



**“El delito de colusión y negociación incompatible desde la perspectiva de nuestra Corte Suprema”**

**MENCIÓN DEL PROGRAMA:**

**Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción**

**MENCIÓN DEL TRABAJO ACADÉMICO:**

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

**AUTOR**

Flores Marroú, Jhosselú Anthuanet

**ASESOR:**

Arrieta Caro, Jose Wilfredo

**CÓDIGO DEL ALUMNO:**

20084535

## RESUMEN

En los últimos años, dentro de mi práctica laboral he tenido la posibilidad de revisar diversos casos por investigaciones de delito de colusión y negociación incompatible; sin embargo, siempre me he cuestionado el por qué los Fiscales inician sus investigaciones con la siguiente frase: *“Abrir investigación preliminar por el delito de colusión y de forma subsidiaria el delito de negociación incompatible”*, dándome a interpretar que cualquiera de los dos delitos pueden ser propios de la investigación; siempre y cuando se encuentren los medios de prueba suficientes.

Con el pasar del tiempo y los procesos observados, he podido notar que muchos casos terminan siendo archivados, en tanto nuestros operadores de justicia no terminan encontrando medios de prueba o indicios suficientes que pudieran acreditar la comisión de esos delitos, siendo cada uno de ellos, procesos cuestionables por las motivaciones de las sentencias que, con normalidad, se suelen dar. Mi cuestionamiento incrementó cuando analicé para mi examen de grado el caso Petroaudios, en donde la Corte Suprema confirmó la sentencia absolutoria contra Rómulo León y otros integrantes de PetroPerú por la comisión del delito de negociación incompatible, tráfico de influencias y cohecho; debido a que no se contaban con todos los medios de prueba que pudieran acreditar tales delitos.

Es así como nace el presente artículo, con la finalidad de analizar la jurisprudencia que la Corte Suprema ha emitido respecto a los delitos de colusión y negociación incompatible, y sobre todo, tratar de dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los criterios que tiene la Corte Suprema para poder establecer que una conducta es pasible de ser sancionada por delito de colusión o negociación incompatible?

## CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. ESTADO DE LA CUESTIÓN .....	5
A. DELITO DE COLUSIÓN:	
i. Irregularidades administrativas en el marco de un proceso de licitación contractual .....	6
ii. Suscripción de Convenios para poder otorgar la buena pro.....	10
iii. Otorgamiento de la Buena pro de forma directa, o por el conocido proceso de adjudicación directa.....	11
iv. Compras fraudulentas por parte de las entidades del Estado.....	12
B. DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE:	
i. Irregularidades administrativas como prueba indiciaria.....	13
ii. Omisión de actos por parte del funcionario.....	15
iii. Creación de procesos de exoneración.....	16
iv. Parentesco dentro del Proceso Licitatorio.....	17
III. CRITICA Y POSICIÓN A LOS CUESTIONAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA.....	18
IV. CONCLUSIONES.....	22
V. BIBLIOGRAFÍA.....	23

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, los delitos de colusión y negociación incompatible han sido poco estudiados y analizados desde el punto de vista del derecho procesal, dando paso al debate sobre la comisión de otros nuevos actos de corrupción. Aunado a ello, dentro de la práctica procesal se identifica que la gran mayoría de nuestras autoridades suele iniciar investigaciones por los delitos de colusión y de una forma subsidiaria por el delito de negociación incompatible, en tanto argumentan que existe una probabilidad más lejana de poder acreditar, con medios probatorios, la comisión del delito de colusión.

En ese sentido, dentro de nuestro Código Penal se establece que el delito de colusión se configura cuando un funcionario se concierta con un interesado para que, en el marco de un procedimiento licitatorio, defrauden al Estado. Al respecto, la norma de una forma clara y expresa indica que el elemento más importante de este delito es “concertarse”, siendo que todo Fiscal o Juez debe identificar todos los actos y/o medios probatorios que puedan ayudarlo a acreditar la concurrencia de la conducta descrita por dicho verbo rector.

De la misma manera, se establece para el delito de negociación incompatible que su configuración se dará cuando el funcionario se interesa indebidamente, de forma directa, indirecta o por acto simulado, en un contrato u operación en razón de su cargo. Respecto de este último delito, es importante mencionar que tanto el representante del Ministerio Público como el del Poder Judicial tienen que acreditar la existencia de un “interés indebido” por parte del funcionario para que se pueda configurar el delito.

Sin embargo, dentro de nuestra práctica profesional encontramos que la gran mayoría de nuestros Fiscales y Jueces tienen ciertos problemas al momento de acreditar, mediante pruebas, las conductas establecidas en los verbos rectores que corresponden al delito de colusión y negociación incompatible siendo este un inconveniente para que pueda imputársele la comisión de un delito a una persona. Es a partir de ello que la gran mayoría de nuestras autoridades utiliza la PRUEBA INDICIARIA como medio

para poder acreditar probatoriamente la existencia de una posible “concertación” o “interés indebido” dentro de un proceso penal.

El presente artículo intentará dar una respuesta al problema anteriormente señalado, buscando analizar las circunstancias en las que nuestra Corte Suprema ha considerado muchos hechos como prueba indiciaria para que pudiera acreditarse la comisión de los delitos de colusión y negociación incompatible.

