, respondiendo a las críticas propuestas por la posición anterior debemos señalar para el punto «a)» cuando el magistrado, a sabiendas de la incompatibilidad, decide seguir con el proceso judicial, este adolecerá de un vicio de nulidad, ya que se ha visto quebrantado el principio fundamental de imparcialidad. Si quisiéramos llevar al extremo este ejemplo, deducimos que si un magistrado plasma su interés en alguna de las decisiones que le competen, incurrirá en prevaricato o en la prohibición de conocer un proceso que patrocinó, pero no en negociación incompatible. Como se puede apreciar, en cualquiera de los casos que propone la crítica, la amplia interpretación del interés no conlleva ninguna contradicción porque se tratan de supuestos ya regulados en otros tipos penales.

1.3.1.- En forma directa, indirecta o por acto simulado

El tipo penal clasifica la acción de interesarse del funcionario público en tres formas: a) En forma directa: la entenderemos como la manifestación y participación directa del funcionario en el contrato u operación, es decir, interesada en aquellas actividades de manera personal y por mano propia; b) En forma indirecta: cuando el funcionario público, siendo titular de sus deberes especiales,

no defrauda su rol por su propia intervención, sino que se vale de un tercero para que este, en su lugar, facilite los medios necesarios para concretar su interés. Cabe precisar que, la condición de funcionario o particular de este tercero es irrelevante, siempre y cuando no cumpla con los requisitos del sujeto activo; c) Por acto simulado: modalidad de manifestación del interés ejemplificada como aquel caso en el cual el funcionario público competente para representar al Estado, en los contratos u operaciones, desdobra su participación incorporando su propuesta entre la de los postores a contratar. Asimismo, es difícil imaginar algún supuesto por el cual el funcionario sin el auxilio de un tercero pueda simular ser postor. El legislador ha considerado necesario distinguirlo de la modalidad indirecta y expresarlo independientemente.

1.3.2.- Oportunidad del interés

Para un exitoso análisis de subsunción en el tipo penal, es importante precisar en qué oportunidad el funcionario público tendrá que manifestar su interés. La doctrina es unánime en señalar que el interés reprochable penalmente puede ser actuado en cualquiera de las etapas de la contratación u operación⁶⁹, es decir, en su ejecución, celebración, modificación, suscripción, etc., siempre que ocurra antes de la culminación de dicho acto administrativo. Si sucediera el caso contrario, el hecho no tendría ninguna incumbencia en la negociación incompatible, ya que sería un interés manifiesto descontextualizado a los requerimientos de esta norma.

1.3.3.- En provecho propio o de tercero

La norma ha establecido una finalidad para el interés que venimos tratando, es decir, que el verbo rector debe apuntar a la obtención de algún beneficio para sí o para tercero. Con respecto a este elemento objetivo, es menester precisar que aun cuando el interés tenga esta finalidad de ninguna manera se

⁶⁹ BUONPADRE, Jorge Eduardo; CREUS, Carlos. Derecho Penal Parte Especial. Séptima edición. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina. 2007. Pág. 328.

debe condicionar su existencia o real manifestación al éxito o fracaso de la obtención de algún provecho⁷⁰. De ahí que, en otras palabras, la eventual ausencia de este elemento no condiciona la tipicidad de la conducta⁷¹, toda vez que si el interés logra conseguir alguna ventaja ésta se interpretará solamente como una confirmación del tipo penal.

1.4.- Cualquiera contrato u operación

Para que podamos comprender de mejor manera cómo se debe interpretar el contrato u operación es preciso iniciar por su definición. El contrato, a efectos penales, es aquella relación jurídica bilateral que se somete a las reglas del Derecho Privado o Derecho Público, dependiendo del caso. Sin embargo, esta relación jurídica no debe ser objeto de una interpretación abierta, sino que debe ser entendida solo en su acepción económica por ser ésta la modalidad en la cual el Estado es más sensible entre sus relaciones jurídicas. Exige, por ello, el reproche más severo frente a las intervenciones indebidas.

En el mismo sentido, la operación cumplirá con todas las características del contrato a excepción de que esta ya no se refiere a una relación entre dos partes, sino que corresponde a una decisión unilateral de la administración pública, como los decomisos, embargos, ejecuciones coactivas, protestos, convocatorias diversas, incautaciones, expropiaciones, etc⁷².

2.- Elemento subjetivo

La doctrina mayoritaria, con la cual coincidimos, exige para este delito el dolo directo por una razón bastante sencilla: para exteriorizar el interés negociador o con el cual se pueda obtener la mayor ventaja para el Estado, se requiere

⁷⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. Apuntes sobre delitos contra la administración pública. Fuente: Conferencia. Taller «Instituciones de Derecho Penal». Contraloría General de la República. Octubre – 2009. Pág. 43-44.

⁷¹ En sentido contrario, el Código Penal hondureño exige explícitamente el ánimo de lucro: «Art. 374.- El funcionario o empleado público que directamente o por medio de otra persona, o por actos simulados, se interese, con ánimo de lucro personal, en cualquier contrato u operación en que estuviera participando por razón de su cargo, será sancionado con reclusión de tres (3) a seis (6) años e inhabilitación absoluta por el doble del tiempo que dure la reclusión (...)».

⁷² REATEGUI SÁNCHEZ, James (nota 54). Pág 506.

plena voluntad y conocimiento sobre los efectos y consecuencias de los actos que realiza el funcionario público. De la misma forma, es difícil imaginar un supuesto en el cual cualquier sujeto activo exprese un interés indebido contrario a su rol especial y le sea indiferente si este llega a expresarse o no, como sucede en el dolo eventual. Por otro lado, como ya hemos señalado, este interés manifestado en el dolo debe tender a buscar un beneficio, sin que ello signifique estar condicionado a la obtención del mismo.

No obstante lo anterior, por una cuestión estrictamente teórica y a pesar de su difícil manifestación en la realidad, la misma posición doctrinal no descarta la posible incursión del dolo eventual en el delito, toda vez que al no exigirse ningún ánimo adicional al dolo, por ejemplo el ánimo de lucro⁷³, su posible existencia no se ve descartada de plano.

3.- Consumación y tentativa

La consumación del tipo penal quedará establecida en el momento mismo en que el funcionario público exteriorice su interés indebido, sea de la forma que sea y sin importar en qué etapa suceda siempre y cuando la relación entre el Estado y la contraparte no se haya extinguido. Cabe agregar, que esta posición se desprende de los mismos requerimientos de la norma, o mejor dicho, de la ausencia de ellos, toda vez que el tipo penal no requiere resultado alguno posterior al interés que aletargue y condicione la consumación.

En ese sentido, debemos señalar que la doctrina nacional es unánime en considerar a la negociación incompatible como un delito de mera actividad⁷⁴. Sin embargo, respecto a la existencia de una posible tentativa, la doctrina no establece una posición clara, pues, en términos generales, la mayoría de autores acepta una eventual configuración de la misma siempre y cuando el espacio temporal del *iter* delictivo lo permita.

⁷³ De opinión contraria, ver: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (nota 54) Pág. 511-513.

⁷⁴ Sin embargo, a nivel del Derecho Comparado las posiciones son más diversas. Ver: DELGADO GIL, Andrés. Delitos cometidos por funcionarios públicos. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia – España. 2008. Pág. 213-214.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que la posición antes expuesta es contradictoria, ya que si en un principio se admite que la negociación incompatible es un delito de mera actividad, de lo que se entiende, por consiguiente, que tanto manifestación del interés como la consumación confluyen en un mismo instante; no es coherente acoger, en el mismo postulado, la posible existencia de un iter delictivo prolongado en el tiempo que permita eventualmente la configuración de la tentativa⁷⁵.

Adicionalmente, es importante precisar que este delito también ha sido caracterizado como uno de consumación anticipada, es decir, que para consumir el delito no se requerirá ningún objetivo posterior a la manifestación del interés ni el éxito de la efectiva obtención de alguna ventaja que se derive del fin privado seguido por el funcionario público.

Por último, la doctrina ha entrado en debate sobre cómo proceder cuando un privado interesado en algún contrato u operación se constituye como funcionario público competente a esas actividades y adquiere, de esa forma, los roles especiales que representan al Estado. Propuestas como la de Bernal Pinzón sostienen que bastaría que el privado tome el cargo de funcionario público para que se consuma el delito, ya que es en ese preciso momento que se confunden los roles⁷⁶. Desde nuestra perspectiva, y por los lineamientos ya expuestos, no coincidimos con el citado autor porque si bien este sujeto que toma el cargo de funcionario público lo hace en base a su interés privado, para los fines penales, que esta norma exige, es necesario que el aspecto volitivo de este sujeto se exteriorice y concrete mediante algún acto específico y en calidad de funcionario en alguna de las etapas a desarrollarse en los contratos u operaciones.

⁷⁵ MIR PUIG, Carlos. *Delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*. Editorial Bosch. Barcelona – España. 2000. Pág. 256-257.

⁷⁶ BERNAL PINZÓN, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Turín Bogota. 1965. Pág. 146.

4.- Concurso

El supuesto de hecho de negociación incompatible puede verse relacionado con distintas normas penales. Entre las más comunes tenemos a los delitos contra la Fe Pública, al patrocínio ilegal y al cohecho (la colusión la tratamos en el punto 5 de la primer parte de este capítulo). A continuación, explicaremos la relación con cada uno de estos delitos.

- Delitos contra la Fe Pública: Usualmente esta clase de delitos son cometidos como medios idóneos para reforzar o fundamentar el interés indebido. Es decir, en la medida que la administración tiene órganos de control y procedimientos basados en reglas taxativas a seguir, es común que los funcionarios, a fin de no ver frustrado su ánimo criminal, utilicen medios falaces para poder superar los controles establecidos en la ley.

Generalmente se podrán ver casos de concurso real. Sin embargo, si la exteriorización de la voluntad coincide con algunos de estos medios fraudulentos podría configurarse un concurso ideal entre ambos delitos.

- Patrocínio Ilegal: este delito abarca un universo de casos más amplios al de la negociación incompatible, pues tanto el contexto del delito como el interés indebido no se limitan a los supuestos de contrataciones y operaciones del Estado, sino que estos pueden suceder en cualquier ámbito de la administración pública. Por otro lado, el Patrocínio Ilegal siempre velará por un interés ajeno y privado⁷⁷, situación de la que difiere el delito estudiado, pues este también se puede desarrollar en provecho propio. Por estas razones, consideramos que la convergencia de estos tipos penales en un concurso ideal es sumamente lejana.

- Cohecho: Cuando el funcionario acepta alguna ventaja por parte de algún interesado (sea parte o no de un proceso de contratación) con la finalidad de quebrantar sus funciones, el interés indebido unilateral de aquel en el contrato

⁷⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. (nota 2). Pág. 435: «Esta restricción del tipo deja fuera la posibilidad de configurar el delito cuando el sujeto activo patrocina intereses de otros agentes públicos, lo cual resulta criticable».

u operación dejará ser tal, ya que, en adelante, se encontrará en una actitud coordinada entre el agente corruptor y el funcionario público competente en dichos actos administrativos. Es así que, viéndose desbordado el supuesto criminal de la negociación incompatible ante esta confluencia de voluntades, que da paso a la colusión y/o al Cohecho, dejaremos de encontrarnos frente a nuestro delito estudio y, con ello, en la imposibilidad de la configuración de un concurso ideal⁷⁸.

Si el funcionario público, sin haber realizado ninguna coordinación previa, se interesa indebidamente en una operación y luego acepta alguna ventaja en razón de dicho acto, desde nuestro punto de vista se configurará un concurso real entre la negociación incompatible que se consuma con el solo despliegue del interés indebido y el cohecho que se consuma posteriormente al aceptar algún beneficio.

5.- Pena y Prescripción

La pena impuesta en la norma varía de cuatro a seis años de pena privativa de libertad. Adicionalmente, los condenados por este delito también pueden ser sancionados con inhabilitación y multa.

Teniendo en cuenta que la pena máxima es de 6 años, el plazo de prescripción extraordinaria que le corresponde es de 9 años de conformidad con el artículo 83 del Código Penal. Por otro lado, a criterio de esta investigación, para este delito no se aplica la duplicidad de plazo de prescripción ya que no cumple con los requerimientos comprendidos en el párrafo 15 del Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116. Sin embargo, en nuestra investigación hemos podido apreciar

⁷⁸ ABANTO VASQUEZ, Manuel A. (nota 3) Pág. 521: «la “negociación incompatible” es, en realidad, una modalidad de exacción, mientras que el “fraude en contratos y concursos” lo es del “cohecho”. Por lo tanto, no debería haber concurso entre ambas figuras: si hubiera un concierto entre el funcionario y los interesados, habrá “fraude a la Administración Pública” en cualquiera de sus grados; si no hubiera este concierto, habrá “negociación incompatible”. En resumen, si el funcionario no solo se “interesara”, sino que llegara a una contractualidad con la parte interesada, los tipos “cohecho” y de “fraude a la administración pública” desplazarán a esta figura».

que la Primera Sala Penal Liquidadora le ha dado un tratamiento opuesto aceptando la duplicidad⁷⁹.

De la misma forma que con el delito de colusión, el Decreto Legislativo N° 1351, del 7 de enero de 2017, también ha dispuesto la inaplicación de la suspensión de la pena para le negociación incompatible.



⁷⁹ Incidente N° 027-2011-B, del 16 de diciembre de 2011. Último párrafo: «Que, el delito que se imputa a los recurrentes es el de Negociación Incompatible, tipificado en el artículo 397° del Código penal, [...] teniendo en cuenta lo establecido en el último párrafo del artículo 80° del Código Penal el plazo de prescripción se duplica, en ese sentido, el delito antes mencionado prescribirá a los quince años».

Capítulo II.- Tesis: la ilegitimidad de la vigencia de la colusión

1.- Por la derogación de la colusión

De acuerdo con el último informe de la Defensoría del Pueblo⁸⁰, la colusión es el segundo delito contra la Administración Pública más investigado (o procesado) a nivel nacional, y ocupa el 14% del universo de causas⁸¹ (4493 casos), le sigue, en tercer puesto, el cohecho activo genérico con el 8% (2638 casos) y, en cuarto lugar, se ubica la negociación incompatible con el 7% (2303 casos). Como se puede apreciar, la colusión y la negociación incompatible ocupan un espacio importante en el ejercicio diario de los operadores del derecho.

A pesar de lo relevante de estas normas, hemos omitido analizar su legitimidad o racionalidad y nos hemos convertido en meros aplicadores de la ley. Lamentablemente, esta práctica se ha vuelto costumbre, tal como lo postula Diez Ripolles⁸² en su libro *La racionalidad de las leyes penales*. En reacción, estimamos oportuno apostar por un examen a la legislación penal, específicamente al protagónico tipo penal de colusión, para así determinar la solvencia o no de su categoría como delito y de los efectos que provoca haberle otorgado dicho estatus.

Empezaremos este capítulo tomando como referencia las legislaciones comparadas para determinar si la vigencia paralela de la negociación incompatible y la colusión son un patrón general en la lucha globalizada contra la corrupción o en realidad es una peculiaridad (por no decir técnica inapropiada) de nuestra legislación penal.

