

**TESIS DOCTORAL**

**DOCTORADO EN DERECHO PENAL**



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

**EL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN  
INCOMPATIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

**Ingrid Díaz Castillo**

**Directora: Prof<sup>a</sup> Dra. Cristina Méndez Rodríguez**

**2016**

**Salamanca – España**



***A mis queridos padres, María y Carlos.***



*“Era una mañana fría. Los altos picachos de la cordillera se hallaban cubiertos de nieve. Unas cuantas ovejas y llamas pacían, mientras que la mujer hilaba. Oshta, su hijo, arrebujado dentro de su poncho, contemplaba el cielo inmensamente azul (...)”*

*Oshta y el Duende, cuento clásico de la literatura infantil peruana, escrito por Carlota Carvallo de Núñez.*



## **Agradecimientos**

La elaboración de la presente tesis doctoral ha sido posible gracias al apoyo de muchas personas. Espero no dejar de mencionar en estas líneas, a quienes con tanta generosidad han aportado de una u otra manera en este camino. Si fuera así, les pido desde ahora las disculpas del caso.

Sin la profesora Cristina Méndez, esta tesis no hubiera visto la luz. A ella debo agradecerle la generosidad de dirigir mi investigación y la dedicación que puso en este trabajo. He aprendido mucho de su seriedad y acuciosidad en la labor académica, pero al mismo tiempo, de su gran calidad como persona. La profesora Cristina ha sido muy paciente conmigo a pesar de mis múltiples tumbos y siempre me animó a seguir adelante. Conocerla y aprender de ella ha sido una experiencia magnífica.

A los profesores del Área Penal de la Universidad de Salamanca, Laura Zúñiga, Fernando Pérez, Lina Díaz, Mariluz Gutiérrez y Alicia González les agradezco por el cariño y la confianza de estos años. A pesar de sus apretadas agendas, siempre han tenido tiempo para mí, especialmente, la profesora Laura, con quien mantuve innumerables y extensas charlas. Cada uno de sus consejos guio mi estancia en Salamanca y estoy segura que me acompañarán siempre.

A Santiago Truccone, Romina Frontalini, Bruno Rusca y Hugo Seleme les agradezco haber leído parte de mi trabajo para el I Workshop de doctorandos de la Universidad de Córdoba (Argentina) y la Universidad de Salamanca. Cada uno de sus comentarios enriqueció mi percepción sobre la tesis y confirmó en mí, la importancia de la discusión académica.

A Ricardo Posada, profesor de Derecho penal de la Universidad de los Andes de Colombia, le agradezco cada observación que realizó a mi trabajo.

La organización del workshop le encargó la lectura de mi *paper* y tuvo la generosidad no sólo de revisarlo, sino además, de responder a las dudas que el debate generó en mí.

No puedo dejar de expresar mi agradecimiento a mis profesores de la Pontificia Universidad Católica del Perú. A Yvan Montoya, le agradezco haberme permitido apoyarlo en sus clases de Derecho penal y haberme enseñado el camino de la investigación. Él siempre me animó a continuar estudiando y despertó en mí las ganas de venir a la Universidad de Salamanca. A Roberto Pereira le agradezco también la oportunidad de apoyarlo en sus clases. He aprendido mucho de su acuciosidad y de nuestras aventuras por el sistema judicial peruano.

En lo personal, debo agradecer a mis padres. El ánimo, la ilusión y la fuerza que me han transmitido desde que nos conocimos, han sido fundamentales para mí. A ellos les debo tanto, que me faltarían páginas para enumerar y describir todo lo que me han dado. Entre sus tantos actos de desprendimiento, siempre agradeceré que me apoyaran con el doctorado aun cuando hubieran preferido tenerme cerca. Por estas y muchas otras razones, les dedico esta tesis como muestra de mi eterna gratitud y amor.

A mi hermana Rashell, le agradezco todas las risas y conversaciones. Su alegría y sarcasmo, me han sacado más de una sonrisa en el momento adecuado (y en el inadecuado también). Las ganas de mi hermana por mejorar la educación peruana y el gran trabajo que día a día realiza, me han animado a seguir adelante siempre. A ella le debo, además, sus precisos comentarios lingüísticos y parte de las correcciones de estilo de este trabajo.

A mis abuelos, Ofelia y Pragmacio, les agradezco su inmenso amor. Ellos también me han acompañado estos años y seguro estarían muy contentos de leer este mensaje. A mi tía Ofelia y mi prima Mabel, les agradezco haber compartido la ilusión por el camino que emprendí. Siempre se comunicaron conmigo, e incluso, vinieron a visitarme.



Quisiera expresar mi profunda gratitud a mis amigos del Master de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, gracias a ellos pude conocer la realidad de países como Brasil, Colombia, México y España. Especial mención debo hacer a Mariella Valcárcel, Fidel Mendoza, Guillermo Astudillo, Alfredo Alpaca y Jorge Cavalcanti por acompañarme estos años no sólo con sus observaciones jurídicas sino también con su sincera amistad.

No puedo dejar de mencionar en estas líneas a los grandes amigos que hice en la Sala de Investigadores de la Biblioteca Francisco de Vittoria. Gracias a la Sala, tuve la oportunidad de conocer a Ana María Martínez, Elsa Ortiz, Juan Camilo Ordóñez, Mabel Villalba, Lina María Ordóñez, Ingrid Cruz, Luis Tovar, Inma Yenes y Elena Shorokhova. A ellos los llevaré siempre en mi corazón.

En la Sala de Investigadores también conocí a Serhat. A él le agradezco su amor y compañía diaria. Si no lo hubiera conocido, hace mucho hubiera regresado a mi país dejando la tesis abandonada. Cada día tuvo una sonrisa y una palabra de ánimo (incluso en turco) para mí. Han sido años muy felices a su lado.

A mis amigos de la vida Juan Chiroque, Solange Cuadros, Moisés Guerrero, Inés Martens, Pía Iparraguirre, Liliana Calderón, Carolina Lenkey, Raúl Díaz, Diana Tassara, Vanessa Teruya, Ana Neyra, José Juárez, Rolando Márquez, Carlos Villarroel, Milagros Lockuan, Aníbal Rodríguez, Vanessa Schaffer, Sofía Salinas y Luwing Peche, les agradezco el cariño y el apoyo de siempre. Quisiera hacer especial mención a Peche, que aun aburrido de mis múltiples preguntas sobre la contratación estatal, siempre se dio el tiempo para respondérmelas.

Finalmente, quisiera agradecer a Salamanca por acogerme todos estos años y haberme cambiado la vida.



## INDICE

ABREVIATURAS .....	1
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO 1	
LA NECESIDAD POLÍTICO-CRIMINAL DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO ....	9
1. Planteamiento del problema: la contratación estatal como el espacio con mayor vulnerabilidad a la corrupción. Las medidas asumidas para su prevención y combate.....	11
1.1 La decidida intromisión de la corrupción en el ciclo de la contratación y sus consecuencias.....	13
1.2 Las medidas preventivas (no jurídicas) asumidas por el Estado peruano frente al fenómeno de la corrupción en la contratación estatal .....	19
1.3 Las medidas jurídicas asumidas por el Estado peruano para prevenir y combatir la corrupción. Los regímenes de contratación estatal y la responsabilidad administrativo-funcional como barreras de contención de la corrupción .....	23
2. Los regímenes de contratación estatal en el Perú como medidas de prevención frente a la corrupción en el ciclo de la contratación.....	29
2.1 El régimen general de contratación estatal: la insuficiencia del procedimiento administrativo contractual para prevenir la corrupción.....	31
2.1.1 La fase preparatoria .....	35
2.1.2 La fase de selección .....	40
2.1.3 La fase de ejecución .....	49
2.1.4 La evasión de las reglas de actuación contenidas en las fases del procedimiento de contratación .....	57
2.2 Los regímenes especiales de contratación estatal y su capacidad preventiva frente a la corrupción. En especial, los procedimientos para la concesión de obras de infraestructura pública y servicios públicos como mecanismos preventivos insuficientes frente a este fenómeno.....	70
2.2.1 El Régimen de los contratos de concesión de obras de infraestructura y servicios públicos como medida de prevención .....	74
3. La sanción administrativa como medida de combate frente al fenómeno de la corrupción en la contratación estatal .....	95
3.1 El régimen de la responsabilidad administrativo-funcional en materia de contratación estatal.....	96

3.1.1	Las facultades sancionadoras de la Contraloría General de la República: el control gubernamental de los funcionarios públicos en el ámbito de la contratación .....	97
3.1.2	El alcance de las infracciones administrativo-funcionales propias de la contratación estatal: su distinción del ámbito penal .....	100
4.	Los particulares que intervienen en los procedimientos de contratación estatal: medidas preventivas y sancionadoras contra la corrupción de su actuación	113
5.	Los delitos de colusión y negociación incompatible como parte de un plan integral de lucha contra la corrupción en el ciclo de las contrataciones estatales.	120

## CAPÍTULO 2

### EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE .....

I.	Fundamentos Previos de la Parte General del Derecho Penal de las que se parte .....	135
1.	El concepto de bien jurídico en el Derecho Penal: importancia y criterios para su determinación .....	135
1.1	La dimensión social del bien jurídico .....	135
1.2	El concepto material de bien jurídico como límite a la potestad punitiva del Estado .....	137
1.3	Criterios para la elección de un bien jurídico con relevancia penal .....	138
2.	Posiciones contrarias a la utilidad del bien jurídico: Un esbozo de respuesta .....	141
2.1	El Derecho Penal como instrumento para la estabilización de la norma .....	141
2.2	La protección de bienes jurídicos a través de la estabilización de la norma .....	142
3.	Bienes jurídicos colectivos y Derecho Penal Moderno .....	144
4.	Características de los bienes jurídicos colectivos .....	146
5.	Cuestionamientos a los bienes jurídicos colectivos: Su posible absolución... ..	148
5.1	Bienes jurídicos colectivos y vulneración de principios constitucionales .....	148
5.2	Críticas desde la teoría personalista de bien jurídico .....	150
6.	Lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos colectivos .....	153
II.	Estudio del bien jurídico en los delitos de colusión y negociación incompatible.	157

1.	Posiciones doctrinales en torno al bien jurídico protegido.....	157
1.1	La infracción de deberes funcionales.....	157
1.2	El correcto funcionamiento de la Administración pública y su contenido: la actividad prestacional dirigida al interés público y la integración de principios de actuación.....	159
1.3	Excurso: la atribución de contenido al correcto funcionamiento de la Administración pública como bien jurídico único .....	166
1.4	Los bienes jurídicos específicos identificados en los delitos de colusión y negociación incompatible.....	170
1.4.1	El patrimonio público como bien jurídico específico del delito de colusión .....	171
1.4.2	La diversidad de bienes jurídicos protegidos por el delito de colusión .....	173
1.4.3	La multiplicidad de bienes jurídicos específicos identificados en el delito de negociación incompatible .....	175
2.	El bien jurídico en la jurisprudencia peruana.....	177
3.	Nuestra propuesta .....	182
3.1	El correcto funcionamiento de la Administración pública como ratio legis del legislador.....	182
3.1.1	La actividad prestacional del Estado como ámbito de intervención del Derecho Penal.....	183
3.1.2	El fin perseguido por la actividad prestacional del Estado: el interés público .....	184
3.1.3	Los principios que sustentan la actividad prestacional del Estado como medios necesarios para su actuación .....	186
3.1.3.1	El principio de legalidad .....	188
3.1.3.2	¿Principio de objetividad o imparcialidad? .....	190
3.2	La actividad contractual del Estado como bien jurídico de los delitos de colusión y negociación incompatible.....	193
3.2.1	Actividad contractual del Estado: ¿Contexto de comisión del delito o bien jurídico protegido? .....	193
3.2.2	¿Qué se entiende por actividad contractual del Estado?: su importancia para la satisfacción de necesidades públicas y su reconocimiento constitucional.....	195
3.2.3	Protección penal a la actividad contractual del Estado.....	199
3.2.4	El vínculo entre los delitos de colusión y negociación incompatible	

3.2.5	El rol del patrimonio en los delitos de colusión y negociación incompatible .....	205
3.2.6	Alusión a otros bienes jurídicos identificados .....	209

CAPITULO 3

LOS DELITOS DE COLUSION Y NEGOCIACION INCOMPATIBLE COMO DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO .....	213
--	-----

I. Fundamentos Previos de la Parte General del Derecho Penal de los que se parte .....	216
--	-----

1. El concepto de peligro a efectos penales .....	216
2. Delitos de peligro concreto y abstracto: definición y alcances .....	217
3. Los delitos de peligro abstracto .....	219

3.1 La problemática de los delitos de peligro abstracto .....	219
---	-----

3.1.1 El principio de ofensividad como problema central.....	219
--	-----

3.1.2 El recurso a técnicas intermedias entre el delito de peligro concreto y el delito de peligro abstracto .....	221
--	-----

3.1.2.1 Los delitos de peligro abstracto-concreto .....	222
---	-----

3.1.2.2 Los delitos de peligro hipotético.....	224
--	-----

3.1.3 Esbozo de respuesta a las críticas planteadas desde el principio de ofensividad .....	225
---	-----

3.2 El injusto de los delitos de peligro abstracto .....	228
--	-----

3.2.1 Breve remisión al concepto de injusto penal .....	228
---	-----

3.2.2 Propuestas doctrinarias en torno al injusto de los delitos de peligro abstracto.....	233
--	-----

3.2.2.1 Delitos de peligro abstracto como delitos de lesión.....	233
--	-----

3.2.2.2 Delitos de peligro abstracto como delitos con desvalor de resultado .....	235
---	-----

3.2.2.3 Delitos de peligro abstracto como delitos con desvalor de acción: la influencia de la tesis subjetivo monista.....	240
--	-----

3.2.2.4 La configuración del delito de peligro abstracto desde el desvalor objetivo de la acción .....	244
--	-----

3.2.3 Nuestra posición: la peligrosidad de la conducta como elemento del tipo de injusto .....	246
--	-----

3.2.4 Excurso: la propuesta de Kiss .....	248
---	-----

3.3 Aplicación práctica: los criterios de imputación objetiva en los delitos de peligro abstracto .....	251
---	-----

II.	La evaluación de la peligrosidad de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano .....	254
1.	La discusión jurisprudencial y legislativa en torno al delito de colusión como delito de lesión o peligro: el preámbulo a la tipificación actual del delito .....	254
2.	El tratamiento actual del delito de colusión en su condición de delito de peligro abstracto .....	265
3.	La caracterización del delito de negociación incompatible por la doctrina y la jurisprudencia .....	267
4.	Nuestra posición .....	270
CAPÍTULO 4		
LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE .....		
I.	Elementos típicos propios de cada delito .....	274
1.	Los elementos típicos del delito de colusión .....	274
1.1	Contenido y alcances de la concertación.....	274
1.2	La defraudación .....	282
1.3	La configuración del delito de colusión .....	288
1.3.1	El tipo base: Delito de peligro abstracto .....	288
1.3.1.1	La acreditación de la concertación para defraudar: La prueba indiciaria.....	293
1.3.2	El tipo agravado: Delito pluriofensivo.....	299
1.3.3	La relación entre tipo base y agravado: ¿Mismo <i>iter criminis</i> ? .....	301
2.	El delito de negociación incompatible .....	302
2.1	La base de la conducta típica: Interesarse indebidamente .....	303
2.2	La forma del interés: directa, indirecta o por acto simulado.....	311
2.3	La configuración del delito de negociación incompatible .....	313
3.	La subsidiariedad de los tipos .....	321
II.	Los elementos típicos comunes de los delitos de colusión y negociación incompatible .....	324
1.	Los procedimientos de contratación estatal como el ámbito de aplicación de los delitos de colusión y negociación incompatible .....	324
2.	Los delitos de colusión y negociación incompatible como delitos funcionariales .....	337
3.	La participación del extraneus en los delitos de colusión y negociación incompatible .....	348
CAPÍTULO 5.....		
		359

CONCLUSIONES .....	359
BIBLIOGRAFÍA.....	367



## ABREVIATURAS

AA. VV.	Autores varios
AP	Acuerdo Plenario
APP	Asociación Público-Privada
CAN	Comisión de Alto Nivel Anticorrupción
CGR	Contraloría General de la República
CONFIEP	Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas
cit.	citado
comp(s).	compilador(es)
coord(s).	coordinador(es)
CP	Código penal
CSJ	Corte Suprema de Justicia del Perú
dir(s).	director(es)
edit(s).	editor(es)
ibid.	última cita
IDEHPUCP	Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
INFOBRAS	Sistema de Información de Obras Públicas
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas
núm(s).	número(s)
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OPIP	Organismo Promotor de la Inversión Privada
OSCE	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
OSINERG	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería
OSIPTEL	Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones
OSITRAN	Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público
pág(s).	página(s)
PROETICA	Capítulo Peruano de Transparencia Internacional
PROINVERSION	Agencia de Promoción de la Inversión Privada
RBCCRIM	Revista Brasileira de Ciencias Criminais
RNP	Registro Nacional de Proveedores
SEACE	Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado
SERVIR	Autoridad Nacional del Servicio Civil
SNIP	Sistema Nacional de Inversión Pública de Calidad
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional peruano
STS	Sentencia del Supremo Tribunal español
TC	Tribunal Constitucional
TI	Transparencia Internacional
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera
Vol.	Volumen

## INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral estudia el tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible, tipos penales comprendidos en el Título XVIII del Código Penal peruano titulado Delitos contra la Administración Pública.

El delito de colusión sanciona al *funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado se concierta con los interesados para defraudar a aquel*<sup>1</sup>.

Por su parte, el delito de negociación incompatible sanciona al *funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o*

---

<sup>1</sup> El artículo 384° del Código Penal peruano tipifica el tipo base de colusión, de la siguiente manera:

“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 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.”

El artículo 384° contempla además una agravante, según la cual:

“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 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”

*por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo<sup>2</sup>.*

Estos delitos constituyen la respuesta del ordenamiento jurídico penal peruano a la incursión de la corrupción en la contratación estatal, pues esta constituye el espacio gubernamental con mayor vulnerabilidad frente a aquel fenómeno delictivo.

Así lo ha constatado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y Transparencia Internacional, organizaciones que han reparado en los efectos nocivos de la corrupción en el ciclo de la contratación, que abarcan el ámbito económico, político y social.

Evidentemente, si la contratación estatal es el instrumento a través del cual se canaliza la satisfacción de necesidades públicas, la intervención interesada de funcionarios públicos y particulares para desviar el objeto de la contratación, de lo público a lo privado, termina afectando al Estado en diversas dimensiones.

Perú no es una excepción a la incursión decidida de la corrupción en la contratación estatal, probablemente podría sostenerse todo lo contrario. El gran número de contratos que el Estado celebra con particulares se ha convertido en el espacio perfecto no sólo para el desvío de fondos públicos, sino sobre todo, para el favorecimiento desmedido de intereses privados por sobre los estatales.

Por estas razones, los delitos de colusión y negociación incompatible son el segundo y tercer delito más denunciado de entre los comprendidos en el Título XVIII del Código Penal peruano. En nuestro país resultan cotidianas

---

<sup>2</sup> El artículo 399° del Código Penal peruano tipifica el delito de colusión de la siguiente manera:  
“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.”

pues, las concertaciones para defraudar al Estado o los actos que denotan el interés de sobreponer lo privado a lo público.

Por ello es necesario que desde el Derecho Penal se estudie el tipo de injusto de estos delitos a fin de otorgar criterios de interpretación a los operadores de justicia que se enfrentan diariamente a denuncias de este tipo. Y es que, más allá de ser una respuesta al problema de la corrupción en la contratación estatal, los delitos de colusión y negociación incompatible presentan una serie de problemas al momento de su aplicación.

A nuestra consideración, el problema central de estos delitos se encuentra en el rol que juega el bien jurídico protegido y con ello, la determinación de la prohibición penal que estos tipos penales encierran. Recuérdese que sólo si sabemos qué protegemos, podremos pasar a preguntarnos de qué y cómo lo hacemos. En nuestro país se han ofrecido múltiples propuestas en torno al bien jurídico protegido por estos delitos aunque poco se ha dicho sobre su contenido y su utilidad en la determinación de la configuración de aquellos.

Si revisamos la jurisprudencia peruana, la configuración de estos delitos se basa (sobre todo) en la presencia de sus elementos típicos, la concertación o el interés. Con ello, no obstante, la prohibición penal responde a criterios meramente formales, cuando su fundamento debe recaer en la relación de lesividad entre la conducta y el bien jurídico protegido.

La ausencia del análisis mencionado permite encontrar sentencias que ante hechos e indicios similares son calificados como delitos o infracciones administrativas, indistintamente. El estudio del tipo de injusto de estos delitos, entonces, dota de materialidad a la prohibición penal y otorga criterios para distinguirlos del ámbito administrativo.

Por estas razones, el objetivo de este trabajo es otorgar criterios para la determinación del tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible. Es decir, establecer las condiciones bajo las cuales la

concertación entre el funcionario público y el privado, como el interés para el beneficio particular, adquieren relevancia penal más allá de la mera descripción típica.

En esa línea, hemos dividido este trabajo en cinco capítulos: el primero analizará la necesidad político- criminal de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano. Este constituye el paso previo y necesario para poder adentrarnos en su tipo de injusto, pues si las medidas jurídicas preventivas y de combate (administrativo) asumidas en Perú, resultan suficientes para afrontar el problema de la corrupción en la contratación estatal, el recurso al Derecho Penal deviene innecesario.

A tal fin, revisaremos los procedimientos administrativos de dos de los Regímenes de Contratación Estatal más representativos en nuestro país: el Régimen General de Contratación Estatal o Contratación Pública, encargado de la adquisición de bienes, obras y servicios con recursos del Estado; y el Régimen Especial de los Contratos de Concesión de Obras de Infraestructura Pública y Servicios Públicos. A su vez, nos detendremos en el estudio del Régimen de Infracciones Administrativo-Funcionales para los funcionarios públicos y en las reglas establecidas a los particulares a propósito de la Ley de Gestión de Intereses.

El segundo capítulo tendrá por objeto determinar cuál es el bien jurídico protegido por los delitos de colusión y negociación incompatible. Revisaremos para ello las posiciones propuestas por la jurisprudencia y la doctrina peruana a fin de analizar críticamente cada postura. Distanciándonos de las posiciones mayoritarias, defenderemos como bien jurídico común protegido por estos delitos a la actividad contractual del Estado, teniendo como fundamento la importancia de esta en la satisfacción de las necesidades de la población.

En el tercer capítulo, trabajaremos la configuración de los delitos de colusión y negociación incompatible como delitos de peligro abstracto. Revisaremos como se ha limitado su análisis a la realización de determinados

elementos típicos sin estudiar la relación de lesividad entre la conducta y el bien jurídico. Para este análisis, asumiremos que la peligrosidad de la conducta se constituye en elemento del tipo de injusto de los delitos de peligro abstracto, motivo por el cual, deberá ser acreditada en el caso concreto.

El cuarto capítulo analizará los elementos típicos de los delitos de colusión y negociación incompatible. La concertación, defraudación, el interés y sus modalidades serán abordados a la luz del bien jurídico protegido y la forma de afectación que le ha previsto el legislador: el peligro abstracto. Estudiaremos también la configuración de estos delitos conjugando el alcance de sus elementos típicos y la relación de lesividad que deben entablar con el bien jurídico. En un último bloque, nos referiremos a los elementos típicos comunes a estos delitos: el ciclo de la contratación, la participación de funcionarios públicos y la intervención de particulares.

Por último, se presentarán las conclusiones de la tesis.





## **CAPÍTULO 1**

# **LA NECESIDAD POLÍTICO-CRIMINAL DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA CONTRATACIÓN ESTATAL COMO EL ESPACIO CON MAYOR VULNERABILIDAD A LA CORRUPCIÓN. LAS MEDIDAS ASUMIDAS PARA SU PREVENCIÓN Y COMBATE; 1.1 LA DECIDIDA INTROMISIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL CICLO DE LA CONTRATACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS; 1.2 LAS MEDIDAS PREVENTIVAS (NO JURÍDICAS) ASUMIDAS POR EL ESTADO PERUANO FRENTE AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL; 1.3 LAS MEDIDAS JURÍDICAS ASUMIDAS POR EL ESTADO PERUANO PARA PREVENIR Y COMBATIR LA CORRUPCIÓN. LOS RÉGIMENES DE CONTRATACIÓN ESTATAL Y LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVO-FUNCIONAL COMO BARRERAS DE CONTENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN; 2. LOS RÉGIMENES DE CONTRATACIÓN ESTATAL EN EL PERÚ COMO MEDIDAS DE PREVENCIÓN FRENTE A LA CORRUPCIÓN EN EL CICLO DE LA CONTRATACIÓN; 2.1 EL RÉGIMEN GENERAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL: LA INSUFICIENCIA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN; 2.1.1 LA FASE PREPARATORIA; 2.1.2 LA FASE DE SELECCIÓN; 2.1.3 LA FASE DE EJECUCIÓN; 2.1.4 LA EVASIÓN DE LAS REGLAS DE ACTUACIÓN CONTENIDAS EN LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN; 2.2 LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN ESTATAL Y SU CAPACIDAD PREVENTIVA FRENTE A LA CORRUPCIÓN. EN ESPECIAL, LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA CONCESIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y SERVICIOS PÚBLICOS COMO MECANISMOS PREVENTIVOS INSUFICIENTES FRENTE A ESTE FENÓMENO; 2.2.1 EL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA Y SERVICIOS PÚBLICOS COMO MEDIDA DE PREVENCIÓN; 3. LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA COMO MEDIDA DE COMBATE FRENTE AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL; 3.1 EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVO-FUNCIONAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL; 3.1.1 LAS FACULTADES SANCIONADORAS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE

LA REPÚBLICA: EL CONTROL GUBERNAMENTAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN; 3.1.2 EL ALCANCE DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVO-FUNCIONALES PROPIAS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL: SU DISTINCIÓN DEL ÁMBITO PENAL; 4. LOS PARTICULARES QUE INTERVIENEN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL: MEDIDAS PREVENTIVAS Y SANCIONADORAS CONTRA LA CORRUPCIÓN DE SU ACTUACIÓN; 5. LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE COMO PARTE DE UN PLAN INTEGRAL DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL CICLO DE LAS CONTRATACIONES ESTATALES.