Concretamente, el análisis consistirá en revisar las Ejecutorias Supremas, en donde se confirme o se declare nula una sentencia condenatoria por la comisión de los delitos de colusión o negociación incompatible, con la finalidad de identificar los casos que, para la Corte Suprema, deben ser sancionados a través de estos tipos penales por haberse acreditado con evidencia suficiente su ejecución.

## **II. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Como parte del análisis a realizar respecto a la problemática planteada, se ha considerado necesario evaluar las Ejecutorias Supremas en los últimos años, de tal manera que se pueda identificar las pruebas indiciarias que nuestra Corte Suprema utiliza para poder emitir una sentencia condenatoria o para anular una sentencia absolutoria por la comisión de los delitos de colusión y negociación incompatible. En tal sentido, se ha considerado pertinente dividir el análisis de acuerdo a los delitos mencionados:

### **A. DELITO DE COLUSIÓN:**

En primer lugar, debe tomarse en cuenta que dentro del delito de colusión el elemento más importante es el conocido como “**ACUERDO COLUSORIO**”, el cual, en muchas oportunidades es, para los Fiscales y Magistrados, una conducta difícil de poder demostrar dentro de un proceso penal. Esto se debe a que no solo es complicado poder identificar cual es el acuerdo colusorio, sino a las partes que participan dentro de dicho acuerdo, siendo en reiteradas oportunidades un situación difícil de poder dilucidar en el proceso penal. Sin

embargo, debe tomarse en cuenta que este acuerdo colusorio no solo responde a una infracción de deber por parte del funcionario público, sino que, además, contraviene una expectativa respecto de la normativa penal, es decir, el cumplimiento correcto de las funciones del funcionario público.

Al respecto, de las Ejecutorias evaluadas se ha podido encontrar, como parte de la argumentación de la Corte Suprema, los siguientes indicios que hacen notar una evidente concertación entre funcionario e interesado, llevándolos a una confirmación de la condena por el delito de colusión. Entre ellos tenemos:

**a. Irregularidades administrativas en el marco de un proceso de licitación contractual:**

Uno de los primeros puntos encontrados dentro de las Ejecutorias Supremas, se enmarca en lo que puede denominarse “irregularidades administrativas”, en donde nuestros magistrados toman como prueba indiciaria diversas circunstancias dentro de un proceso licitatorio que resultan irregulares para que pudiera otorgarse la buena pro a una empresa.

Al respecto, diversos autores nacionales consideran que las irregularidades administrativas solo deben ser vistas en el marco de un proceso administrativo sancionador, sin tomar en cuenta que, dichas irregularidades administrativas pueden ser tomados como INDICIOS para acreditar la comisión del delito de colusión o negociación incompatible. En ese sentido, es cuestionable que dentro de nuestra jurisprudencia existan ciertos pronunciamientos por parte de la Corte Suprema, en donde, no se tome en cuenta las irregularidades administrativas para poder acreditar la comisión de los delitos antes mencionados.

En los últimos años, la jurisprudencia nos ha presentado diversas sentencias en donde al momento de realizarse la suscripción del contrato se realizó un acto irregular que denotaba que el proceso licitatorio se encontraba parcializado, sin poder remediar el hecho cometido. Ejemplo de ello es la

Ejecutoria Suprema en donde la Corte Suprema se pronuncia en el sentido de que la prueba indiciaria del delito de colusión residiría en que pese a las irregularidades incurridas dentro de la suscripción de un contrato, los funcionarios respaldaron el acto ilícito, omitiendo el control y supervisión de sus deberes funcionales<sup>1</sup>, denotando un posible acuerdo colusorio entre funcionarios y empresa para poder defraudar al Estado en un proceso de selección.

Como parte de las irregularidades analizadas por la Corte suprema se encuentra la modalidad por acuerdos tomados con la finalidad de realizar una disminución en porcentajes de los precios, con la finalidad que los proveedores obtengan ganancias en la suscripción de contratos para la ejecución de un programa de fiscalización tributaria y administrativa; el cual, vulneraba las normas relacionadas a dicha materia y que perjudicaban a la entidad del Estado. Ante ello, como elementos de prueba, la Corte Suprema indicó que las Actas de Sesiones Extraordinaria y los contratos firmados fueron los medios de prueba para acreditar la comisión del delito de colusión en el presente caso, siendo esta conducta una forma de poder demostrar un acuerdo colusorio entre las personas que firmaron el Acta de Sesiones Extraordinaria y la entidad con la cual se firmó el contrato.

De igual forma, se ha podido evidenciar en otra Ejecutoria Suprema que diversos funcionarios se valieron de su cargo para poder falsificar documentos y órdenes de compra con la finalidad de defraudar a una entidad del Estado<sup>2</sup>. En este caso, se consideró dicho hecho como el indicio de un acuerdo colusorio pues, pese a que se falsificaron documentos, igual se

---

<sup>1</sup> Cf. con la Ejecutoria Suprema correspondiente al Recurso de Nulidad N° 556 – 2017 de fecha 10 de setiembre de 2008 perteneciente a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Lima. Este Recurso de Nulidad identifica de cierta manera en sus fundamentos primero, segundo y tercero los actos irregulares en los que incurrieron los procesados, siendo que cada uno de ellos sería acompañado de un medio de prueba que son Acuerdo de Sesión Extraordinario y firma de contratos.