⁸⁰ La Corrupción en el Perú. Reporte de corrupción N° 1 (al 31 de diciembre de 2016). Defensoría del Pueblo. Lima - Perú. Mayo - 2017. Pág. 14.

⁸¹ Ubicada solo después del peculado, con el 36% del universo de casos a nivel nacional.

⁸² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Editorial Trotta. 2° edición. 2013. Pág. 103: «(...) *la reflexión jurídicopenal se ha visto atrapada en una estrategia equivocada: no hay que asumir el arbitrio irracional del legislador e intentar atemperarlo mediante principios limitadores en el momento de la aplicación del derecho, sino que hay que someter al legislador desde el inicio de su actividad a criterios racionales de legislación, previendo los medios jurídicopolíticos para ello*».

Luego, examinaremos si el injusto propio de la colusión justifica su regulación específica, llegando a cuestionar su inadecuada redacción para, finalmente, concluir evidenciando los efectos negativos que, la vigencia de esta norma, provoca en nuestro ordenamiento jurídico.

1.1.- La legislación comparada favorece la regulación individual de la negociación incompatible

A continuación, realizaremos un breve recuento sobre la forma de legislar de los códigos penales más importantes:

a) Curiosamente Venezuela, país que actualmente soporta graves controversias legales y políticas, es el único que regula exclusivamente la colusión sin tener de respaldo un tipo penal general de fraude en las contrataciones⁸³.

b) Realidad muy distinta nos ofrecen los Códigos Penales de Francia, Portugal, El Salvador, Puerto Rico, Suiza, Nicaragua, Cuba, Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, México y Uruguay, quienes en contraste a Venezuela, solo conciben en su sistema jurídico al delito de negociación incompatible⁸⁴.

c) Solo los Códigos Penales de Andorra, Guatemala, Honduras, Panamá, España y Colombia mantienen ambas normas vigentes. Peculiarmente, en la legislación colombiana, también se sanciona la colusión con menor pena que la negociación incompatible⁸⁵.

⁸³ Art. 70 de la Ley Organica de Salvaguarda del Patrimonio Público de la República del Venezuela.

⁸⁴ Código Penal de Francia art. 432-14. Código Penal de Portugal art. 377. Código Penal de El Salvador art. 328. Código Penal de Puerto Rico art. 253. Código Penal de Suiza 314. Código Penal de Nicaragua art. 454. Código Penal de Cuba art. 153.1.2. Código Penal de Argentina art. 265. Código Penal de Bolivia art. 150. Código Penal de México art 217. Código Penal de Uruguay art. 161. Código Penal de Ecuador art 257-C. Código Penal de Chile art. 240.

⁸⁵ Código Penal de Andorra art. 389, 391, 392. Código Penal de Guatemala art. 459.1, 150. Código Penal de Honduras art. 374, 376. Código Penal de Panamá art. 365, 364.1. Código Penal de Colombia art 409, 410, 410-A. Código Penal de España art 436, 439.

d) Los Códigos Penales de Alemania, Canadá, Paraguay, República Dominicana, Italia y Brasil no consignan la colusión ni la negociación incompatible. La forma más cercana a sancionar estos injustos se ubica en la figura del cohecho⁸⁶.

e) Existen ciertas regulaciones particulares como la Costa Rica, que no acoge ni la colusión ni la negociación incompatible, pero sanciona el fraude en las contrataciones como una agravante del cohecho⁸⁷.

De los 27 Códigos Penales consultados en la legislación comparada, solo 1 regula únicamente la colusión como fraude, 6 de ellos regulan simultáneamente la colusión y la negociación incompatible de manera conjunta y 13 sistemas jurídicos apuestan por la vigencia exclusiva de la negociación incompatible. Como se puede notar, cuando la legislación comparada debe elegir entre la colusión o a la negociación incompatible, esta última trasciende abrumadoramente. Por ello, aunque estemos muy acostumbrados, la legislación comparada nos enseña que no es extraño que un ordenamiento jurídico prescindiera de la colusión, privilegiando la negociación incompatible, sin que ello signifique menguar la lucha contra la corrupción.

1.2.- El acuerdo colusorio no es un elemento objetivo que rebase el reproche contenido en la negociación incompatible

Bustos Ramírez⁸⁸ sostiene que los procesos de tipificación no solo deben ser guiados por los bienes jurídicos, sino también por la técnica de tipificación y

⁸⁶ Código Penal de Alemania art. 334. Código Penal de Canada art. 121.a.iii. Código Penal de Paraguay art. 300. Código Penal de República Dominicana art. 175. Código Penal de Italia art. 319. Código Penal de Brasil art. 317.

⁸⁷ Código Penal de Costa Rica art 349: Protección de los contratos públicos como una agravante del cohecho.

⁸⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Editorial Ariel. Barcelona - España. Noviembre - 1986. Pág. 8 y ss: *“Como hemos visto, el proceso de tipificación aparece determinado en sus líneas esenciales (ámbito, sistematización y jerarquía de las figuras delictivas) por el bien jurídico. Pero ello no es suficiente para completar todo el proceso de tipificación. Este proceso va mucho más allá de la capacidad de rendimiento que tienen los bienes jurídicos. [...] Hay pues dos aspectos a considerar: elementos especificadores del injusto y técnica de tipificación. Los tipos legales no son simple descripción de una acción, sino que describen siempre un ámbito situaciones desde el bien jurídico y por ello recogen una serie de valoraciones sociales más allá*

los elementos especificadores del injusto. Estos últimos son de especial trascendencia para la presente de investigación.

Por elementos especificadores del injusto debemos entender todas aquellas valoraciones sociales que o bien profundizan o bien menguan el contenido del injusto en determinado contexto social, de ahí que pueda ser categorizada como elemento especificado del injusto que califica o que privilegia, respectivamente. Por ejemplo, el homicidio es el tipo penal general que protege el bien jurídico vida, pero no es la única norma penal que protege dicho bien jurídico. El legislador mantiene vigente diversos tipos penales con el mismo fin. Así, tenemos que tanto el parricidio (art. 107) como el llamado homicidio piadoso (art. 112) resguardan el bien jurídico vida (ya protegido en el homicidio simple). No obstante, la desvaloración social de matar a alguien con quien se tiene un vínculo familiar (elemento especificador del injusto que califica) es mucho más intensa de la que se otorga a aquel que mata por piedad (elemento especificador del injusto que privilegia). Como se evidencia, los elementos especificadores del injusto pueden sustentar legítimamente la necesidad de regular nuevos tipos penales (por piedad o vínculo familiar) que sancionen conductas que, aun agrediendo a un mismo bien jurídico, provocan una desvaloración social muy distinta (intensificada o atenuada) que no es abarcada idóneamente por el tipo penal general (homicidio simple). He allí, la justificación de esta técnica legislativa.

Naturalmente, los niveles de desvaloración social, otorgados por los elementos especificadores del injusto, que califica o privilegia, deberán reflejarse en los parámetros de las penas propuestas por los tipos penales derivados en relación al tipo penal general (para nuestro ejemplo: la sanción por homicidio piadoso va de 2 días a 3 años, el homicidio simple va de 6 a 20 años y el parricidio va de 15 a 35 años).

de la sola valoración del acto. Todo ámbito situaciones a su vez puede tener grados de complejidad, y en la tipificación se trata de recoger estas escalas de graduación mediante los tipos legales. Por ello un solo tipo legal nunca agota las posibilidades reales y concretas de tipificación en relación a un bien jurídico. Necesariamente surgen una serie de tipos legales en relación a estas valoraciones sociales que van profundizando el injusto contenido en el ámbito situacional [...].

De forma similar a Bustos, Roxin sostiene que en delitos de infracción de deber, el legislador puede tipificar de manera independiente aquellos supuestos que, por la intensidad de su agresión al bien jurídico, no pueden ser abarcados idóneamente por el tipo general, ya que rebasan el injusto de su contenido⁸⁹.

Tomando como referencia las reglas expuestas, es propicio analizar el delito de colusión (tipo penal específico) en referencia a la negociación incompatible (tipo penal general), para determinar, si aquel contiene algún elemento especificador del injusto (elemento objetivo) que justifique su regulación independiente, manteniéndose al margen de la normal general de la que se desprende.

Resulta pertinente, entonces, analizar los elementos de ambos tipos penales para hallar las diferencias que, eventualmente, podrían ser calificadas como elementos especificados del injusto que justificarían la regulación independiente de la colusión:

- a) Ambos tipos penales son dolosos.
- b) Ambos tipos penales requieren a un funcionario o servidor público como sujeto activo.
- c) Ambos tipos penales sancionan el fraude en las contrataciones del Estado.

Aquí es importante hacer una precisión. La colusión sanciona el fraude en las “*modalidades de adquisición o contrataciones pública de bienes, obras o ser-*

⁸⁹ ROXIN, Claus (nota 15). Pág. 411: “*También en los delitos de infracción de deber el legislador puede tener razones fundadas para independizar en ese sentido. (...) El motivo más profundo reside en que el engaño, cuando va acompañado de ánimo de enriquecerse o de perjudicar, contiene elementos personales del injusto, de significación independiente, que no quedan abarcados mediante la punición de la mera falsedad. No es que los preceptos de los §§ 271-273 StGB fueran necesarios porque fuera inconcebible una inducción a un hecho no final, sino que más bien la regulación específica era necesaria para poder captar típicamente en casos graves el contenido de injusto que trasciende a la determinación a la falsedad*”. En el mismo sentido, HANS-HEINRICH, Jescheck. WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Traducción de la 5ª edición alemana. Pacífico editores. Pág. 84: “*Tiene lugar un cambio en la calificación cuando el legislador ha creado un nuevo tipo modificado o autónomo con otro límite mínimo de la pena (cualificado, privilegiado o delitos especiales)*”.

vicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado” (resaltado nuestro), mientras que la negociación incompatible sanciona el fraude en “*cualquier contrato u operación*” (resaltado nuestro). Una interpretación apresurada nos podría llevar a concluir que ambas normas prohíben fraudes en contratos u operaciones. Sin embargo, como ya hemos explicado en el capítulo anterior⁹⁰, el término “operación” no debe ser interpretado de la misma forma en ambos delitos. De acuerdo con Castillo Alva⁹¹ y Pariona Arana⁹², la *operación* en la colusión debe ser interpretada como un negocio que se rige por las mismas características de las contrataciones públicas mencionadas explícitamente en el supuesto delictivo, es decir, como un acto bilateral. En contraste, el término “operación” en la negociación incompatible debe ser interpretado como un acto unilateral del Estado. Hasta aquí, si seguimos a los autores mencionados, podríamos decir que la negociación incompatible tiene mayor ámbito de aplicación porque sanciona tanto fraudes en actos unilaterales como bilaterales, mientras que la colusión sanciona fraudes que inciden exclusivamente en actos bilaterales. Sin embargo, la propuesta de los referidos penalistas no es unánime. Por ejemplo, Fidel Rojas⁹³ y Manuel Abanto⁹⁴ proponen que la expresión “cualquier operación” de la colusión se refiere a actividades fuera de los procedimientos de contratación, dando ejemplos de actos unilaterales tal como se interpreta el término “operación” en la negociación incompatible. Ahora bien, así se siga una postura más restrictiva del ámbito de aplicación de la colusión o una postura que la iguale a la negociación incompatible, ello en nada influye en la búsqueda de un elemento especificado del injusto que legitime la tipificación autónoma de la colusión, pues al final ambas normas protegen los actos bilaterales en las negociaciones del Estado, lo que no ofrece ninguna particularidad que permita hacer una distinción entre los mencionados delitos. Así, no importa a qué teoría nos inclinemos, ninguna de las dos muestra un elemento especificador del injusto que resalte alguna desvaloración social de la colusión sobre la negociación incompatible.

⁹⁰ Ver capítulo I, Colusión, 1.6.- Proceso de contratación.

⁹¹ CASTILLO ALVA, José Luis; GARCÍA CAVERO, Percy. (Nota 4). Pág. 167 – 171.

⁹² PARIONA ARANA, Raúl (nota 12). Pág. 86.

⁹³ ROJAS VARGAS, Fidel (nota 2). Pág. 420.

⁹⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A (nota 3). Pág. 312.

- d) El fraude de la negociación incompatible debe ser cometido mediante un interés indebido, la colusión exige defraudar a través de un acuerdo del funcionario con el postor interesado.

Teniendo claro que la diferencia entre los dos delitos radica en la modalidad del fraude, corresponde analizar ambas conductas típicas y determinar si la concertación provoca o no una valoración social tan peculiar (en comparación con la negociación incompatible) que quepa calificarla como un elemento especificado del injusto, el cual, eventualmente, podría otorgarle legitimidad a la colusión. Veamos:

- Desde la lesión al bien jurídico, la diferencia entre defraudar mediante una concertación o un interés indebido no tiene mayor relevancia. Bien se puede sobrevalorar, subvalorar, dirigir, falsificar, contratar sin necesidad, otorgar conformidad irregulares, pagar sin sustento o realizar cualquier otro acto defraudatorio como efecto de un interés indebido o de un acuerdo colusorio.

- Desde la cantidad de agentes que interviene en la conducta típica, tanto la concertación como el interés indebido se pueden desarrollar mediante una pluralidad de intervinientes. Aceptar esta afirmación en la colusión no requiere mayor esfuerzo. Por parte de la negociación incompatible. Cabe recordar que el interés indebido también puede ser ejecutado de forma indirecta o mediante actos simulados en los que existe un sinnúmero de supuestos en los que el funcionario se vale de un partícipe para lograr su cometido (por ejemplo, usando un testaferrero o una empresa de fachada como postor). Por ello, este punto tampoco puede diferenciar las conductas típicas de ambos tipos penales.

- Desde el rol del postor, se suele sostener que quien comete fraude, sirviéndose de dicho rol, solo puede ser sancionado por colusión. Ello es falso. Como hemos precisado líneas arriba (y en el capítulo anterior), el interés indebido también puede manifestarse de manera indirecta o simulada. Es decir, la negociación incompatible no se restringe a sancionar exclusivamente actos desplegados de manera directa por el funcionario público, pues el interés indebido

también se puede realizar usando el rol del postor. Por ejemplo, cometerá negociación incompatible por simulación el funcionario que le otorgue indebidamente la buena pro a una empresa de fachada (que en realidad le pertenece al funcionario pero está a nombre de un testaferro), que, obrando clandestinamente en su representación, participa y gana la buena pro de la contratación pública promovida por el referido funcionario. En resumen, tanto la colusión como la negociación incompatible pueden usar el rol del postor para cometer el fraude, por lo que esta perspectiva tampoco ayuda a diferenciar las conductas típicas de ambos tipos penales.