## 1. Planteamiento del problema: la contratación estatal como el espacio con mayor vulnerabilidad a la corrupción. Las medidas asumidas para su prevención y combate.

La corrupción es un fenómeno histórico inherente a la sociedad<sup>3</sup> que afecta en mayor o menor medida a todos los países del mundo<sup>4</sup>. Ciertamente, “el efecto corruptor del dinero, del poder y del afán de prestigio es una permanente en la historia, como es consustancial a la condición humana, el conflicto de intereses, e inseparable de la organización social, la aparición de conductas divergentes de las pautas normativas”<sup>5</sup>.

Esta apreciación no ha conducido a la resignación frente a los efectos devastadores de la corrupción<sup>6</sup>. Si bien se reconoce que la erradicación del problema resulta complicada, se han planteado medidas para su prevención y combate<sup>7</sup>, que bien aplicadas, pueden reducir considerablemente el problema<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> VAN KLAVEREN, J., “Corruption as a Historical Phenomenon”, en: HEIDENHEIMER, A., JOHNSTON, M. y V. LE VINE (edits.), *Political Corruption. A Handbook*, Transaction Publishers, New Jersey, 1989, págs. 73-86. El Perú ha sido considerado “un caso clásico de un país profundamente afectado por una corrupción administrativa, política y sistemática, tanto en su pasado lejano como en el más reciente”. Revisar al respecto QUIROZ, A., *Historia de la Corrupción en el Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2014, pág. 39.

<sup>4</sup> Ver al respecto el Índice de Percepción de la Corrupción 2014 elaborado por Transparencia Internacional. TRANSPARENCIA INTERNACIONAL (2014), Índice de Percepción de la Corrupción 2014. (Disponible en <http://transparencia.org.es/ipc-2014/>; fecha de consulta: 13.05.2015)

<sup>5</sup> ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en: ASÚA BATARRITA, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, págs. 15-16.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Sobre el particular, COCCILO pone de manifiesto que la propia Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción hace referencia a su prevención y combate, antes que a su erradicación. Para el autor, el uso de estos términos es producto del entendimiento que la existencia del fenómeno resulta inevitable por ser inherente a la sociedad. COCCILO, E., “Las mutaciones del concepto de corrupción”, en: *Revista de Llengua i Dret*, N° 50, 2008, pág. 40.

En sede internacional se ha destacado la importancia de la lucha contra la corrupción a través de la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, entre otros<sup>9</sup>. Estos instrumentos internacionales, que buscan el compromiso de los Estados en la lucha contra la corrupción, han puesto el énfasis en los diversos ámbitos gubernamentales afectados por este fenómeno. En ese marco, es nuestra intención trabajar uno de ellos: la contratación estatal.

Para comprender la problemática que se plantea en este campo, conviene que revisemos el nivel de intromisión de la corrupción en el ciclo de la contratación, como las medidas recomendadas y asumidas para su prevención y combate. Daremos una mirada general a las medidas no jurídicas y dejaremos planteada la cuestión sobre las medidas jurídicas extrapenales adoptadas en sede nacional.

Estas constituyen materia específica de nuestro estudio por cuanto nos permitirán concluir al final del capítulo cómo el recurso al Derecho Penal resulta necesario en un plan integral de lucha de corrupción.

---

<sup>8</sup> En un reciente trabajo realizado para la OCDE por el profesor KLITGAARD, se presentan interesantes lineamientos para hacer frente a la corrupción y reducir efectivamente su proliferación. Estos lineamientos han sido elaborados a partir de una investigación realizada en Filipinas, país que a pesar de su alto índice de corrupción ha obtenido resultados exitosos en la reducción de este flagelo. KLITGAARD, R., *Addressing corruption together*, OCDE, París, 2015, 99 págs.

<sup>9</sup> Sobre los alcances internacionales en la lucha contra la corrupción, ver BREGAGLIO, R., "La lucha contra la corrupción en el Ordenamiento Internacional", en: AAVV, *Aproximación multidisciplinar para el procesamiento de casos de corrupción en el Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, págs. 115- 138.

## 1.1 La decidida intromisión de la corrupción en el ciclo de la contratación y sus consecuencias

La corrupción pública, entendida como el abuso del poder encomendado a un funcionario público para beneficios privados, es un fenómeno que afecta las diversas actividades de los gobiernos nacionales<sup>10</sup>. Entre ellas, el ciclo de las contrataciones estatales constituye el espacio más vulnerable a la corrupción.

En un estudio del año 2007, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha incidido en la vulnerabilidad de estos procedimientos debido al alto porcentaje de dinero invertido por los Estados, como a que constituyen un espacio de interacción entre los sectores público y privado, permitiendo la negociación entre ambos<sup>11</sup>.

Transparencia Internacional ha señalado que “pocas actividades gubernamentales crean tanta tentación u ofrecen tantas oportunidades para la

---

<sup>10</sup> En la actualidad se manejan diversos conceptos de corrupción, en este trabajo se ha asumido uno amplio que comprende las características comunes a las definiciones referidas, aplicándolas al ámbito público. Estas características son básicamente dos: el uso indebido de poder público y la persecución de un beneficio irregular de cualquier índole. Al respecto, puede revisarse: FRIEDRICH, C., “Corruption Concepts in Historical Perspective”, en: HEIDENHEIMER, A., JOHNSTON, M. y V. LE VINE (edits.), *Political Corruption. A Handbook*, Transaction Publishers, New Jersey, 1989, págs. 15-24; MALEM SEÑA, J., *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2000, págs. 25-27; DEMETRIO CRESPO, E., “Consideración sobre la Corrupción y los Delitos contra la Administración Pública”, en: FERRÉ OLIVÉ, J. (coord.), *Fraude y Corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, Fraude y Corrupción en Europa*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, págs. 176-178; ARIEL REZZOAGLI, B., *Corrupción y Contratos Públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Ratio Legis, Salamanca, 2005, págs. 55-61; CASTRO CUENCA, C., *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2009, págs. 27-58; ALONSO, J. y C., GARCIMARTÍN, “La corrupción: definición y criterios de medición”, en: ALONSO, J. y C., MULAS-GRANADOS (DIRS.), *Corrupción, Cohesión Social y Desarrollo*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2011, págs. 22-24; PADOVA, E., “La corruzione in ambito pubblico: Profili di diritto interno e comparato”, en: STEFANI, L., RAPPA, G. y A., CHIARA CAROBOLANTE (coord.), *Analisi storica, giuridica e sociologica del fenomeno corruttivo*, Libreria Editrice Università di Padova, Palermo, 2012, págs. 19-21.

<sup>11</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2007), *Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z*, págs. 9-14. (Disponible en <http://www.oecd.org/development/effectiveness/38588964.pdf>; fecha de consulta 04.09.2013)

corrupción en el sector público como el ciclo de la contratación”<sup>12</sup>. La organización estima que anualmente desaparecen alrededor de dos billones de dólares de los presupuestos para la adquisición de bienes, obras y servicios de los estados, existiendo así pocos ejemplos de corrupción que causen tanto daño al erario estatal y que perjudiquen con tal gravedad los intereses públicos<sup>13</sup>.

En esa medida, la corrupción en la contratación estatal no solo afecta económicamente al país sino que sus efectos nocivos son aún mayores. Entre otros, se encuentran la distorsión de la competencia, la reducción de la calidad, sostenibilidad y seguridad de los proyectos públicos y la reducción de la probabilidad que los bienes, servicios u obras realmente satisfagan las necesidades de la sociedad<sup>14</sup>.

Las consecuencias de la corrupción en la contratación son, por tanto, multidimensionales: en el aspecto económico, se encuentra la disminución del presupuesto público al impedir una recaudación regular; en el aspecto político, se propicia la pérdida de legitimidad de la autoridad en tanto favorece intereses privados; y en cuanto a los derechos fundamentales, se impide el acceso igualitario a los servicios públicos por parte de los ciudadanos<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> KÜHN, S. y L. SHERMAN, *Curbing Corruption in Public Procurement. A Practical Guide*, Transparencia Internacional, Berlín, 2014, pág. 8. Traducción nuestra.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> En ese sentido, ARNONE, M. Y E., ILIOPULOS, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e social*, Vita e Pensiero, Milano, 2005, págs. 35-112; ALONSO, J. y C., GARCIMARTÍN, “Causas y consecuencias de la corrupción: una revisión de la literatura”, en: ALONSO, J. y C., MULAS-GRANADOS (dirs.), *Corrupción, Cohesión Social y Desarrollo*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2011, págs. 61-67. Cabe señalar que debido a los nefastos efectos de la corrupción en todos los ámbitos, se le ha considerado una violación a los derechos humanos e incluso se ha abierto la discusión sobre su conformación como crimen internacional. Al respecto, resulta interesante revisar BOERSMA, M., *Corruption: A violation of Human Rights and a Crime under International Law?*, Interentia, UK, 2012, 491 págs.

De ese modo, a pesar que la contratación es el instrumento estatal llamado a asegurar la gestión eficiente de los servicios públicos, o en palabras de Campos, a “satisfacer las demandas sociales”<sup>16</sup>; dicha labor se ve obstaculizada sino impedida, por intereses particulares ajenos.

Frente a la gravedad del problema se han planteado dos enfoques de lucha: “uno concentrado en el combate frente a los actos de corrupción (ya) realizados y otro concentrado en acciones preventivas de los posibles actos de corrupción que se puedan cometer”<sup>17</sup>.

Entre los mecanismos de prevención, la OCDE ha llamado la atención sobre la transparencia y la rendición de cuentas como condiciones clave para la promoción de la integridad, y en segundo término, ha incidido en la importancia de la profesionalidad de la contratación.

En cuanto a la transparencia se ha señalado que es necesario proporcionar la información de una forma consistente y oportuna ya que, “aunque los países están revelando progresivamente más información sobre oportunidades y procedimientos de contratación de acuerdo con las leyes de

---

<sup>16</sup> CAMPOS MONGE, C., “Contratación Pública y Corrupción (Un análisis particular de los principios rectores de la contratación administrativa)”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 112, enero-abril, 2007, pág. 204.

<sup>17</sup> COMISIÓN DE ALTO NIVEL ANTICORRUPCIÓN, *Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016*, pág. 15. Conviene señalar que de acuerdo al United Nations Handbook on Practical Anticorruption Measures for Prosecutors and Investigators se ha establecido una tipología sobre la corrupción que distingue la “Gran Corrupción” de la “Pequeña Corrupción”. Mientras la primera implica grandes abusos de poder en las altas esferas del gobierno; la segunda involucra pequeñas sumas de dinero a cambio de favores en puntos específicos de la estructura del Estado. A partir de esta distinción, se ha sostenido que la gran corrupción requiere sobre todo de un enfoque de combate; mientras la pequeña corrupción necesita básicamente de un enfoque de prevención. Nosotros hemos hecho alusión a ambos enfoques porque en los procedimientos de contratación existe gran y pequeña corrupción, pero además, como bien señala el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016: “el enfoque de combate contra la corrupción tiende a concentrarse sobre la gran corrupción (lo que no quiere decir que no haya enfoques preventivos respecto de la gran corrupción o enfoques de combate respecto de la pequeña corrupción); se trata de concentraciones de enfoques, sin exclusión de medidas combinadas; por ello, en este trabajo se abarcan los dos tipos de enfoque. COMISIÓN DE ALTO NIVEL ANTICORRUPCIÓN, *Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016*, pág. 15.

acceso a la información, también están seleccionando la información que no puede revelarse, en qué etapa del proceso y a quién (postores, otras partes interesadas y el público en general)”<sup>18</sup>.

En esa línea, se enfatiza que la transparencia no solo debe ser implementada en la fase de selección del ciclo de la contratación pues es en la fase preparatoria y de ejecución contractual en las que existe mayor propensión a la corrupción porque no suelen tener una cadena clara de aprobación y responsabilidad.

En todo caso, señala la OCDE, que las innovaciones en materia de transparencia y rendición de cuentas “deberán equilibrarse con otros imperativos de buena gobernanza, como el de asegurar una gestión eficaz de los recursos públicos – “eficacia administrativa” – o proporcionar garantías para la competencia justa”<sup>19</sup>.

De otra parte, la OCDE considera que también es necesario generar profesionalidad entre los responsables de la contratación. Para ello, ha planteado como primera medida, el otorgamiento de los conocimientos especializados relativos a la contratación pública de los funcionarios, más ahora que los países han adoptado un enfoque descentralizado. Además de lo anterior, resulta pertinente que los funcionarios posean conocimientos en la gestión de proyectos como en aptitudes para la gestión de riesgos. A estas medidas ayudaría, según la organización, el recurso a instrumentos tecnológicos como la implementación de un sistema de contratación electrónico.

---

<sup>18</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (2007), *Integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la “A” a la “Z”* (Resumen Ejecutivo), pág. 7. (Disponible en <http://www.oecd.org/fr/gov/ethique/38947794.pdf>, fecha de consulta: 23.09.2015).

<sup>19</sup> Ibid.



Al mismo tiempo, se ha visto necesario implementar un programa de formación ética en los funcionarios. De hecho, muchos países consideran la necesidad de establecer un “código de conducta modelo para los responsables de la contratación que defina restricciones y prohibiciones claras, además de ofrecer recomendaciones sobre cómo gestionar su interacción con los sectores privados”<sup>20</sup>.

En este ámbito, la Organización ha remarcado el papel de los agentes privados que intervienen en los procesos de contratación. Ciertamente, los estados deberían fomentar que estos adopten normas de integridad y de gestión de calidad, códigos de conducta o la certificación y auditoría por un tercero independiente de sus sistemas de integridad. Incluso, la OCDE plantea la posibilidad de que la responsabilidad social corporativa sea un factor a evaluar en la selección de un proveedor.<sup>21</sup>

Por su parte, Transparencia Internacional también ha evaluado los factores de riesgo para la corrupción en los procesos de contratación y ha propuesto medidas para su prevención. En ese marco, su estudio parte de identificar como factores de riesgo a "las compras urgentes" realizadas especialmente cerca del final de un año fiscal; las adquisiciones de emergencia ante desastres naturales y otros eventos; el acceso inadecuado a la información; el uso no estandarizado de normas de licitación, como ocurre con aquellas promulgadas a nivel local; la descentralización de la contratación a través de instituciones sub-nacionales; y el recurso a procedimientos excepcionales en los que el Estado y un particular negocian el contenido del contrato.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (2007), *Integridad en la contratación pública pública. Buenas prácticas de la “A” a la “Z”*, op. cit., pág. 11.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> KÜHN, S. y L. SHERMAN, *Curbing Corruption in Public Procurement*, op. cit., pág. 19.

A su vez, considera que la participación de empresas de propiedad de funcionarios gubernamentales en los procesos de contratación puede generar conflictos de intereses; como también la participación de empresas de propiedad estatal que compiten con empresas privadas. A lo anterior, agrega la presencia de empresas fachada que sirven para encubrir a los verdaderos dueños y beneficiarios de la contratación, que pueden ser funcionarios públicos o allegados de estos.<sup>23</sup>

Frente a estos riesgos, Transparencia Internacional recomienda que los estados realicen pactos de integridad con el sector privado a fin de que se abstengan de realizar actos corruptos, y ha propuesto además, el monitoreo externo del proceso de contratación por parte de la sociedad civil<sup>24</sup>.

Para esto último, considera necesaria la implementación de la contratación *on line* o electrónica, la capacitación de la población y la creación de programas como el *Social Witness Programme* implementado en México y Filipinas, a partir del cual se seleccionan personas que posean los conocimientos específicos y gocen de honestidad reconocida con el fin de que monitoreen procesos de contratación.<sup>25</sup>

De ese modo, la OCDE y Transparencia Internacional proponen un abanico de medidas preventivas que los estados pueden implementar en el ámbito nacional y que sumadas a las medidas de índole jurídica, permitirán enfrentar integralmente el fenómeno de la corrupción en la contratación estatal.

---

<sup>23</sup> KÜHN, S. y L. SHERMAN, *Curbing Corruption in Public Procurement* op. cit., pág. 20.

<sup>24</sup> Kühn, S. y L. Sherman, *Curbing Corruption in Public Procurement*, op. cit., págs. 26-30.

<sup>25</sup> Ibid.

## **1.2 Las medidas preventivas (no jurídicas) asumidas por el Estado peruano frente al fenómeno de la corrupción en la contratación estatal**

La vulnerabilidad que representa la contratación estatal para la corrupción no ha sido un problema ajeno al Estado peruano. De hecho, el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016 reconoce que “las contrataciones públicas son el ámbito que representa mayores gastos para el Estado”<sup>26</sup> por lo que el régimen de las contrataciones constituye uno de los pilares en los que se han centrado los esfuerzos en el ámbito preventivo de la corrupción.

A partir de ello, se han establecido medidas para la prevención de este fenómeno que guardan similitud con las recomendaciones realizadas por la OCDE y Transparencia Internacional. Estas, como se expuso antes, abarcan los diversos aspectos y actores involucrados en el ciclo de la contratación: la transparencia en el procedimiento de contratación, la profesionalización de los operadores del sistema de contrataciones, los pactos éticos o de integridad en el sector público y privado y la participación de la sociedad civil.

En el caso peruano, se han realizado esfuerzos iniciales aunque insuficientes para materializar estas líneas de intervención. En cuanto a la transparencia, por ejemplo, es cierto que se ha establecido la obligación de registrar información propia de los procedimientos de contratación en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) y que similar labor debe ser realizada en el Sistema de Información de Obras Públicas (INFOBRAS), respecto de los avances en la ejecución de obras.

---

<sup>26</sup> En efecto, según el reporte del SEACE, en el 2011, los gastos por contrataciones en los tres niveles de gobierno, incluidas las empresas bajo el ámbito de Petroperú, ascendió a S/. 26, 160.52 y sin Petroperú a S/.23, 257.64; siendo el nivel que realizó mayor gastos el gobierno nacional, seguido de los gobiernos regionales y locales. COMISIÓN DE ALTO NIVEL ANTICORRUPCIÓN, *Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016*, pág. 44.

Sin embargo, la información registrada en estas plataformas no permite evaluar el procedimiento de contratación, toda vez que se limitan a la exposición de datos que nada aportan en esta labor. Al respecto, ya el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016 ponía de manifiesto la necesidad de implementar plataformas de búsqueda de información más accesibles, tanto para los empleados públicos como para los ciudadanos<sup>27</sup>.

Por su parte, respecto a la profesionalización de los funcionarios encargados del ciclo de la contratación, la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) conjuntamente con el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) han realizado procesos de medición de competencias del personal encargado de las contrataciones, lo que les ha permitido orientar las estrategias para su capacitación<sup>28</sup>.

A partir de ello, el OSCE aprobó la Directiva N° 001-2011-OSCE/CD “Procedimiento para la certificación de los funcionarios y servidores que laboran en el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad”, lineamientos que han servido para capacitar y certificar a diversos funcionarios del ámbito nacional.

No obstante, el Plan Nacional de Lucha contra la corrupción da cuenta que no todos los operadores logísticos de las entidades públicas cuentan con las capacidades suficientes para realizar su labor, toda vez que sólo algunos han recibido capacitación. Recuérdese que las contrataciones estatales se

---

<sup>27</sup> COMISIÓN DE ALTO NIVEL ANTICORRUPCIÓN, *Plan Nacional de Lucha contra la corrupción 2012-2016*, pág. 45. En esa línea, KUNDMÜLLER ha sido muy crítico respecto a la función que cumple el SEACE. Según el autor, resulta necesario pasar de una situación en la cual el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado SEACE funciona como en la actualidad —es decir, como una simple vitrina de información donde se “cuelgan” datos como si se tratara de un tendal—, a una situación en la cual el SEACE sirva de base para la gestión transaccional y electrónica del Estado. KUNDMÜLLER CAMINITI, F., “Las contrataciones y adquisiciones públicas: La transparencia en sus procedimientos”, *Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado. Estudios sobre la Corrupción y la Criminalidad Organizada Transnacional*, Consejo de Defensa Jurídica del Estado, Lima, 2011, pág. 44.

<sup>28</sup> COMISIÓN DE ALTO NIVEL ANTICORRUPCIÓN, *Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016*, pág. 42.

llevan a cabo no sólo en el gobierno central, sino en los gobiernos regionales y locales, por lo que todos estos funcionarios deben contar con las herramientas técnicas necesarias para realizar su trabajo.<sup>29</sup>

En todo caso, sí ha resultado útil en esta línea la implementación del Sistema Nacional de Inversión Pública de Calidad (SNIP), a través del cual, la Dirección General de Inversión Pública del Ministerio de Economía determina la viabilidad de un proyecto de inversión, permitiendo la realización de obras técnicamente sostenibles.

Sobre los pactos éticos, conviene señalar que en mayo del 2015 la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) y los gremios empresariales que la conforman, declararon su compromiso con la lucha contra la corrupción<sup>30</sup>. Ciertamente, teniendo en cuenta que este fenómeno no viene motivado solo por el agente público sino que requiere de una contraparte a la cual beneficiar, el compromiso del sector privado en este campo es más que necesario.

Ahora bien, más allá de las declaraciones realizadas sería interesante que se concreten medidas para llevarlas a la práctica. Así, por ejemplo, debería hacerse obligatoria la implementación de programas de cumplimiento y deberían firmarse pactos de integridad con el sector público, cuya infracción permita la imposición de sanciones.

Lo anterior, además, debiera ser un factor a evaluar para la selección de un proveedor estatal, pues como ha puesto en evidencia la OCDE, la responsabilidad corporativa en la lucha contra la corrupción permitirá una

---

<sup>29</sup> COMISIÓN DE ALTO NIVEL ANTICORRUPCIÓN, *Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016*, pág. 81.

<sup>30</sup> CONFEDERACIÓN NACIONAL DE INSTITUCIONES EMPRESARIALES PRIVADAS –CONFIEP, *Códigos de Conducta de los gremios asociados a CONFIEP*, pág. 5. (Disponible en <http://www.confiep.org.pe/system/archivos/341/original/confiep-codigos-de-conducta-gremios-2010.pdf>; fecha de consulta: 09.12.2014).

estrategia completa que no solo abarque al Estado sino también a su contraparte en el ciclo de la contratación.<sup>31</sup>

Finalmente, la participación ciudadana en la fiscalización de la corrupción se ha llevado a cabo mediante el trabajo de algunas organizaciones civiles. Destacan en este campo los talleres formativos realizados a la sociedad civil por PROETICA (Capítulo Peruano de Transparencia Internacional) como la implementación de Brigadas Anticorrupción Ciudadanas a cargo de esta institución y la Asociación Civil TRANSPARENCIA.

A pesar de ello, debe notarse que en este trabajo no ha intervenido decididamente el Estado pues no ha propiciado la participación de la ciudadanía; menos aún, en el marco de procedimientos de contratación. Ciertamente, mediante Resolución de Contraloría N° 119-2012-CCG que modifica la Directiva N° 002-2009-CG/CA "Ejercicio del Control Preventivo por la Contraloría General de la República - CGR y los Órganos de Control Institucional - OCI" se ha incorporado el Sistema de Veedurías, pero estas consisten en la contratación de un profesional que ayudará en la fiscalización de determinada adquisición.

En esa medida, queda mucho por realizar en este campo. Sería interesante hacer esfuerzos, por ejemplo, introduciendo a nivel educativo el estudio de la corrupción "desde una perspectiva muy práctica, que permita a todos los integrantes de la sociedad civil hacerse una lógica de la anticorrupción"<sup>32</sup>. En esa línea, además, bien podrían plantearse capacitaciones para el seguimiento de los procedimientos de contratación que incidan en la detección de prácticas irregulares.

---

<sup>31</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO (2007), *Integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de a "A" a la "Z"*, op. cit., pág. 11.

<sup>32</sup> NIETO, F., "Desmitificando la corrupción en América Latina", en: *Nueva Sociedad*, N° 194, 2004, pág. 69.

Con todo, puede señalarse que la implementación de medidas no jurídicas para prevenir la corrupción en sede de contratación estatal, resulta aún insuficiente en nuestro país. Sin duda, a las cuatro líneas de trabajo planteadas podrán adherirse muchas otras que se constituyan en mecanismo eficaz contra posibles prácticas corruptas, pero lo que debe quedar claro, es que el éxito de todas estas dependerá de la apertura del Estado a ser sujeto de fiscalización en todas sus instancias.

### **1.3 Las medidas jurídicas asumidas por el Estado peruano para prevenir y combatir la corrupción. Los regímenes de contratación estatal y la responsabilidad administrativo-funcional como barreras de contención de la corrupción**

Tal como se ha adelantado en la parte introductoria de este capítulo, no todas las medidas preventivas ni de combate a la corrupción en la contratación, se enfocan en el campo de las políticas públicas. Algunas se enmarcan directamente en el ámbito jurídico, que es materia específica de nuestro estudio.