<sup>2</sup> Fundamentación que corresponde a la Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 4082 – 2006 de fecha 26 de marzo de 2008 y que fue emitida por la Sala Penal Permanente de la Core Suprema.

giraron cheques de pago a los funcionarios e incluso se dio la aceptación de la propuesta técnica para que se realice la entrega del bien.

Otro hecho que se consideró como prueba indiciaria para acreditar el delito de colusión en otra Ejecutoria, fue la sobrevaloración de pago al momento de la adquisición de productos<sup>3</sup>, en donde ciertos proveedores colocaron valores elevados previa concertación con los funcionarios de una entidad, siendo que luego se demostró que faltaban productos y a pesar de eso se había realizado el pago. De la misma manera, en dicha Ejecutoria se recomendó la realización de un Peritaje Contable que pudiera determinar el valor de los productos faltantes.

Respecto a este último punto, también la Corte Suprema se ha pronunciado indicando que es prueba indiciaria cuando los funcionarios emiten Informes respecto a la adquisición de bienes que favorecen a una empresa, referidos a las características técnicas, calificación y puntuación, de tal manera que se les beneficie de forma inmerecida en el otorgamiento de la buena pro<sup>4</sup>. En el presente caso, los procesados se valieron de informes técnicos para poder avalar de alguna manera su conducta ilícita en la adquisición de bienes agrícolas.

Este hecho, guarda relación con otro que es mencionado en la sentencia de la Corte Suprema correspondiente a las cotizaciones que deben realizarse antes de una adquisición de bienes por parte de una entidad. En el caso en mención, la Corte Suprema tomó como prueba indiciaria que resulta irregular y extraño que no se emitan cotizaciones por parte de los proveedores cuando venden un material y menos sin una supervisión por

---

<sup>3</sup> Cf. con la Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Lima correspondiente al Recurso de Nulidad N° 5718 – 2006 de fecha 23 de abril de 2008.

<sup>4</sup> Extracto obtenido del Recurso de Nulidad N° 3842 – 2007 de fecha 17 de octubre de 2008 correspondiente a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.



parte de la autoridad para poder solicitar las cotizaciones que son necesarias dentro de un proceso licitatorio<sup>5</sup>.

En tal sentido, la realización de compra de material de una forma directa y sin evaluación previa o aprobación por parte de la entidad, termina siendo considerado un acto irregular dentro del procedimiento de contratación, y el cual, puede ser un indicio de un acuerdo colusorio entre la empresa y el interesado para que se beneficie a la empresa dentro de la contratación.

Por otro lado, también se evidencia la concertación para la Corte Suprema cuando no se exige la devolución de un saldo de entrega por parte del proveedor, en donde una empresa no cumplió con devolver el remanente pese al pago realizado por una entidad<sup>6</sup>, haciendo entrever que todos los insumos fueron entregados en su totalidad, cuando en realidad no ocurrió ello, siendo que la empresa ganadora de la buena pro solo entregó los bienes de forma fraccionada. Este hecho resulta cuestionable, pues tiene que analizarse si entre la entidad que hizo el pago y la empresa prestado del servicio ha existido un acuerdo colusorio, en donde la empresa tenía esa posibilidad de poder quedarse con el remanente engañando a la entidad.

En el mismo sentido se encuentra la Ejecutoria Suprema que evalúa la adulteración de pagos hacia proveedores, en donde la entidad se habría concertado con el proveedor para que se pudiera pagar un monto mucho mayor al que correspondía<sup>7</sup>, siendo este tema una evidente defraudación para

---

<sup>5</sup> Sentencia Suprema obtenida del Recurso de Nulidad N° 529 – 2008 de fecha 08 de mayo de 2009 correspondiente a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Lima. Llama la atención que dentro del mencionado proceso se tomó en cuenta un informe especial realizado por la contraloría General de la República, como un cuestionamiento que se efectuó a las facturas que fueron emitidas por la contratación de forma directa.

<sup>6</sup> Cf. con la Ejecutoria Suprema correspondiente al Recurso de Nulidad N° 4661 – 2007.

<sup>7</sup> Extracto obtenido de la sentencia Suprema correspondiente al Recurso de Nulidad N° 109 – 2009 de fecha 16 de marzo de 2010 emitida por la Sala Penal Permanente de Lima. El presente proceso penal investigó al Sr. Portella Caballero por la presunta comisión del delito de colusión, en tanto, habría valorizado un predio en menor precio que el que correspondía, siendo que en el existía una valorización anterior por un precio mucho mayor que el indicado.

el Estado debido a que existió una valorización anterior que evidenciaba un sobre costo hecho por el proveedor.

En conclusión, en esta primera parte la Corte Suprema ha logrado identificar cómo ciertas irregularidades dentro del proceso de licitación son indicativas de concertación entre los funcionarios y los proveedores de una empresa – llamados interesados en el tipo penal de colusión- que participan para brindar un servicio o vender diversos bienes.