- Desde la naturaleza de las voluntades en el método del fraude, la concertación, obligatoriamente, implica voluntades encontradas e independientes, caso contrario sería naturalmente imposible llegar a un acuerdo. Nadie acuerda con su propia voluntad. Solo dos voluntades independientes, la del funcionario frente a la del postor, pueden llegar a un consenso. Este encuentro de voluntades es exclusivo de la colusión. Si bien, hemos precisado que el sujeto activo de la negociación incompatible puede servirse de partícipes (con los que eventualmente puede llegar a un acuerdo criminal), dicho autor siempre obra como director de su voluntad defraudadora frente a los demás agentes que lo asisten. Incluso, cuando se interesa indebidamente mediante una operación simulada, aquel que obra como testaferro lo hace por dirección y representación del autor de negociación incompatible. En otras palabras, para la colusión es ineludible contar con un postor con una voluntad autónoma que no ha sido determinada previamente por el funcionario público, sino que coinciden en el objetivo criminal en mérito a un acuerdo; mientras que la negociación incompatible sanciona actividades defraudadoras en las que el funcionario público actúa como director de su propia voluntad defraudadora que concretará obrando por sí mismo o a través de partícipes. He allí la diferencia de ambos tipos penales.

Retomando, ya hemos aclarado que usar una o otra modalidad de fraude no marca ninguna diferencia en los efectos lesivos que estas puedan provocar al bien jurídico, ni se diferencian en el rol especial que debe tener el sujeto activo, ni en la cantidad de agentes que puedan intervenir en la conducta típica, ni en el uso del rol del postor para fines defraudatorios.

Pasemos a reflexionar sobre la neurálgica diferencia entre las dos normas: La aplicación de la negociación incompatible llega hasta el funcionario público que se interesa indebidamente y todos aquellos que, determinados por él, lo ayudaron. En caso el fraude se cometa con la cooperación de un postor con una voluntad no determinada previamente por el funcionario público (no testaferrero), el hecho será sancionado como colusión. Esencialmente, la diferencia de ambas modalidades de fraude radica en el uso de un postor, determinado o no, previamente por el sujeto activo.

Dicho todo lo anterior, es el momento de preguntarnos: ¿Dicha diferencia, realmente provoca valoraciones sociales de niveles tan distintos que configura un elemento especificador del injusto y logran justificar la vigencia colusión? Personalmente⁹⁵, considero que no.

Vayamos más a fondo. Por un lado, el postor previamente determinado (propio de la negociación incompatible) se caracteriza por:

- i. Es partícipe.
- ii. Es parte de un plan montado por el sujeto activo (como testaferrero en una simulación).
- iii. No dirige su propio fraude, se une al plan criminal del sujeto activo.

Por otro parte, el postor no determinado previamente (propio de la colusión) se caracteriza por:

- i. Es partícipe necesario.
- ii. No obra por un plan diseñado por el sujeto activo. La voluntad no determinada del postor es condición sine qua non para que un acuerdo se pueda desarrollar y lograr un acuerdo.
- iii. Tiene una voluntad defraudadora propia.

⁹⁵ Lo digo completamente a título personal porque de toda la literatura revisada y precisada en la bibliografía, no hemos encontrado autor alguno que se pronuncie respecto a este punto. Con el objetivo de enriquecer del debate, sería ideal contar con la crítica y propuesta de los interesados en el tema.

A nuestro juicio, ninguna de las características propias de la colusión tiene suficiente trascendencia como para provocar una valoración social que se destaque por sobre la negociación incompatible y genere un elemento especificador del injusto que fundamente su regulación autónoma. Es más, podríamos decir que sucede lo contrario. Incluso, un postor determinado provoca, ligeramente, una conducta más reprochable que el postor no determinado; sobre todo por la segunda característica⁹⁶, pues desarrollar espontáneamente un crimen difícilmente puede ser considerado tan peligroso como organizar un plan para conseguir el mismo fin delictivo.

1.3.- La valoración social del legislador

Como precisamos al inicio, la propuesta de la pena abstracta de los delitos tiene una fuerte referencia en los elementos especificadores del injusto. Por ello, si se toma en cuenta un elemento especificador del injusto privilegiado, la pena propuesta será menor con respecto al tipo básico. En contraste, si se valora un elemento especificador del injusto calificado, la pena propuesta será más severa que la del tipo básico.

Para la investigación que nos ocupa, la colusión no tiene una pena claramente menor o más severa que la negociación incompatible. Ambas penas abstractas son casi idénticas. La colusión va de 3 a 6 años y la negociación incompatible va de 4 a 6 años.

Esto evidencia que el legislador, como representante de la sociedad, no se ha visto sensibilizado por una motivación social y particular de la colusión que lo determine a legislar una pena marcadamente distinta a la regulada por la negociación incompatible. En otras palabras, la ausencia de un elemento especificador del injusto en la colusión se refleja, incluso, en la enorme similitud de las sanciones que proponen los dos tipos penales tantas veces mencionados. De esta manera, el legislador confirma la ausencia de un elemento especificador del injusto (que agrave o privilegie) en la colusión.

⁹⁶ La diferencia entre partícipe y partícipe necesario (primera característica) tiene efectos importantes que serán desarrollados, a detalle, más adelante.

1.4.- Acuerdo para defraudar: ¿Colusión simple o tentativa de colusión agravada?

Roxin, en su libro *Derecho Penal Parte General*, ha clasificado los tipos penales de la siguiente manera:

El legislador procede en muchos casos configurando los tipos delictivos en su forma más sencilla como delitos base o básicos, y creando sin embargo, en conexión con ellos y añadiendo ulteriores elementos, derivaciones típicas o tipos derivados, que o bien agravan (tipos cualificados) o bien atenúan (tipos privilegiados) la consecuencia prevista para el delito base [...] La pertenencia al mismo grupo del tipo básico y las derivaciones típicas se manifiestan en el hecho de que los eventos del tipo básico vuelven a entrar sin modificaciones y con la misma interpretación en las calificaciones y en los tipos privilegiados⁹⁷.

Siguiendo la mencionada doctrina, en el voto singular del Acuerdo Plenario 4-2011/CJ-2011 (guardando las distancias con respecto a la controversia sobre el tema de fondo -cuantía mínima en el hurto agravado-, por ser un tema ajeno a esta investigación), podemos encontrar que el profesor Víctor Roberto Prado Saldarriaga⁹⁸ sostiene que la Parte Especial del Código Penal contiene tres clases de normas:

- a) Tipos penales destinados a describir los actos criminalizados
- b) Tipos penales que contienen catálogos de circunstancias agravantes o atenuantes o específicas
- c) Tipos penales derivados, los cuales toman los tipos penales básicos o simples y le agregan una circunstancia que califica o privilegia

Ejemplificando las dos primeras clases de normas, el mencionado voto singular del Acuerdo Plenario nos describe al hurto simple y agravado (artículos

⁹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Editorial Civitas. España. 1997. Pág. 338.

⁹⁸ En forma similar: PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Delitos y Penas*. Primera edición. Editorial Ideas Solución. Lima - Perú. Marzo - 2017. pág 19: "Los tipos básico son aquellos que describen una conducta matriz que será la que identifique a la conducta delictiva como 'matar a otro' en el caso del homicidio (art. 106). Y son tipos derivados los que reiterando la conducta delictiva del tipo básico integran a ella una circunstancia agravante como la condición de 'ascendiente, descendiente' en el parricidio (art. 107). En estos casos se trata de un delito calificado o agravado donde la penalidad será superior a la prevista para el tipo básico. Pero rabien puede adherir una circunstancia atenuante como 'la influencia del estado puerperal' en el infanticidio (art. 110). A este se les (sic) denomina tipo derivado privilegiado o atenuado".

185° y 186°), al robo simple y agravado (artículos 188° y 189°) y al secuestro (artículo 152°). Este último delito regula su modalidad simple en el primer párrafo y, en los siguientes, las circunstancias agravantes específicas. Podemos encontrar ejemplos de la tercera clase de normas en el parricidio (artículo 107°) y en el homicidio por emoción violenta (artículo 109°).

Teniendo en cuenta ello, pasemos a aplicar al delito de colusión la mencionada clasificación en la que coinciden tanto la doctrina como nuestra jurisprudencia. El artículo 384° del Código Penal consta de 2 párrafos:

1. El primer párrafo sanciona como colusión simple al acuerdo que busca defraudar los intereses del Estado sin llegar a perjudicarlo efectivamente.
2. El segundo párrafo sanciona como colusión agravada la defraudación patrimonial, que se comete contra el Estado, mediante concertación.

La Corte Suprema, mediante jurisprudencia vinculante, ha precisado que la colusión simple es un delito de peligro potencial y la colusión agravada es un delito de resultado⁹⁹. No es difícil deducir que este último delito, como todo tipo que exige resultado, admite tentativa¹⁰⁰.

⁹⁹ Tal como lo ha confirmado la Corte Suprema mediante la Casación N° 661-2016-Piura, del 11 de julio de 2017, que estableció como doctrina jurisprudencia vinculante lo siguiente: “Así, la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse la colusión agravada es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal”.

¹⁰⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (nota 98). Pág. 189: “En cambio, el segundo párrafo del artículo 384° el tipo penal exige que el acto colusivo defraude patrimonialmente ‘al Estado o entidad u organismo del Estado’. Esto es que la negociación fraudulenta culmine y produzca sus efectos perjudiciales al patrimonio público. Se trata, pues, de un típico delito de resultado y donde la tentativa es configuraba y punible”. SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 3° edición. Editorial Grijley. Junio - 2014. Pág. 289, expone una posición totalmente opuesta: “En cuanto a la colusión agravada, como ya se explicó, esta se consuma en el momento en que se llega a perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado por medio de los acuerdos colusorios materializados con aquel fin. Antes de aquel momento no hay tentativa. Esto es así debido a que si antes de que el sujeto público logre perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado, voluntariamente se desiste o las agencias de control lo descubren, su conducta será tipificada en el primer párrafo del artículo 384° del CP, esto es, como colusión simple, pues estaremos frente a una concertación con la finalidad de defraudar el patrimonio público. En suma, no hay forma que la conducta agravada se quede en grado de tentativa”.

No resulta difícil deducir que la colusión simple corresponde a un delito básico, pues tiene como función describir una conducta criminalizada; mientras que la colusión agravada corresponde a un delito derivado, ya que toma un delito básico (colusión simple) agregándole una circunstancia específica que califica (perjuicio patrimonial). Evidentemente, la redacción del segundo párrafo del artículo 384° difiere mucho de un tipo penal que muestra un catálogo de circunstancias específicas que califican o privilegian¹⁰¹.

De esta manera, encontramos un problema dentro de la redacción del artículo 384°. La colusión simple, como delito básico, siempre busca el fraude. La colusión agravada, como delito derivado, sanciona al fraude que a través de la concertación logró perjudicar al Estado. En sentido estricto, el delito derivado de colusión agravada es una etapa posterior y más reprochable que el delito básico de colusión simple. Esto quiere decir que las tentativas de la colusión agravada serán todos aquellos acuerdos que buscan defraudar los intereses del Estado sin haber logrado perjudicarlo de manera efectiva. En otras palabras, los supuestos de tentativa de la colusión agravada corresponden exactamente a los supuestos por colusión simple.

Cabe precisar que la mencionada crítica no funciona en cada relación de delitos básicos frente a delitos derivados. Por ejemplo, dicha crítica no cabe en la comparación del homicidio frente al parricidio o en la del hurto frente al hurto agravado por inmueble habitado, pues dichos delitos básicos no arribarían inevitablemente en los mencionados delitos derivados. Es claro que no todo homicidio podría configurar un parricidio, ni que todo hurto lograría ser calificado como hurto agravado por inmueble habitado. Situación muy distinta ocurre con el artículo 384° : todo delito básico de colusión simple busca el fraude, lo cual, indefectiblemente, producirá un perjuicio para el Estado. Por ello, reiteramos que la colusión simple es la tentativa de la colusión agravada.

¹⁰¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (nota 98). Pág. 189: “La ley [el artículo 384° del Código Penal] identifica dos modalidades delictivas diferentes y entre las cuales no hay un relación de tipo básico a tipo derivado calificado. Esto es, la norma legal no criminaliza una forma simple y una agravada de colusión sino dos delitos autónomos y operativamente diferentes”. Para los fines de esta investigación, sería ideal contar con una explicación pormenorizada de la citada afirmación.

Verificando la idea propuesta, cabe preguntarnos en este punto: ¿Existe algún supuesto de colusión simple que no busque un fraude y se resista a ser subsumido como tentativa de colusión agravada? Consideramos que no¹⁰², toda colusión simple es un acuerdo que busca defraudar al Estado sin lograr el éxito y, precisamente por ello, coincide plenamente con la tentativa de colusión agravada.

En consecuencia, el contenido de la tentativa de la colusión agravada se confunde con la colusión simple, lo cual le resta sustancia a este último. Desde nuestro punto de vista, agravar la pena para casos en los que hay perjuicio efectivo al Estado es totalmente acertado. El error radica en la técnica que ha recogido el legislador. Es equivocado establecer un tipo penal básico (colusión simple) y un tipo penal derivado (colusión agravada), cuando estas,

¹⁰² En conversaciones con José Arrieta Caro, del 31 de julio de 2017, me comentó un ejemplo interesante en el cual un acuerdo para defraudar no acarrea, a la larga, obligatoriamente un perjuicio: Previo a la convocatoria, un funcionario y un privado se coluden para direccionar un procedimiento de contratación. Luego, el referido procedimiento se convoca y desarrolla de manera impecable cumpliendo con todas las normas pertinentes. A pesar de ello, la buena pro es adjudicada al privado que anteriormente se había concertado. En respuesta, comentamos lo siguiente: 1. Preliminarmente, le concedemos razón. En el ejemplo citado, el acuerdo realizado previamente a la contratación no arribaría a un perjuicio patrimonial efectivo; 2. En la aplicación práctica, aspecto trascendental para las normas de la parte especial, dicho supuesto sería totalmente excepcional; 3. Sin embargo, de suceder un hecho con esas condiciones, nos preguntamos ¿Anunciar un acuerdo que, realmente, jamás se ejecutó en el presunto procedimiento objeto de fraude (es decir, el presunto perjuicio potencial del acuerdo para defraudar resultó inocuo), puede fundar un delito de colusión?; 4. De ser así, eso significa que ¿El bien jurídico de la colusión se ve afectado con el solo enunciado de los acuerdos, aunque con seguridad sepamos que no tuvo ninguna aplicación práctica, real o concreta? En la negociación incompatible es claro que no basta anunciar el interés indebido (o fraudulento), pues es obligatorio que dicho interés se desarrolle mediante actos concretos. Haciendo un parangón, el ejemplo de Arrieta pone en discusión si el desarrollo real y efectivo de la concertación es necesario, o no, para darle contenido a un supuesto tipificado como colusión. Tema inédito para la doctrina.

Con respecto a dicho punto, la Corte Suprema se ha pronunciado, mediante la Casación N° 661-2016-Piura del 11 de julio de 2017, precisando que: “*La colusión simple exige para su concurrencia dos elementos típicos: a) la concertación ilegal entre el funcionario y el particular internado, y b) el peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Así, la modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta -“para defraudar”-. Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta*”. La máxima instancia ha manifestado, entonces, que no basta la sola concertación ilegal, resulta imprescindible que este acuerdo genere un peligro potencial para que se configure la colusión. En ese sentido, confirmamos que todo acuerdo defraudatorio (que de acuerdo a la Corte Suprema necesariamente implica un peligro potencial) con el paso del tiempo necesariamente deviene en un perjuicio al Estado.

estrictamente, significan distintas etapas en el desarrollo de un único fraude a la administración pública. ¿Los acuerdos que buscan un fraude sin generar perjuicio real deben ser subsumidos en colusión simple o tentativa de colusión agravada? No encontramos ningún argumento razonable para inclinarnos por una u otra opción. Nótese los efectos prácticos que puede acarrear ensayar una respuesta. Las dos modalidades de colusión difieren notoriamente en la pena abstracta que postulan como sanción.