En ese contexto, el Perú ha adoptado medidas generales que repercuten en este problema. Tenemos, por ejemplo, la Ley de Control Interno de las Entidades del Estado<sup>33</sup>, la Ley del Código de Ética de la Función Pública y su reglamento<sup>34</sup>, la Ley Marco del Empleo Público<sup>35</sup>, la Ley que regula la publicación de la Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas de los

---

<sup>33</sup> Ley N° 28716, 2006, además a nivel de contraloría se aprobaron la Guía Técnica de Probidad Administrativa (Res. 373-2006-CG); la Resolución sobre rendición de cuenta de los titulares de las entidades (Res. 372-2007-CG); la “Guía para la Implementación del Sistema de Control Interno de las entidades del Estado” (Res. 458-2008-CG); y el Reglamento de los Órganos de Control Institucional (Res. 459-2008-CG). COMISIÓN DE ALTO NIVEL ANTICORRUPCIÓN, *Plan Nacional...*, op. cit., pág. 7.

<sup>34</sup> Ley N° 27815, 2002; Decreto Supremo N° 033-2005-PCM.

<sup>35</sup> Ley N° 26991, 2000; Ley N° 28024, 2003.

funcionarios y servidores públicos del Estado<sup>36</sup>, la Ley de Nepotismo<sup>37</sup> y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su reglamento<sup>38</sup>.

La creación de entidades responsables de la articulación y ejecución de las políticas anticorrupción resulta también importante. Entre estas cabe destacar a las fiscalías provinciales y salas superiores especializadas en lucha anticorrupción<sup>39</sup>, el equipo de fiscales anticorrupción de la Fiscalía de la Nación<sup>40</sup>, la Procuraduría Anticorrupción<sup>41</sup>, la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF)<sup>42</sup>, la Dirección de Policía contra la Corrupción<sup>43</sup> y la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN)<sup>44</sup>, que articula las políticas en esta materia.

En el campo más específico, son dos las medidas que inciden en el correcto funcionamiento del ciclo de la contratación: el Régimen de Contrataciones Estatales y la Responsabilidad Administrativo- Funcional de los operadores del procedimiento contractual.

---

<sup>36</sup> Ley N° 27942, 2003.

<sup>37</sup> Decreto Supremo N° 021-2000-PCM.

<sup>38</sup> Ley N° 27806, 2002; Decreto Supremo N° 043-2003-PCM; Decreto Supremo N° 072-2003-PCM.

<sup>39</sup> 024-2001-CT-PJ; 047-2001-P-CSJL; 088-2001-P-CSJL; 059-2001-P-CJL-PJ; 129-2003-CE-PJ; 024-2004-CE-PJ; 041-2005-CE-PJ.

<sup>40</sup> Ley N° 27380, 2000.

<sup>41</sup> Resolución Suprema N° 240-2000-JUS; Resolución Suprema 241-2000-JUS.

<sup>42</sup> Ley N° 27693, 2002. Incorporada como Unidad Especializada a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, mediante Ley N° 29038 del 12 de junio del 2007, y es el órgano encargado de recibir, analizar, tratar, evaluar y transmitir información para la detección del Lavado de Activos.

<sup>43</sup> RM. N° 100-2001-IN/PNP; 2011. Su función es prestar apoyo técnico-profesional para el control, fiscalización e investigación en diversos organismos del Estado.

<sup>44</sup> Decreto Supremo N° 016-2010-PCM, 2010. Su función radica en la coordinación entre el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, los organismos autónomos, representantes de los gobiernos sub-nacionales, gremios empresariales y la sociedad civil; todos aunados en el esfuerzo de proponer políticas y acciones a mediano y largo plazo para prevenir y sancionar la corrupción.



El Régimen de las Contrataciones Estatales reúne todos los contratos que el Estado realiza con los particulares, se trata de la actuación del poder público como cliente en relación a la prestación que realiza el sector privado<sup>45</sup>. Estos contratos, por cuestiones metodológicas propias de este trabajo, serán clasificados en aquellos propios de Régimen General de Contrataciones o Contrataciones Públicas y aquellos propios de los Regímenes Especiales de Contratación.

El primero, regulado por la Ley N° 30225 “Ley de Contrataciones del Estado” y su Reglamento, establece las pautas y procedimientos para las contrataciones que realizan las entidades públicas con el fin de proveerse de bienes, servicios u obras, y por las cuales el Estado desembolsa un pago proveniente de fondos públicos.

Los Regímenes Especiales de Contratación, por su parte, responden a las particularidades de la materia contractual, y en ciertos casos, no implican desembolsos directos de dinero público (o por lo menos, no de forma total). Debido a su diversidad, la regulación de los contratos comprendidos en este grupo se encuentra dispersa en diferentes normas de nuestro ordenamiento jurídico.

Sin duda, cuando se ha analizado en clave anticorrupción al Régimen de Contratación Estatal, los esfuerzos han incidido en lo que hemos denominado Régimen General o Contratación Pública. Ello ha respondido a las grandes sumas de dinero que los Estados, entre ellos Perú, desembolsa por este rubro.

Por ello, la Ley N° 30225 y su Reglamento se han detenido en el establecimiento cuidadoso de reglas que inciden en la legalidad e imparcialidad de la contratación estatal. Estas reglas se han reflejado, sobre todo, en el

---

<sup>45</sup> RIVERO ORTEGA, R., “Corrupción y Contratos Públicos”, en: Rodríguez García, N. y E. Fabián Caparrós (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, pág. 113.

diseño de las fases y etapas indispensables del procedimiento de contratación, lo que permitiría prevenir eficazmente la corrupción en dicho ámbito.

Por estas razones, la rigurosidad del marco regulatorio del Régimen General de Contratación ha sido felicitada, aunque no ha faltado quien la haya calificado de excesiva. Más allá de la posición que asumiremos al respecto, la rigurosidad referida bien podría avalar la eficacia de esta medida para prevenir la corrupción y, junto con las sanciones administrativo-funcionales, hacer frente suficiente contra el problema en sede jurídica.

Distinta es la situación de los Regímenes Especiales de Contratación. Estos, creados para atender materias contractuales específicas, como la promoción de la inversión privada en la concesión de obras públicas de infraestructura y servicios, entre muchos otros temas, adolecen de un análisis en clave anticorrupción.

En este ámbito, resulta necesario un estudio de esta índole, pues como ocurre en el ejemplo citado de las concesiones, estas implican la prestación de servicios públicos que deben atender las necesidades de la población y cuyo costo es asumido –muchas veces– por la ciudadanía a través de mecanismos como el cobro de peajes.

Los Regímenes Especiales de Contratación, entonces, no constituyen necesariamente medidas preventivas eficaces frente a la corrupción. De hecho, a diferencia de lo que ocurre con el Régimen General, se han antepuesto otros intereses (también válidos) frente a la minuciosidad del procedimiento contractual. Esto ocurre, por ejemplo, con la promoción de la inversión privada en el caso de las concesiones para obras públicas de infraestructura y servicios.

En todo caso, esta situación podrá ser analizada y revertida a través de reformas normativas. En el caso de las concesiones para obras públicas de infraestructura y servicios, esta labor bien puede ser introducida a propósito de

la aprobación del Decreto Legislativo N° 1224 “Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos” que derogará, con la aprobación de su reglamento, toda regulación anterior referida a esta materia.

Ahora bien, el Derecho Administrativo ha complementado estas medidas preventivas con medidas sancionatorias que se encargan de las infracciones cometidas por los funcionarios públicos contra los deberes y prohibiciones impuestos por las primeras. En el caso peruano, la responsabilidad administrativo-funcional ha sido regulada por la Ley N° 27785 y la Ley N° 29622 y su reglamento, el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.

Estas normas establecen infracciones administrativas graves y muy graves que deberá investigar, juzgar y sancionar la Contraloría General de la República, habiendo sido clasificadas en:

- Infracciones por incumplimiento de las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades y disposiciones internas relacionadas a la actuación funcional.
- Infracciones por trasgresión de los principios, deberes y prohibiciones establecidas en las normas de ética y probidad de la función pública.
- Infracciones por realizar actos que persiguen finalidades prohibidas.
- Infracciones por el desempeño funcional negligente o para fines distintos al interés público.

En ese marco, dependiendo de la calificación de la infracción, los funcionarios serán sancionados de la siguiente manera:

- La infracción grave será sancionada con suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de treinta (30) días calendario y

hasta trescientos sesenta (360) días calendario o inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de uno (1) ni mayor de dos (2) años.

- La infracción muy grave será sancionada con inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de dos (2) ni mayor de cinco (5) años.

Con este cuadro de infracciones y sanciones se tendría resguardado el respeto a las reglas de actuación como a las prohibiciones que imponen las normas de contratación estatal. De ese modo, el ordenamiento jurídico peruano cuenta con medidas de control previo y posterior a la corrupción en este ámbito que constituyen, sin duda, una barrera de contención frente a este fenómeno.

Ciertamente, “el procedimiento administrativo contractual junto con el control de su respeto por los tribunales y la responsabilización de autoridades y funcionarios son claves fundamentales de la lucha contra la corrupción en cualquier Estado de Derecho”<sup>46</sup>.

La pregunta radica en si son herramientas jurídicas suficientes para prevenir y combatir los casos de corrupción que se presentan en el ciclo de la contratación; específicamente, los acuerdos parcializados entre funcionarios públicos y particulares que pretenden defraudar al Estado o los actos del funcionario que denotan un interés indebido para favorecerse o beneficiar a un tercero en determinado contrato.

En otros términos, debemos preguntarnos si mediante el uso de estas medidas podemos prescindir de los delitos de colusión y negociación incompatible como parte de un programa jurídico integral para enfrentar la vulnerabilidad de la contratación pública a este fenómeno.

---

<sup>46</sup> RIVERO ORTEGA, R., “Corrupción y Contratos Públicos”, op. cit., pág. 111.

La respuesta parece a todas luces negativa, aunque como ha anotado Rodríguez Gómez es inadmisibles que se invoque el Derecho Penal respecto de comportamientos que son fruto del deficiente funcionamiento de los controles administrativos, por carencias legislativas o disfunciones institucionales<sup>47</sup>.

Por ello, más allá de las anotaciones que hemos realizado en este apartado, conviene que revisemos la capacidad preventiva y sancionatoria de los Regímenes de Contratación Estatales y el Régimen de Responsabilidad Administrativo-Funcional, respectivamente. Con ello e incluso planteando las mejoras que puedan realizarse, podremos determinar si se constituyen en medidas jurídicas suficientes para la lucha contra la corrupción en el ámbito de la contratación.

A esta tarea nos avocaremos en lo que sigue.

## **2. Los regímenes de contratación estatal en el Perú como medidas de prevención frente a la corrupción en el ciclo de la contratación**

El Estado posee una sola personalidad pública y todos los contratos que suscriba, están sujetos a un régimen jurídico-público. A estos contratos se les denomina *Contratos estatales* o *Contratos de la Administración Pública* y se les define como “el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídico patrimonial, en la cual por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública”<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., “Aspectos penales de la corrupción en la Administración Pública”, en: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y E. FABIÁN CAPARRÓS (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, pág. 194.

<sup>48</sup> SALAZAR CHÁVEZ, R., “La contratación de la Administración Pública en función a los intereses involucrados en cada contrato”, en: *Derecho & Sociedad*, N° 23. (Disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/09/10/la-contratacion-de-la-administracion-publica-en-funcion-a-los-intereses-involucrados-en-cada-contrato/>; fecha de consulta: 22.01.2016). En sentido similar, MARTÍN TIRADO, R., “El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú”, en: *Arbitraje PUCP*, N° 3, 2013, pág. 42.

Explicamos en el punto 1.3 que, por cuestiones metodológicas, clasificaremos a estos contratos estatales en dos grupos: el Régimen General de Contrataciones o Contratos Públicos y, por oposición a este, los Regímenes Especiales de Contratación.

El primero está regulado por la Ley N° 30225 “Ley de Contrataciones del Estado” y su Reglamento. El ámbito subjetivo de ambas normas comprende a todas las entidades públicas que realizan procedimientos de contratación para proveerse de bienes, servicios u obras, y por las cuales el Estado desembolsa un pago proveniente de fondos públicos.

Los Regímenes Especiales de Contratación, por su parte, están comprendidos en diversas normas dispersas en nuestro ordenamiento jurídico. Estos responden a las particularidades de la materia contractual y en ciertos casos, no implican desembolsos directos de dinero público (o por lo menos, no de forma total).

Debido a estas características, los Regímenes Especiales no han sido trabajados desde la óptica anticorrupción, vale decir, estableciendo mecanismos que permitan prevenir este fenómeno en el ciclo de la contratación. En cambio, la Ley N° 30225 como su predecesora, contenida en el Decreto Legislativo N° 1107 ha diseñado fases y etapas en el procedimiento de contratación que se ajustan a reglas de actuación con el fin de propiciar la legalidad e imparcialidad de la misma.

El trabajo realizado en este caso responde a las grandes sumas de dinero que nuestro país gasta para la contratación de bienes, obras y servicios, situación que ha sido puesta en relevancia desde la Constitución de 1979<sup>49</sup>; sin embargo, debe tenerse en cuenta que los Regímenes Especiales de

---

<sup>49</sup> Artículo 143°.- La contratación con fondos públicos de obras y suministros así como la adquisición o enajenación de bienes se efectúan obligatoriamente por licitación pública. Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la Ley de Presupuesto. La ley establece el procedimiento, las excepciones y responsabilidades.

Contratación como la Concesión de Obras de Infraestructura Pública y Servicios Públicos, implican también un servicio a los ciudadanos que en muchos casos será compensado por el pago que estos realicen, estando en juego mucho dinero.

Por ello, los Regímenes Especiales como el citado también se constituyen en focos de corrupción y las reglas e impedimentos establecidos mediante sus procedimientos de contratación deben ser analizados. En esa medida, proponemos revisar la capacidad preventiva del Régimen General y los Regímenes Especiales de Contratación contra la corrupción. De entre estos últimos, incidiremos en los Contratos de Concesión de Obras de Infraestructura Pública y Servicios Públicos, por cuanto detenernos en el análisis de todos excedería el objeto de este trabajo.

Conviene señalar que nos centraremos en el estudio de los procedimientos que estos regímenes han establecido para que un particular pueda contratar con el Estado. Esto nos permitirá observar en que estadios (sino en todos) se pueden llevar a cabo actos de corrupción, incluso realizando las modificaciones legislativas pertinentes.

El ejercicio propuesto será la base para determinar, más adelante, que las medidas administrativas asumidas por el Estado (incluidas las de combate) no son suficientes para luchar integralmente contra la corrupción en los procedimientos de contratación, requiriéndose la intervención penal.

## **2.1 El régimen general de contratación estatal: la insuficiencia del procedimiento administrativo contractual para prevenir la corrupción**

Las contrataciones que realizan las entidades públicas para proveerse de bienes, servicios u obras, y por las cuales el Estado desembolsa un pago proveniente de fondos públicos estuvieron reguladas hasta el 9 de enero del

2016 por el Decreto Legislativo N° 1107 “Ley de Contrataciones del Estado” y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF “Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”.<sup>50</sup>

A partir de estas normas se sistematizó con mayor claridad el camino trazado por el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM “Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”<sup>51</sup> y la Ley N° 26850 de 1997 “Ley de Adquisiciones del Estado”, como primeros cuerpos normativos que unificaban la legislación dispersa precedente del Régimen General de Contratación.<sup>52</sup>

La Ley de Contrataciones del 2008 centró su objeto, por lo menos declarativo, en la maximización del valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realizaran las entidades del Sector Público. Así, parecía dejarse de lado el objeto central de la norma, vale decir, la protección de la propia actividad contractual del Estado.

Sin embargo, a partir de los principios y procedimientos que estableció, quedó claro que a pesar de la redacción del artículo 2° de la Ley<sup>53</sup>, todos los

---

<sup>50</sup> Ambas normas publicadas el publicado el 4 de junio del 2008.

<sup>51</sup> Publicado el 13 de febrero del 2001.

<sup>52</sup> Explica DANÓS que la evolución de este régimen abarca un primer periodo de dispersión normativa que va hasta comienzos de la década de los 80, en el cual, cada institución estatal manejaba su propio procedimiento para la adquisición de bienes, servicios u obras. Posteriormente, con la aprobación de la Constitución de 1979, comenzó un nuevo periodo caracterizado por la sistematización inicial de procedimientos de contratación a través de la expedición de un conjunto de normas. El tercer periodo dio inicio con la aprobación de la Constitución de 1993, que siguiendo las pautas establecidas por su predecesora de 1979, dispuso la obligación de las entidades públicas de sujetarse a procedimientos administrativos para la adquisición de bienes, servicios u obras con fondos públicos. DANÓS ORDÓÑEZ, J., El régimen de los contratos estatales en el Perú, en: *Revista de Derecho Administrativo*, Año 1, N° 2, 2006, págs. 11-13.

<sup>53</sup> Artículo 2.- El objeto del presente Decreto Legislativo es establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4° de la presente norma.



esfuerzos estaban orientados a brindar a través de la contratación, un servicio legal e imparcial que beneficiara a la población.

En esa línea, el 11 de julio del 2014 se aprobó la Ley N° 30225 “Ley de Contrataciones del Estado” cuyo Reglamento se aprobó el 8 de enero del 2016. La nueva ley plantea dos finalidades u objetos inmediatos y uno ulterior: los primeros comprenden maximizar los recursos públicos invertidos y promover la gestión por resultados. El objeto mediato radica en el cumplimiento de los fines públicos y la repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos<sup>54</sup>.

De ese modo, la Nueva Ley remarca la labor vicaria de la actividad contractual del Estado, vale decir, el servicio dirigido al beneficio de los ciudadanos. Es cierto que el manejo adecuado de los recursos públicos resulta importante para dicha actividad pero sólo ésta fundamenta la actuación de la Administración.

En realidad, ese fue siempre el objeto central de la contratación pública, de ahí que los principios reconocidos en el Decreto Legislativo N° 1107 y la Ley N° 30225 coincidan. Baste al respecto, enunciar algunos de ellos: libre concurrencia y competencia de postores, trato justo e igualitario, eficiencia, publicidad y transparencia de las contrataciones públicas<sup>55</sup>.

Ahora bien, a fin de resguardar la actividad contractual del Estado, se ha establecido un procedimiento de contratación dividido en tres fases: la fase preparatoria, la fase de selección y la fase de ejecución. Las dos primeras están divididas a su vez en etapas y dentro de estas como de la fase de

---

<sup>54</sup> Artículo 2° de la Ley N° 30225.

<sup>55</sup> Según el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1107, constituyen principio rectores del procedimiento: el principio de promoción del desarrollo humano, el principio de moralidad, libre concurrencia y competencia, imparcialidad, razonabilidad, eficiencia, publicidad, transparencia, economía, vigencia tecnológica, trato justo e igualitario, equidad y sostenibilidad ambiental. De acuerdo al artículo 2° de la Ley N° 30225, los principios rectores del procedimiento son los siguientes: libertad de concurrencia, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, eficacia y eficiencia, vigencia tecnológica, sostenibilidad ambiental y social y equidad.

ejecución se han establecido las responsabilidades que competen a los funcionarios.

Conviene señalar que en la fase de selección se han establecido modalidades para la elección del postor, pues esta fase termina con el otorgamiento de la buena pro y la firma del contrato. Estas modalidades han sido denominadas por la normativa del 2008 como “procesos de selección” y por la nueva normativa como “procedimientos de selección” o “métodos de contratación”. La nomenclatura utilizada podría llevar a entender que el procedimiento de contratación solo abarca la fase de selección y no comprende la fase preparatoria y de ejecución contractual. En realidad, debe quedar claro que las tres revisten la misma importancia y en las tres pueden cometerse actos de corrupción.

Por estas razones y a fin de evitar confusiones, denominaremos a los “procedimientos o procesos de selección” como “**métodos de selección**”, término que comprenderá las distintas modalidades reguladas para la elección de un postor durante la fase de selección del procedimiento de contratación. Cada uno de estos métodos posee sus particularidades dentro de la fase de selección.

En el presente acápite planteamos el análisis de las tres fases mencionadas: preparatoria, de selección y de ejecución, revisando los controles de actuación que cada una de sus etapas establece para que la contratación represente los intereses públicos. A pesar que algunas etapas y exigencias serán distintas dependiendo del método de selección, vamos a trazar un procedimiento común a todos y cuando sea pertinente, realizaremos las especificaciones que convengan.

Luego de este ejercicio, que nos permitirá una comprensión general del funcionamiento del procedimiento, incidiremos en las prácticas de las que funcionarios públicos y particulares se valen para sortear los controles de actuación.

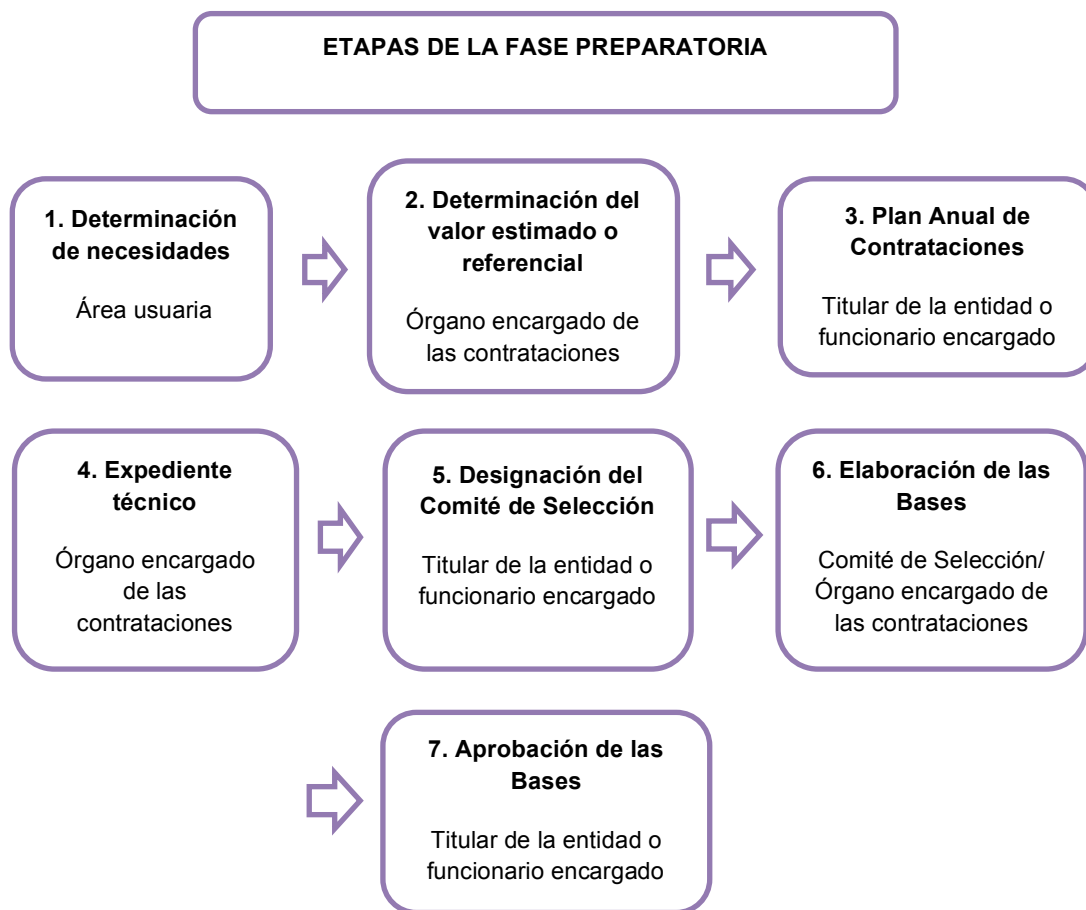
Con ello, concluiremos que si bien la regulación del procedimiento de contratación resulta importante en la prevención de la corrupción, existirán conductas que la sobrepasen, por lo que el recurso a medidas sancionatorias será necesario. Debido a que la Ley N° 30225 y su Reglamento han entrado en vigencia recientemente y muchos de los casos penales actuales versarán sobre supuestos contemplados en el Decreto Legislativo N° 1107, nuestro análisis abarcará su estudio y el de su Reglamento.

### **2.1.1 La fase preparatoria**

La fase preparatoria del procedimiento contractual es común a todos los métodos de selección. En ella la entidad pública decide la adquisición de un bien, servicio u obra como las condiciones bajo las cuales deben realizarse. Por ello, junto con la fase de selección determinan la formación de la voluntad contractual de la entidad.

El Decreto Legislativo N° 1107 y Reglamento no hicieron expresa alusión a esta etapa como sí lo ha hecho la Ley N° 30225 y su Reglamento. Esto no significa que careció de toda regulación antes de la normativa vigente; en realidad, sus etapas fueron normadas sin hacer referencia a la fase y sin el detalle que se le ha dotado ahora.

El Decreto N° 1107 y la Ley N° 30225 han dividido esta fase en seis etapas, cada una de las cuales ha sido asignada a uno o varios funcionarios de la institución, tal como se observa en los siguientes cuadros:



La idea es que los encargados sigan los lineamientos establecidos para su actuación en cada etapa, con lo cual, se garantizaría un primer momento de decisión y planeamiento libre de injerencias particulares. En esa línea, El Decreto Legislativo N° 1107 y la Ley N° 30225 establecen que el área usuaria<sup>56</sup> determine las necesidades de la institución a partir de criterios objetivos.