**b. Suscripción de Convenios para poder otorgar la buena pro:**

Por otro lado, una segunda argumentación encontrada dentro de las Ejecutorias Supremas guarda relación con la suscripción de convenios por parte de los funcionarios públicos con empresas, en donde de una u otra manera se beneficia a éstas últimas para que puedan obtener la buena pro dentro de una licitación contractual<sup>8</sup>. En la mencionada ejecutoria de la Corte Suprema, se cuestiona la conducta por parte de la entidad del Estado al no advertir que se ha suscrito un convenio con una asociación que no existe, llevándose a cabo luego la suscripción de un contrato, sin que se pudiera prever tal situación.

Dentro de la sentencia suprema se indica que el Alcalde de Ventanilla junto con su Gerente de Administración y el Gerente de la Oficina de Asesoría Legal firmaron un convenio con la Asociación Civil Consenso y Desarrollo (ACICODE) con la finalidad de llevar a cabo un proyecto estudiantil, siendo que dicha asociación no existía, por lo que, aparentemente existiría una concertación fraudulenta por parte de los funcionarios de la Municipalidad de Ventanilla y los representantes de esta aparente asociación, para poder firmar convenios sin que la asociación se encuentre constituida. Se cuestiona que en ningún momento se justificó de forma adecuada el servicio

---

<sup>8</sup> Argumento que se hace referencia en la Ejecutoria Suprema correspondiente al Recurso de Nulidad N° 246 – 2008 de fecha 14 de abril de 2010 emitido por la Sala Penal Permanente.

contractual que fuera brindado por la referida Asociación y por ende, el cheque que se giró en favor de los últimos por un supuesto servicio.

**c. Otorgamiento de la buena pro de forma directa, o por el conocido proceso de adjudicación directa:**

De la misma manera, la Corte Suprema ha considerado como indicio de concertación el otorgar la buena pro en el marco de una adjudicación directa. Es decir, se omite el procedimiento de licitación para dar paso a un otorgamiento de la buena pro hacia una empresa en específico, vulnerándose de alguna forma la imparcialidad, por parte de los funcionarios, en contrataciones con el Estado, pues, no se ejerce la libre competencia entre los postores que debería darse dentro de una licitación pública.

Cabe resaltar que conforme a la antigua normativa sobre contrataciones y adquisiciones, el proceso de selección de adjudicación directa no era considerado como un indicio del delito de colusión, hecho en el últimos años ha cambiado de forma notable.

Nuestra Corte Suprema ya se ha pronunciado respecto a este caso en diferentes Ejecutorias, en donde reconoce que en muchas oportunidades se ha llevado a cabo una convocatoria, selección y otorgamiento de la buena pro; sin embargo, todo ello fue realizado direccionando el procedimiento para beneficiar a una empresa concreta, sin evaluarse los documentos de las demás empresas competidoras<sup>9</sup>.

Asimismo, la Corte Suprema también ha indicado que es una prueba indiciaria del delito de colusión que se realice una adjudicación directa, tomando como hecho una “situación de urgencia” con la finalidad de que se pudiera realizar una compra por parte de una Municipalidad, en donde una

---

<sup>9</sup> Cf. con la Ejecutoria Suprema correspondiente al Recurso de Nulidad N° 638 – 2007 de fecha 31 de enero de 2008 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

de sus áreas se concertó con un proveedor, que era su familiar, para que se pudiera construir una embarcación. Debe tomarse en cuenta que, el cuestionamiento por parte de la Corte Suprema nace porque, en dicho proceso se llegó acreditar que no se encontraban ante una situación de emergencia que justificara la realización de una adjudicación directa. De igual forma, se cuestionó que no se cumplió con el proceso de transparencia, en donde, se debía informar acerca del proceso de adjudicación directa a los demás integrantes.

**d. Compras fraudulentas por parte de las entidades del estado:**

A su vez, otro punto que nuestra Corte Suprema ha evaluado dentro de sus pronunciamientos por el delito de colusión, es respecto a las compras fraudulentas realizadas por las entidades públicas, en donde, en muchas oportunidades no existe un sustento por la compra realizada o caso contrario, se compra de forma arbitraria diferentes materiales para las entidades sin tenerse el sustento suficiente que pudiera dar respuesta al requerimiento. De igual forma, en otras oportunidades, diversas Municipalidades, Gobiernos Regionales o Entidades relacionadas al Estado realizan compras innecesarias o sin tener documento que avale dicha compra, no pudiéndose justificar el gasto realizado por parte del Estado.

Respecto a este tipo de conductas, la Corte Suprema en el año 2010 emitió su pronunciamiento con relación al caso Caja de Pensiones Militar Policial, en donde un grupo de representantes se concertaron para poder controlar todo un proceso de negociación para beneficiarse económicamente y perjudicar a la Caja de Pensiones Militar Policial, en la adquisición de locales comerciales.

Debe tomarse en cuenta que, la conducta desplegada por los procesados se valió a que existieron diversos otorgamientos de facultades para que se pudiera actuar “en nombre de” durante el proceso de adquisición, siendo que

todas las personas que participaron estaban coludidas con el representante del predio que le vendería el local a la entidad<sup>10</sup>.

## **B. DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE:**

Ahora bien, en los últimos años nuestros magistrados de una forma desmesurada han utilizado el delito de negociación incompatible de manera subsidiaria al delito de colusión. La gran mayoría de Fiscales inician investigaciones por este delito debido a que les resulta sumamente difícil poder acreditar el delito de colusión.