1.5.- La colusión promueve la impunidad

1.5.1.- Participación necesaria

La colusión es una modalidad de fraude que se comete a partir de un acuerdo de dos voluntades independientes que coinciden en un objetivo criminal. Como consecuencia de ello, cada vez que se impute este delito, el Ministerio Público deberá probar el consenso de la voluntad defraudadora del funcionario público y del postor interesado. En otras palabras, la colusión tiene una exigencia probatoria muy alta, pues requiere que el representante del órgano persecutor desarrolle, obligatoriamente, un doble esfuerzo al probar de manera conjunta tanto la voluntad defraudadora del autor como la del partícipe necesario. Probar una sola de estas voluntades no serviría de nada, pues no satisface el supuesto típico de colusión. Incluso, teniendo en cuenta que la conducta típica es la concertación, no solo se debe probar la existencia de al menos dos voluntades defraudadoras, sino también acreditar que, dichas voluntades, obran en coordinación recíproca.

Además, esta ardua tarea probatoria del Ministerio Público se complica incluso más si tenemos en cuenta que, por regla general, la concertación se prueba mediante indicios o de forma indirecta¹⁰³. El ejercicio diario del derecho muestra que la prueba directa de la concertación es totalmente excepcional. Por

¹⁰³ Debe tenerse en cuenta que, a pesar de las dificultades probatorias, nuestro ordenamiento jurídico se muestra proclive a perseguir constantemente los actos de corrupción a través de esta norma penal, conforme se aprecia en la estadística citada al inicio de este capítulo.

ello, incluso la Corte Suprema ha tomado como referencia las irregularidades administrativas para pronunciarse sobre la clase de indicios que, eventualmente, podrían servir como prueba de un acuerdo defraudatorio¹⁰⁴.

Sabemos que resulta más accesible recabar pruebas de cargo en contra de los funcionarios públicos, pues su posición como representantes del Estado implica que desarrollen sus labores de manera motivada, registrada y con competencias delimitadas de manera estricta. Todo ello ejerce un control que los coloca en una posición vulnerable ante el órgano persecutor. En contraste, situación muy distinta ocupan los particulares que no tienen una competencia definida ni se sujetan a roles estrictos ni a decisiones motivadas o necesariamente registradas; evidentemente, dicha posición complica la recopilación de evidencia en contra de estos últimos.

En estas condiciones, los indicios de cargo suelen estar enfocados en los funcionarios públicos pero, como ya hemos adelantado, ello no es suficiente para sancionar por el delito de colusión. En otras palabras, si no se supera la presunción de inocencia del privado, ambos agentes del delito quedarán liberados de la imputación por colusión sin importar cuán probada pueda estar la voluntad defraudadora del funcionario público. Este hecho abre un espacio de impunidad

¹⁰⁴ Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1722-2016/Del Santa del 23 de enero de 2017: *“Es claro que los funcionarios públicos imputados niegan el concierto y lo quieren referir al hecho de la acreditación de contactos personales entre sí y con los proveedores para justificar la lógica fraudulenta. En clave probatoria, empero, lo que se debe verificar es la existencia de una contratación pública que se produce a través de una concertación entre funcionarios públicos competentes e interesados (proveedores). La concertación, ante la ausencia de prueba directa –testigos presenciales o documentos que consignen la existencia de reuniones, contactos, y acuerdos indebidos–, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria. Por ejemplo, (i) si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes –verbigracia: celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, falta de cuadros comparativo de precios de mercado, elaboración del mismo patentemente deficiente, ausencia de reuniones formales del comité, o ‘subsanciones’ o ‘regularizaciones’ posteriores en la elaboración de la documentación, etcétera–; (ii) si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad –marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores–; y, (iii) si los precios ofertados –y aceptados– fueron sobrevalorados o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencias del servicio público o fundamento de la adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado”*. A mayor abundancia sobre los indicios concomitantes de cargo, revisar la Ejecutoria Suprema recaída sobre el Recurso de Nulidad 1481-2011-Arequipa del 19 de abril de 2012.

que es provocado por la conducta típica “concertación”, pues condiciona la sanción del funcionario público (susceptible de ser probada) a la difícil obtención de indicios de cargo en contra del privado.

1.5.2.- Casos¹⁰⁵

El 17 de setiembre de 2004, la Segunda Sala Mixta de Ayacucho condenó a los funcionarios y servidores públicos de la Municipalidad de Huamanga, Emilio José Zavala Romero (Jefe de la División de Asentamiento Ambiental y Ornato), Juan Santiago Morales Gutiérrez (Jefe de la Unidad de Abastecimientos), Ciriaco Cconislla Aramburú (Encargado de Servicios Auxiliares y Mantenimiento), Juan Prado Alvizuri (Responsable del Almacén de la Municipalidad), Nicanor Rojas Vilca, Nancy Rosario Yañez de Vargas (Encargada de Control Patrimonial) y Marino Yance Rojas (Jefe de la Unidad de Abastecimiento y Servicios Auxiliares) como autores del delito de colusión; y a Javier Wilfredo Heredia Sotomayor (representante de la empresa contratista Taller Industrial Mecánica Kahepa) como autor del delito de estafa.

De manera resumida, los hechos juzgados por la Sala fueron los siguientes: entre abril y mayo de 1998, la Municipalidad de Huamanga, mediante un proceso público, contrató al Taller Industrial Mecánica Kahepa para que, a todo costo, se encargue de repotenciar dos vehículos (reparar o cambiar los repuestos) que fueron entregados a Kahepa. Sin embargo, durante el periodo de ejecución del contrato de Kahepa en junio del mismo año, los funcionarios de la Municipalidad de Huamanga, de manera irregular, compraron al Taller Automotriz Huamanga diversos repuestos para los mencionados vehículos. Cabe precisar que dichas piezas mecánicas no fueron recibidas por los representantes de la Municipalidad compradora, sino que fueron entregados directamente a Javier Wilfredo Heredia Sotomayor (apoderado de Kahepa). En octubre de 1998, el Taller Industrial Mecánica Kahepa devuelve los vehículos a la Municipalidad y consigue la aprobación de servicio (y el pago) por parte de los funcionarios encargados, quienes no realizaron el ajuste/retención por el monto de

¹⁰⁵ Por razones laborales se ha omitido hacer mención a la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1842-2016 del 6 de julio del 2017.

los repuestos entregados directamente al taller, cuando el contrato estipulaba que el servicio de repotenciación se ejecutaba a todo costo. Aproximadamente 10 meses después, el chofer a cargo de uno de los vehículos informó que este ha presentado desperfectos, ya que al realizar la revisión mecánica, se encontró que gran parte de los repuestos eran de segunda mano, reparados con soldaduras autógenas o con Soldimix.

La sentencia mencionada fue revisada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, la cual emitió la Ejecutoria Suprema de fecha 26 de mayo de 2005 (RN 3727-2004) y declaró No Haber Nulidad en el extremo de la sentencia recurrida que condena a los funcionarios de la Municipalidad de Huamanga como autores del delito de colusión; y, declaró Nula la sentencia en el extremo que condena a Javier Wilfredo Heredia Sotomayor (representante de Kahepa) como autor del delito de estafa, disponiendo que se realice un nuevo juicio oral por otro colegiado, sosteniendo que no es compatible juzgar paralelamente los mismos hechos por colusión y estafa.

En un segundo juicio, Javier Wilfredo Heredia Sotomayor es absuelto de los cargos por colusión mediante sentencia, emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal de Ayacucho, con fecha 29 de enero de 2009.

Ante la absolución de Javier Wilfredo Heredia Sotomayor (supuesto partícipe necesario de la colusión), los funcionarios públicos condenados Emilio José Zavala Romero, Marino Yance Rojas, Nicanor Rojas Vilca, Nancy Rosario Yañez de Vargas, Ciriaco Cconislla Aramburú y Juan Prado Alvizuri interpusieron acción de revisión contra la sentencia emitida por la Segunda Sala Mixta de Ayacucho y contra la Ejecutoria Suprema que declaró No Haber Nulidad, en el extremo que se pronuncia sobre los funcionarios citados¹⁰⁶.

La Sala Penal Permanente emitió la sentencia de revisión 164-2011-Ayacucho, del 25 de setiembre de 2013 que declaró fundada la acción de revisión;

¹⁰⁶ No ha sido posible contar con la copia del cargo del escrito mediante el cual se interpone acción de revisión, por lo que los mencionados datos son derivados de las resoluciones judiciales.

dejó sin efecto las resoluciones mencionadas en el extremo recurrido; absolvió a los impugnantes por el delito de colusión; y declaró improcedente la indemnización de un millón y medio de nuevos soles solicitada por los recurrentes. Los vocales supremos sostienen lo siguiente:

[...] la actividad probatoria constitutiva del presente proceso determinó la absolución del particular supuestamente interesado en la celebración de un contrato con la Municipalidad Provincial de Huamanga, por tanto no se configuró el ilícito materia de acusación; es decir, se desvirtuó la mencionada colusión o encuentro clandestino entre los funcionarios o servidores públicos con el particular para defraudar a Estado, esto es, no se demostró la existencia de uno de los elementos objetivos del tipo penal que describe el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal [...].

Con respecto a la indemnización sostuvo que:

[...] revisado el juicio de valor del Tribunal de Instancia y del Supremo Tribunal no se advierte la presencia de decisiones arbitrarias fuera del marco del debido proceso, en tanto y en cuanto fueron debidamente motivadas y exponiendo en forma puntual los fundamentos de hecho y de derecho que estimaron en su momento llegar a establecer la materialidad del delito objeto de acusación y la responsabilidad penal de los encausados [...], en tanto no advierte la presencia de un error judicial en las sentencias de primera y segunda instancia.

Luego, Juan Santiago Morales Gutiérrez, Jefe de la Unidad de Abastecimientos de la Municipalidad de Huamanga, interpuso acción de revisión contra la misma sentencia expedida en la Corte de Superior de Ayacucho y contra la Ejecutoria Suprema en el extremo que se pronuncia con respecto a él¹⁰⁷. La Sala Penal Permanente emitió la sentencia de revisión 66-2014-Ayacucho, del 2 de setiembre de 2015, que declara fundada la acción de revisión, sin valor la sentencia que lo condena y que lo absuelve de los cargos por colusión. Esta segunda sentencia de revisión, copia literalmente el fundamento de la primera sentencia de revisión¹⁰⁸ (no se demostró la existencia de uno de los elementos del tipo penal imputado)¹⁰⁹.

Como hemos explicado líneas arriba, la concertación es la suma de dos voluntades con un objetivo defraudatorio en común. Por un lado, tenemos la voluntad defraudadora de los funcionarios públicos probada y condenada en pri-

¹⁰⁷ No ha sido posible contar con la copia del cargo del escrito mediante el cual se interpone la segunda acción de revisión, por lo que los mencionados datos son derivados de las resoluciones judiciales.

¹⁰⁸ Las resoluciones citadas pueden ser encontradas al final de este trabajo de investigación.

¹⁰⁹ El lector puede confirmar lo señalando revisando el párrafo 6.2 de la segunda sentencia de revisión.

mera instancia por la Corte Superior de Ayacucho y confirmada en segunda instancia por la Corte Suprema de la República. Es más, ambas resoluciones (de primera y segunda instancia) fueron calificadas como “*debidamente motivadas y exponiendo en forma puntual los fundamentos de hecho y de derecho*” en la sentencia de revisión de la Corte Suprema que examinó el caso, excepcionalmente, por tercera vez. Por otro lado, tenemos una imputada voluntad de fraude del contratista que fue rechazada por la Corte Superior de Ayacucho.

Tomando en cuenta ambos sucesos, coincidimos con la Corte Suprema cuando en su sentencia de revisión sostiene que “*no se demostró la existencia de uno de los elementos objetivos del tipo penal que describe el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal*” y, por lo tanto, no existe posibilidad alguna de condenar un fraude por concertación. Es cierto que, si no se prueba la voluntad defraudadora de las dos partes de la concertación, no existe margen para condenar por colusión. Pero qué sucede con la voluntad defraudadora de los funcionarios que sí fue probada; ¿Acaso no debería ser sancionada penalmente? ¿No es una conducta intolerable para el derecho penal?

Consideramos que la voluntad defraudadora de los funcionarios de la Municipalidad de Huamanga debió ser sancionada en su oportunidad. Sin embargo, como se evidencia, la colusión entorpece este objetivo exigiendo la prueba de la voluntad defraudadora de un partícipe necesario. De no conseguirla, excluirá de la sanción penal al funcionario público, sin importar la cantidad de pruebas de cargo que este último haya acumulado en su contra. He allí, dos sentencias de revisión que son una muestra clara y real del espacio de impunidad que genera legislar de manera independiente el fraude mediante la modalidad de concertación.

Pero estos casos de impunidad no se limitan a esas dos sentencias de revisión. Debemos tener presente que si los mencionados funcionarios y el cómplice hubieran sido juzgados juntos desde un inicio por el delito de colusión, todos hubieran sido absueltos aun cuando el fraude de los funcionarios estuviera probado. Consideramos que esta clase de situaciones suceden muy a menudo en las absoluciones o archivos por colusión que emite nuestro sistema judicial y

fiscal. Así, se mantienen casi imperceptibles los efectos nocivos de tipificar independientemente la concertación como una modalidad de fraude. En esta oportunidad, los azarosos trámites judiciales han permitido que, mediante la singular travesía del citado caso, se evidencie de manera nítida el espacio de impunidad del que suelen gozar los funcionarios cuando se les imputa colusión.

Anticipándonos a la crítica, sería sencillo alegar que si el Ministerio Público hubiera imputado negociación incompatible desde el inicio, no se generarían estos espacios de impunidad por la falta de pruebas de la concertación. Con ello, se estaría alegando que no existe un problema real entre la negociación incompatible y la colusión (como lo sostiene esta tesis), pues si todos los operadores del derecho realizaran una correcta tipificación, el elemento objetivo concertación no tendría efectos nocivos y no habría inconveniente alguno en el sistema jurídico.