Por ello, las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico que elabore, no podrá hacer referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los bienes o servicios ofrecidos por un proveedor determinado, o a marcas,

<sup>56</sup> En cada institución hay una o varias áreas usuarias, esto lo establece el Reglamento de Organización y Funciones de cada institución.

patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertos proveedores.<sup>57</sup>

A su vez, debido a que la determinación del valor estimado de los bienes o servicios y el valor referencial de las obras<sup>58</sup> servirá para establecer el método de selección, como para la elaboración del Proyecto de Plan Anual de Contrataciones, se prohíbe el fraccionamiento del coste total con la finalidad de evitar el método de selección que corresponda<sup>59</sup>.

Aprobado el Presupuesto Institucional, la normativa prevé la aprobación del Plan Anual de Contrataciones, programa que determina la actividad contractual de la entidad. Por ello, se ha dispuesto que el Órgano encargado de las Contrataciones revise, evalúe y actualice el Proyecto de Plan Anual de Contrataciones. Luego de lo cual, el Titular de la Entidad o el funcionario a quien se hubiera delegado dicha facultad, tendrá a su cargo la aprobación definitiva de este<sup>60</sup>.

A partir de lo anterior, el Órgano encargado de las contrataciones elaborará el Expediente de Contratación, detallando con objetividad las condiciones necesarias que el bien, servicio u obra requiere, el monto, el método de selección, entre otros<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Artículo 13° del Decreto Legislativo N° 1107 y artículo 11° de su Reglamento. Con mayor detalle, el Artículo 16° de la Ley N° 30225 y el artículo 8° de su Reglamento.

<sup>58</sup> La normativa del 2008 no hacía el distingo entre valor estimado y valor referencial, haciendo referencia a este último indistintamente para el caso de bienes, servicios u obras. Ver al respecto el artículo 13° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107.

<sup>59</sup> Artículo 19° del Decreto Legislativo N° 1107 en concordancia con los artículos 13°, 14° y 20° de su Reglamento. Artículo 20° de la Ley N° 30225 en concordancia con los artículos 12°, 13° y 19° de su Reglamento.

<sup>60</sup> Artículos 6° al 8° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 6° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>61</sup> Artículo 10° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 21° del Reglamento de la Ley N° 30225.

A continuación, se ha dispuesto que el Titular de la entidad o el funcionario al que se hubiera delegado esta atribución, designará por escrito a los integrantes del Comité Especial o Comité de Selección -según el Decreto Legislativo N° 1107- que llevarán a cabo la fase de selección<sup>62</sup>. De ese modo, se delega en tres funcionarios de la entidad la responsabilidad de elegir –en su momento- al postor ganador.

A fin de evitar la injerencia de intereses particulares, se ha establecido que no podrán ser miembros del Comité, el titular de la entidad, los funcionarios que tengan atribuciones de control o fiscalización, los funcionarios que por delegación hayan aprobado el Expediente de Contratación<sup>63</sup> y, de acuerdo a la normativo del 2008, los funcionarios que hayan sido sancionados por su actuación como integrantes de un Comité Especial<sup>64</sup>.

Según el Decreto Legislativo N° 1107 y su Reglamento, el Comité Especial elabora las Bases del procedimiento estableciendo los mecanismos que fomenten la mayor concurrencia y participación de postores, el detalle de las características técnicas de los bienes, servicios u obras, las garantías, los plazos y mecanismos de publicidad, el método y los factores de evaluación de las propuestas, entre otros.<sup>65</sup>

Con la Ley N° 30225 y su Reglamento la situación varía en este punto, pues dependiendo del método de selección que corresponda, el Comité de Selección o el Órgano encargado de las contrataciones aprobará las Bases, los

---

<sup>62</sup> Artículo 27° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 22° del Reglamento de la Ley N° 30225. La nueva normativa prevé que la elección del comité será necesaria si la fase de selección se realiza mediante los métodos de licitación pública, concurso público o selección de consultores individuales; en cambio, si se trata de la Subasta Inversa Electrónica, la Adjudicación Simplificada, la Comparación de Precios o la Contratación Directa, el propio Órgano encargado de las contrataciones llevará acabo la fase de selección, aunque en los dos primeros casos se podrá designar un comité de ser necesario.

<sup>63</sup> Artículo 24° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>64</sup> Artículo 29° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107.

<sup>65</sup> Artículo 39° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107.

documentos de precalificación, la invitación para presentar soluciones técnicas y las solicitudes de expresión de interés, según sea el caso.<sup>66</sup>

En todo caso, ambos cuerpos normativos exigen que el Comité de Selección o el Órgano encargado de las contrataciones está obligado a utilizar los documentos estándar que aprueba el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado para la elaboración de las Bases o los documentos que correspondan.<sup>67</sup>

Según el Decreto Legislativo N° 1107 y su Reglamento, la aprobación de las Bases le compete al titular de la entidad, requiriéndose que dicha aprobación conste por escrito, ya sea mediante resolución, acuerdo o algún otro documento en el que se exprese de manera indubitable la voluntad de aprobación<sup>68</sup>.

De acuerdo al Reglamento de la Ley N° 30225, el funcionario competente de acuerdo a las normas de organización interna de la entidad aprobará las Bases, los documentos de precalificación, la invitación para presentar soluciones técnicas o las solicitudes de expresión de interés, según sea el caso.<sup>69</sup> A pesar de no hacer alusión expresa, se entiende que la voluntad de aprobación debe constar en documento escrito y que, como sucede con la normativa del 2008<sup>70</sup>, el Comité Especial o Selección o el órgano encargado de las contrataciones –según sea el caso- no podrá realizar dicha aprobación.

---

<sup>66</sup> Artículo 26° del Reglamento de la Ley N° 30227.

<sup>67</sup> Artículo 35° y 39° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 26° del Proyecto de la Ley N° 30227.

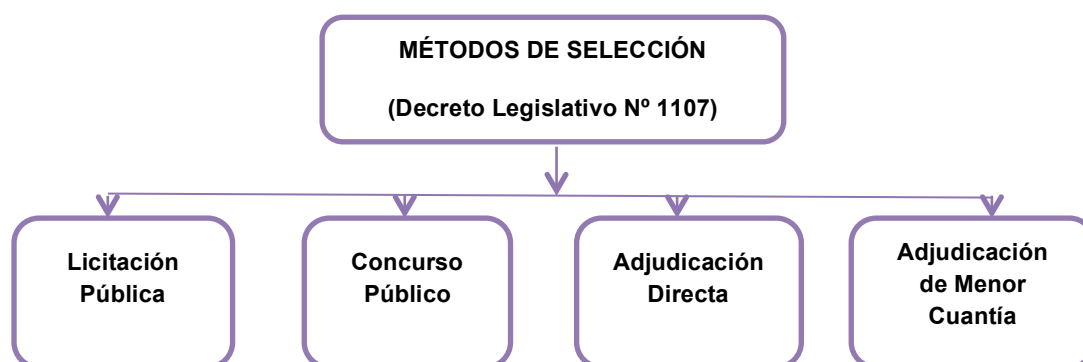
<sup>68</sup> Artículo 35° del Decreto Legislativo N° 1107.

<sup>69</sup> Artículo 26° del Reglamento de la Ley N° 30227.

<sup>70</sup> Artículo 35° del Decreto Legislativo N° 1107.

### 2.1.2 La fase de selección

Como hemos adelantado, la fase de selección recoge diversos métodos de elección del postor ganador. El Decreto Legislativo N° 1107 y su Reglamento recogen cuatro: La licitación pública, requerida para la contratación de bienes, suministros y obras; el concurso público, establecido para la contratación de servicios; la adjudicación directa, aplicada a las contrataciones realizadas dentro de los márgenes que establece la Ley de Presupuesto del Sector Público; y la adjudicación de menor cuantía, para las contrataciones cuyo monto sea inferior a la décima parte del límite mínimo establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público para los casos de licitación y concurso público<sup>71</sup>.



La Ley N° 30225 y su Reglamento mantienen la licitación pública, aunque ahora posee modalidades especiales. Así, se ha regulado la Licitación por Precalificación, destinada a la ejecución de obras cuyo valor referencial sea igual o superior a veinte millones de nuevos soles. La idea es que mediante esta modalidad se preseleccionen a proveedores con calificaciones suficientes para ejecutar el contrato e invitarlos a presentar su oferta.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> Artículos 15° a 20° del Decreto Legislativo N° 1107.

<sup>72</sup> Artículo 60° del Reglamento de la Ley N° 30225.



Existe también la Licitación con diálogo competitivo. Esta será empleada cuando la Entidad considere necesaria la colaboración de los proveedores para obtener la solución técnica más satisfactoria a su necesidad y para perfeccionar la descripción de la contratación de equipamiento complejo y/o el suministro de tecnologías de sistemas de información o de comunicaciones complejas.<sup>73</sup>

En el concurso público se ha especificado que comprende no sólo la contratación de servicios en general, sino también, la de consultorías en general y consultorías de obras<sup>74</sup>.

Se ha regulado también el procedimiento de Adjudicación Simplificada que se utiliza para la contratación de bienes y servicios, con excepción de los servicios a ser prestados por consultores individuales, así como para la ejecución de obras cuyo valor estimado o valor referencial se encuentre dentro de los márgenes que establece la Ley de Presupuesto del Sector Público.<sup>75</sup>

Así mismo, se tiene la Selección de Consultores Individuales, utilizada para la contratación de servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo profesional adicional, y que más bien se basa en la experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste el servicio.<sup>76</sup>

Se ha recogido también la Comparación de Precios. Esta sirve para la contratación de bienes y/o servicios que sean de disponibilidad inmediata, fáciles de obtener en el mercado, se comercialicen bajo una oferta estándar establecida por este y no se fabriquen, produzcan, suministren o presten

---

<sup>73</sup> Artículo 61° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>74</sup> Artículo 62° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>75</sup> Artículo 23° de la Ley N° 30225.

<sup>76</sup> Artículo 24° de la Ley N° 30225.

siguiendo la descripción particular o instrucciones dadas por la Entidad contratante.<sup>77</sup>

La nueva normativa ha contemplado además la Subasta Inversa Electrónica, que fue regulada en la normativa del 2008 pero no comprendida entre los métodos de selección<sup>78</sup>. Esta sirve para contratar bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes.<sup>79</sup>

Finalmente, se encuentra la Contratación Directa. Esta se utilizará para la contratación entre entidades; situaciones de emergencia; situaciones de desabastecimiento; contrataciones con carácter secreto, secreto militar o por razones de orden interno; para el caso de proveedor único; servicios personalísimos; servicios de publicidad para el Estado; servicios de consultoría distintos a las consultorías de obra que son continuación y/o actualización de un trabajo previo ejecutado; contratación de bienes o servicios con fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico; y contrataciones derivadas de un contrato resuelto o declarado nulo cuya continuidad de ejecución resulta urgente.<sup>80</sup>

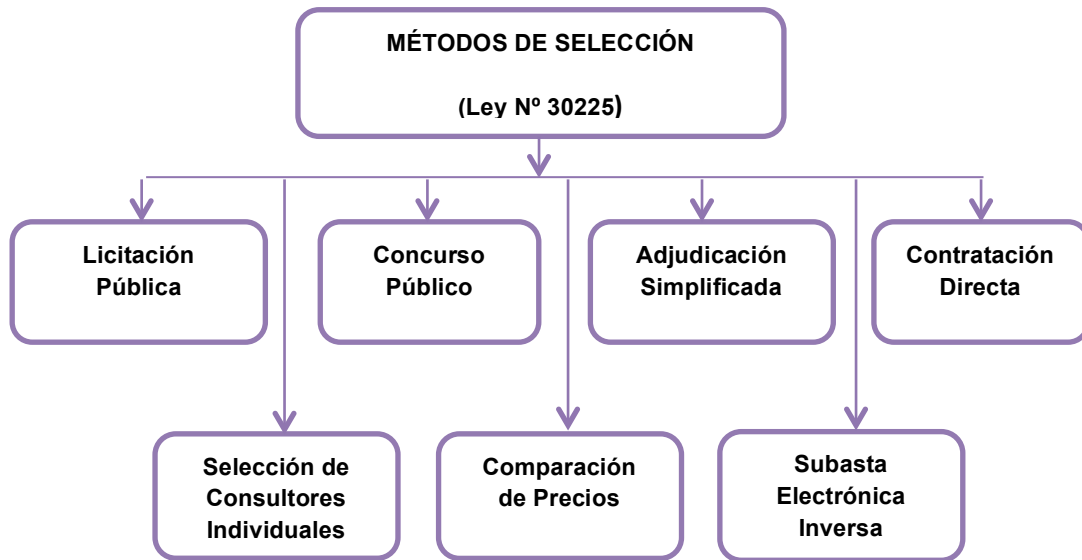
---

<sup>77</sup> Artículo 79° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>78</sup> Artículos 90° a 96° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107.

<sup>79</sup> Artículo 261° del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 81° del Reglamento de la Ley de la Ley N° 30225.

<sup>80</sup> Artículo 88° del Reglamento de la Ley N° 30225. Algunos de estos supuestos ya estaban regulados en el “Capítulo XII: Exoneración del Proceso de Selección” del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107.



Ahora bien, ya adelantamos que cada método de selección posee sus particularidades, las que responden a la necesidad contractual que estos pretenden resolver. En esa medida, algunas de las etapas de la fase de selección se fusionan, no se realizan o en algunos casos, se adhieren nuevas.

El artículo 22° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107 dispone, por ejemplo, que las etapas propias de la fase de selección son ocho: la convocatoria, el registro de participantes, la formulación y absolución de consultas, la formulación y absolución de observaciones, la integración de las bases, la presentación de propuestas, la calificación y evaluación de propuestas y el otorgamiento de la buena pro.

En ese marco, se especificó que en la Adjudicación Directa y la Adjudicación de Menor Cuantía para obras y consultoría de obras se fusionaban en una sola etapa la formulación y absolución de consultas y observaciones. Asimismo, se indicó que en el método de Adjudicación de Menor cuantía para bienes y servicios se prescindiría de tres etapas: la formulación y absolución de consultas, la formulación y absolución de observaciones y la integración de las bases.

La normativa actual contempla las mismas etapas que recogen la Ley de Contrataciones del 2008 y su Reglamento; pero, la fusión, adhesión o supresión de estas, depende de cada método de selección. En la Licitación con Precalificación, por ejemplo, se ha previsto que luego de la convocatoria y el registro de participantes se requiere de etapas adicionales como la presentación de solicitudes de precalificación, la publicación de los Proveedores Precalificados y la publicación de bases, continuándose con las demás etapas desde la formulación de consultas y observaciones hasta el otorgamiento de la buena pro.<sup>81</sup>

En la Licitación con diálogo competitivo ocurre algo similar. Luego de la convocatoria y el registro de participantes se contemplan las etapas de presentación de soluciones técnicas, diálogo competitivo, determinación de la solución técnica y la publicación de las bases, continuándose con las demás etapas desde la formulación de consultas y observaciones hasta el otorgamiento de la buena pro.<sup>82</sup>

En la Selección de Consultores Individuales se contemplan cinco etapas: la convocatoria, el registro de participantes, la recepción de expresiones de interés y selección, la calificación y evaluación y el otorgamiento de la buena pro.<sup>83</sup> En la Subasta Inversa Electrónica se requieren sólo cuatro etapas: la convocatoria, el registro de participante, el registro y presentación de ofertas, la apertura de ofertas y periodo de lances y el otorgamiento de la buena pro.<sup>84</sup>

En cuanto a las Contrataciones Directas, se ha previsto que la Entidad las efectúa mediante acciones inmediatas, requiriéndose invitar a un solo proveedor, cuya oferta cumpla con las características y condiciones establecidas. En ese marco, la norma incide en que el cumplimiento de los

---

<sup>81</sup> Artículo 60° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>82</sup> Artículo 61° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>83</sup> Artículo 74° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>84</sup> Artículo 83° del Reglamento de la Ley N° 30225.

requisitos previstos para este método de selección es responsabilidad del Titular de la Entidad y de los funcionarios que intervengan en la decisión y ejecución del mismo.<sup>85</sup>

Así las cosas, quien aplique el Decreto Legislativo N° 1107 o la Ley N° 30225, deberá remitirse a las particularidades que plantea cada uno de los métodos de selección y deberá observar con detalle si todas las etapas han sido realizadas adecuadamente. A modo ejemplificativo las etapas propias de la fase de selección son:



<sup>85</sup> Artículo 90° del Reglamento de la Ley N° 30225.

En líneas generales, la fase de selección empieza con la publicación de la convocatoria, prevista a ser realizada a través del SEACE<sup>86</sup>. La intención de ello es dotar de transparencia el procedimiento y propiciar la participación de diversos postores a fin de contar con una variedad de opciones que permita elegir la mejor.

Desde el día siguiente a la publicación, se inicia el Registro de Participantes. Solo podrán serlo quienes cuenten con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)<sup>87</sup>. Esta exigencia responde a que el RNP es el sistema de información en el que se registra y mantiene actualizada la información de personas naturales y jurídicas nacionales y extranjeras, interesadas en contratar con entidades del Estado<sup>88</sup>.

Se ha previsto además, la etapa de Formulación y Absolución de Consultas a las Bases. A través de ellas, los postores requieren la aclaración de cualquiera de los extremos de las Bases; por ello, el Comité Especial o de Selección tiene la obligación de absolver dichas consultas a través de un pliego absolutorio debidamente fundamentado, el mismo que será publicado en el SEACE<sup>89</sup>.

Al mismo tiempo, se ha previsto una etapa de Formulación y Absolución de Observaciones a las Bases. Mediante aquellas, los postores cuestionan el incumplimiento de las condiciones mínimas que éstas deben especificar o de

---

<sup>86</sup> Artículo 51° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 33° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>87</sup> Artículo 52° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 34° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>88</sup> Ver al respecto <http://portal.osce.gob.pe/rmp/>

<sup>89</sup> Artículo 54° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 52° del Reglamento de la Ley N° 30225.

cualquier disposición en materia de contrataciones u otra normativa que tenga relación con el objeto de contratación<sup>90</sup>.

Con la Formulación de Observaciones se solicita, en buena cuenta, una modificación de las Bases del procedimiento contractual, motivo por el cual, el postor deberá fundamentar su pedido. En esa línea, el pliego absolutorio del Comité Especial o de Selección deberá sustentar motivadamente la aceptación, aceptación parcial o rechazo de las observaciones. Este pronunciamiento deberá ser publicado en el SEACE<sup>91</sup>.

Una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, y con el pronunciamiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales (OSCE) cuando corresponda<sup>92</sup>, el Comité Especial o de Selección integra las bases. Estas constituirán reglas definitivas que no podrán ser cuestionadas ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del titular de la entidad.

Las bases integradas deben incorporar, obligatoriamente, las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, así como las modificaciones requeridas por el OSCE en el marco de sus acciones de supervisión, y deben ser publicadas en el SEACE en la fecha establecida en el calendario del procedimiento<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> Artículo 56° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 52° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>91</sup> Artículos 54° a 57° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 52° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>92</sup> De acuerdo al artículo 58° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107, el pronunciamiento emitido por el Comité Especial respecto de las observaciones planteadas por los postores, puede ser cuestionados ante el OSCE. En el mismo sentido, el artículo 52° del Reglamento de la Ley N° 30225 permite la elevación de los cuestionamientos al pliego absolutorio de consultas y observaciones ante el OSCE.

<sup>93</sup> Artículo 59° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 53° del Reglamento de la Ley N° 30225.

Con las bases definitivas, los postores presentan sus propuestas u ofertas, como las denomina la Ley N° 30225.<sup>94</sup> A partir de ello, se procede a su calificación y evaluación, etapa en la cual el Comité Especial o Comité de Selección deberá analizar objetivamente la calidad técnica y económica de los proyectos presentados por los postores, asignando un puntaje a cada propuesta de acuerdo al método de evaluación y calificación establecido previamente en las Bases o en otros documentos, según corresponda<sup>95</sup>.

Realizado lo anterior, el Comité procederá a otorgar la buena pro a la propuesta u oferta ganadora. Esta se llevará a cabo en acto público y el Comité Especial o de Selección dará a conocer los resultados mediante un cuadro comparativo en el que se consignará el orden de prelación y el puntaje técnico, económico y total obtenido por cada uno de los postores<sup>96</sup>.

De no presentarse recurso de apelación contra la decisión, se procede al perfeccionamiento del contrato, que es cuando se da por finalizada la fase de selección<sup>97</sup>. Dicho perfeccionamiento requiere la suscripción del documento que contiene el contrato, salvo en el caso de los métodos de selección de menor cuantía, en la legislación del 2008, o de la adjudicación simplificada y de selección de consultores individuales, en la nueva normativa.<sup>98</sup>

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del

---

<sup>94</sup> Artículos 61° a 66° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 54° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>95</sup> Artículos 69° a 71° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículos 55° a 57° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>96</sup> Artículos 72° a 79° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 43° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>97</sup> Artículo 49° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>98</sup> Artículo 138° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 118° del Reglamento de la Ley N° 30225.



monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.<sup>99</sup>

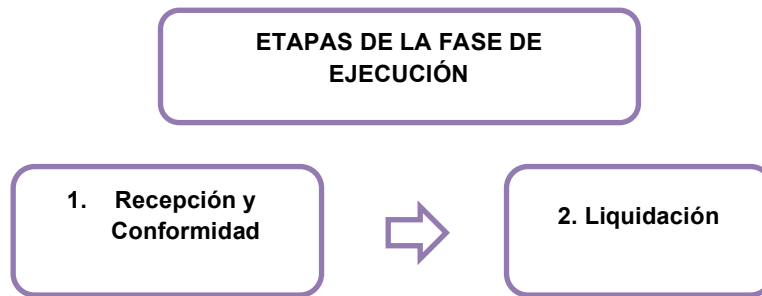
### 2.1.3 La fase de ejecución

La fase de ejecución contractual plantea una serie de situaciones que pueden alterar el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato y cuya aplicación requiere el seguimiento obligatorio de una serie de pautas. Entre estas situaciones se encuentran la subcontratación, la aceptación de prestaciones adicionales, la reducción de prestaciones y la ampliación del plazo del contrato.



Realizadas estas posibles variaciones, o no, esta fase plantea dos etapas: la Recepción y Conformidad del bien, servicio u obras; y la Liquidación de la misma.

<sup>99</sup> Artículo 158° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107.



La normativa del 2008 señala que el contratista podrá acordar con terceros la subcontratación de las prestaciones a su cargo que no excedan el cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original, siempre que lo autoricen las bases. Entre otras cosas, la procedencia del pedido dependerá de que la Entidad lo apruebe por escrito, fundamentado y de manera previa, dentro de los cinco días hábiles de realizado el pedido. Si transcurrido dicho plazo la entidad no comunica su respuesta, se considerará –según la normativa del 2008- que el pedido ha sido aprobado.<sup>100</sup>

El Reglamento de la Ley N° 30225, por su parte, acoge la subcontratación pero con dos cambios. En primer término, no recoge el requisito de que su uso esté previsto en las Bases o documentos similares. Seguidamente, entiende que si la Entidad no responde al pedido en el plazo de cinco días, entonces se considerará que ha sido rechazado<sup>101</sup>.

La normativa del 2008 y la vigente regulan, como se ha adelantado, causales para la modificación del contrato, comprendiendo entre ellas la aceptación de prestaciones adicionales, la reducción de la prestación y la ampliación del plazo contractual.

Sobre la aceptación de adicionales, se ha dispuesto que el titular de la entidad pueda disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas

---

<sup>100</sup> Artículo 146° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107.

<sup>101</sup> Artículo 127° del Reglamento de la Ley N° 30225.

sean necesarias para alcanzar la finalidad del mismo. En ese marco, el costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos, se determina por acuerdo entre las partes. La normativa requiere además, que el contratista aumente de forma proporcional las garantías que hubiese otorgado.<sup>102</sup>

En el caso de las obras, procede la ejecución de prestaciones adicionales cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, no excedan el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.<sup>103</sup>

Las prestaciones adicionales de obras cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República<sup>104</sup>. La nueva normativa ha agregado que la determinación del referido porcentaje incluye los montos acumulados de los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico, en contratos a precios unitarios.<sup>105</sup>

En estos casos, cuando se apruebe la prestación adicional de obras, el contratista está obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento. Las prestaciones adicionales de obra y los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico, en contratos a precios

---

<sup>102</sup> Artículo 174° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 141° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>103</sup> Artículo 207° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 177° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>104</sup> Artículo 208° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 178° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>105</sup> Artículo 178° del Reglamento de la Ley N° 30225.

unitarios, en conjunto, no pueden superar el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original.<sup>106</sup>

En cuanto a las reducciones de las prestaciones, también pueden realizarse hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original. Situación en la que el contratista puede solicitar la disminución de la garantía proporcionalmente<sup>107</sup>.

La ampliación del plazo, por su parte, procede cuando se aprueba un adicional y se acredita que este requiere de mayor tiempo al acordado para su realización. Procede también por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista<sup>108</sup>. La normativa del 2008 permitía la ampliación del plazo en caso fortuito o fuerza mayor, supuesto que el Reglamento de la Ley N° 30225 no recoge<sup>109</sup>.

El respeto a las reglas de actuación en cuanto al plazo, radica en que a través de su ampliación puede evitarse el pago de penalidades por incumplimiento. Ciertamente, en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse<sup>110</sup>.