Es lamentable que la gran mayoría de actos de corrupción se realicen dentro de un proceso de contratación pública, en donde predomina el interés personal de un funcionario o interesado, en contraposición con los intereses públicos.

Al respecto, como parte de la evaluación realizada se ha podido identificar que la jurisprudencia considera los siguientes hechos como una evidencia del “INTERES INDEBIDO”, lo cual ha llevado a varios de nuestros magistrados a poder condenar o cuestionar, en su momento, la conducta realizada por un imputado, considerando como probada la comisión del delito de negociación incompatible:

### **a. Irregularidades administrativas como prueba indiciaria**

Dentro de nuestra doctrina, diversos autores han mencionado que para poder acreditar la existencia de un “interés indebido” es necesario que se cuente con prueba indiciaria, de tal manera, que un conjunto de hechos irregulares dentro de un proceso de contratación nos puedan dar pruebas irrefutables o suficientes de la comisión del delito en mención.

---

<sup>10</sup> Caso conocido como “Caja de Pensiones Militar Policial, la cual fue parte del pronunciamiento de la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 4771– 2009 de fecha 10 de agosto de 2010 emitido por la Sala Penal Permanente de Lima.

Respecto a este punto, existe un conocido caso dentro de nuestra jurisprudencia que puede poner de manifiesto la existencia de irregularidades administrativas dentro de un proceso licitatorio y su relación con el delito de negociación incompatible. Se trata del caso “Petroaudios”, en donde la Sala Suprema descartó que entregar documentación en inglés, presentar escritos fuera de tiempo, realizar una ampliación en el proceso de selección o que no se llegará a dar la firma del contrato, fuesen indicios suficientes de la comisión del delito de negociación incompatible<sup>11</sup>. Sin embargo, este argumento resulta cuestionable pues la gran mayoría de irregularidades dan a entender que dichos actos se realizaron para beneficiar a una empresa de forma directa, siendo estos actos realizados por los integrantes del Comité de Trabajo que se encontraba a cargo de la licitación pública.

Si bien, el caso “Petroaudios” no llegó a concluir con una sentencia condenatoria sobre los procesados, debe tenerse en cuenta que dicha jurisprudencia es la decisión más cuestionada en el ámbito proceso penal, prestándose esta sentencia para un mayor análisis en el extremo de las irregularidades administrativas como conducta de un “interés indebido”.

Sin embargo, en los últimos años se ha venido discutiendo la posición planteada por la Corte Suprema acerca de la regularización administrativa y su relevancia penal, lo cual ha dado paso a que se realicen contrataciones con el Estado de forma inmediata, específicamente, en casos de emergencia y que, a posterior, la empresa a la que se le otorgó la Buena Pro pueda regularizar todos los defectos administrativos en los que pudo haber incurrido por el cumplimiento de una necesidad. Este argumento, lo resalta de una manera clara la Ejecutoria Suprema de la Casación N° 841 – 2015 de

---

<sup>11</sup> Argumento que corresponde a la Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 677 – 2016 de fecha 17 de mayo de 2017 emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Lima. El mencionado recurso de nulidad es cuestionado en los últimos años, en tanto, concede la absolución de Rómulo León Alegría y otras personas en el conocido caso Petroaudios.

fecha 24 de mayo de 2016 emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema, donde se precisa que:

*“Vigésimo: (...) Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal. Es el caso, por ejemplo, del delito de colusión de funcionarios en donde un elemento externo al proceso de contratación (el acuerdo colusorio), hace que dichos defectos administrativos adquieran otra interpretación, incluso para el caso de la contratación en situaciones de emergencia”*

Es importante tomar en cuenta que, la mencionada Casación indica de forma clara que debe existir una necesidad inminente o un estado de emergencia, en donde, se evite realizar todo un proceso licitatorio y se proceda a contratar de forma directa con el Estado; siempre y cuando, después de la contratación, se cumple con regularizar administrativamente el defecto en que se pudo haber incurrido.

#### **b. Omisión de actos por parte del funcionario**

Otra conducta que se ha evaluado como parte de un “interés indebido” del funcionario dentro de un proceso de contratación pública es su omisión de funciones, es decir, dejar de realizar o emitir informes sobre un procedimiento para poder beneficiar a una empresa en el cumplimiento de un contrato. Respecto a esta conducta, llama la atención que los funcionarios que omitieron este tipo de funciones se encuentren relacionados a una empresa Supervisora, empresa Concesionaria o Coordinadora que tiene a su cargo la realización de una obra o brindar un servicios específico a una entidad del Estado.

Ejemplo de ello, es el caso planteado en la Casación N° 67 – 2017, en donde se investigó a un Jefe de Obras; y, un Supervisor de Obras y Mantenimiento de una entidad, quienes en su condición de funcionarios públicos, orientaron

sus actos de gestión a apoyar intereses distintos a los de la entidad pública a la que representaban, transgrediendo los términos contractuales y la normatividad vigente. Específicamente, estos funcionarios mediante su accionar, se interesaron de manera directa, en concretar la aprobación del presupuesto adicional de obra, en el cual se incluyeron el cambio de material para la construcción de una obra<sup>12</sup>.