A ella respondemos lo siguiente:

- a. Al inicio de este capítulo, ya hemos explicado, en extenso, por qué la colusión no tiene un fundamento propio que legitime su regulación autónoma. Por lo que, el problema va mucho más allá de tipificar correctamente o no las normas; esencialmente, reside en la falta de legitimidad de la colusión por la ausencia de un elemento especificador del injusto.
- b. Toda crítica en retrospectiva es cuestionable. Desde el futuro, todos somos capaces de diseñar la solución perfecta. Aducir que no habrían espacios de impunidad si el Ministerio Público (o cualquier otra autoridad) realizara una tipificación correcta de los hechos es propio de quien busca una aparente causa sin detenerse a analizar si las herramientas legales que se les brinda a dicha autoridades son idóneas o no para el objetivo que les exigimos.
- c. Ni siquiera los autores especializados que han escrito sobre la negociación incompatible o la colusión logran un consenso entre ellos. Como hemos detallado en el capítulo anterior, existen serias discrepancias con respecto a la relación entre ambas normas e, incluso, en la interpretación

de los elementos objetivos de cada delito. Por ello, exigirle al Ministerio Público un alto de nivel de claridad y rigurosidad entre ambos tipos penales, no solo demuestra poca instrucción en la discusión doctrinaria actual, sino también poca noción de la realidad. Con respecto a esto último, de acuerdo con la Defensoría del Pueblo, los Fiscales Anticorrupción (y sus auxiliares) presentan serias deficiencias en sus competencias, experiencia y capacidades¹¹⁰. Pretender relevar los problemas de la colusión exigiendo un inmejorable desempeño de los magistrados, se asemeja

¹¹⁰ Informe Nro 168 de la Defensoría del Pueblo. El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión. Diciembre 2014. Pág 224 y ss: *“El desarrollo de competencias en las Fiscalías Anticorrupción es uno de los aspectos más débiles entre los lineamientos de política analizados. (...) Uno de los principales obstáculos es el limitado conocimiento en cuanto a la normativa en contrataciones y adquisiciones del Estado. La Ley, el Reglamento de contrataciones públicas, así como sus posteriores modificaciones, tienen un grado de complejidad importante. En muchos casos, esta brecha de conocimientos termina impactando en la profundidad de las investigaciones, en la generalidad al definir los objetivos de las pericias, en la posibilidad de formar hallar indicios entre tanta documentación y, en general, en la capacidad de identificar evidencias del delito denunciado que se conviertan en indicios razonables que ameriten la formalización de la investigación. (...) Sin los suficientes conocimientos y pautas que brinda la formación y especialización, los fiscales aprehenden y adaptan menos herramientas para armar sus investigaciones. No solo la probabilidad de ganar un caso es menor sino que con menor preparación se eleva igualmente el riesgo de archivar una denuncia por no haber sabido identificar las pruebas necesarias. (...) Como todo sistema especializado, las Fiscalías Anticorrupción requieren personal con competencias focalizadas, algo muy difícil de encontrar en un medio donde la oferta de especialización en temas anticorrupción o, por ejemplo, en contrataciones y adquisiciones públicas no sólo es escasa sino que está geográficamente concentrada en la capital. Además, la mayoría de fiscales que integran el subsistema anticorrupción no han tenido experiencia previa en la temática”. Con respecto a los auxiliares del Ministerio Público, la situación mostrada por la Defensoría del Pueblo es incluso más desalentadora, el informe afirma: “Si en los fiscales es notoria la insuficiente formación en los conocimientos de base y especializados que exige trabajar en las Fiscalías Anticorrupción, en los asistentes esta brecha es naturalmente mayor pues son personas con menos formación y experiencia. No son parte del público objetivo de las capacitaciones. A los asistentes los van formando en la propia rutina diaria de trabajo fiscal, con todas las implicancias que ello acarrea (demoras, tiempo perdido, etc.), para que realicen un trabajo que cumpla en términos administrativos y jurídicos”. Incluso un Fiscal de Lima declara que: “En todo el subsistema solo hay seis... [asistentes en función fiscal] buenos. La mayoría no es que no sean responsables. Se dedican a hacer el trabajo administrativo y se conforman con eso. De esos es el 90% de asistentes y hay una buena cantidad que ¡no quiere hacer más trabajo de fondo! Son pocos los buenos. El problema de selección es que los concursos que se hacen no captan las capacidades adecuadas”. Esta es una realidad, sin duda, lamentable. Es importante que las autoridades competentes se responsabilicen de esta situación y busquen soluciones eficaces. Incluso, entre los mismos Fiscales tampoco existe un criterio, si quiera, regularmente homogéneo”. Pág 304 - 305: “No se evidencia en los distritos fiscales estudiados uniformidad de criterios a la relevancia jurídica de denuncias por peculado y colusión que determine su conocimiento por parte del Ministerio Público. (...) El resultado es una variedad de criterios no documentados ni sistematizados que son fijados en forma implícita y por canales no institucionales. Si bien las fiscalías superiores podrían jugar un rol importante en este aspecto, no se evidencia que esto haya sucedido en los distrito fiscales bajo estudio. Más aún, puede decirse que la actuación de las fiscalías superiores al evaluar los recursos de elevación de actuados ha generado incentivos negativos, ya que se aduce -por algunos fiscales entrevistados- que suelen ordenar sin mayor motivación que se realicen diligencias preliminares en los archivos liminares”.*

mucho a quien suprime mentalmente un problema si coloca sujetos infalibles en la situación controvertida, lo cual es una fantasía.

No es adecuado darle herramientas legales confusas a los magistrados y, luego, esperar que su experiencia y pericia (que no tienen, según la Defensora del Pueblo) solucionen los problemas normativos. Al contrario, es razonable (y nuestro objetivo) brindarles leyes más claras para poder exigir un nivel de desempeño más eficiente.



2.- Revalidación de la negociación incompatible

La propuesta del presente trabajo de investigación inicia con la derogación de la colusión e implica, ineludiblemente, modificaciones en la redacción de la negociación incompatible. Ello con el fin de no afectar la política criminal de persecución y sanción de actos de corrupción cometidos, específicamente, en el marco de los procesos de contratación a cargo del Estado. En busca de dicho objetivo, proponemos diversas modificaciones e incorporaciones.

2.1.- Ajuste en la redacción de la negociación incompatible

2.1.1.- Sentido estricto del interés

La conducta típica que debe desplegar el funcionario público en la negociación incompatible es la exteriorización de un interés que pueda ser calificado como indebido. Esto quiere decir que dicho interés busca un objetivo desleal a la confianza depositada en el resguardo a funcionario público¹¹¹.

Hasta el momento el término “indebidamente” ha regido sin mayor problema en nuestro sistema, incluso la Corte Suprema ha llegado a definirlo de la siguiente manera: “[En] este tipo penal viene a ser ‘interesarse’, el cual es entendido como la ‘injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales (naturaleza indebida del interés)”¹¹².

Ahora bien, es importante tener en cuenta lo que la jurisprudencia entiende por fraude. Para ello, debemos enfocarnos en las causas por colusión, ya

¹¹¹ Para mayor detalle, ver capítulo I, Negociación incompatible, 1.3.- Verbo rector: Interesarse.

¹¹² Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2641-2011-Lambayeque, del 10 de agosto de 2012, emitida por la Sala Penal Transitoria. A mayor abundancia ver la Casación N° 841-2015-Ayacucho, del 24 de mayo de 2016, que establece como doctrina jurisprudencial: “Por *interese indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él*”. Citas tomadas de: CARO JOHN, José Antonio. Summa Penal. Primera edición. Editorial Nomos & Thesis. Octubre - 2016. Pág. 691- 693.

que es en ese espacio donde la Corte Suprema ha delimitado la interpretación del referido término, precisando que: “[La] defraudación [es] el resultado del quebrantamiento de los roles especiales asumidos por los sujetos vinculados, con la consiguiente violación a la confianza depositada por la sociedad y el Estado al producirse engaño al interés público”¹¹³.

Como se puede notar, la interpretación de lo indebido y del fraude, realizada por la Corte Suprema, se aproximan bastante. Ambas giran en torno a infringir la confianza depositada en el funcionario público como representante del interés estatal.

Sin embargo, consideramos que el término “indebidamente” no es el más adecuado para calificar el interés delictivo, pues significa mucho más que obrar en dirección contraria o ajena a los intereses que el funcionario debe proteger para evitar una sanción penal. Efectivamente, lo indebido también puede abarcar connotaciones morales o éticas, sin llegar a ser ilegal. Por ello, proponemos reemplazar dicha expresión por “fraudulentamente”¹¹⁴, pues es un término que resulta más exacto y apropiado para la naturaleza del interés que el funcionario debe desarrollar, en el marco de los procedimientos de contratación, para ser calificado como delito.

Cabe precisar que acoger la expresión “interesarse fraudulentamente” no implica cambio alguno en el sentido, contenido o naturaleza del interés criminal. La modificación propuesta tiene como finalidad usar una expresión más estricta e idónea que facilite la interpretación de la norma y, en consecuencia, su aplicación.

¹¹³ Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2543-2013-Ancash, del 12 de diciembre de 2014, emitida por la Sala Penal Transitoria.

¹¹⁴ Incluso la Real Academia Española define el fraude como un delito en los procesos de contratación. Fraude: Delito que comete el encargado de vigilar la ejecución de contratos públicos, o de algunos privados, confabulándose con la representación de los intereses opuestos. Definición tomada de la web de la Real Academia Española: dle.rae.es (consulta realizada el 16 de julio de 2017).

2.1.2.- Retiro de toda referencia a un provecho

Como hemos explicado, el interés delictivo es aquel calificado como fraudulento. Dicha forma de interés abarca todo objetivo distinto al interés público que el funcionario tiene como deber resguardar.

De conformidad con el artículo XII del Convención Interamericana contra la Corrupción¹¹⁵, cuando el interés fraudulento se exteriorice la negociación incompatible se entenderá como consumada. Por tanto, el eventual provecho que dicho acto de corrupción pueda generar es irrelevante para los fines de determinación de la conducta típica que será regulada penalmente.

En sentido estricto, la expresión “en provecho propio o de terceros”, que actualmente se ubica en la redacción de la negociación incompatible, hace referencia a un efecto expost a la consumación del delito que nada aporta a la determinación de las eventuales conductas por sancionar, pues todo interés fraudulento siempre es ajeno al Estado, es decir, en beneficio particular del funcionario o de cualquier tercero.

De hecho, a estas mismas conclusiones llegó el parlamento cuando debatió específicamente la mencionada expresión el 11 de marzo de 1999 a propósito de la aprobación de la Ley N° 27074 publicada el 26 de marzo de 1999¹¹⁶. En dicha oportunidad, también se alegó la intrascendencia de referirse al provecho en la negociación incompatible y se advirtió de las dificultades probatorias que esta incorporación podría acarrear. Sin embargo, el 16 de setiembre de 2004, se debatió la aprobación de la Ley N° 28355 publicada el 6 de octubre de 2004¹¹⁷. Esta discusión giró en torno al aumento de la pena privativa de libertad y la incorporación de la inhabilitación, sin hacer mención alguna a la expresión

¹¹⁵ Art. XII: “Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado”.

¹¹⁶ Ver diario de debates de la web del Congreso de la República: [http://www2.congreso.gob.pe-SicrDiarioDebatesPublicad.nsfSesionesPleno05256D6E0073DFE905256732000783B3\\$FI-LESLO-1998-3.pdf](http://www2.congreso.gob.pe-SicrDiarioDebatesPublicad.nsfSesionesPleno05256D6E0073DFE905256732000783B3$FI-LESLO-1998-3.pdf). (revisado el 7 de octubre de 2017).

¹¹⁷ Ver diario de debates de la web del Congreso de la República: [http://www2.congreso.gob.pe-SicrDiarioDebatesPublicad.nsfSesionesPleno05256D6E0073DFE905256F1100731AEC\\$FILE-PLO-2004-10.pdf](http://www2.congreso.gob.pe-SicrDiarioDebatesPublicad.nsfSesionesPleno05256D6E0073DFE905256F1100731AEC$FILE-PLO-2004-10.pdf) (revisado el 7 de octubre de 2017).

de "provecho propio o de tercero" que también fue parte de la modificación legislativa. En otras palabras, las referencias al provecho fueron incorporadas en la negociación incompatible sin ningún debate sobre el punto y desconociendo la primera posición de rechazo adoptada por el parlamento.

Por ello, planteamos rectificar este error legislativo y retirar la referida expresión, pues no tiene utilidad e, incluso, complica innecesariamente la redacción e interpretación de la negociación incompatible.

2.1.3.- Modificación y claridad en el contexto de los fraudes a sancionar

Mientras la colusión se ubica exclusivamente en relaciones bilaterales (usa la expresión "modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado"); la negociación incompatible abarca un contexto más amplio, pues su aplicación alcanza también a las relaciones unilaterales (usa la expresión "cualquier contrato u operación")¹¹⁸.

Ahora bien, a pesar que la negociación incompatible tiene un espacio de aplicación más amplio, el término que usa ("cualquier contrato") es insuficiente para abarcar claramente las diversas modalidades de contratación que tiene el Estado para satisfacer sus fines. Estrictamente, los contratos corresponden solo a la parte final de los procesos de contratación, y dejan de lado de lado las etapas de planificación y selección. Por ello, aunque planteamos derogar la colusión, por su claridad, rescatamos el enunciado que dicha norma usa para fijar los límites en los cuales se puede cometer el fraude que sanciona¹¹⁹.

Sin embargo, es preciso hacer un agregado. A la expresión que rescata- mos de la colusión ("modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado")

¹¹⁸ Ver capítulo I, Colusión, 1.6.- Proceso de contratación.

¹¹⁹ Brindar la mayor claridad posible en la redacción es sumamente importante, sobre todo para los delitos de fraude contra la administración pública que obligatoriamente se remiten a las leyes administrativas que regulan los principios, reglas y excepciones de las contrataciones del Estado.

debemos incorporar una frase que permita entender claramente que la redacción de negociación incompatible que proponemos en esta investigación, también sanciona fraudes cometidos en relaciones unilaterales a cargo del Estado¹²⁰. Con esta última integración, proponemos en definitiva el siguiente enunciado: “operaciones unilaterales, modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otro procedimiento semejante a cargo del Estado”. Con esta locución quedan abarcados, palmariamente, tanto los vínculos unilaterales como los bilaterales a cargo del Estado en los cuales se pueden cometer los fraudes que pretende sancionar nuestra propuesta de negociación incompatible.

2.1.4.- Claridad en las etapas del que se comete el fraude

Desde el Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ¹²¹, del 3 de agosto de 2010, la Corte Suprema ya proponía al Congreso de la República incorporar que la colusión amplíe su aplicación aclarando que esta se podía cometer en cualquier etapa. Dicha aclaración era precisa, pues parte de la doctrina consideraba que una pena tan alta (a ese entonces de 3 a 15 años) solo podía justificarse si la concertación se producía en las etapas finales del proceso de contratación¹²². Sin embargo, el proyecto del Poder Judicial no fue acogido por el Congreso, desde donde se propuso la Ley N° 29703, del 10 de junio del 2011, en términos muy distintos a los inicialmente sugeridos. Luego de una ola de críticas contra la referida ley, la redacción de la colusión pronto sería nuevamente modificada por la Ley N° 29758, del 21 de julio de 2011, la cual sí incorpora expresamente que las concertaciones pueden cometerse “en cualquier etapa” de las contrataciones públicas.

¹²⁰ Recordemos que el término “operación” en la colusión es entendido como una relación bilateral.

¹²¹ También llamado Proyecto de Ley de Reforma de los Delitos contra la Administración Pública.