Acaecidas estas situaciones o no, se llevan a cabo las dos etapas de la fase de ejecución: la recepción y conformidad de la prestación; y la liquidación de la prestación. Sobre la primera, la norma del 2008 establece que la recepción y conformidad es responsabilidad del Órgano de Administración o,

---

<sup>106</sup> Artículo 208° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 178° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>107</sup> Artículo 141° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>108</sup> Artículo 142° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>109</sup> Artículo 175° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>110</sup> Artículo 165° del Reglamento de la Ley N° 30225.

en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.<sup>111</sup> Para el Reglamento de la Ley N° 30225, la recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del método de selección.<sup>112</sup>

Ambas normativas inciden en que la conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar el cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.<sup>113</sup>

Puede suceder que en ese contexto se realicen observaciones a la prestación realizada. En ese caso, la Entidad comunicará al contratista el sentido de estas y le otorgará un plazo de entre dos a diez días –dependiendo de la complejidad- para que proceda a su subsanación. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.<sup>114</sup>

Al respecto, conviene señalar que ambas normativas enfatizan que la oportunidad de subsanar no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción o no otorgará la conformidad (esta última adherida por el Reglamento de la Ley N° 30225), debiendo

---

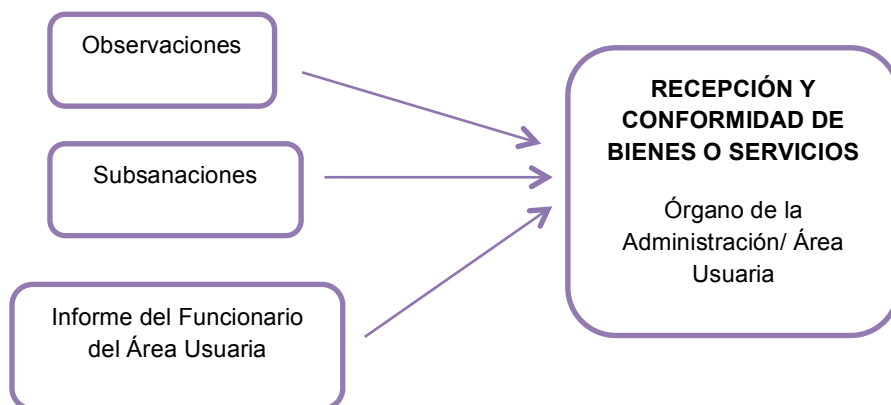
<sup>111</sup> Artículo 176° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107.

<sup>112</sup> Artículo 145° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>113</sup> Artículo 176° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 145° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>114</sup> Artículo 176° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 145° del Reglamento de la Ley N° 30225.

considerarse como no efectuada la prestación y procediéndose a aplicar las penalidades que correspondan.<sup>115</sup>



La recepción y conformidad de la ejecución contractual en el caso de obras posee sus particularidades. En primer término, porque participan personas no designadas para la ejecución de bienes y servicios.

En toda obra se contará con un Residente de Obra, vale decir, un profesional colegiado, habilitado y especializado designado por el contratista, previa conformidad de la entidad. El Residente de Obra, que puede ser ingeniero o arquitecto con no menos de dos años de experiencia en la especialidad, representa al contratista como responsable técnico de la obra, no estando facultado a pactar modificaciones al contrato.<sup>116</sup>

Al mismo tiempo, se requiere de un Inspector o Supervisor de Obra, según corresponda, de modo permanente y directo. El Inspector será un profesional, funcionario o servidor de la entidad, expresamente designado por esta; mientras que el Supervisor será una persona natural o jurídica

<sup>115</sup> Artículo 176° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 145° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>116</sup> Artículo 185° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 156° del Reglamento de la Ley N° 30225.

especialmente contratada para dicho fin, quedando prohibida la existencia de ambos en una misma obra.<sup>117</sup>

El Reglamento de la Ley N° 30225 ha venido a especificar las funciones del Inspector y Supervisor, quien es el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato, debiendo absolver las consultas que formule el contratista. Además, se indica que está facultado a ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra. Posee también la facultad de rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas y puede disponer cualquier medida frente a una emergencia.<sup>118</sup>

Estos actores y sus responsabilidades marcan una serie de diferencias para dar por concluida la fase de ejecución. Efectivamente, culminada la obra el Residente anotará el hecho en el Cuaderno de Obras y solicitará la recepción de la misma. El Inspector o Supervisor de la Obra se lo comunicará a la entidad, ratificando o no, lo indicado por el Residente.<sup>119</sup>

Si se procede a la ratificación, la entidad procederá a designar un Comité de Recepción que junto al contratista verificarán el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos. Si luego de ello no existieran observaciones, se procederá a la recepción y conformidad de la obra.<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> Artículo 190° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 161° del Reglamento de la Ley N° 30225.

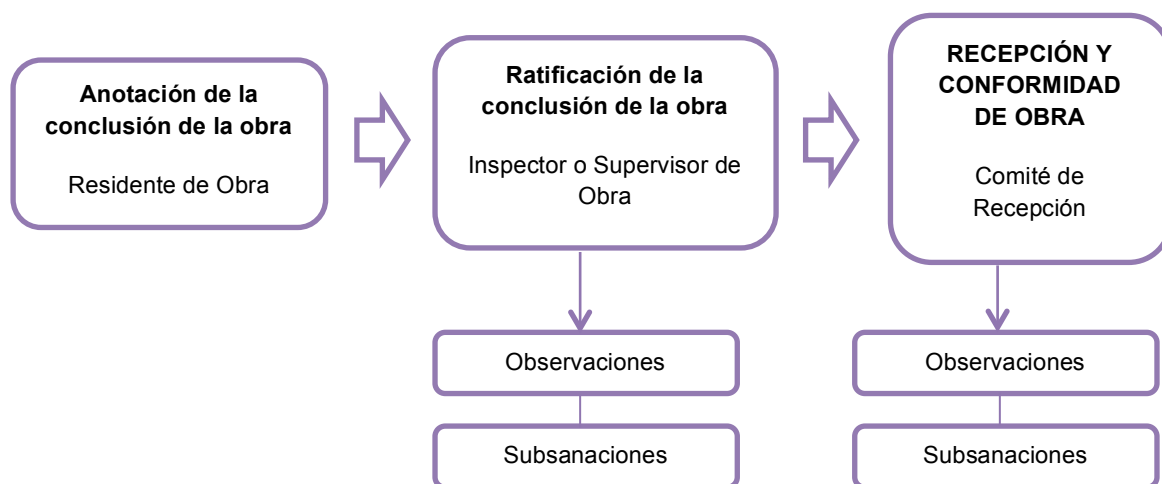
<sup>118</sup> Artículo 162° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>119</sup> Artículo 210° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 180° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>120</sup> Artículo 210° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 180° del Reglamento de la Ley N° 30225.

Sin embargo, si existieran observaciones deberán ser consignadas en un Acta o Pliego de Observaciones y el contratista tendrá un décimo del plazo de ejecución vigente para subsanarlas. Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra, siguiéndose los pasos ya referidos, hasta su aceptación.<sup>121</sup>

En caso el Comité no estuviese conforme con las subsanaciones, elevará un informe con todo lo actuado al titular de la entidad, quien deberá emitir un pronunciamiento y de continuar las discrepancias, el asunto será sometido a arbitraje.<sup>122</sup>



La fase de ejecución concluye con la Liquidación de la prestación. Esta es una operación matemática, mediante la cual, el contratista demuestra haber realizado las prestaciones equivalentes al pago total o los adelantos de pago<sup>123</sup> realizados por la entidad. En este cálculo puede determinarse que el contratista debe devolver parte del pago o que hace falta algún porcentaje de este. Por ello, la liquidación requiere de la conformidad de la entidad.

<sup>121</sup> Artículo 210° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 180° del Reglamento de la Ley N° 30225.

<sup>122</sup> Ibid.

<sup>123</sup> Artículos 172°, 173°, 187°, 188° y 189° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1107.



#### **2.1.4 La evasión de las reglas de actuación contenidas en las fases del procedimiento de contratación**

Descrito de modo genérico el procedimiento del Régimen General de Contratación Pública y las reglas de actuación contenidas en este, conviene que nos detengamos en la revisión de algunas conductas comunes que realizan ciertos funcionarios públicos para evadir las reglas que hemos repasado. Esto nos permitirá observar que a pesar del esfuerzo en la regulación, necesaria desde nuestro punto de vista, cada fase permite espacios a la corrupción, más que por las falencias normativas, por la decisión y la experticia de algunos funcionarios públicos.

En la fase preparatoria, por ejemplo, constituye práctica encubierta de un favorecimiento indebido que el área usuaria solicite bienes, servicios u obras que objetivamente no responden a finalidades públicas. Existirán requerimientos abiertamente innecesarios de un bien, servicio u obra (que incluso serán avalados con posterioridad); sin embargo, habrá que detenerse también en las razones que fundamentan el requerimiento, pues bien pueden encubrir la generación más que la necesidad de la prestación.

Del mismo modo, en la preparación de las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, pueden orientarse las características del bien, servicio u obra a las de un postor, exigiendo cualidades que solo posea determinada persona natural o jurídica.

A pesar que la normativa prohíbe la alusión a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los bienes o servicios ofrecidos por un proveedor determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados; estos criterios pueden ser encubiertos a través de la descripción técnica que se realice pero además, no son los únicos criterios que pueden favorecer a un postor.

En la determinación del valor estimado de los bienes o servicios o el valor referencial de las obras suelen encubrirse fraccionamientos, aunque estos estén expresamente prohibidos por la normativa y sobrecostos. Con la división estratégica del valor de la contratación se podrá eludir el método de selección que establezca mayores etapas e imponga, consecuentemente, más controles; asimismo, podrían establecerse valores mayores para el bien, servicio u obra a adquirir, situación que le generará gastos excesivos a la entidad pero favorecerá a determinado contratista y a los funcionarios que pretendan favorecerlo. Esta situación puede ser trasladada a la Aprobación del Plan Anual de Contrataciones.

La designación del Comité Especial o Comité de Selección, realizada por parte del titular de la entidad o de otro funcionario designado para ello, puede derivar en el nombramiento de una o más personas captadas para elaborar las bases según intereses distintos a los del Estado, como para direccionar la fase de selección. Aunque se han establecido como impedimentos la participación de determinados funcionarios, no se puede determinar con certeza cuáles son los intereses de aquellos que no estando impedidos, conforman el Comité.

En todo caso, será necesaria la revisión de la objetividad de las Bases que elabore el Comité, como los criterios que lleven al titular de la entidad o al funcionario competente de acuerdo a las normas de organización interna, a su aprobación.

Como puede observarse, cada una de las etapas de la fase preparatoria reviste especial cuidado como espacio sensible a la corrupción, incluso una intervención coordinada en esta fase puede permitir el control del resultado de la fase de selección.

Ciertamente, con el requerimiento orientado de determinado bien, servicio u obra, como a partir de la designación de un comité que favorecerá intereses privados y la aquiescencia de quien autorice las bases o documentos requeridos (según la nueva normativa), sólo queda seguir el método de

selección correspondiente para otorgar la buena pro a quien se quiso favorecer desde el principio o por lo menos, para dejar el camino listo a fin de que ello suceda.

Por estas razones, en un reciente trabajo que analiza las redes de corrupción en el sector Transportes y Comunicaciones (PROVÍAS), se ha concluido que “gran parte de los actos de corrupción se dan en la etapa de los actos preparatorios pues es en la determinación de las obras que se ejecutarán cada año y en la elaboración de los expedientes técnicos donde se producirán las principales coordinaciones entre los actores a fin de consolidar los actos de corrupción, lo cual finalmente se va a materializar a través del proceso de selección”<sup>124</sup>.

En ese contexto, explica Hernández Diez, intervienen actores formales entendidos como aquellos funcionarios que según el Manual de Organización y Funciones de la institución están encargados de las contrataciones, pero al mismo tiempo, se presentan actores informales como grupos de poder económico, político o funcionarios de la propia institución, que sin tener una función asignada, están interesados en el procedimiento de contratación.<sup>125</sup>

Todos los actores aportan desde diversos ángulos, de entre ellos conviene destacar su propia experticia en el tema de la contratación pública, situación que les permite encubrir el direccionamiento del procedimiento bajo un manto de legalidad.

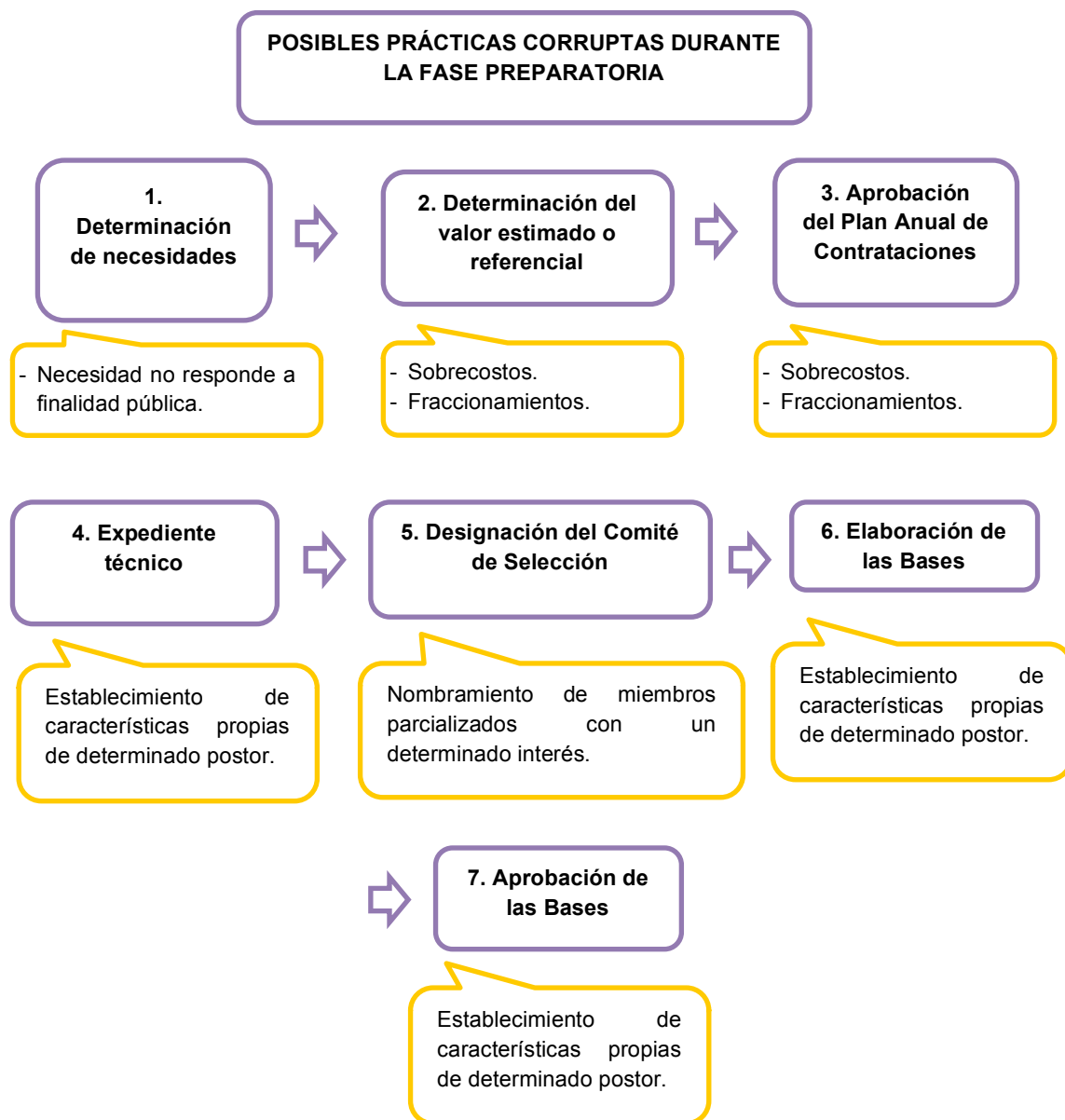
Es cierto que en muchos de los casos investigados la falta de razonabilidad de las decisiones asumidas en fase preparatoria han permitido determinar la infracción de los deberes de los órganos competentes, pero ello no debe llevarnos a creer que en todos los casos de favorecimiento o intento

---

<sup>124</sup> HERNÁNDEZ DIEZ, S. (2014), *Estructura de las redes de corrupción en los procesos de selección de obras públicas en el sector Transportes y Comunicaciones entre los años 2005 y 2010*, pág. 31. (Disponible en [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5546/HERNANDEZ\\_DI\\_EZ\\_SANDRO\\_ESTRUCTURA.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5546/HERNANDEZ_DI_EZ_SANDRO_ESTRUCTURA.pdf?sequence=1); fecha de consulta: 20.08.2015).

<sup>125</sup> HERNÁNDEZ DIEZ, S. (2014), *Estructura de las redes de corrupción*, op. cit., págs. 23-24.

de este, se cometen errores técnicos; por el contrario, muchos de estos casos no son descubiertos sino con posterioridad, debido a la capacidad técnica con que son definidos.



Situación similar ocurre en la fase de selección, ya sea a través de un Comité Especial o de Selección destinado a favorecer intereses privados como

a partir del contacto que alguno o todos sus miembros puedan entablar durante las etapas propias de esta fase con terceros interesados en ganar la buena pro.

Conviene destacar en ese marco dos etapas especialmente vulnerables a la corrupción: la formulación y absolución de consultas y observaciones; y la calificación y evaluación de las propuestas u ofertas presentadas por los postores. Como explica Hernández Diez, el primer caso “ha sido utilizado por quienes participan en actos de corrupción para el establecimiento de disposiciones que pueden favorecer a un postor determinado, tales como la inclusión de especificaciones que solo las puede cumplir determinada empresa o grupo de empresas”<sup>126</sup>.

En efecto, en tanto solo después de absolver las consultas y observaciones el Comité procede la integración de las bases, como requerimientos finales a los que deben someterse los postores, esta etapa puede servir para ajustar requerimientos en favor de un tercero.

En cuanto a la etapa de calificación y evaluación de la propuesta, reviste especial importancia porque define al postor ganador. En esa medida, deberá ser analizada con suma cautela el cumplimiento de los requerimientos que determinan la calidad y el puntaje otorgado a los concursantes pues esta fase bien podría servir para beneficiar a alguno de ellos.

Cabe mencionar además, que en la fase de selección habrá que detenerse en las particularidades de cada uno de los métodos –ya descritos– para la elección de un postor. Ya hemos señalado, por ejemplo, que según la normativa del 2008 en la Adjudicación Directa y la Adjudicación de Menor Cuantía para obras y consultoría de obras se fusiona en una sola etapa la formulación y absolución de consultas y observaciones.

---

<sup>126</sup> HERNÁNDEZ DIEZ, S. (2014), *Estructura de las redes de corrupción*, op. cit., págs. 23-24.

Asimismo, se indicó que en el método de Adjudicación de Menor cuantía para bienes y servicios se prescindiría de tres etapas: la formulación y absolución de consultas, la formulación y absolución de observaciones y la integración de las bases.

En el caso de la nueva normativa, tendrán que evaluarse las etapas adicionales requeridas por la Licitación con Precalificación como la presentación de solicitudes de precalificación y la publicación de los Proveedores Precalificados. Recordemos que bajo este método se preseleccionan a proveedores con calificaciones suficientes para ejecutar el contrato e invitarlos a presentar su oferta, por lo que debe analizarse que no se favorezca irregularmente a alguno de ellos.

En la Licitación con diálogo competitivo ocurre algo similar. Luego de la convocatoria y el registro de participantes se contemplan las etapas de presentación de soluciones técnicas, diálogo competitivo, determinación de la solución técnica y la publicación de las bases, etapas que pueden servir para la determinación de un postor.

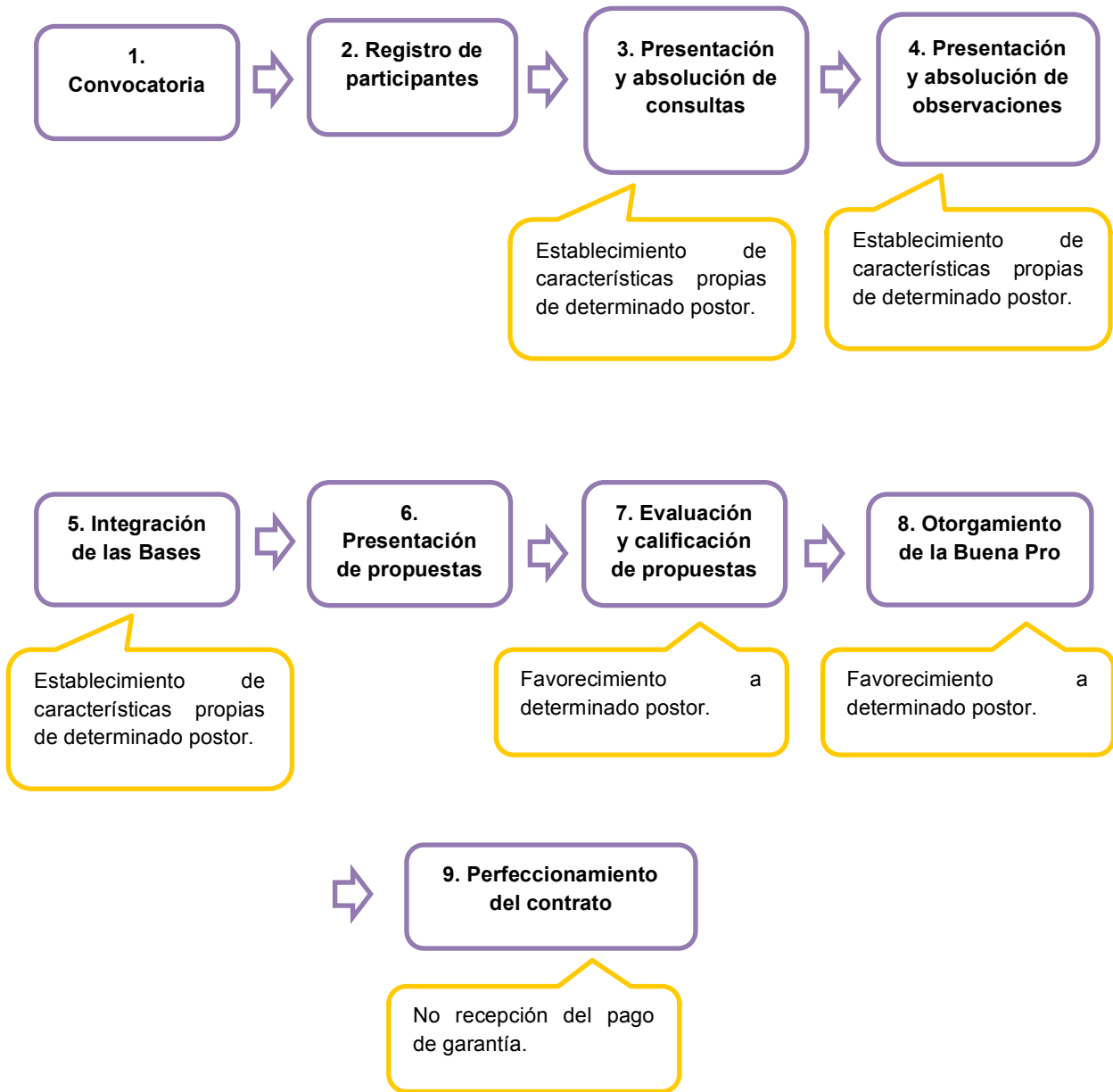
En realidad, como mediante este método la entidad requiere la colaboración de los proveedores para obtener la solución técnica más satisfactoria a su necesidad y para perfeccionar la descripción de la contratación de equipamiento complejo y/o el suministro de tecnologías de sistemas de información o de comunicaciones complejas; la realización de acuerdos entre particulares y funcionarios públicos puede encubrirse a través de la determinación de una solución técnica que la propia entidad no maneja y que termina perfeccionando el objeto del contrato.

En el caso de las Contrataciones Directas el cuidado debe ser aún mayor pues se ha previsto que la entidad las efectúa mediante acciones inmediatas, requiriéndose invitar a un solo proveedor, cuya oferta cumpla con las características y condiciones establecidas. En ese marco, revestirá especial interés analizar la necesidad real de acudir a este método, por lo que deberá

verificarse si estamos ante situaciones de emergencia, desabastecimiento, contrataciones con carácter secreto, secreto militar o por razones de orden interno, etc. Al mismo tiempo, aunque se ha prescindido de las etapas propias de la fase de selección, tendrá que analizarse la invitación al postor como que este cumpla con los requerimientos de la contratación.

Finalmente, en el perfeccionamiento o firma del contrato, la intención de favorecer a determinado postor puede presentarse en no exigirle el pago de la Garantía de Fiel Cumplimiento, la cual constituye un seguro para la entidad en caso de retrasos injustificados e incumplimientos.

**POSIBLES PRÁCTICAS CORRUPTAS DURANTE LA FASE DE SELECCIÓN**



En cuanto a la fase de ejecución, un primer espacio vulnerable a la corrupción es la subcontratación. Esta permitiría beneficiar a una empresa impedida de contratar con el Estado por incumplimientos previos o por estar



vinculada a funcionarios encargados de la contratación o con poder de decisión en la institución. Lo anterior requiere de cuidado además por dos escenarios regulados en la normativa del 2008 y la actual. En el primer caso, porque se ha establecido que solicitada la subcontratación y no existiendo respuesta de la entidad dentro del plazo, se entiende que la misma ha sido aceptada. En cuanto al Reglamento de la Ley N° 30225, porque considera que no es necesario que la posibilidad de subcontratar sea determinada en la fase preparatoria, en estricto, con la aprobación de las bases o los documentos pertinentes.