Este tipo de actos resultan cuestionables por parte de los magistrados, pues en muchas oportunidades los funcionarios omiten la realización de sus funciones o sobrepasan estas para poder cometer el delito; sin embargo, es un hecho que no escapa de la realidad, en tanto, el no hacer una labor, puede ser muestra del interés indebido del funcionario porque una labor no se cumpla para beneficiarse de alguna manera.

### **c. Creación de procesos de exoneración**

Luego del sonado caso del Gobernador Regional Wilfredo Oскорima<sup>13</sup>, la gran mayoría de Magistrados ha estado cuestionando la existencia de los procesos de exoneración para poder realizar compras directas en una entidad pública, siendo este tipo de procesos los más conocidos dentro de la práctica de la contratación pública.

En el mencionado caso, se cuestionaron los defectos administrativos dentro del proceso de contratación en situación de emergencia, pues, se requería acreditar indubitablemente un elemento externo. En ese sentido, el Tribunal Supremo indicó que un punto que puede denotar la existencia de un estado

---

<sup>12</sup> Argumento utilizado por la Segunda Sala Penal Transitoria de Lima en la Casación N° 67 – 2017 de fecha 11 de julio de 2017, en el marco del proceso penal iniciado en contra de la Jorge Luis Vergel Polo y las empresas Consorcio DHMONT & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L., por la comisión del delito de negociación incompatible en agravio del Estado.

<sup>13</sup> Cf. con la Ejecutoria Suprema correspondiente al Recurso de Nulidad N° 23 – 2016 de fecha 16 de mayo de 2017 y que, en su momento, fuera emitido por la Sala Penal Permanente de Lima. El presente caso se encuentra dentro de los procesos penales más cuestionados por la gran mayoría de juristas, pues, el Gobernador Regional Wilfredo Oскорima obtiene la libertad por argumentarse dos puntos: a) Dentro del proceso licitatorio no cabía la exoneración; y, b) El imputado actuó bajo el principio de confianza.



de emergencia es el presupuesto que, nos haría dejar entrever que la idoneidad del manejo de los procesos de licitación y que en su momento, requieran de una contratación inmediata por parte del Estado.

#### **d. Parentesco dentro del Proceso Licitatorio**

En los últimos años, se han presentado diversos casos en donde funcionarios públicos han omitido su cargo para poder beneficiar a sus propias empresas o a las empresas de sus familiares, siendo estos hechos irregulares dentro de un proceso de licitación. Para nuestra Corte Suprema, estas conductas también son prueba indiciaria de un “interés indebido” por parte del funcionario que no reconoce la existencia de un impedimento para contratar con el Estado, tal y como lo resalta la Ley de Contrataciones con el Estado.

Un claro ejemplo de ello, resulta ser la conducta que fue cuestionada y analizada en el pronunciamiento de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 666 – 2016. En ese caso, la Corte valoró el hecho de que un funcionario se valiera de su cargo para favorecer a una empresa en la cual era socio, dentro del proceso licitatorio<sup>14</sup>. En este caso, la Corte Suprema cuestionó que un teniente alcalde no haya podido advertir que dentro de un proceso licitatorio se encontraba participando la empresa en la cual era socio y que incluso se le había otorgado la buena pro a dicha empresa. Evidentemente, es una conducta irregular dentro del proceso de licitación que ninguna de las partes por alguna conveniencia no advirtió, pero que beneficiaron a este teniente alcalde con su empresa.

Por otro lado, tenemos el Recurso de Nulidad N° 1968 – 2015 en el que, cuestionó el proceso licitatorio de maquinaria de segunda mano por parte del Estado, en donde no se hizo de conocimiento el vínculo de parentesco con

---

<sup>14</sup> Cf. Con la Ejecutoria Suprema de fecha 29 de mayo de 2017 correspondiente al Recurso de Nulidad N° 666 – 2016 emitido por la Primera Sala Penal Transitoria de Lima.

quien dirigía el proceso de adquisición<sup>15</sup>. En su momento, la Corte Suprema evaluó la conducta por parte de un funcionario público que, en beneficio de sus propios intereses, adjudicó la buena pro a la empresa de su hermana para que pudiera venderle maquinaria a una Municipalidad, dejándose de lado si la maquinaria vendida era de primera o segunda mano, pues el hecho grave era que no se hubiese advertido la relación de parentesco que existía entre el funcionario y la empresa proveedora.

### **III. CRITICA Y POSICIÓN A LOS CUESTIONAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA**

Luego de presentar las distintas conductas analizadas por la Corte Suprema respecto a los delitos de colusión y negociación incompatible, considero necesario poder establecer una opinión con relación a cada una de estas conductas, pues, en reiteradas oportunidades los pronunciamientos de la Corte Suprema no suelen ser valorados de la manera correcta, dictándose en muchas oportunidades sentencias contradictorias a lo ya establecido.

En primer lugar, la interrogante del presente documento nace tras realizar una lectura al Informe N° 168 de la Defensoría del Pueblo que corresponde al año 2014, en donde de una forma clara y exacta dicha entidad plantea su inquietud respecto a las denuncias interpuestas por diversas personas por la comisión de los delitos de peculado y colusión; siendo que, el porcentaje de efectividad de dichos casos es bajo, ya que la gran mayoría de nuestra autoridades considera “más fácil” poder denunciar otro tipo de delitos que tienen una forma más factible de acreditación que los antes mencionados. A raíz de ello, se establece mi cuestionamiento por analizar ¿Cuáles son los criterios que tiene la Corte Suprema para poder establecer que una conducta debe ser sancionada por delito de colusión o negociación incompatible?