¹²² ROJAS VARGAS, Fidel. Derecho Penal práctico procesal y disciplinario. Gaceta Jurídica. Primera edición. Lima – Perú. 2012. Pág. 170-171.

Desde nuestro punto de vista, esta aclaración es un acierto, pues expande razonablemente la aplicación de la norma. Por ello, en nuestra propuesta de negociación incompatible recogemos dicha expresión y la incorporamos en la redacción.

2.1.5. El vínculo del sujeto activo con la operación o procedimiento de contratación

Estimados necesario mantener la expresión “por razón de su cargo” para fijar correctamente a los funcionarios que podrían ser considerados autores de nuestra propuesta de negociación incompatible.

Como ya hemos explicado en el capítulo anterior, la expresión que nos ocupa debe abarcar tanto a los funcionarios miembros del comité especial que otorga la buena pro (o elige un postor), como a los funcionarios que intervienen en el proceso de contratación. Es claro que el comité puede concertar el otorgamiento ilegal de la buena pro, pero el fraude también se puede cometer en etapas previas o posteriores. Por ejemplo, previo a la convocatoria, los responsables de las áreas usuarias, quienes generalmente definen las características de objeto/servicio a contratar, pueden restringir innecesariamente las referidas características para reducir los posibles postores capaces de participar en el procedimiento de contratación y, con ello, favorecer al privado con el que se coludieron previamente. Con la misma lógica, ex post al contrato, el funcionario responsable de otorgar las conformidades del servicio/obra, puede omitir intencionalmente realizar un control exhaustivo y permitir que el privado coludido reciba ilegítimamente desembolsos por parte del Estado.

En suma, el término “por razón de su cargo” es recogido en nuestra propuesta normativa para mantener como sujetos activos del delito a todos aquellos funcionarios cuyo rol incide sensiblemente en los procesos de contratación, tengan o no, la capacidad específica para otorgar la buena pro.

2.1.6.- Los acuerdos defraudatorios serán sancionados por negociación incompatible

La redacción actual de la negociación incompatible propone que el interés sea desarrollado de manera directa, indirecta o mediante actos simulados. Cuando ello suceda, el funcionario y el extraneus serán sancionados como autor y partícipe, respectivamente.

Teniendo en cuenta que proponemos derogar la colusión, resulta necesario cambiar la forma en la cual se interpreta el interés delictivo de la negociación incompatible: se debe entender claramente que la nueva redacción de este delito también sancionará los acuerdos defraudatorios. Resulta, entonces, imprescindible ampliar los márgenes de interpretación que hasta ahora ha tenido el interés fraudulento.

De lege ferenda, proponemos la siguiente expresión como conducta típica: “[se interesa fraudulentamente] por sí mismo o en colaboración con terceros”. La primera parte (“por sí mismo”) no requiere mayor explicación, es verdad de Perogrullo que el fraude realizado directamente por el funcionario siempre ha sido sancionado.

Con respecto a la segunda parte, ha sido imprescindible incorporar la expresión “en colaboración con terceros” para ampliar los alcances aplicativos de la negociación incompatible. Con este agregado, ocupamos todas las formas de fraude que cometa el funcionario público con auxilio o ayuda de terceros¹²³. Incluye a las formas indirectas, formas simuladas, concertaciones y cualquier clase de participación.

¹²³ Si bien la Casación 782-2015-Del Santa niega la posibilidad de sancionar a partícipes por la comisión de delitos especiales de infracción de deber, el Acuerdo Plenario N° 2-2011 (párrafos 18° y 19°) precisa que los partícipes pueden ser sancionados como cómplices e inductores. Esta última tesis es seguida por autores destacados como Fidel Rojas, quien en su libro *Aspectos Problemáticos en los delitos contra la Administración Pública* (Instituto Pacífico, Lima, 2016, pág. 451) reconoce la sanción del partícipe en la negociación incompatible. Resulta imprescindible que la jurisprudencia uniformice su criterio precisando las condiciones de la figura de la participación en los delitos de Infracción de Deber. Para mayores detalles, ver el

Para mayor detalle, explicamos que las concertaciones son la expresión y coincidencia del interés de al menos dos agentes: el funcionario público y el privado. Hasta ahora, el acuerdo defraudatorio elaborado por dichos sujetos siempre se tipificó como colusión.

Nuestra propuesta es que los acuerdos defraudatorios o concertaciones pasen a ser tipificados como negociación incompatible, en la cual la concertación debe ser entendida como el despliegue del interés del funcionario público (autor) que coincide con el interés del privado (partícipe no necesario) buscando el mismo fin criminal. Esto quiere decir que al derogar la colusión no hemos dejado de sancionar la concertación, ya que en adelante esta conducta deberá tipificarse como negociación incompatible, conforme a las condiciones explicadas.

La consecuencia más importante de que la concertación deje de ser tipificada como colusión y pase a ser entendida como negociación incompatible es poder prescindir de la categoría de partícipe necesario. Con ello, evitamos que los funcionarios con una voluntad defraudatoria probada y acusados por colusión sean beneficiados (absueltos) por la falta de pruebas de cargo contra los privados¹²⁴. Nuestra propuesta de negociación incompatible no requiere un partícipe necesario para sancionar las concertaciones, por lo que de tener un funcionario probadamente culpable y un privado sin pruebas de cargo, se podrá absolver a este último sin perjuicio de sancionar legítimamente el fraude cometido por el funcionario.

2.1.7.- Propuesta del supuesto de negociación incompatible

Recogiendo todos puntos explicados anteriormente, proponemos la siguiente redacción para definir la conducta típica de la nueva negociación incompatible que postulamos:

artículo de José Leandro Reaño Peschiera, La participación del extraneus en el delito especial: Punibilidad o no punibilidad (tratamiento sustantivo), publicado en la revista Actualidad Penal N° 29 de noviembre de 2016.

¹²⁴ Mayores detalles sobre las consecuencias negativas de la participación necesaria ver capítulo II, 1.5.1.- Participación necesaria.

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo, se interesa fraudulentamente, por sí mismo o en colaboración con terceros, en cualquier etapa de las operaciones unilaterales, modalidades de adquisición o contrataciones públicas de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otro procedimiento semejante a cargo del Estado será reprimido con [...]

2.2.- Agravantes

2.2.1.- Agravante por perjuicio al patrimonio del Estado

El perjuicio efectivo al Estado, ocasionado mediante interés fraudulento, indudablemente debe ser sancionado como una pena más grave que el delito de peligro. Por ello, a nuestra propuesta de negociación incompatible le hemos incorporado una pena agravada cuando genere perjuicio. A nuestro criterio, esta pena agravada debe considerar un monto mínimo del eventual perjuicio al Estado para no generar casos en los cuales se investiga y/o sancione por negociación incompatible agravada cuando el perjuicio es ínfimo o insignificante.

Para determinar el límite mínimo, ahondaremos en la naturaleza de los delitos de fraude al Estado como leyes penales en blanco. Es decir, nos remitiremos a las regulaciones administrativas. Tomaremos como referencia el artículo 41.3 del Decreto Legislativo N° 1341, que modifica la Ley N° 30225¹²⁵, y el artículo 95.1 del Decreto Supremo N° 056-2017, que modifica el Decreto Supremo 350-2015¹²⁶. Entre ambas normas, determinan que los recursos de apelación, que se interpongan contra procesos de contratación, serán resueltos por la entidad convocante si el valor referencial es menor o igual a 50 UIT. En caso sea mayor se avocará el Tribunal de Contrataciones del Estado. Esta última entidad, evidentemente, es un órgano especializado en comparación con las áreas internas de las entidades del Estado, de allí que el Tribunal de Contrataciones sea la última instancia administrativa y la encargada de emitir modelos estandarizados

¹²⁵ Ley de Contrataciones del Estado.

¹²⁶ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

para las contrataciones. Podemos deducir que la ley ha impuesto un criterio cuantitativo (50 UIT) para determinar que apelaciones son lo suficientemente importantes para ser conocidas por la máxima autoridad administrativa.

En esta investigación, recogemos el criterio cuantitativo que estableció el legislador y lo fijamos el mínimo perjuicio al Estado en 50 UIT. Nótese que no estamos trasladando literalmente la norma administrativa. Ella toma como referencia 50 UIT del valor referencial. Nosotros, tomamos el mismo criterio cuantitativo que el legislador ha regulado (de suficiente importancia) y lo aplicaremos como baremo del perjuicio. Esto quiere decir que un proceso de contratación puede tener un valor de referencial de 1000 UIT; sin embargo, ello no configurará automáticamente un fraude por negociación incompatible agravada, ya que para este fin debe calcularse el monto del perjuicio que se habría ocasionado al Estado. Dicho perjuicio puede ser 0, menos de 1000 UIT o más de 1000 UIT, todo dependerá de las circunstancias del caso en particular¹²⁷.

2.2.2.- Agravante por grave exposición de otros bienes jurídicos

La Ley de Contrataciones del Estado, y su reglamento, han dispuesto una serie de supuestos excepcionales en los que las entidades pueden contratar directamente con los proveedores. En estos casos, se prescinden de los procedimientos formales (con cargo a regularizar) a fin de atender, lo más rápido posible, alguna apremiante y sensible necesidad del Estado.

Los citados procedimientos, excepcionales, tienen dos características: En primer lugar, son más vulnerables a los fraudes, pues los controles no son previos a la contratación, sino posteriores. En segundo lugar, el objeto de contratación tiene como propósito prevenir o paliar algún daño inminente y/o grave.

¹²⁷ Adoptar esta modificación implica aceptar que todos aquellos que fueron condenados por colusión agravada, por un perjuicio menor a 50 UIT, puedan solicitar el recálculo de sus penas. Si bien esto no es popularmente atractivo, legalmente es correcto.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante agravar los fraudes que sean cometidos en procedimientos de contratación excepcionales que tengan por finalidad auxiliar o socorrer ante un daño o inminente peligro¹²⁸. Es claro que en estos supuestos no solo perjudica a la administración pública o el interés del Estado en contratar, sino también otros bienes jurídicos de importancia relevante. Piénsese en procesos de contratación de auxilio por desabastecimiento de alimentos, de socorro por alguna catástrofe natural, de ayuda contra emergencias sanitarias, etc. Puede citarse muchos ejemplos en los cuales, además de los dos bienes jurídicos mencionados (general y específico), existen otros en estos casos particulares que pueden ser sensiblemente dañados, como la salud, la seguridad, o, incluso, la propia vida.

La determinación de una situación de grave peligro o daño podrá tomar como referencia las opiniones del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Sinagerd), el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (Senhami) u otras instituciones afines. Recordemos que la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) suele valerse de dichas opiniones especializadas para emitir Decretos Supremos que declaran en emergencia diversas zonas del país. No obstante, también se configurará esta agravante aun cuando no se cuente con la opinión de expertos, siempre y cuando del contexto social se aprecie de manera evidente la necesidad de prevención o socorro inmediato¹²⁹.

Por dichas razones, consideramos que el fraude cometido, en los procedimientos de contratación reseñados, tiene un mayor reproche, pues no solo evidencia un desprecio contra los intereses del estado en las contrataciones, si no también contra otros bienes jurídicos de tanta o mayor relevancia.

¹²⁸ Descartamos el uso del término “ayuda social” que el Código Penal viene empleado, pues esta puede ser interpretada como cualquier contratación dirigida a brindar de servicios básicos a la sociedad: agua, electricidad, salud, etc. En consecuencia, abarca un campo excesivamente amplio que no permite entender a cabalidad cual sería el mayor reproche de la fórmula agravada.

¹²⁹ En similar sentido, la Ejecutoria Suprema recaída en la Sentencia Casatoria N° 23-2016-ICA del 16 de mayo de 2017 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

2.2.3.- Propuesta de las agravantes

Para evitar que el delito básico de fraude se pueda confundir con la tentativa del tipo derivado (agravado) de fraude¹³⁰, las agravantes deben ser agregadas como un catálogo posterior al tipo básico. En esa línea, proponemos la siguiente redacción:

La pena será de A a B cuando: 1. Se ocasione al Estado un perjuicio mayor a 50 UIT; 2. El delito se cometa contra alguna operación o procedimiento de contratación cuya finalidad es prevenir un peligro, cierto e inminente, o socorrer, de manera urgente, alguna situación de emergencia.

2.3.- Consecuencias del delito

Nuestra investigación se desarrolla en una época especialmente sensible para la administración pública. Desde no hace mucho se han venido revelando una serie hechos que nos revelan una corrupción enraizada, sistemática y transversal, no solo en nuestro país, sino también en las relaciones interestatales, sobre todo con Brasil. En este contexto, consideramos apropiado mantener el margen mínimo de la pena que ya viene regulando la negociación incompatible y extender el margen máximo. Es decir, proponemos una pena abstracta que vaya de 4 a 8 años cárcel. Para el caso que la negociación agravada ocasione un perjuicio mayor a 50UIT o se cometa en contra de una operación o proceso de contratación, en razón de alguna adversidad seria, proponemos una pena de 8 a 15 años.

Como se puede apreciar, respetamos los topes mínimos y máximos que, hasta ahora, mantiene el legislador como sanción de fraude. Sin embargo, hemos movido los parámetros internos, también, con el propósito de evitar

¹³⁰ Esta afirmación ha sido explicada a detalle en el capítulo II, 1.4.- Acuerdo para defraudar: ¿Colusión simple o tentativa de colusión agravada?

espacios de penas abstractas tan disímiles, pues actualmente el tipo básico va de 4 a 6 (hay solo 2 años), mientras que el tipo agravado va de 6 a 15 (existe una extensión de 9 años).

No entendemos por qué el Decreto Legislativo N° 1351 que realizó numerosas reformas con respecto a la pena de inhabilitación, no se pronunció sobre la negociación incompatible. Sugerimos subsanar dicha omisión y agregar como sanción, a la redacción actual, el numeral 8 del artículo 36 del Código Penal. Por último, recogemos los mismos parámetros de los días-multa.

2.4.- Propuesta de Negociación Incompatible

Atendiendo todos los puntos precedentes, nuestra propuesta legislativa es la siguiente:

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo, se interesa fraudulentamente, por sí mismo o en colaboración con terceros, en cualquier etapa de las operaciones unilaterales, modalidades de adquisición o contrataciones públicas de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otro procedimiento semejante a cargo del Estado será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando:

1. Se ocasione al Estado un perjuicio mayor a 50 UIT.
2. El delito se cometa contra alguna operación o procedimiento de contratación cuya finalidad es prevenir un peligro, cierto e inminente, o socorrer, de manera urgente, alguna situación de emergencia.