La aceptación de adicionales es también un espacio que debe ser muy bien controlado, sobretodo porque su aceptación depende de su real necesidad. Es cierto que la normativa del 2008 y la actual han previsto prestaciones adicionales, en el caso de bienes y servicios de hasta un veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original y en el caso de las obras por un monto que no puede exceder –en principio- del quince por ciento (15%); sin embargo, la aceptación del adicional sólo debe ser posible si son necesarios para alcanzar la finalidad del contrato.

Por ello, tendrá que evaluarse la necesidad objetiva de la prestación adicional, pues puede permitir la adquisición de bienes, servicios u obras ajenos a la finalidad señalada y que solo permitan un mayor pago al contratista. Situación similar ocurre en el caso de la reducción de prestaciones, toda vez que esta permite que se devuelva parte de la garantía al postor de forma proporcional al monto en que se ha reducido la adquisición del bien, servicio u obra.

La ampliación injustificada del plazo contractual, por su parte, podría evitar el cobro de la garantía o la penalidad por mora. Por ello, debe tenerse en cuenta que la ampliación sólo procede cuando se aprueba un adicional y se acredita que este requiere de mayor tiempo al acordado para su realización y procede también por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista. En

casos distintos, la ampliación del plazo puede denotar un favorecimiento indebido para evitar los cobros ya referidos.

Respecto a la recepción y conformidad del bien o servicio la normativa exige, como se ha explicado antes, un informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales. En ese estadio, será su responsabilidad comprobar dichas características pues ello determinará el pago al contratista. Justamente por lo anterior, este constituye un espacio también vulnerable a la corrupción pues como ha sucedido en múltiples ocasiones, suele ser utilizado para cubrir una serie de incumplimientos que devendrían en la ausencia de pago<sup>127</sup>.

Cabe resaltar que las irregularidades no solo se producen con la mera recepción y conformidad. Puede ocurrir también que el informe del responsable del área usuaria establezca observaciones a la obra y que el contratista deba subsanarlas en el plazo indicado. En este ámbito pueden surgir negociaciones para aceptar el bien o servicio con subsanaciones parciales o sin estas a fin de que proceda el pago.

En el caso de las obras, ocurre algo similar. Como sabemos, culminada la obra el residente anotará el hecho en el cuaderno de obras y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor de la obra deberá entonces ratificar dicha comunicación a fin de que se instale un comité de recepción que junto al contratista verificarán el fiel cumplimiento de lo establecido en el contrato y se procederá al pago.

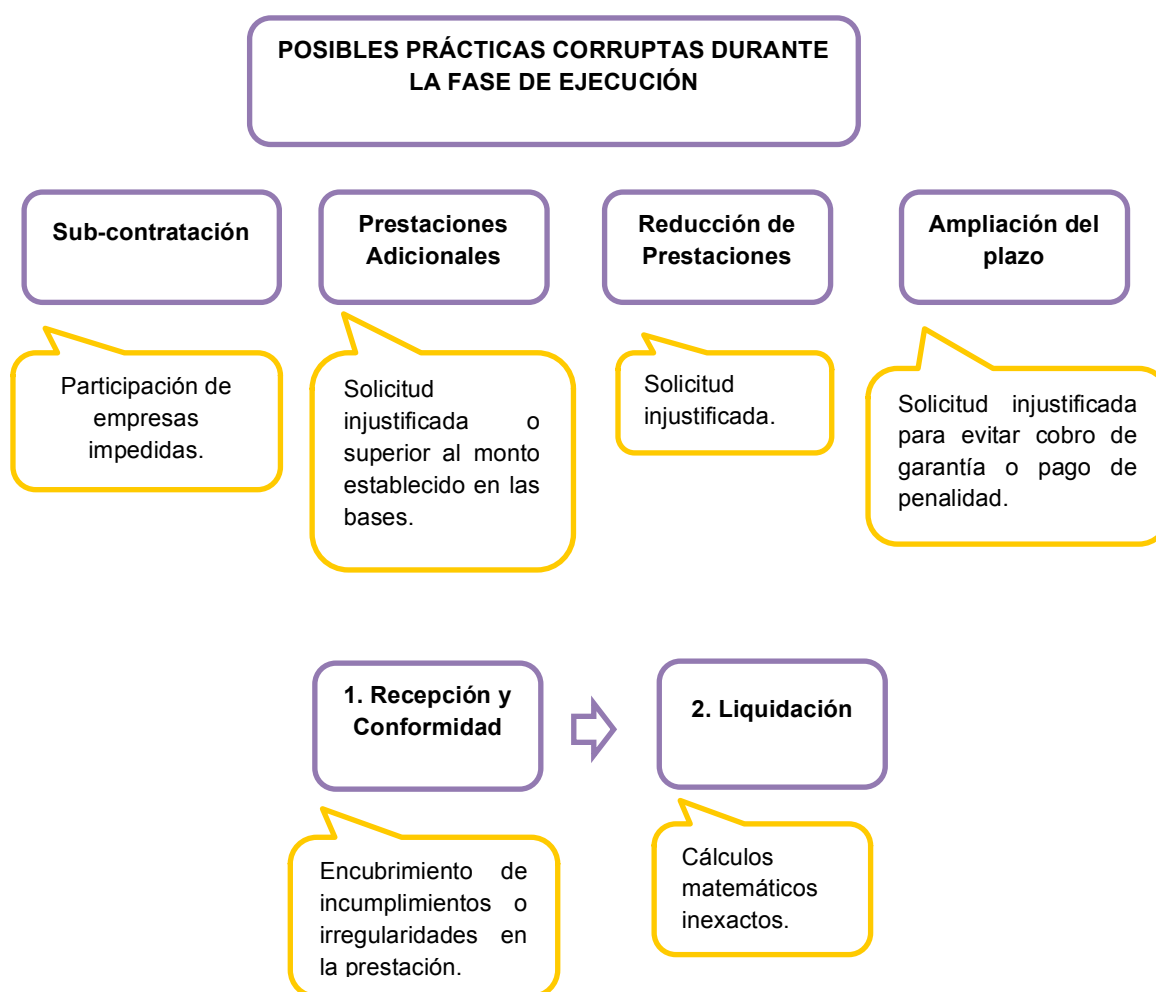
Aunque son más funcionarios encargados, bien podría presentarse una coordinación entre todos ellos para beneficiar al contratista con la conformidad de la obra. Puede suceder también que el residente y el inspector o supervisor den el visto bueno cuando resulte evidente que la obra entregada no se

---

<sup>127</sup> Cabe resaltar que las irregularidades no solo se producen con la mera recepción y conformidad. Puede ocurrir también que el informe del responsable del área usuaria establezca observaciones a la obra y que el contratista deba subsanarlas en el plazo indicado. En este ámbito pueden surgir negociaciones para aceptar el bien o servicio con subsanaciones parciales o sin estas a fin de que proceda el pago.

corresponde ni mínimamente con lo establecido en el contrato. Al mismo tiempo, puede ocurrir que instalado el comité de recepción, realice observaciones y acepte la obra a pesar de que estas no sean subsanadas a cabalidad por el contratista.

En cuanto a la liquidación de la prestación, el contratista puede realizar cálculos matemáticos inexactos para beneficiarse del dinero de la entidad, ya sea evitando devoluciones o determinando que la prestación realizada se corresponde con el pago efectuado, situación que el funcionario responsable avala.



Queda mencionar que también pueden presentarse prácticas corruptas durante la resolución de los recursos de apelación como en el marco de una

conciliación o un arbitraje. Según la normativa del 2008 y la actual, el recurso de apelación procede respecto de las actuaciones realizadas durante la fase de selección del procedimiento de contratación; mientras que para la fase de ejecución y las controversias que surjan sobre la interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se debe recurrir al arbitraje o la conciliación (según el acuerdo de las partes) y únicamente al arbitraje respecto de la nulidad del contrato<sup>128</sup>.

En el fondo, casi todas las actuaciones propias del ciclo de la contratación resultan pasibles de ser utilizadas para favorecer a terceros. Más allá de que se intente perfeccionar la regulación estableciéndose mayores controles, el interés que suscita la contratación pública en razón del dinero que maneja, impulsará la creación de estrategias para evadir estos controles e incluso encubrirlos a través de la propia norma.

Esta realidad ha llevado a sostener que la casuística de prácticas corruptas realizadas en el seno de la Administración Pública resulta inabarcable, pues “la picaresca y la imaginación humana van más allá de cualquier regulación y, por tanto, nuevas conductas vulneradoras continuarán surgiendo”<sup>129</sup>.

En ese marco, se puede hablar además de la “parametrización de los procedimientos administrativos” en el ciclo de la contratación, es decir, la existencia de “procedimientos que visten de manera formal la atención a intereses particulares, clientelistas, ajenos en definitiva al principio de atención preferente al interés general que debe inspirar toda actuación pública”<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> Artículo 52° y 53° del Decreto Legislativo N° 1105. Artículos 41° a 45° de la Ley N° 30225.

<sup>129</sup> ALVAREZ CIVANTO, O., *Las claves del buen gobierno en la Administración Pública*, Comares, Granada, 2010, pág. 101.

<sup>130</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., “Reflexiones sobre una posible etiología de las malas prácticas y la corrupción en el ámbito de las Administraciones Públicas”, en: ROMERO GUZMÁN, J., RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y J. OLIVARES TRAMÓN (edits.), *Buen gobierno y Corrupción. Algunas perspectivas*, Derecho UC, Santiago de Chile, 2009, pág. 140.

Este tipo de casos, como explica Nevado-Batalla supone un nivel de agresión al ordenamiento y a los derechos de los ciudadanos de mayor calado incluso que las actuaciones de hecho, ya que están instrumentalizando normas y técnicas que tratan de garantizar la objetividad y el acierto de una decisión pública para camuflar la atención a ilegítimos intereses. En otras palabras, el derecho, la legalidad, se utiliza como coartada de un fenómeno de corrupción, lo que agrava considerablemente la vulneración cometida<sup>131</sup>.

Lo anterior no debe llevarnos a pensar que la regulación resulta innecesaria. De hecho, esta permite un mejor manejo de la contratación, orientándola a favorecer el interés público y a prevenir la corrupción a través del establecimiento de procedimientos uniformes. Un claro ejemplo de ello se encuentra en el esfuerzo de la Unión Europea por estandarizar las reglas de la contratación pública en su ámbito, habiendo aprobado el 26 de febrero de 2014 la Directiva 2014/24/UE que establece procedimientos de contratación aplicables a los países miembros y por los cuales, estos deberán adecuar sus legislaciones nacionales.

---

<sup>131</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., “Reflexiones sobre una posible etiología de las malas prácticas y la corrupción en el ámbito de las Administraciones Públicas”, op. cit., pág. 140. Resultan claros ejemplos de esta parametrización, según el autor: el incumplimiento por parte de las empresas públicas y entidades asimiladas de la normativa sobre contratos de las Administraciones Públicas en materia de licitación, publicación y adjudicación de obras y servicios; la ampliación de las contrataciones por “modificados y complementarios de obras” que dan lugar a incrementos del coste primitivo del proyecto en porcentajes o cuantías muy elevadas, además de la adjudicación sin nuevo concurso al contratista inicial, cuyas causas (circunstancias no previstas o necesidades nuevas) no están suficientemente justificadas; división irregular y artificial de proyectos con la que se eluden las obligaciones contractuales sobre publicación y adjudicación, acudiendo a procedimientos directos sin publicidad en los Boletines o Diarios Oficiales; recuro a los procedimientos de urgencia en la tramitación o negociados directos en la adjudicación sin justificación suficiente conforme a las normas de contratación pública; no sometimiento de las Fundaciones y demás entidades creadas por la administración para la realización de servicios públicos a la normativa sobre contratación pública; introducción de cláusulas discriminatorias en los pliegos de licitación, relativas a circunstancias ajenas al objeto del contrato. NEVADO-BATALLA MORENO, P., “Reflexiones sobre una posible etiología de las malas prácticas y la corrupción en el ámbito de las Administraciones Públicas”, op. cit., págs. 144-145.

En realidad, la prevención de la corrupción requiere de la regulación pero esta debe estar acompañada de otras medidas preventivas como el fortalecimiento de la transparencia, la vigilancia ciudadana, el compromiso del gremio empresarial y, sin duda, de la profesionalización de los operadores del sistema de contratación.

Esta última resulta clave no solo para evitar manejos desviados, sino también, porque solucionaría en gran medida los problemas que tanto se atribuyen a la Administración: la ausencia de funcionarios expertos en contratación pública, la ineficacia y lentitud administrativa para la resolución de cuestiones que puedan suscitarse en el ciclo de la contratación y la sobrerregulación, que permite “un oneroso tinterillaje administrativista y múltiples interpretaciones respecto de un mismo supuesto de hecho”<sup>132</sup>.

Ahora bien, queda claro que la gravedad del problema requiere no solo de medidas preventivas pues los acuerdos parcializados o los actos interesados no siempre quedarán descartados antes de su comisión, sino que en la mayoría de los casos, serán detectados con posterioridad a su realización y las medidas preventivas, como el Régimen General de Contratación, no serán suficientes para hacerles frente.

## **2.2 Los regímenes especiales de contratación estatal y su capacidad preventiva frente a la corrupción. En especial, los procedimientos para la concesión de obras de infraestructura pública y servicios públicos como mecanismos preventivos insuficientes frente a este fenómeno**

Poco se ha debatido y estudiado sobre los Regímenes de Contratación Especial como medidas de prevención de la corrupción; es decir, como

---

<sup>132</sup> KUNDMÜLLER CAMINITI, F., “Las contrataciones y adquisiciones públicas”, op. cit., pág. 31.

mecanismos que permiten prevenir este fenómeno en el ciclo de la contratación.

En realidad, el interés se ha centrado siempre en el Régimen General, aparentemente, porque este implica un desembolso fijo de dinero público. Sin embargo, no debe perderse de vista que muchos de los primeros involucran también el patrimonio estatal, y más importante, constituyen actividades al servicio de los ciudadanos. Incluso, en regímenes como la Concesión de Obras de Infraestructura Pública y Servicios Públicos, la compensación por la prestación será pagada por los usuarios, lo que implica grandes sumas de dinero.

Por ello, no podemos dejar de referirnos a estos regímenes en el presente trabajo, aunque debido a su diversidad haremos un análisis breve de ellos para detenernos luego en los Contratos de Concesión de Obras de Infraestructura Pública y Servicios Públicos.

En ese marco, conviene señalar que de acuerdo al artículo 4° de la Ley N° 30225, existen contratos estatales no comprendidos en el ámbito de aplicación de estas normas, vale decir, del Régimen General de Contratación. Debido a las particularidades que estas modalidades revisten, se les ha excluido del alcance de estas leyes y se les ha denominado “Regímenes Especiales de Contratación”.

Martínez Zamora<sup>133</sup> clasifica estas modalidades en razón del motivo por el cual no se encuentran comprendidas en el Régimen General. A pesar de las modificaciones que este viene sufriendo como de los cambios llevados en los propios regímenes especiales, consideramos que la clasificación propuesta por el autor resulta ejemplificativa, por lo que pasamos a detallarla:

- Por razón de concepto: comprende aquellas operaciones realizadas por la entidad pública en las que no se lleva a cabo la compra de bienes o la

---

<sup>133</sup> MARTÍNEZ ZAMORA, M., “Los supuestos de inaplicación del régimen de contratación pública”, en: *Revista Jurídica del Perú*, T. 77, Julio, 2007, págs. 87-101.

contratación de servicios u obras mediante la disposición de dinero público.

Entre estos supuestos se encuentran los actos de administración, gestión y disposición (incluso onerosa) de los bienes muebles e inmuebles de propiedad estatal a cargo de la Superintendencia de Bienes Nacionales; como la transferencia de acciones y activos de propiedad del Estado en el marco de procesos de privatización.

A su vez, encontramos a los contratos de concesión de recursos naturales, obras públicas de infraestructura y bienes y servicios públicos. En estos supuestos, “el Estado no se desprende de un bien sino que lo cede por un tiempo determinado para que un tercero lo utilice y obtenga una ventaja económica contra la prestación de un conjunto de obligaciones (incluida una contraprestación en favor del estado, de ser el caso)”<sup>134</sup>.

- Por razones financieras: comprende las operaciones de endeudamiento interno o externo; y los contratos bancarios y financieros celebrados por las entidades. En estos casos, el “Estado no está disponiendo de recursos dinerarios para la satisfacción de sus necesidades; por el contrario, está celebrando contratos que se encuentran en una etapa previa a la satisfacción de estas, agenciándose de los recursos monetarios necesarios o adoptando medidas para la preservación o cuidado de los mismos”<sup>135</sup>.
- Por razón de naturaleza: comprende supuestos no referidos a la adquisición de bienes, obras o servicios sino más bien a la contratación de trabajadores, servidores o funcionarios públicos que mantienen una

---

<sup>134</sup> MARTÍNEZ ZAMORA, M., “Los supuestos de inaplicación del régimen de contratación pública” op. cit., pág. 90.

<sup>135</sup> MARTÍNEZ ZAMORA, M., “Los supuestos de inaplicación del régimen de contratación pública”, op. cit., pág. 91.



relación laboral directa con el Estado y están sujetos al régimen de la carrera administrativa o al régimen laboral de la actividad privada.

A su vez, están comprendidas en este grupo las modalidades de ejecución presupuestal indirecta realizadas mediante convenios, vale decir, acuerdos en los que el Estado no persigue fines lucrativos aunque puede involucrar recursos públicos para cubrir costos administrativos.

- Por razón de territorialidad: comprende los contratos internacionales regulados por los tratados en que el Perú sea parte o, en su defecto, por la costumbre y las prácticas del comercio internacional; como las contrataciones y adquisiciones que realicen las misiones del servicio exterior de la república, exclusivamente para su funcionamiento y gestión.
- Por razón de especialidad: comprende la contratación de auditorías externas en o para las entidades del sector público como la contratación de notarios públicos, los servicios brindados por conciliadores, árbitros, centros de conciliación, instituciones arbitrales y demás derivados de la función conciliatoria y arbitral; y las publicaciones oficiales que deban hacerse en el diario oficial El Peruano.
- Por razón de cuantía o área liberada del régimen público general de compras y adquisiciones estatales: comprende aquellas adquisiciones y contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria vigente al momento de la transacción.

Como puede observarse, cada tipo de contrato responde a diferentes ámbitos y materias, y en ciertos casos, no implican desembolsos de dinero público (o por lo menos, no de forma total). Además, la regulación de estos regímenes se encuentra dispersa en diversas normas de nuestro ordenamiento

jurídico; situación que, según Kundmüller, resulta perniciosa para su sostenibilidad y adecuada gestión pública, por lo que urge su armonización<sup>136</sup>.

Ciertamente, la dispersión normativa y la falta de un estudio integral de todos los tipos de contrato desde la óptica anticorrupción, lo convierte en un campo atractivo para concretar desvíos de poder. A manera de ejemplo, queremos realizar este análisis respecto de los contratos de concesión de obras de infraestructura y servicios públicos.

### **2.2.1 El Régimen de los contratos de concesión de obras de infraestructura y servicios públicos como medida de prevención**

El Régimen de los Contratos de Concesión para Obras Públicas de Infraestructura y Servicios Públicos, busca promover la inversión privada en proyectos nacionales, sectoriales, regionales o locales que el Estado no puede cubrir por razones financieras o técnicas.

En el Perú, la regulación primigenia de este régimen estuvo a cargo del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su Reglamento.

Posteriormente, siguiendo la tendencia de varios países europeos y latinoamericanos, el nuestro implantó una nueva modalidad de participación de la inversión privada que permitía la colaboración entre el sector público y privado combinando adecuadamente las dos fuentes de financiamiento<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> KUNDMÜLLER CAMINITI, F., “Las contrataciones y adquisiciones públicas”, op. cit., pág. 32.

<sup>137</sup> VASSALLO MAGRO, J., *Asociación Público-Privada en América Latina: Aprendiendo de la experiencia*, CAF Banco de Desarrollo de América Latina, Bogotá, 2015, pág. 20.

Surgieron así las Asociaciones Público-Privadas (APPs); es decir, modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos<sup>138</sup>.

Esta modalidad de inversión está regulada en la actualidad por el Decreto Legislativo N° 1012 “Ley marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada” del 13 de mayo del 2008 y el Decreto Supremo N° 127-2014-EF “Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012” del 31 de mayo del 2014. Cabe señalar que para lo no regulado en ambas normas, se recurre supletoriamente al Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su Reglamento.

Este entramado legal no ha favorecido la participación del sector privado en la medida esperada. De hecho, adolece de vacíos que han permitido la confusión entre los operadores del procedimiento de contratación y que han devenido en largos periodos de espera, incluso para la formación inicial del contrato. Sumado a ello, la intervención de los distintos niveles de gobierno “en ocasiones ha resultado muy compleja y ha causado que se pierda la eficacia del sistema”<sup>139</sup>.

Por ello, el 25 de setiembre del 2015 se publicó el Decreto Legislativo N° 1224 “Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas (APPs) y Proyectos en Activos” que derogará el Decreto Legislativo N° 1012, su Reglamento y toda regulación

---

<sup>138</sup> Artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1012. Artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1224.

<sup>139</sup> VASSALLO MAGRO, J., *Asociación Público-Privada en América Latina*, op. cit. pág. 35.

anterior desde su entrada en vigencia, es decir, a partir de la publicación de su respectivo Reglamento.<sup>140</sup>

La nueva normativa pretende agilizar los procedimientos para la conformación de APPs mediante el establecimiento de un marco normativo unificado que cubra los vacíos legales de las normas anteriores y que permita solucionar los obstáculos que han impedido el fomento de la inversión en todos los niveles de gobierno.

De ese modo, la evolución del régimen de las concesiones se ha centrado –como la propia nomenclatura de la normas indica- en la promoción de la inversión; sin embargo, no debe perderse de vista que las obras de infraestructura y servicios públicos que realizan los privados cumplen un fin prestacional para la sociedad, por lo que deben guardar las condiciones necesarias para que sirvan a los ciudadanos en toda su magnitud.

En el fondo, lo anterior no sólo requiere de mecanismos que incentiven la inversión privada, sino también, del establecimiento de procedimientos contractuales que propicien la obtención y ejecución de contratos que favorezcan las necesidades de la población.

Debe recordarse además, que la inversión realizada por el privado será compensada posteriormente mediante el cobro de tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de inversiones, vale decir, mediante la explotación de la obra o servicio, cuyo pago corresponde a los propios usuarios.<sup>141</sup>

Como en el Perú coexistirán –por lo menos por un tiempo- el régimen contenido en el Decreto Legislativo N° 1012 y el Decreto Legislativo N° 1224,

---

<sup>140</sup> Undécima y Décimo Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1224.

<sup>141</sup> Por ello, conviene detenerse a analizar si los procedimientos contractuales establecidos se constituyen en ese primer filtro jurídico necesario -aunque no suficiente- para evitar acuerdos o intereses ilegítimos en desmedro de la sociedad, vale decir, prácticas corruptas.

haremos referencia a ambos. En el segundo caso, nuestra apreciación será limitada debido a que el proyecto de reglamento de la norma aún no ha sido presentado.

De acuerdo a los Decretos Legislativos N° 1012 y 1224 existen dos modalidades de financiamiento para una APP: la primera, requiere cofinanciamiento público y la segunda, denominada autofinanciada, posee capacidad propia de generación de ingresos.<sup>142</sup>

Esta clasificación resulta importante –entre otras cosas- porque junto con el ámbito geográfico de la contratación, determinan el Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP) competente. En efecto, en el caso del Gobierno Nacional, los Organismos Promotores de la Inversión Privada son la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSION) para los proyectos que se le asignen en función a su relevancia nacional y los Ministerios a través del Comité de Inversiones.<sup>143</sup>

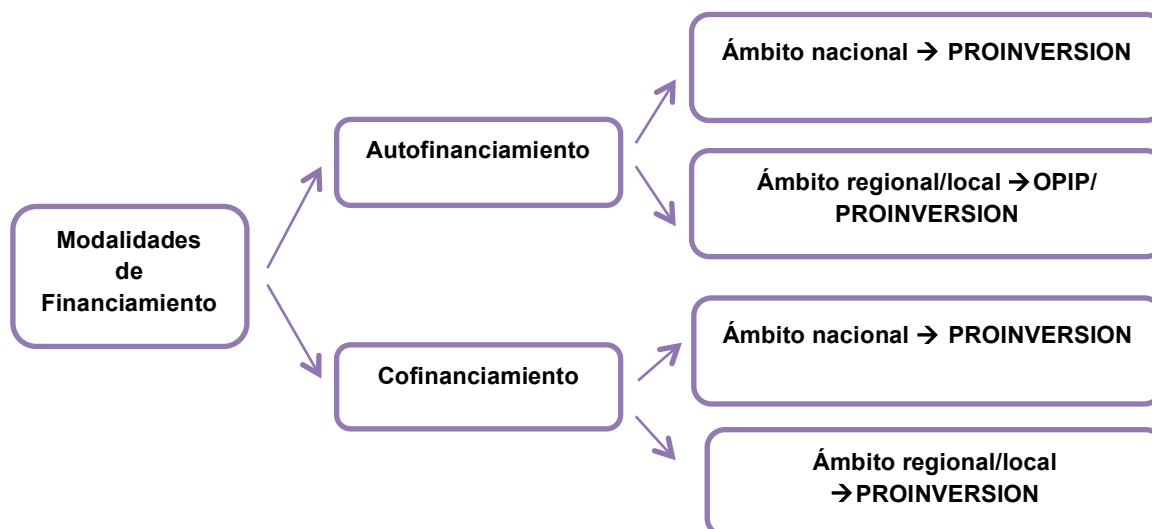
En cambio, cuando se trata de un proyecto de envergadura regional o local, la competencia dependerá de la modalidad de financiamiento del proyecto: cuando el proyecto sea cofinanciado, será tramitado a través de PROINVERSION; no obstante, si se trata de proyectos auto-sostenibles o autofinanciados serán competentes los Organismos Promotores de la Inversión Privada de los Gobiernos Regionales o Locales a través de Comités de Inversión, aunque estos pueden decidir que el procedimiento se lleve a cabo ante PROINVERSION<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1012. Artículo 13° del Decreto Legislativo N° 1224.