---

<sup>15</sup> Pronunciamiento que corresponde a la Ejecutoria Suprema de fecha 10 de abril de 2017 y que. En su momento fue emitido por la Primera Sala Penal Transitoria de Lima en el Recurso de Nulidad N° 1968 – 2015.

Efectivamente, considero que la complejidad probatoria en estos delitos ha hecho que, en los últimos años, la gran mayoría de representantes del Ministerio Público, así como Procuradores del Estado, no indiquen de forma clara al momento de denunciar si se presenta el delito de colusión o negociación incompatible. Estos hechos, ocasionan que una importante cantidad de jueces no logre determinar la culpabilidad de los procesados, pues, durante las investigaciones no se llega a recopilar las pruebas suficientes que logren acreditar los delitos antes mencionados. Esta opinión se ve avalada por las palabras de un Fiscal en el Informe N° 168 de la Defensoría del Pueblo, en donde precisa que:

*“Algunos jueces dicen que solo hay colusión cuando se colude el comité o el encargado de compras. Pero la colusión puede estar en los términos de referencia y es ahí donde se pueden escapar los casos. Por eso a veces los derivamos hacia negociación incompatible. Como es muy verbal, donde uno debe investigar es en la elaboración de los TDR porque ven que están pensados en un postor determinado.”*  
(Fiscal de Lima).

Tomando en cuenta las Ejecutorias Supremas analizadas, he podido identificar en ellas que en su gran mayoría nuestra Corte Suprema declara NULA la sentencia o HABER NULIDAD respecto al delito de negociación incompatible, pues tal y como lo menciona el Fiscal, en muchas oportunidades los jueces se encuentran parametrados al tipo penal de colusión y su relación con el interesado o también llamado cómplice necesario. En tal sentido, es la sentencia del conocido caso “Convia”, en donde se sentencia a Alex Kouri Bumachar<sup>16</sup> por la comisión del delito de colusión, uno de los pronunciamientos que nos lleva a cuestionarnos sobre los medios probatorios y la labor del interesado en la comisión del delito de colusión.

Sin embargo y haciendo referencia a la mencionada sentencia, cuestiono otro punto por el cual, en muchas oportunidades no se emite sentencias condenatorias respecto al

---

<sup>16</sup> Recurso de Nulidad N° 1846 – 2016 correspondiente a la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, la cual falló CONFIRMANDO la sentencia condenatoria contra Alex Kouri Bumachar por la comisión del delito de colusión en agravio del Estado.

delito de colusión, y esto se da por una ausencia de análisis sobre uno de los sujetos procesales: EL INTERESADO O COMPLICE NECESARIO. La concertación sobre la cual hace referencia el delito de colusión, va de la mano con el hecho de que el agente –funcionario-, en abuso de su cargo, se pone de acuerdo, pacta, conviene o arregla con los interesados para o con la finalidad de defraudar al Estado<sup>17</sup>. Es decir, el delito de colusión será sancionado cuando no solo se requiere la intervención de un funcionario para la concertación, sino que, necesariamente, debe intervenir una tercera persona interesada en que se le pueda beneficiar con la licitación pública.

Este último punto, se ha visto analizado en la sentencia del caso Alex Kouri Bumachar, en tanto, la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima como la Corte Suprema han indicado que existían indicios de un acto colusorio por parte de Alex Kouri, pero, que no se podía identificar quién era el interesado que conformaba la otra parte de dicho acto, ya que, se tenían varios nombres de personas que podían estar interesadas en el proceso licitatorio. Este hecho, resulta importante, pues de aquí parte la idea de por qué los Fiscales interponen denuncias por el delito de colusión, en un primer momento, para luego direccionar sus investigaciones en colusión, siendo una explicación que, no logran encontrar todos los elementos de convicción que pudieran unir esta relación funcionario – interesado.

Esta explicación se ve sustentada en la gran mayoría de Ejecutorias Supremas analizadas, en donde, nuestra Corte Suprema ha tenido que declarar NULA las sentencias por no poder encontrar esta relación de funcionario – interesado que requiere el delito de colusión y que da como resultado el acuerdo colusorio de estas partes. Considero que este punto es uno de los problemas que con frecuencia encontramos dentro del proceso penal y que llevan a nuestros Fiscales a usa de forma subsidiaria el delito de negociación incompatible cuando notan que no se va a poder probar la comisión del delito de colusión.

---

<sup>17</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. “*Delitos contra la Administración Pública*”. Editorial Grijley. Cuarta Edición: año 2016. Página 319.

En conclusión, esta situación ocasiona que muchas sentencias de primera y segunda instancia se resuelvan otorgando el archivo en favor del imputado, pues si en primera instancia no se logró acreditar la comisión del delito, en segunda y última instancia solo se evalúa lo que se establece dentro del Recurso de Nulidad, siendo muchas veces escuetos los fundamentos de la Corte Suprema para poder argumentar por qué se debería revocar la sentencia.