Capítulo III.- Conclusiones y Recomendaciones

1.- Conclusiones

Desde nuestra perspectiva, la colusión presenta serios cuestionamientos que condicionan su legitimidad como delito independiente:

a) La colusión (tipo penal específico) no contiene entre sus elementos ningún elemento especificador del injusto que le otorgue una valoración social sensiblemente diferenciada (atenuada o calificada) en comparación con la negociación incompatible (tipo penal general). Esta afirmación es corroborada por el legislador cuando notamos la gran similitud de las penas propuestas para ambos delitos.

b) La tentativa de la colusión agravada, concertación con fines defraudatorios que no consigue un perjuicio, se confunde con la colusión simple, pues se trata exactamente del mismo supuesto. Dicho de otra manera, un acuerdo defraudatorio puede ser tipificado como colusión simple y como tentativa de colusión agravada.

c) La conducta típica de la colusión exige concertación. Esto provoca que el delito siempre se deba ejecutar con un partícipe necesario que, generalmente, tiene el rol del postor o contratista. La participación necesaria tiene un efecto importante, condiciona la sanción del autor a la sanción del partícipe. Esto quiere decir que por más pruebas de cargo que se tenga contra un funcionario corrupto, si es que no se logra probar la voluntad defraudatorio del extraneus, ambos quedarán libres de los cargos por colusión.

d) Consideramos que la colusión se debe derogar, dándole un mayor protagonismo a la negociación incompatible. Si bien, este cambio puede resultar extraño para nuestra práctica legal, la legislación comparada nos ha mostrado

su predilección por la negociación incompatible para perseguir los fraudes contra la administración pública.

e) Con el fin de minimizar las consecuencias negativas que pudiera acarrear la derogación de la colusión, debemos realizar diversas modificaciones en la redacción de la negociación incompatible. Por ejemplo, incorporamos el adjetivo “fraudulentamente” para calificar de forma más precisa el interés delictivo; aclaramos que el fraude se puede cometer en cualquier etapa de las operaciones o procedimientos de contratación; además, retiramos cualquier referencia a un eventual provecho a favor del sujeto activo.

f) A pesar de los defectos de la colusión, la expresión que usa para generalizar los procedimientos de contratación, objeto de fraude, es adecuada y debe mantenerse de forma casi íntegra. Solo hemos agregado una referencia explícita a las operaciones unilaterales para prevenir cualquier defecto en la interpretación.

g) Desde nuestro punto de vista, la modificación de la conducta típica es la más importante de todas. En nuestra propuesta, se regula explícitamente que no solo se sanciona fraudes realizados de manera unilateral (como lo señala la norma actual), pues las concertaciones también serán sancionadas por negociación incompatible. De darse dicho supuesto, el funcionario será autor y el extranero, partícipe. Nótese que ya no es obligatoria la participación necesaria (como en la colusión), por lo que la falta de pruebas de cargo contra el privado ya no significará beneficio alguno para el sujeto activo. Cerramos así el espacio de impunidad que hemos criticado en el capítulo central.

h) Hemos agregado dos agravantes a la negociación incompatible: cuando el fraude se cometa en contra de operaciones o procedimientos de contrataciones con fines de auxilio o socorro y cuando el fraude genere perjuicio efectivo. En el primero de los casos, el fraude merece una mayor pena porque el perjuicio recae en múltiples bienes jurídicos. Al margen del interés del Estado en las contrataciones, otros bienes jurídicos como la vida, la salud, la integridad o la seguridad pública también pueden ser sensiblemente dañados. Con respecto a la segunda agravante, no cabe duda que el perjuicio patrimonial efectivo

al Estado debe implicar una respuesta más severa por parte del Derecho Penal. Sin embargo, le hemos agregado una cuantía mínima para evitar casos en los que el delito agravado se sostenga de un perjuicio mínimo o insignificante.

2.- Recomendaciones

La colusión se debe derogar por todos inconvenientes que implica su vigencia como un delito independiente y, simultáneamente, debe modificarse la negociación incompatible para que esta adquiera un mayor protagonismo pasando a ser el único tipo penal que sancione los fraudes en los procedimientos de contratación. Nuestra propuesta es la siguiente:

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo, se interesa fraudulentamente, por sí mismo o en colaboración con terceros, en cualquier etapa de las operaciones unilaterales, modalidades de adquisición o contrataciones públicas de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otro procedimiento semejante a cargo del Estado será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando:

1. Se ocasione al Estado un perjuicio mayor a 50 UIT.
2. El delito se cometa contra alguna operación o procedimiento de contratación cuya finalidad es prevenir un peligro, cierto e inminente, o socorrer, de manera urgente, alguna situación de emergencia.

Bibliografía

Libros

1. ABANTO VASQUEZ, Manuel Artidoro. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Segunda edición. Palestra editores. Lima. Abril – 2003.
2. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel Artidoro. *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración Pública*. Editorial Grijley. Marzo – 2014. Lima – Perú.
3. ACHAHUI LOAIZA, Luis. *Código Penal comentado*. Editora gráfica Bernilla. Lima – Perú. 2004.
4. ANGELES GONZÁLES, Fernando; FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Código Penal comentado – concordado – anotado – jurisprudencia*. Tomo VII. Edición Jurídica. Lima – Perú. 1998.
5. BALCARCE, Fabian I. *Introducción a la parte especial del Derecho Penal nuclear*. Editorial Mediterránea. Argentina. Abril – 2004.
6. BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto; NOLASCO VALENZUELA, José Antonio. *Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción – corrupción gubernamental*. Tomo II. Editorial Palestra. Lima – Perú. 2006.
7. BENAVENTE CHORRES, Hesbert; CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. *Delitos de corrupción de funcionarios*. Primera edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Mayo – 2012.
8. BENITEZ SÁNCHEZ, Santiago. *Derecho Penal peruano*. Lima – Perú. 1952.

9. BERNAL PINZÓN, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Turín Bogota. 1965.
10. BERNALES BALLESTEROS, Enrique; OTÁROLA PAÑARANDA, Alberto. *La Constitución de 1993 – análisis comparado*. Quinta edición. Editora RAO S.R.L. Lima – Perú. Setiembre – 1999.
11. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal – parte especial*. Editorial Ariel SA. Barcelona. Noviembre – 1986.
12. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas – Control social y otros estudios*. Tomo II. Ara editores. Perú. 2004.
13. CALDERON CEREZO, Ángel. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho penal parte especial*. Tomo II. Primera edición. Editorial BOSCH. Barcelona – España. 1999.
14. CARO JOHN, José Antonio. *Summa Penal*. Primera edición. Editorial Nomos & Thesis. Octubre - 2016.
15. CARRANZA VALDIVIESO, Humberto. *El asesinato de Alan García (5 de abril de 1992)*. Dimpex graf S.R.L. (talleres gráficos). Lima – Perú. 2000.
16. CASTILLO ALVA, José Luis; GARCÍA CAVERO, Percy. *El delito de colusión*. Editorial Grijley. Lima – Perú. 2008.
17. CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Pacífico editores. Primera edición. Lima – Perú. Febrero – 2015.
18. CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de colusión*. 1° edición. Pacífico Editores. Lima - Perú. Noviembre - 2017.

19. CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. *Corrupción y delitos contra la Administración Pública*. Editorial Universidad de Rosario. Colombia. 2008.
20. CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (directores). *Comentarios al Código Penal: Parte especial*. Tomo II. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 2004.
21. CREUS, Carlos; BUENPADRE, Jorge Eduardo. *Derecho Penal parte especial*. Séptima edición. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina. 2007.
22. CREUS, Carlos. *Derecho Penal – parte especial*. Tomo II. Tercera edición. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina. 1990.
23. CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal: Código Penal de 1944*. Tomo II. Décima edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1957.
24. DELGADO GIL, Andrés. *Delitos cometidos por funcionarios públicos*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008.
25. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política Criminal y Derecho Penal*. Editorial Tirant lo blanch. Valencia. 2003.
26. DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*. Rubinzal – Culzoni Editores. Argentina. 2002.
27. DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal – parte especial*. Tomo II – B. Editorial Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires – Argentina. Marzo – 2003.
28. DONNA, Edgardo Alberto. *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*. Tomo IV. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires – Argentina. 2004.
29. FERREIRA D., Francisco J. *Delitos contra la Administración Pública*. Tercera edición. Bogotá – Colombia. 1995.

30. FIERRO, Guillermo J.; ABRALDES, Sancho F.; ALVERO, Marcelo. *Delitos contra la Administración Pública*. Tomo I. Rubinzal - Culzoni editores. Buenos Aires - Argentina. 2004.
31. FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII. Segunda edición. Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1993.
32. FRIGOLE VALLINA, J.; GEINZENMÜLLER ROIG, C.; ESCUDERO MORA-TALLA, J.F. (Coordinadores). *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*. Editorial BOSCH. Barcelona – España. 1998.
33. FRISANCHO APARICIO, Manuel. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal delitos contra la Administración Pública*. editorial FECAT. Lima – Perú. 1999.
34. GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal – parte general*. Editorial Grijley. Lima – Perú. Setiembre – 2008.
35. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia*. Jurista Editores. Lima – Perú. Agosto – 2012.
36. GARCIA del RIO, Flavio. *Manual de derecho penal parte general y parte especial*. Ediciones Legales. Lima – Perú. 2003.
37. GOMEZ, Eusebio. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Compañía Argentina de Editores. S.R.L. Tucuman – Buenos Aires, Argentina. 1941.
38. GOMEZ, Eusebio. *Leyes penales anotadas*. Tomo IV. Ediar S.A. Editores. Buenos Aires – Argentina. 1954.
39. GOMEZ MÉNDEZ, Alfonso; GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Delitos contra la Administración Pública de conformidad con el Código Penal de 2000*.

- Universidad Externado de Colombia. Editorial Cordillera S.A.C. Segunda edición. 2004.
40. GONZÁLES ROURA, Octavio. *Derecho Penal: Parte especial*. Segunda edición. Tomo III. Buenos Aires. 1925.
 41. GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Idemsa. Lima - Perú. 2004.
 42. GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Director). *La Constitución comentada*. Tomo I. Segunda edición. Editorial Gaceta jurídica. Lima – Perú. Enero – 2013.
 43. HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A Madrid – España. 2007.
 44. HUAMÁN CASTELLARES, Daniel O. *Los delitos de corrupción de funcionarios en la jurisprudencia nacional y en los acuerdos plenarios*. GIZ. Palestra editores. Lima – Perú. 2014.
 45. HUGO ALVAREZ, Jorge B. *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*. Segunda edición. Editorial Gaceta Jurídica. 2002.
 46. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal – parte general*. Tomo I. Cuarta edición. Editorial Moreno S.A. Lima – Perú. Agosto – 2011.
 47. JAÉN VALLEJO, Manuel (director); REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coordinador). *Sistemas penales iberoamericanos: Libro homenaje al profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en sus 65 aniversario*. ARA editores. Lima – Perú. 2003.

48. JESCHECK, Hans – Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Volumen I y II. Traducción a cargo de Miguel Olmedo Cardenete. Primera edición de la traducción de la quinta edición alemana. Editor Instituto Pacífico S.A.C. Lima – Perú. Octubre – 2014.
49. JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII. Editorial Losada. Buenos Aires - Argentina. 1970.
50. LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal - parte especial*. Tomo II. Tercera Edición. Editora Jurídica de Chile. Santiago – Chile. 1959.
51. LAMAS PUCCIO, Luis (presentación). *Código Penal digital*. Primera edición. Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Enero – 2011.
52. LLORENTE FERNANDEZ, A.J. *Delitos contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*. Primera edición. Editorial BOSCH. Setiembre – 1998.
53. LLORENTE FERNANDEZ, A.J. *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*. Primera Edición. Barcelona – España. Setiembre – 2008.
54. LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo; ZUGALDÍA ESPINAR, Miguel (Coordinadores). *Dogmática y Ley Penal – Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Tomo II. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 2004.
55. LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho Penal - parte especial*. Decimosétima edición. Editorial Dykinson. Madrid. Julio – 2010.
56. MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal: Parte especial*. Volumen III. Segunda edición. Editorial Temis. Bogota – Colombia. 1989.
57. MALAGARRIGA, Carlos. *Código Penal argentino*. Tomo 3. Librería “Cervantes” de Julio Suárez. Buenos Aires – Argentina. 1927.

58. MIR PUIG, Santiago. *Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal*. Editorial Bosch. Barcelona – España. 2000.
59. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – parte general*. Novena edición. B y F editores. 2011.
60. MIR PUIG, Santiago. MIRENTXU CORCOY, Bidasolo. *Nuevas tendencias en la política criminal*. Editorial B de F. Buenos Aires – Argentina. 2006.
61. MIR PUIG, Santiago; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (Directores). *Constitución y principios de Derecho Penal: Algunas bases constitucionales*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia – España. 2010.
62. MIRENTXU CORCOY, Bidasolo (Director). *Manual práctico de Derecho Penal – parte especial*. Tomo I. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia – España. 2002.
63. MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. Tercera edición. Editorial Leyer. Bogotá – Colombia. 2000.
64. MONTAN PALESTRA, Carlos. *Derecho Penal - parte especial*. Decimocuarta edición. Editorial Abeledo Perrot. Argentina. 1995.
65. MONTOYA VIVANCO, Yvan. CHANJAN DOCUMENT, Rafael. NOVOA CURICH, Yvana. RODRÍGUEZ VASQUEZ, Julio. QUISPE FARFÁN, Fany. *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la Administración Pública*. Industria Gráfica Cimagraf. IDEHPUCP. Lima – Perú. 2013.
66. MONTOYA VIVANCO, Yvan. CHANJAN DOCUMENT, Rafael. NOVOA CURICH, Yvana. RODRÍGUEZ VASQUEZ, Julio. QUISPE FARFÁN, Fany. *Guía de procedimientos para la actuación de magistrados en el tratamiento de delitos contra la Administración Pública*. Primera edición. IDEHPUCP. Lima – Perú. Octubre – 2013.

67. MORENO, Rodolfo (hijo). *El Código Penal y sus antecedentes*. Tomo VI. Editor H.A. Tommasi. Buenos Aires – Argentina. 1923.
68. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte especial*. Decimoctava edición. Editorial Tirant Le Blanch. Valencia. 2010.
69. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal – parte general*. Cuarta edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia – España. 2000
70. NAKASAKI SERVIGÓN, César. *Los Delitos contra la Administración Pública en la jurisprudencia*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Mayo – 2013.
71. NOLASCO VALENZUELA, José y otros. *Manual de litigación oral en delitos Gubernamentales*. Tomo 2. Primera edición. Ara Editores. Lima – Perú. 2011.
72. NOLASCO VALENZUELA, José; AYALA MIRANDA, Erika. *Delitos contra la Administración Pública*. Tomo II. Ara Editores. Lima – Perú. 2013.
73. ORTS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal (parte general y parte especial)*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia – España. 2004.
74. PACHECO OSORIO, Pedro. *Derecho Penal especial*. Tomo I. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 1992.
75. PARIONA ARANA, Raúl. *El Delito de colusión*. Primera edición. Pacifico Editores. Junio - 2017.
76. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal – parte especial*. Tomo V. Primera edición. Editorial Idemsa. Lima Peru. Octubre -2010.
77. PEÑA OSSA, Erléans de Jesús. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Gustavo Ibáñez.

78. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. Segunda edición. Editora Jurídica Portocarrero. Lima – Perú. 1997.
79. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Delitos y Penas*. Primera edición. Editorial Ideas Solución. Lima - Perú. Marzo - 2017.
80. PUCP. *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Editorial Gráfica Delvis.
81. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director); MORALES PRATS, Fermín (Coordinador). *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. Octava edición. Editorial Arazandi. Navarra – España. 2009.
82. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; VALLE MUÑIZ, José Manuel. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. Tomo II. Editorial Aranzadi. Navarra – España. 1996.
83. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Estudios de Derecho Penal – parte especial*. Primera edición. Jurista editores. Lima – Perú. Junio – 2009.
84. REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho Penal – parte especial*. Volumen 2. Segunda edición. Ediciones Legales. Lima – Perú. Setiembre – 2012.
85. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*. Jurista Editores. Lima – Perú. Enero – 2014.
86. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal – parte general*. Volumen I y II. Primera edición. Pacífico Editores S.A. Lima – Perú. Julio - 2014.
87. REGIS PRADO, Luiz. *Bien jurídico – penal y Constitución*. Primera edición en español. Ara Editores. Lima – Perú. 2010.

88. RETA, Adela. *Derecho Penal: Segundo curso*. Tomo I. Montevideo - Uruguay. 1963.
89. REYNA ALFARO, Luis Miguel (Director). *Delitos contra la Administración Pública*. Jurista Editores. Lima. Enero – 2009.
90. RIMONDI, Jorge Luis. *Calificación legal de los actos de corrupción en la Administración Pública*. Editorial Ad – hoc. Buenos Aires – Argentina. Julio – 2005.
91. RODRIGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal español - parte especial*. Decimoctava edición. Editorial Dykinson. Madrid. Julio – 1995.
92. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Bosch. Barcelona – España. 2008.
93. RODRÍGUEZ VASQUEZ, Julio Alberto. TORRES PACHAS, David Ricardo. NAVAS BUSTAMANTE, Ana Carolina. NOVOA CURICH, Yvana. *Compendio jurisprudencial sistematizado*. Primera edición. IDEHPUCP. Lima – Perú. Julio – 2014.
94. ROJAS VARGAS, Fidel; INFANTES VARGAS, Alberto. *Código Penal – diez años de jurisprudencia sistematizada*. Editorial Moreno. Lima – Perú. Agosto – 2001.
95. ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal (1999-2000)*. Tomo I. Editorial Moreno. Lima – Perú. Febrero – 2002.
96. ROJAS VARGAS, Fidel; INFANTE VARGAS, Alberto. *Código Penal: Catorce años de jurisprudencia sistematizada*. Segunda Edición. Editorial Idemsa. Lima – Perú. 2005.

97. ROJAS VARGAS, Fidel. INFANTES VARGAS, Alberto. QUISPE PERALTA, Lester León. *Código Penal – dieciséis años de jurisprudencia sistematizada*. Tomo II. Tercera edición. Editorial Moreno. Lima – Perú. Octubre – 2007
98. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta edición. Editorial Grijley. Agosto – 2007.
99. ROJAS VARGAS, Fidel. *Conferencia: Apuntes sobre delitos contra la Administración Pública*. Edición y coordinación Contraloría General de la República y la Cooperación Alemana de Desarrollo – GTZ. Lima – Perú. Octubre, 2009.
100. ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal – dos décadas de jurisprudencia*. Tomo III. Ara Editores. Lima – Perú. 2012.
101. ROJAS VARGAS, Fidel. *Derecho Penal práctico procesal y disciplinario*. Gaceta Jurídica. Primera edición. Lima – Perú. 2012.
102. ROJAS VARGAS, Fidel. *Aspectos Problemáticos en los delitos contra la Administración Pública*. Editorial Instituto Pacífico. Lima - Perú. 2016.
103. ROXIN, Claus. *Derecho Penal - parte general*. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana. Ediciones Civitas. Madrid – España. 2006.
104. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Traducción a la séptima edición alemana. Ediciones jurídicas y sociales Marcial Pons. Barcelona – España. 2000.
105. RUBIO LARA, Pedro Ángel. *Parte especial del Derecho Penal español (una aproximación al estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia española)*. Editorial Dykinson S.L. Madrid. 2006.
106. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Delitos contra la Administración Pública – jurisprudencia penal*. Jurista editores. Lima – Perú. Julio – 2004.

- 107.SALGADO CONCEPCIÓN, Carmona. GONZÁLES RUS, Juan José. MORILLO CUEVA, Lorenzo. POLAINA NAVARRETE, Miguel. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. SEGRELLES de ARENAZA, Iñigo. *Curso de derecho penal español: Parte especial*. Tomo II. Editorial Marcial Pons. Madrid – España. 1997.
- 108.SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3º edición. Editorial Grijley. Junio - 2014.
- 109.SANCINETTI, Marcelo. *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*. Web: <http://www.calacademica.org/diplomados/delitos/lecturanegociacion.pdf> (consultado el 9 de marzo de 2016).
- 110.SCHÜNEMANN, BERND. *Cuestiones actuales del sistema Penal - crisis y desafíos*. Primera edición. Ara Editores. UNMSM. Lima – Perú. 2008.
- 111.SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho Penal - parte especial*. Decimoquinta edición. Editorial Dykinson. Madrid. 2010.
- 112.SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*. Editorial Bosch. Barcelona – España. 1997.
- 113.SILVA SANCHEZ, Jesús-María; SUAREZ GONZÁLES, Carlos J. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública y otros problemas actuales del Derecho Penal*. Primera edición. Editorial Grijley. 2001.
- 114.SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo V. Tipográfica Editores. Buenos Aires – Argentina. 1963.
115. SUÁREZ - MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal*. Tomo II. Quinta edición. Editorial Arazandi. Pamplona – España. 2008.

116. TORRES AGUILAR, Manuel (coordinador). *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Universidad de Córdoba. Diputación de Córdoba – España. 2005.
117. URQUIZO OLAECHEA, José. *Código Penal*. Tomo I. Editorial Moreno. Lima – Perú. Abril – 2010.
118. URQUIZO OLAECHEA, José. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia (2006 – 2010)*. Tomo II. Primera edición. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. 2011.
119. VARGAS VALDIVIA, Luis, PUCP. *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Editorial Gráfica Pelvis.
120. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Comentarios al Código Penal actualizado por la L.O. 5/2010 de 22 de junio*. Editorial La Ley. Madrid – España. Primera Edición. 2010.
121. VILLADA, Jorge Luis. *Delitos contra la función pública*. Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1999.
122. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Artículo: *Concurso de delitos y concurso aparente de leyes*. En *Estudios Penales – Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias*. Editorial San Marcos. Perú. 2003.
123. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal – parte general*. Editora Jurídica Grijley. Lima – Perú. 2006.
124. XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Ara Editores. Perú. 2005.

Revistas

1. Actualidad jurídica. Editorial Gaceta jurídica. Tomo 130. Lima – Perú. Setiembre – 2004.
2. Actualidad jurídica. Editorial Gaceta jurídica. Tomo 171. Lima – Perú. Febrero – 2008.
3. Actualidad jurídica. Editorial Gaceta jurídica. Tomo 180. Lima – Perú. Noviembre – 2008.
4. Actualidad jurídica. Editorial Gaceta jurídica. Tomo 191. Lima – Perú. Octubre – 2009.
5. Actualidad jurídica. Editorial Gaceta jurídica. Tomo 210. Lima – Perú. Mayo – 2011.
6. Actualidad jurídica. Editorial Gaceta jurídica. Tomo 213. Lima – Perú. Agosto – 2011.
7. Actualidad jurídica. Editorial Gaceta jurídica. Tomo 223. Lima – Perú. Junio – 2012.
8. Actualidad jurídica. Editorial Gaceta jurídica. Tomo 252. Lima – Perú. Noviembre – 2014.
9. Actualidad Penal. Edición Instituto Pacífico. N.º 1. Lima – Perú. Julio – 2014.
10. Actualidad Penal. Edición Instituto Pacífico. N.º 2. Lima – Perú. Agosto – 2014.
11. Actualidad Penal. Edición Instituto Pacífico. N.º 3. Lima – Perú. Setiembre – 2014.

12. Actualidad Penal. Edición Instituto Pacífico. N.º 4. Lima – Perú. Octubre – 2014.
13. Actualidad Penal. Edición Instituto Pacífico. N.º 7. Lima – Perú. Enero – 2015.
14. Actualidad Penal. Edición Instituto Pacífico. N.º 9. Lima – Perú. Marzo – 2015.
15. Actualidad Penal. Edición Instituto Pacífico. N.º 11. Lima – Perú. Mayo – 2015.
16. Actualidad Penal. Edición Instituto Pacífico. N.º 14. Lima – Perú. Agosto – 2015.
17. Actualidad Penal. Edición Instituto Pacífico. N.º 15. Lima – Perú. Setiembre – 2015.
18. Actualidad Penal. Edición Instituto Pacífico. N.º 19. Lima – Perú. Enero – 2016.
19. Actualidad Penal. Edición Instituto Pacífico. N.º 20. Lima – Perú. Febrero – 2016.
20. Actualidad Penal. Edición Instituto Pacífico. N.º 23. Lima – Perú. Marzo – 2016.
21. Actualidad Penal. Edición Instituto Pacífico. N.º 29. Lima - Perú. Noviembre – 2017.
22. Actualidad Penal. Edición Instituto Pacífico. N.º 35. Lima – Perú. Marzo – 2017.

23. Actualidad Penal. Edición Instituto Pacífico. N.º 36. Lima – Perú. Julio – 2017.
24. Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República – Año Judicial 2003. Tomo XCII. Edición Centro de Investigaciones Judiciales – Area de Investigaciones y Publicaciones. Lima – Perú. 2007.
25. Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República – Año Judicial 2004. Tomo XCIII. Edición Centro de Investigaciones Judiciales – Area de Investigaciones y Publicaciones. Lima – Perú. 2008.
26. Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República – Año Judicial 2007. Tomo XCVI. Edición Centro de Investigaciones Judiciales – Area de Investigaciones y Publicaciones. Lima – Perú. 2008.
27. Dialogo con la Jurisprudencia. Editorial Gaceta Jurídica. Año 11. N° 85 –Febrero 2005.
28. Dialogo con la Jurisprudencia. Editorial Gaceta Jurídica. Año 14. N° 125 – Febrero 2009.
29. Dialogo con la Jurisprudencia. Editorial Gaceta Jurídica. Año 14. N° 126 – Marzo 2009.
30. Dialogo con la Jurisprudencia. Editorial Gaceta Jurídica. Año 14. N° 129 – Junio 2009.
31. Dialogo con la Jurisprudencia. Editorial Gaceta Jurídica. Año 15. N° 137 – Febrero 2010.
32. Dialogo con la Jurisprudencia. Editorial Gaceta Jurídica. Año 16. N° 143 – Agosto 2010.

33. Dialogo con la Jurisprudencia. Editorial Gaceta Jurídica. Año 21. N° 205 – Octubre 2015.
34. Dialogo con la Jurisprudencia. Editorial Gaceta Jurídica. Año 21. N° 210 – Marzo 2016.
35. Gaceta Constitucional. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 54. Junio 2012.
36. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 3. Setiembre - 2009. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
37. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 4. Octubre - 2009. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
38. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 5. Noviembre - 2009. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
39. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 10. Abril - 2010. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
40. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 12. Junio - 2010. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
41. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 13. Julio - 2010. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
42. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 16. Octubre - 2010. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
43. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 17. Noviembre - 2010. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.

44. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 18. Diciembre - 2010. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
45. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 20. Febrero - 2011. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
46. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo – 2011. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
47. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 26. Agosto – 2011. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
48. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 27. Setiembre – 2011. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
49. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 28. Octubre – 2011. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
50. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 29. Noviembre – 2011. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
51. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 31. Enero – 2012. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
52. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 32. Febrero – 2012. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
53. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 34. Abril – 2012. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
54. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 35. Mayo – 2012. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.

55. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 36. Junio – 2012. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
56. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 38. Agosto – 2012. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
57. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 42. Diciembre – 2012. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
58. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 43. Enero – 2013. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
59. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 44. Febrero – 2013. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
60. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 50. Agosto – 2013. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
61. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 51. Setiembre – 2013. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
62. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 57. Marzo – 2014. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
63. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 60. Junio – 2014. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
64. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 62. Agosto - 2014. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
65. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 63. Setiembre – 2014. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.

66. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 64. Octubre – 2014. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
67. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 65. Noviembre – 2014. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
68. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 66. Diciembre – 2014. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
69. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 69. Marzo - 2015. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
70. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 71. Mayo - 2015. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
71. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 75. Setiembre - 2015. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
72. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 76. Octubre - 2015. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
73. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 77. Noviembre - 2015. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
74. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 78. Diciembre 2015. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
75. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 79. Enero - 2016. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
76. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 80. Febrero - 2016. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.

77. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 84. Junio - 2016. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
78. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 85. Julio - 2016. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
79. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 90. Diciembre - 2016. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
80. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 91. Enero - 2017. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
81. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 97. Julio - 2017. Editorial Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
82. Normas legales: análisis jurídico. Tomo 364. Lima – Perú. Setiembre – 2006.
83. Proyecto Anticorrupción. Boletín N° 2. Idehpucp – PUCP. Mayo – 2011. Lima 17 – Perú.
84. Proyecto Anticorrupción. Boletín N° 5. Idehpucp – PUCP. Agosto – 2011. Lima 17 – Perú.
85. Proyecto Anticorrupción. Boletín N° 7. Idehpucp – PUCP. Octubre – 2011. Lima 17 – Perú.
86. Proyecto Anticorrupción. Boletín N° 9. Idehpucp – PUCP. Enero – 2012. Lima 17 – Perú.
87. Proyecto Anticorrupción. Boletín N° 11. Idehpucp – PUCP. Marzo – 2012. Lima 17 – Perú.
88. Proyecto Anticorrupción. Boletín N° 20. Idehpucp – PUCP. Diciembre – 2012. Lima 17 – Perú.

89. Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia: RAE Jurisprudencia. N° 51. Año V. ECB ediciones. Septiembre – 2012.
90. Revista peruana de jurisprudencia. Tomo 56. Editorial Normas legales. Lima. Octubre – 2005.
91. Revista peruana de jurisprudencia. Tomo 62. Editorial Normas legales. Lima. Abril – 2006.

Informes

1. *Aportes de la Defensoría del Pueblo por una Educación sin Corrupción*. Serie de informes defensoriales. Informe N.° 147. Lima – Perú. 2009. [Www.defensoria.gob.pe](http://www.defensoria.gob.pe) (consultado: 17/03/2016).
2. *El sistema penitenciario: Componente clave de la seguridad y política criminal. Problemas, retos y perspectivas*. Serie de informes defensoriales. Informe N.° 154. Lima – Perú. 2011. [Www.defensoria.gob.pe](http://www.defensoria.gob.pe) (consultado: 17/03/2016).
3. *El archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión*. Serie de informes defensoriales. Informe N.° 168. Lima – Perú. Diciembre - 2014. [Www.defensoria.gob.pe](http://www.defensoria.gob.pe) (consultado: 17/03/2016).
4. La Corrupción en el Perú. Reporte N° 1. Defensoría del Pueblo. Lima - Perú. Mayo - 2017. <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/documentos/Reporte-de-corrupcion-DP-2017-01.pdf> (consultado: 16/5/2017).