<sup>143</sup> Artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1012 y Artículo 6° del Decreto Supremo N° 127-2014-EF. Artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1224.

<sup>144</sup> Artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1012 y Artículo 6° y 11° del Decreto Supremo N° 127-2014-EF. Artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1224.



En esa medida, cuando hagamos referencia en adelante al Organismo Promotor de la Inversión Privada competente, el lector tendrá que colocarse en los supuestos mencionados para su determinación.

Ahora bien, los procedimientos para la promoción de la inversión a través de APPs se inician mediante dos tipos de iniciativa: la primera es una iniciativa estatal, a través de la cual la entidad pública identifica la obra o servicio requerido en el ámbito nacional, regional o local en el que promoverá la inversión privada. La segunda es una iniciativa privada, en la que el propio particular le propone al Estado la realización de determinada obra o servicio.<sup>145</sup>

En el caso de iniciativas estatales, el Decreto Legislativo N° 1012 establece, como primera regla de actuación, la realización por parte de la entidad de un diagnóstico sobre las prioridades nacionales, sectoriales, regionales o locales para desarrollar proyectos de inversión, indicando su importancia en cada ámbito<sup>146</sup>. Con ello, la entidad remitirá un Informe de Evaluación al OPIP correspondiente, indicando –entre otras cosas- la consistencia del proyecto, la pertinencia de la participación privada en la

<sup>145</sup> Artículo 11 numeral 1) del Decreto Legislativo N° 1224.

<sup>146</sup> Artículo 7° numeral 1) del Decreto Legislativo N° 1012.

provisión de infraestructura pública o de servicios públicos, como la modalidad para su financiamiento<sup>147</sup>.

Si se trata de un proyecto autosostenible, el Informe deberá indicar, entre otras cosas, el diagnóstico sobre la provisión actual de la infraestructura pública o servicio público, la descripción preliminar del nivel de servicio a alcanzar, las inversiones y costos de operación y mantenimiento estimados, las tarifas, la evaluación económico-financiera preliminar como Asociación Público Privada, la identificación y asignación preliminar de riesgos, la estimación preliminar de las garantías financieras o no financieras que podrían ser requeridas y la capacidad de la entidad para asumir dichos compromisos, las ventajas de desarrollar el proyecto mediante una Asociación Público Privada. Tratándose de un proyecto cofinanciado, el Informe deberá señalar además, la viabilidad del proyecto de acuerdo con las normas del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP)<sup>148</sup>.

Si el Informe contiene toda la información requerida y el OPIP respectivo lo considera, el proyecto será incorporado al Procedimiento de Promoción de la Inversión Privada. Los proyectos de inversión calificados como auto-sostenibles pasarán inmediatamente a la etapa de diseño del proyecto que estará a cargo del OPIP, que requerirá la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas respecto del otorgamiento de garantías<sup>149</sup>.

El diseño del proyecto cofinanciado, incluyendo el análisis de la modalidad de APP será responsabilidad del respectivo OPIP y contará con la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas desde el punto de vista de la responsabilidad fiscal y la capacidad presupuestal<sup>150</sup>. Sólo con la

---

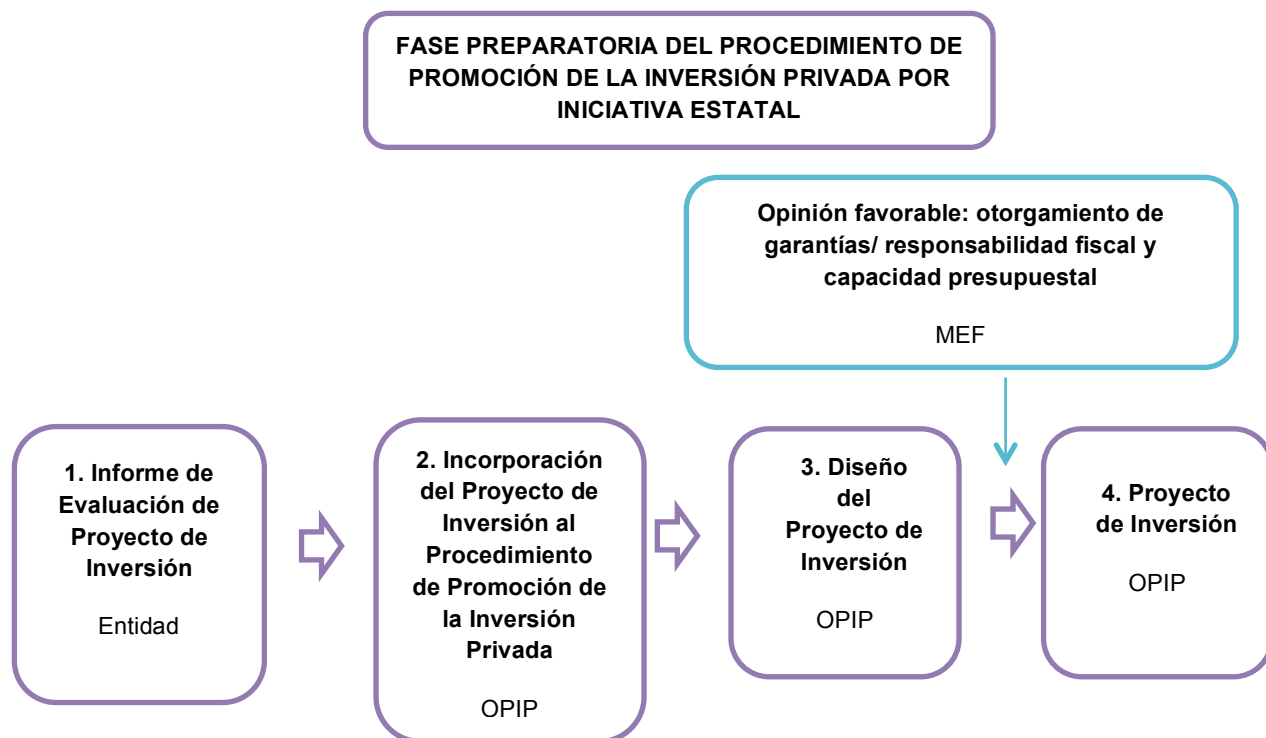
<sup>147</sup> Artículos 7° y 8° del Decreto Legislativo N° 1012. Artículo 7° inciso 1) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>148</sup> Artículos 7° y 8° del Decreto Legislativo N° 1012. Artículo 7° inciso 1) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>149</sup> Artículo 9° numeral 1) del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>150</sup> Artículo 9° numeral 2) del Decreto Legislativo N° 1012.

opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, el OPIP aprobará el Proyecto de Inversión, con cuya publicación se dará inicio a la fase de elección del postor.



En esta primera etapa, que podría considerarse preparatoria, pueden presentarse una serie de prácticas que tienen por finalidad evadir las reglas de actuación establecidas y que permitiría el favorecimiento de intereses distintos al público. Entre ellas se encuentra, por ejemplo, la elaboración de un Informe de Evaluación en el que la entidad determina la necesidad de una obra de infraestructura o servicio público que objetivamente no resulta importante dentro de las prioridades nacionales, sectoriales, regionales o locales o que no requiere ser realizada mediante una APP.

Recuérdese sobre este punto, que es de responsabilidad de las entidades públicas realizar un análisis comparativo respecto de si la participación privada en la provisión de la infraestructura pública o del servicio público y/o la prestación de los servicios vinculados a éstos que requiera



brindar el Estado, resultan más beneficiosos para la sociedad respecto de si éstos fuesen provistos por el Estado a través de una obra pública<sup>151</sup>.

Las conductas señaladas, que bien pueden extenderse a todos los requisitos que debe contener el Informe de Evaluación, pueden ser avaladas por el OPIP mediante la incorporación del Proyecto de Inversión al Procedimiento de Promoción de la Inversión Privada como en el diseño preliminar y final del Proyecto de Inversión, aunque en este último, el MEF podrá intervenir respecto al otorgamiento de garantías o la responsabilidad fiscal y la capacidad presupuestal.

Cuando el procedimiento nace de una iniciativa privada la legislación ha establecido otros controles. Si se trata de una iniciativa privada autosostenible, el proponente presentará su propuesta ante el Organismo Promotor de la Inversión Privada correspondiente<sup>152</sup>.

La propuesta deberá indicar el proyecto de infraestructura pública o servicio público que el Estado requiera brindar; los beneficios concretos que la ejecución del proyecto reportará para la localidad donde será ejecutado; la evaluación económica y financiera del proyecto; la evaluación preliminar del impacto ambiental y, de ser el caso, plan de mitigación social y ambiental; la capacidad financiera y técnica del proponente de la iniciativa privada; entre otros<sup>153</sup>.

Una vez presentada la iniciativa privada, el OPIP deberá evaluar la propuesta y si esta cumple con los requisitos señalados en el párrafo anterior, la admitirá a trámite. De lo contrario, el OPIP solicitará las subsanaciones del caso. En caso el proponente no cumpla con realizar la subsanación correspondiente, la propuesta de iniciativa privada será considerada por el

---

<sup>151</sup> Artículo 8° numeral 1) del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>152</sup> Artículo 20° numeral 1) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>153</sup> Artículo 20° numeral 1) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

Organismo Promotor de la Inversión Privada como no presentada, procediendo a su devolución con todos sus anexos.<sup>154</sup>.

Admitida la propuesta, el OPIP deberá solicitar la opinión favorable de la entidad a cuyo ámbito corresponde el proyecto, sobre la relevancia y consistencia de este con las prioridades nacionales, regionales o locales, según corresponda<sup>155</sup>. En ese contexto, por única vez la entidad podrá requerir información adicional o realizar consultas sobre la iniciativa privada al Organismo Promotor de la Inversión Privada, pudiendo este requerir información adicional al proponente, quien deberá entregar dicha información dentro del plazo.<sup>156</sup>

Confirmada la relevancia de la propuesta, el Organismo Promotor de la Inversión Privada publicará en su portal institucional información sobre algunos aspectos del proyecto como el nombre y tipo del proyecto, sus objetivos, los beneficios concretos que reportará su ejecución, su ámbito de influencia, entre otros.<sup>157</sup>

Con ello, el OPIP procederá a la evaluación de la iniciativa privada, estando facultado a proponer la introducción de ampliaciones y/o modificaciones que considere convenientes y/o necesarias en el contenido y diseño de la iniciativa privada, contando previamente con la opinión técnica de la entidad que emitió opinión sobre su relevancia.<sup>158</sup>

---

<sup>154</sup> Artículo 20º numeral 3) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>155</sup> Artículo 22º numeral 1) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>156</sup> Artículo 22º numeral 1) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>157</sup> Artículo 22º numeral 2) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012. Señala además este artículo que "(...) la opinión sobre la relevancia de la iniciativa privada que emitan las entidades tiene carácter vinculante para el Organismo Promotor de la Inversión Privada respecto a la continuación de su trámite. Las entidades no podrán emitir dicha opinión una vez vencido el plazo máximo previsto en el párrafo anterior, bajo responsabilidad".

<sup>158</sup> Artículo 22º numeral 3) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012. La norma establece en el mismo articulado que "El proponente de la iniciativa privada contará con

Culminada la etapa de evaluación, el OPIP elaborará la propuesta de Declaración de Interés, la cual contendrá el análisis y el pronunciamiento respecto del interés del Estado sobre el proyecto materia de la iniciativa privada. Para la aprobación de la Declaración de Interés, el OPIP requerirá la opinión favorable de la entidad correspondiente y el Ministerio de Economía y Finanzas en caso se requieran garantías. Asimismo, se requerirá la opinión del organismo regulador cuando el proyecto sea financiado con tarifas de servicio público.<sup>159</sup>

Las iniciativas privadas autosostenibles serán declaradas de interés por acuerdo del órgano máximo del Organismo Promotor de la Inversión Privada<sup>160</sup>. La Declaración de Interés se publicará para que terceros interesados presenten sus expresiones de interés respecto a la ejecución del mismo proyecto u otro que a criterio del Organismo Promotor de la Inversión Privada resulte alternativo<sup>161</sup>.

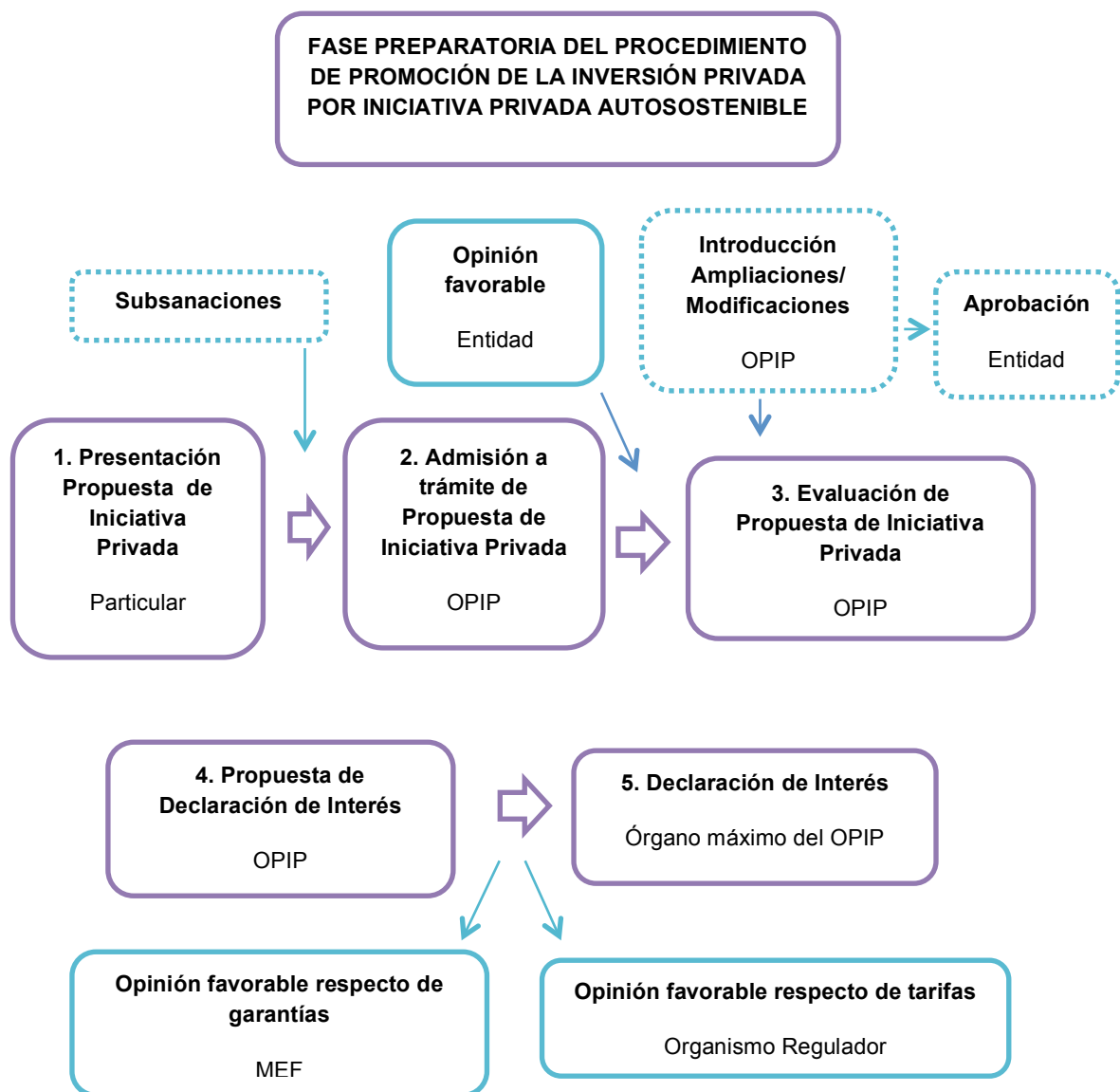
---

un plazo máximo de quince (15) días hábiles, contados desde la recepción de la comunicación del Organismo Promotor de la Inversión Privada, para expresar su conformidad o disconformidad con las ampliaciones y/o modificaciones propuestas. Una vez aceptadas las ampliaciones y/o modificaciones por el proponente, el Organismo Promotor de la Inversión Privada le otorgará un plazo prudencial, de acuerdo al caso, para incorporarlas al proyecto. En caso de disconformidad del proponente o si este no se pronuncia dentro del plazo antes indicado, el Organismo Promotor de la Inversión Privada rechazará la iniciativa privada mediante pronunciamiento expreso”.

<sup>159</sup> Artículo 23º numeral 1) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>160</sup> Artículo 23º numeral 3) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>161</sup> Artículo 23º numeral 4) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.



En las etapas que hemos podido delinear, pueden evadirse las exigencias establecidas en el Decreto Legislativo N° 1012 desde la admisión a trámite de la propuesta de la iniciativa privada. Ciertamente, el OPIP podría admitir a trámite una propuesta que el Estado no requiere brindar o que no reporte beneficios concretos a la localidad donde será ejecutado, entre otros. Incluso, a pesar de haber planteado subsanaciones a la propuesta, el OPIP podría aceptar a trámite de la propuesta sin que estas hayan sido absueltas correctamente.

Con ello y la aprobación de la entidad, el OPIP evaluará la propuesta bajo los criterios ya aceptados que podrá extender a la preparación de la Propuesta de Declaratoria de Interés. Por ello, se ha establecido un límite a través de la participación del MEF respecto al otorgamiento de garantías por parte de entidad y del organismo regulador cuando se trate del pago de tarifas. Con todo, la aprobación final de la Declaratoria de Interés compete al órgano máximo del propio OPIP, por lo que en ese estadio bien puede direccionarse la contratación.

En cuanto a la fase preparatoria de las iniciativas privadas cofinanciadas, se ha dispuesto que el proponente presentará la propuesta ante PROINVERSIÓN durante los primeros cuarenta y cinco (45) días calendario de cada año. Esta deberá contener el nombre y tipo del proyecto de infraestructura pública o servicio público; el ámbito de influencia del proyecto; los objetivos, incluyendo las características del servicio y, de resultar aplicable, el nivel de servicio a alcanzar; los beneficios sociales del proyecto; las razones por las cuales se escoge el proyecto sujeto a aprobación, entre otras alternativas; el costo total de la inversión y el cofinanciamiento del Estado; el cronograma de ejecución de las inversiones y cronograma del requerimiento de los recursos públicos; entre otros<sup>162</sup>.

Con ello, PROINVERSIÓN evaluará la propuesta y deberá aprobar su capacidad técnica y financiera. Si todos los requisitos han sido cumplidos, la admitirá a trámite<sup>163</sup>. Sin embargo, PROINVERSION podrá requerir la subsanación de observaciones y/o aclaraciones al contenido de la Iniciativa Privada. Si el proponente no cumple con realizar dicha subsanación en el plazo previsto, PROINVERSIÓN considerará la propuesta de iniciativa privada como

---

<sup>162</sup> Artículo 25º numeral 1) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>163</sup> Artículo 25º numeral 2) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

no presentada, procediendo a su devolución con todos sus anexos<sup>164</sup>. En caso contrario, la propuesta será admitida a trámite.

Seguidamente, se remitirá a las entidades el conjunto de las iniciativas privadas que recaigan en proyectos de su competencia, para que estas emitan opinión sobre la consistencia de aquellas con sus objetivos estratégicos<sup>165</sup>. En ese marco, las entidades podrán solicitar a los proponentes la exposición de la propuesta de iniciativa privada. En caso las entidades públicas no emitieran su opinión en el plazo, éstas se entenderán como no favorables, en cuyo caso, se rechazará la propuesta de Iniciativa Privada<sup>166</sup>.

Para la opinión favorable sobre la relevancia y prioridad de la propuesta, la entidad tomará en cuenta la opinión del MEF. En el caso de los proyectos de competencia del Gobierno Nacional, PROINVERSION solicitará al Ministerio de Economía y Finanzas el Informe de Impacto Fiscal. En el caso de los proyectos de competencia de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, PROINVERSIÓN solicitará al Ministerio de Economía y Finanzas opinión sobre el monto máximo de los compromisos que podrían asumir dichas entidades<sup>167</sup>.

De emitirse la opinión de relevancia y prioridad, PROINVERSIÓN publicará en su portal institucional la lista de dichas iniciativas<sup>168</sup>. Con ello, deberá obtenerse la viabilidad del proyecto de inversión pública en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública y realizada la evaluación del Análisis Comparativo, PROINVERSIÓN elaborará la propuesta de Declaración de Interés.<sup>169</sup>

---

<sup>164</sup> Artículo 25° numeral 2) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>165</sup> Artículo 27° numeral 1) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>166</sup> Artículo 27° numeral 1) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>167</sup> Artículo 27° numeral 2) literales a) y b) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>168</sup> Artículo 27° numeral 3) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

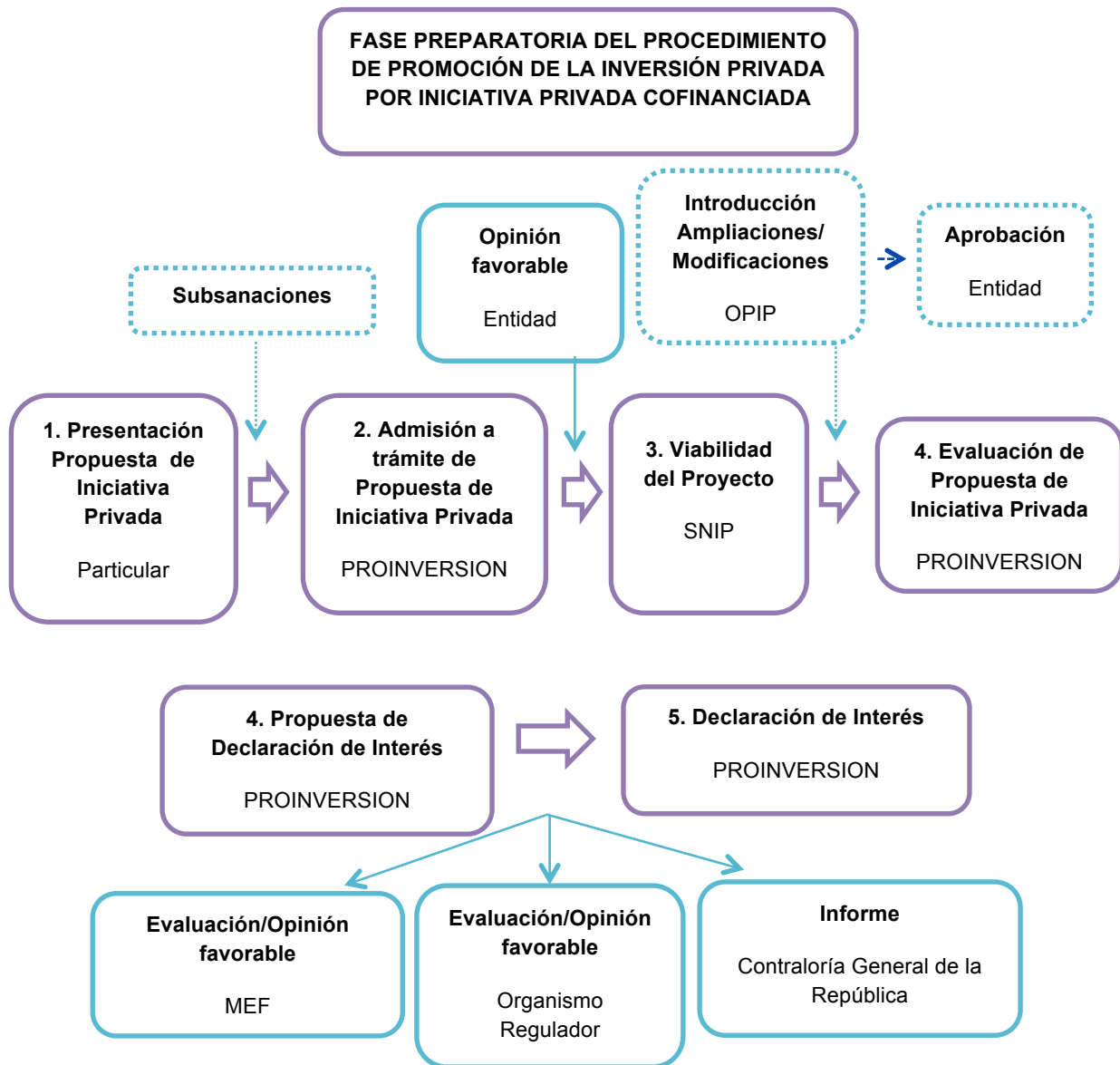
<sup>169</sup> Artículo 27° numeral 4) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

En ese marco, se solicitará la opinión favorable de la entidad competente y del Ministerio de Economía y Finanzas. En este último caso, la opinión deberá incluir el pronunciamiento sobre la evaluación del Análisis Comparativo, la responsabilidad fiscal y la capacidad presupuestal, así como, los demás aspectos de su competencia. PROINVERSIÓN también solicitará la opinión del organismo regulador cuando la iniciativa privada sea cofinanciada con tarifas de servicio público y la opinión de la Contraloría General de la República sobre aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado.<sup>170</sup>

Con lo anterior, PROINVERSION aprobará la Declaratoria de Interés y procederá a su publicación, a fin de que terceros presenten sus expresiones de interés respecto de la realización del proyecto.