Si bien, la Corte Suprema en sus reiteradas sentencias ha podido encontrar diversas conductas que pueden ser consideradas como “acuerdo colusorio”, no siempre precisamente se sanciona como tal, ya que no tienen otros indicios que pudieran respaldar tal decisión, siendo la solución a estos casos que se re direccionen las investigaciones en el delito de negociación incompatible, pues es más factible acreditar un interés indebido por parte del funcionario público que un acuerdo colusorio, en donde, se requieren 2 participantes.

Efectivamente, la gran mayoría de ejecutorias que emite la Corte Suprema versan sobre el delito de negociación incompatible, en donde, se le permite a sus magistrados poder analizar el verbo rector “interesarse”. En atención a ello, debe tomarse en cuenta que se va a reprimir el interés personal del funcionario, quien actúa de forma unilateral sin que medie un tercero que sea interesado<sup>18</sup>. Ello, lo hemos podido notar en las sentencias antes mencionadas, en donde con diversas conductas los funcionarios han hecho notar que, dentro del proceso licitatorio, tienen un interés personal y no funcional por una empresa en especial; no siendo necesario que la empresa o sus representantes tengan conocimiento de ello.

Por otro lado, no debemos dejar de observar que, dentro de la jurisprudencia, también existen casos que forman parte de los procesos que quedan impunes, en tanto, nuestros magistrados dejan de aplicar correctamente la ley y menos toman en cuenta estas resoluciones para poder analizar la gran mayoría de casos, sean por delitos de colusión o negociación incompatible. De la misma manera, no debe dejarse de criticar la labor

---

<sup>18</sup> CASTILLO ALVA, Jose Luis. “*El delito de negociación incompatible*”. Editorial Instituto Pacífico. Primera Edición – Febrero 2015. Página 56.

de los Fiscales, quienes al ser el titular de la acción penal, en reiteradas oportunidades no logran establecer de una forma certera la comisión del delito de colusión o negociación incompatible, siendo en estos casos el origen de que cuando el proceso llega a juicio oral y en una posible sentencia se tenga que absolver a los procesados.

Una muestra de ello, me resulta el análisis que realicé en mi informe para obtener mi título de abogado sobre el caso Petroaudios, el cual, a mi consideración, es uno de los procesos penales que ha quedado impune respecto a su análisis del delito de negociación incompatible, en donde, la Fiscalía de una forma muy escueta trató durante todo el proceso de mantener una imputación del delito de negociación incompatible; sin contar con los medios probatorios necesarios, lo cual concluyó con una sentencia absolutoria en favor de todos los procesados.

#### **IV. CONCLUSIONES**

1. En nuestro Sistema Penal y Procesal Penal, contamos con vasta jurisprudencia que nos ayuda a identificar las conductas de “acuerdo colusorio” e “interés indebido” que pueden ser material de sanción por la comisión de los delitos de colusión y negociación incompatible.
2. No debe olvidarse que para el delito de colusión debemos analizar la relación funcionario – interesado en donde media un acuerdo colusorio, con la finalidad de defraudar al Estado. Sin ello, seguiremos encontrando dentro de nuestra jurisprudencia diferentes sentencias que indiquen que se absuelven a los procesados pues, no se tienen los suficientes elementos de convicción que acrediten el acuerdo colusorio.
3. Contrario a ello, tenemos todas las investigaciones y procesos por delito de negociación incompatible iniciados por nuestros operadores de justicia que, de forma subsidiaria denuncian este delito pues, resulta más factible su acreditación, lo cual, resulta siendo cierto, pues, basta con demostrar el interés personal del funcionario para poder encontrarnos ante la comisión del tipo penal.

4. Finalmente, nuestra Corte Suprema debería considerar dentro de sus Ejecutorias mejores fundamentaciones para poder resolver sobre los delitos de colusión y negociación incompatible, en tanto, cada una de sus sentencias es vasta y escueta, con unas grandes omisiones de motivación en sus fundamentos, llevando a cada abogado poder cuestionar sus fallos.

## V. BIBLIOGRAFÍA:

### - DOCTRINA

- CASTILLO ALVA, Jose Luis. *“El delito de negociación incompatible”*. Editorial Instituto Pacífico. Primera Edición – Febrero 2015.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *“Delitos contra la Administración Pública”*. Editorial Grijley. Cuarta Edición: enero 2007
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *“Delitos contra la Administración Pública”*. Editorial Grijley. Cuarta Edición: año 2016.

### - JURISPRUDENCIA

- Recurso de Nulidad N° 4082 – 2006
- Recurso de Nulidad N° 5718 – 2006
- Recurso de Nulidad N° 3842 – 2007
- Recurso de Nulidad N° 4661 – 2007
- Recurso de Nulidad N° 638 – 2007
- Recurso de Nulidad N° 529 – 2008
- Recurso de Nulidad N° 246 – 2008

- Recurso de Nulidad N° 4771– 2009
- Recurso de Nulidad N° 109 – 2009
- Recurso de Nulidad N° 1968 – 2015
- Recurso de Nulidad N° 677 – 2016
- Recurso de Nulidad N° 23 – 2016
- Recurso de Nulidad N° 666 – 2016
- Recurso de Nulidad N° 1846 – 2016
- Recurso de Nulidad N° 556 – 2017
- Casación N° 67 – 2017