---

<sup>170</sup> Artículo 27º numeral 4) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.



Durante la fase preparatoria del procedimiento de promoción de la inversión privada por iniciativa privada cofinanciada, aunque se han establecido mayores controles que en los casos anteriores, pueden también presentarse prácticas que pretendan evadir las reglas de actuación que hemos reseñado, con el fin de favorecer a determinado inversor.

Como ocurre con el caso de las iniciativas privadas autosostenibles, puede admitirse a trámite una propuesta que no presente la información requerida, incluso a pesar de las subsanaciones solicitadas por PROINVERSION. Esta



propuesta podría ser considerada por la entidad como prioritaria y así lograr ser evaluado en el SNIP.

En la evaluación de la propuesta que realiza PROINVERSION como en la elaboración de la Declaratoria de Interés puede también beneficiarse a un inversor, pasando por alto especificaciones necesarias que la propuesta debe contener pero además, a través de la solicitud de modificaciones o ampliaciones (aunque estas últimas deberán ser aprobadas por la entidad).

En la aprobación final de la Declaratorio de Interés, los favorecimientos pueden ser más complicados por cuanto participan el MEF, el organismo regulador correspondiente y la Contraloría General de la República, pero su participación se refiere a temas específicos, la responsabilidad fiscal y la capacidad presupuestal (y otras de su competencia), el establecimiento de tarifas de servicio público y los aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado.

Ahora bien, luego de la publicación de la Declaratoria de Interés o del Proyecto de Inversión, según sea el caso, pueden suceder dos cosas: que se presente más de un postor o uno o más distintos al proponente de la iniciativa privada, o que el único postor sea el proponente de la iniciativa privada.

En el primer caso, la selección del postor se efectuará a través de Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales, de acuerdo a lo establecido en las Bases. Estas incluirán la información publicada en la Declaración de Interés, las condiciones administrativas correspondientes y las normas aplicables.<sup>171</sup> En el segundo caso, en cambio, se procederá a la adjudicación directa del proyecto.<sup>172</sup>

El Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento no han establecido mayores lineamientos respecto a la fase de selección. Destaca, en todo caso,

---

<sup>171</sup> Artículo 31° numeral 2) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>172</sup> Artículo 32° numeral 1) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

que cuando se instauren métodos de selección competitivos y el proponente participe cumpliendo con presentar la documentación requerida en las bases a efectos de ser considerado un postor precalificado, así como una oferta técnica y económica válidas, tendrá derecho a igualar la oferta que hubiera quedado en primer lugar. De ejercer este derecho, se procederá a un desempate definitivo<sup>173</sup>.

Si recurrimos al Decreto Supremo N° 059-96-PCM y a su Reglamento, que constituyen normas aplicables al Régimen de los Contratos de Concesión de Infraestructura y Servicios Públicos en todo lo que no esté regulado, encontramos que la fase de selección debe contar –en principio- con las siguientes fases<sup>174</sup>:

- La publicación de la convocatoria del concurso en el Diario Oficial El Peruano y en dos diarios de circulación nacional por dos días consecutivos.
- La presentación de consultas o aclaraciones a las bases de los participantes.
- La absolución de consultas y aclaraciones del órgano encargado del ente competente.
- El acto público de recepción de propuestas.
- La evaluación de propuestas.
- La solicitud de correcciones, ampliaciones y/o aclaraciones a las propuestas.
- El otorgamiento de la concesión al titular de la propuesta más conveniente, por acuerdo del órgano encargado del ente competente.

---

<sup>173</sup> Artículo 31° numeral 3) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>174</sup> Artículo 23° del Decreto Supremo N° 059-96-PCM y artículos 14° a 19° del Reglamento del Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

El Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su Reglamento establecen además que la concesión se otorgará al titular de la propuesta técnica y económicamente más conveniente, la cual se determinará según el sistema de evaluación que se fije en las bases, teniendo en consideración, entre otros: el nivel tarifario y su estructura de ser el caso, el plazo de otorgamiento de la concesión, la oferta financiera, los ingresos garantizados por el Estado, el compromiso de riesgo asumido por el oferente, respecto del costo del proyecto y los riesgos en la explotación, la fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión, de ser el caso, y otros servicios adicionales, útiles y necesarios<sup>175</sup>.

En todo caso, urge el establecimiento de un procedimiento único para la realización de los métodos de elección competitivos como para la adjudicación directa. Resulta vital además, la determinación de los criterios de evaluación que deberán tomar en cuenta los OPIP o las otras partes involucradas para la selección definitiva del postor.

En la actualidad, PROINVERSION posee su propio método de elección de postor, mientras cada entidad local o regional el suyo. Lo mismo sucede con los criterios que cada entidad utiliza para calificar y evaluar las propuestas, realizar las modificaciones, absolver consultas u observaciones, etc. Ello propicia un espacio atractivo para la corrupción, pues al no existir reglas claras y uniformes pueden utilizarse, con cierta facilidad, criterios que favorezcan a un determinado postor.

Es cierto que el diseño final del contrato de Asociación Público-Privada a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada correspondiente, requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente, así como sin excepción y bajo sanción de nulidad, la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)<sup>176</sup>. Asimismo, se requerirá la opinión del

---

<sup>175</sup> Artículo 25° del Decreto Supremo N° 059-96-PCM y artículo 20° del Reglamento del Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

<sup>176</sup> Artículo 9° numeral 3) del Decreto Legislativo N° 1012. Artículo 14° numeral 1) del Decreto Legislativo N° 1012. De acuerdo al artículo 9° numeral 2) del Decreto

organismo regulador correspondiente cuando se establezca el pago de tarifas<sup>177</sup> y el Informe de la Contraloría General de la República respecto del crédito o la capacidad financiera del Estado para APPs cofinanciadas<sup>178</sup>; sin embargo, estos filtros analizan el propio contrato mas no el favorecimiento a determinado postor.

Por lo demás, no ha quedado claro el tema de las garantías que el Estado puede otorgar al privado. En un reciente informe que analiza la situación de las APPs en América Latina, se ha afirmado que en Perú “el sector público ha destacado a lo largo de los años por haber ofrecido numerosas garantías al sector privado para el desarrollo de APPs. Incluso, en algunos proyectos, a diferencia del modelo adoptado por el resto de países de América Latina, el Gobierno de Perú ha asumido también el riesgo de construcción. Esto ocurrió, por ejemplo, en las cuatro concesiones que conforman el proyecto de la carretera Interoceánica.”<sup>179</sup>

Sobre la fase de ejecución contractual conviene señalar que la supervisión de la realización de la obra de infraestructura o servicio público está encargada al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERG), al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) o al Organismo Supervisor de la

---

Legislativo N° 1012, cuando se trate de un proyecto cofinanciado a cargo de los Ministerios a través de los Comités de Inversión será necesario además, contar con la asesoría de PROINVERSION para el diseño final del proyecto, la determinación del monto máximo de cofinanciamiento y el otorgamiento o la contratación de garantías financieras

<sup>177</sup> Artículo 9° numeral 3) del Decreto Legislativo N° 1012. Artículo 14° numeral 1) del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>178</sup> Artículo 9° numeral 3) del Decreto Legislativo N° 1012. Según el artículo 9° numeral 3) del Decreto Legislativo N° 1012. Artículo 14° numeral 4) del Decreto Legislativo N° 1012, el plazo para la emisión de las opiniones al diseño final del contrato de Asociación Público Privada será no mayor de quince (15) días hábiles. Si no hubiera respuesta en dicho plazo, se entenderá que la opinión es favorable.

<sup>179</sup> VASALLO MAGRO, J., *Asociación Público-Privada en América Latina*, op. cit. págs. 40-41.

Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL)<sup>180</sup> cuando los contratos provengan de PROINVERSION y tengan alcance nacional o sectorial. En el resto de casos, las partes designan en el propio contrato a un supervisor particular, cuyo coste será cubierto por el concesionario.

El Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento hacen referencia a las modificaciones del contrato durante la fase de ejecución. Al respecto, se ha apuntado que estas procurarán no alterar su diseño original, la distribución de riesgos, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas ni el equilibrio económico financiero para ambas partes.<sup>181</sup>

Además, la modificación de los contratos de Asociación Público Privada requerirá la opinión previa del organismo regulador correspondiente, cuando se trate de proyectos bajo su competencia. Asimismo, se requerirá la opinión no vinculante del Organismo Promotor de la Inversión Privada y la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, en aquellos casos que altere el cofinanciamiento, las garantías, así como ante cambios en los parámetros económicos y financieros del contrato y aquellos cambios que puedan generar modificaciones al equilibrio económico financiero del contrato de Asociación Público Privada o que puedan generar contingencias fiscales al Estado<sup>182</sup>.

En caso la modificación contractual desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del costo total del proyecto, la entidad, siempre que la naturaleza del proyecto lo permitiera, evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a negociar una modificación al contrato de Asociación Público Privada<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> Artículo 25° del Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

<sup>181</sup> Artículo 15° numeral 1) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>182</sup> Artículo 15° numeral 3) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

<sup>183</sup> Artículo 15° numeral 2) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

Estas reglas de actuación son básicamente las reguladas para la fase de ejecución. Se entiende que OSINERG, OSITRAN y OSIPTEL cuenten con normativa propia para la supervisión de las obras o servicios de su competencia; aunque no se han establecido criterios para la recepción y conformidad de la prestación y menos, sobre su liquidación, etapas en las que puede beneficiarse al inversionista. Peor es el caso de las obras o servicios que no poseen alcance nacional y que están a cargo de entidades regionales y locales. Esto porque la supervisión está a cargo de un particular contratado por el inversionista que puede beneficiar a su contratante. Sumado a ello, no existe un procedimiento único y claro para determinar la conformidad y liquidación de la prestación.

Sobre las modificaciones, resulta importante que se hayan establecido filtros para su aceptación mas no es la situación que puede ocurrir en el marco de la ejecución contractual y que puede dar lugar a favorecimientos indebidos, tómesese en cuenta por ejemplo, el caso de la sub-contratación, tema que no ha sido normado.

Con todo, es cierto que este tipo de contratos posee un nivel de discrecionalidad mayor al que se tiene en el Régimen General de Contratación. Ciertamente, su importancia como mecanismo para la promoción de la inversión privada y el dinamismo propio de esta, requiere de una capacidad de decisión distinta a la de aquellos contratos en los cuales el Estado desembolsa dinero público para la adquisición de bienes, obras o servicios.

Sin embargo, visto desde la eficacia de la propia contratación como desde la perspectiva de la prevención de la corrupción, podrían implementarse medidas que permitan mayor claridad y que eviten desvíos de poder.

Si bien creemos con Hernández<sup>184</sup>, que el problema de la corrupción supera a la cuestión normativa pues siempre podrá haber funcionarios dispuestos a perseguir intereses distintos a los del Estado, como particulares

---

<sup>184</sup> HERNÁNDEZ DIEZ, S., *Estructura de las redes de corrupción*, op. cit., págs. 5-6.

que propicien lo anterior, el establecimiento de regímenes será un primer filtro jurídico.

De esa manera, las reformas que puedan realizarse al régimen de los contratos especiales en el Perú, en específico, a los contratos de concesión de obras de infraestructura y servicio podrán aportar, aunque con las limitaciones ya señaladas, a prevenir la corrupción.

Por eso, nos parece que las reformas que se vislumbran en el Decreto Legislativo N° 1224 resultan positivas. Entre ellas, puede señalarse el establecimiento de fases uniformes para el procedimiento de contratación de toda APP, independientemente de su clasificación y origen<sup>185</sup>.

Además, la determinación –encomendada al Reglamento- de lineamientos para la presentación, priorización, formulación y estructuración de las iniciativas privadas<sup>186</sup>; como respecto a los requisitos, oportunidad y criterios de elegibilidad de los proyectos a ser incorporados en los procesos de promoción<sup>187</sup>.

En esa línea, destaca también el nombramiento de un Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión que acompañará todas las etapas de los proyectos de inversión que se desarrollen al amparo de la norma<sup>188</sup>.

### **3. La sanción administrativa como medida de combate frente al fenómeno de la corrupción en la contratación estatal**

---

<sup>185</sup> Artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1224.

<sup>186</sup> Artículo 35° del Decreto Legislativo N° 1224.

<sup>187</sup> Artículo 15° numeral 1) del Decreto Legislativo N° 1224.

<sup>188</sup> Artículo 9° del Decreto Legislativo N° 1224.

A partir de lo revisado en el punto anterior, queda claro que la lucha contra la corrupción en la contratación pública no sólo requiere de medidas preventivas, sino también de medidas de combate. Por ello, corresponde analizar en este punto los alcances de la sanción administrativa para funcionarios públicos en procedimientos de contratación.

Con ese fin, revisaremos el régimen de la responsabilidad administrativo-funcional contenido en la Ley N° 27785 “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República”, Ley N° 29622 “Ley que modifica la Ley N° 27785 y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativo funcional” y en el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM “Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control”.

A partir de nuestro análisis, demostraremos que más allá de las mejoras que puedan implementarse en el ámbito administrativo sancionador, este cubre ciertas afectaciones al correcto funcionamiento de la Administración Pública, pero para otro sector se hace necesaria la intervención penal.

### **3.1 El régimen de la responsabilidad administrativo-funcional en materia de contratación estatal**

El régimen de la responsabilidad administrativo-funcional se encontraba hasta finales del 2011, disperso en las diversas normas internas de las diferentes instituciones públicas del Perú. Cada entidad regulaba sus propias infracciones como el procedimiento para su investigación y sanción.

Esto devino en la ausencia de uniformidad entre cada régimen: mientras unos sancionaban una conducta, otros no; mientras unos imponían sanciones proporcionales a la infracción, otros optaban porque fueran más benignas o duras, etc. Sumado a ello, cada institución establecía su propio procedimiento administrativo sancionador, que en realidad no estaba pensado en la



responsabilidad administrativo-funcional, sino más bien en infracciones disciplinarias de índole más laboral (tardanzas, ausencia injustificada al trabajo, etc.).<sup>189</sup>

Por lo demás, siendo la propia institución la encargada de juzgar y sancionar a sus funcionarios, la imparcialidad no siempre fue base de las decisiones asumidas. Existen casos en que por negligencia o con intención, ha operado la prescripción, pero también están aquellos en los que se ha atenuado o absuelto de la infracción sin motivo suficiente.<sup>190</sup>

Con la Ley N° 29622 “Ley que modifica la Ley N° 27785 y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativo funcional” y el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM “Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control” se ha unificado el régimen de la responsabilidad administrativo-funcional.

En el primer caso, porque se le ha otorgado facultades exclusivas a la Contraloría General de la República para dirigir la investigación y sanción de las infracciones administrativo-funcionales graves y muy graves. En el segundo caso, porque se ha establecido un cuadro de infracciones aplicable a todos los funcionarios públicos sujetos a control.

Analizaremos a continuación ambas normas e incidiremos en la distinción del campo de aplicación de las infracciones administrativo-funcionales y los delitos contra la Administración Pública. Ello, con el fin de determinar que al segundo le competen las afectaciones más graves al correcto funcionamiento de la Administración Pública.

---

<sup>189</sup> Exposición de motivos del DS N° 023-2011-PCM

<sup>190</sup> Exposición de motivos del DS N° 023-2011-PCM

### **3.1.1 Las facultades sancionadoras de la Contraloría General de la República: el control gubernamental de los funcionarios públicos en el ámbito de la contratación**

La Contraloría General de la República es el máximo órgano del Sistema Nacional de Control de acuerdo al artículo 82º de la Constitución Política del Perú. En esa medida, tiene a su cargo la supervisión de la ejecución del presupuesto del Estado, las operaciones de deuda pública y los actos de las instituciones sujetas a control.

Para comprender el alcance de sus funciones debemos remitirnos además a la Ley N° 27785 “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República” que establece como misión de la institución, la dirección y supervisión con eficiencia y eficacia del control gubernamental, orientando su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos.

Esta misión como el mandato constitucional citado, se encuentran “en directa relación con la obligación de contribuir y promover a la transparencia, ética pública y lucha contra la corrupción en el Estado, sus dependencias y funcionarios”. De ahí que, mediante Ley N° 29622 del 7 de diciembre del 2010 se ha atribuido a la Contraloría General de la República determinar e imponer sanciones en casos de responsabilidad administrativo-funcional grave y muy grave a los funcionarios públicos de todas las instituciones sujetas a control.

Esta responsabilidad comprende las contravenciones de servidores y funcionarios al ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> Novena Disposición Final y Transitoria de la Ley N° 27785.

Asimismo, sanciona a los servidores y funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia, previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de la misma, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia<sup>192</sup>.

A partir de esta descripción, queda claro que la responsabilidad administrativo-funcional comprende los casos de corrupción pública en el ciclo de la contratación; vale decir, los desvíos de poder materializados en contravenciones dolosas a las reglas de actuación establecidas en los procedimientos administrativos previstos por el Régimen General de Contratación y los Regímenes Especiales.

En ese marco, la Ley N° 29622 ha dispuesto que para el desarrollo del procedimiento administrativo se constituya un órgano instructor y un órgano sancionador al interior de la Contraloría, los cuales poseen autonomía técnica en sus actuaciones.

El órgano instructor lleva a cabo las investigaciones y propone la determinación de las infracciones y las sanciones ante el órgano sancionador. Este último, mediante resolución motivada, impondrá o desestimará las sanciones propuestas.

Contra la resolución que imponga la sanción, cabe recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, órgano colegiado adscrito a la Contraloría General, con independencia técnica y funcional en las materias de su competencia y autonomía en sus decisiones. Las resoluciones del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas ponen fin a la vía administrativa y contra ellas procede la acción contencioso-administrativa.

La norma enfatiza que el procedimiento para sancionar por responsabilidad administrativa funcional se sujeta a los principios de legalidad y

---

<sup>192</sup> Novena Disposición Final y Transitoria de la Ley N° 27785.

debido proceso, así como a los demás principios de la potestad sancionadora de la administración establecidos en el artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Por último, en cuanto a la prescripción se ha estipulado que la facultad para la imposición de la sanción por responsabilidad administrativa funcional, prescribe a los cuatro (4) años contados a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada. En todo caso, la duración del procedimiento sancionador no podrá exceder los dos (2) años desde que el órgano instructor da inicio a este.

### **3.1.2 El alcance de las infracciones administrativo-funcionales propias de la contratación estatal: su distinción del ámbito penal**

Las infracciones administrativo-funcionales, y entramos ahora en la materia central del punto 3., han sido reguladas por el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM que aprobó el Reglamento de la Ley N° 29622, denominado “Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control”.

El reglamento comprende las infracciones graves y muy graves derivadas de los Informes de Control emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, que impliquen el incumplimiento del ordenamiento jurídico administrativo, las normas internas de las entidades, así como de todas aquellas obligaciones derivadas del ejercicio del cargo<sup>193</sup>.

En ese contexto, la norma ha previsto sanciones de acuerdo a la calificación recibida por la infracción. A saber:

- La infracción grave será sancionada con suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de treinta (30) días calendario y

---

<sup>193</sup> Artículo 2° del Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.

hasta trescientos sesenta (360) días calendario o inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de uno (1) ni mayor de dos (2) años.

- La infracción muy grave será sancionada con inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de dos (2) ni mayor de cinco (5) años.

Las infracciones, además, han sido divididas en cuatro grupos:

- Infracciones por incumplimiento de las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades y disposiciones internas relacionadas a la actuación funcional.
- Infracciones por trasgresión de los principios, deberes y prohibiciones establecidas en las normas de ética y probidad de la función pública.
- Infracciones por realizar actos que persiguen finalidades prohibidas.
- Infracciones por el desempeño funcional negligente o para fines distintos al interés público.

En las tres primeras encontramos conductas que tienen como correlato directo el desempeño de funciones en el marco de procedimientos de contratación. En el primer grupo se encuentran por ejemplo, las siguientes:

- Disponer, autorizar, aprobar, elaborar o ejecutar, en perjuicio del Estado e incumpliendo las disposiciones que los regulan, la aprobación, el cambio o la modificación de los planes, estipulaciones, bases, términos de referencia y condiciones relacionadas a procesos de selección, concesión, licencia, subasta o cualquier otra operación o procedimiento a cargo del Estado, incluyendo los referidos a la ejecución de contratos de cualquier índole. Esta infracción es considerada grave. Si generó perjuicio económico o grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

- Disponer, autorizar, aprobar o ejecutar, en perjuicio del Estado e incumpliendo las disposiciones que los regulan, la aprobación, el cambio o la modificación o suscripción de *addenda* a contratos de cualquier índole. Esta infracción es considerada grave. Si generó perjuicio económico o grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
- Incumplir las disposiciones que regulan la determinación del valor referencial, dando lugar a precios notoriamente superiores o inferiores a los de mercado, sea en beneficio propio o de terceros, generando perjuicio económico para el Estado o grave afectación al servicio público. Esta infracción es muy grave.
- Contratar bienes, servicios u obras sin proceso de selección, simulando su realización o de forma fraudulenta, cuando la normativa prevea su obligatoria realización, dando lugar a la generación de perjuicio al Estado, excepto en los casos en que los montos de la contratación correspondan a una adjudicación de menor cuantía. Esta infracción es considerada grave. Si generó perjuicio económico o grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
- Incumplir las disposiciones que regulan las causales y procedimientos para la exoneración de los procesos de selección para la contratación de bienes, servicios y obras, en aquellos casos que dicho incumplimiento genere perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada grave. Si generó perjuicio económico o grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
- Hacer declaración falsa acerca de medición o valoración en obras, adquisición de bienes o de cualquier otro servicio o prestación a cargo del Estado, o acerca de cantidad, peso, medida, calidad o características de mercancías o bienes suministrados a cualquiera de las entidades, generando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada grave. Si

generó perjuicio económico o grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

Adicionalmente, en el segundo grupo que sanciona cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señaladas en las normas de ética y probidad de la función pública, tenemos:

- Contra el deber de neutralidad :

Actuar de manera parcializada en contra de los intereses del Estado, en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su cargo, función o comisión, dando lugar a un beneficio ilegal, sea propio o de tercero. Esta infracción es considerada como muy grave.

- Contra la prohibición de mantener intereses en conflicto:

Intervenir o participar indebidamente en la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, rescisión o resolución del contrato o sanción de cualquier funcionario o servidor público, cuando tenga interés personal, familiar o de negocios en el caso, o tenga relación personal directa, o pueda derivar alguna ventaja o beneficio para él o para terceras personas. Esta infracción es considerada como grave.

Finalmente, entre el tercer grupo, que contiene aquellos actos que persiguen un fin prohibido por Ley o Reglamento<sup>194</sup>, inciden directamente en los procedimientos de contratación, los siguientes:

- Autorizar, disponer o aprobar la contratación de personas impedidas, incapacitadas o inhabilitadas para contratar con el Estado, en adquisiciones de bienes, servicio u obras, administración o disposición

---

<sup>194</sup>

Se entiende que puede ser cualquier Ley o Reglamento dirigida a establecer deberes u obligaciones al funcionario público.

de todo tipo de bienes, y/o, prestaciones de servicios de cualquier naturaleza, generando perjuicio para el Estado. Esta infracción es considerada grave. Si generó perjuicio económico o grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

- Incurrir en fraccionamiento para la contratación de bienes, servicios y ejecución de obras, con el objeto de modificar el tipo de proceso de selección que corresponda, conforme a lo señalado en la Ley de Contrataciones del Estado. Esta infracción es considerada grave. Si generó perjuicio económico o grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
- Incumplir las disposiciones que prohíben el ejercicio de la facultad de nombramiento o contratación de personal o de acceso a la función pública, en casos de nepotismo. Esta infracción es considerada como muy grave.

Todas las infracciones citadas bien pueden encontrar correlato con los delitos materia de nuestro estudio. Por ello, la primera interrogante que suscitan es: ¿Cuándo la conducta descrita en el Informe de Control constituye infracción y cuándo delito? La pregunta, en el fondo, remite al debate siempre espinoso de la delimitación del ámbito administrativo y penal.

Esta demarcación resulta necesaria por mandato del Principio de Intervención Mínima. Un primer aspecto de este implica que “para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una *ultima ratio*”<sup>195</sup>. Como segundo aspecto, el principio consagra el carácter fragmentario del Derecho penal, según el cual, este “no ha

---

<sup>195</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8º ed., Reppertor, Barcelona, 2006, pág. 118.



de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos”<sup>196</sup>.

Como se recuerda, sobre las diferencias entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal aplicable a los funcionarios públicos, se han sostenido básicamente dos posiciones: según la primera, existiría una diferencia sustancial o cualitativa entre ambos; mientras de acuerdo a la segunda, la diferencia sería meramente cuantitativa<sup>197</sup>.

Quienes defienden la primera postura, han planteado hasta tres argumentos: un sector considera que la infracción administrativa cobra relevancia a partir del mero incumplimiento de la norma, mientras el delito encuentra su esencia en la vulneración de un bien jurídico.

Otro sector ha defendido que la diferencia radica en el fin perseguido por la sanción administrativa y la pena. A decir de autores como Quintero Olivares, la sanción administrativa pretende preservar el orden y la disciplina dentro de la Administración, en otras palabras, responde a la necesidad de auto tutela en relación al orden interno; por su parte, la pena persigue fines preventivos a través de la persuasión o disuasión de la comisión de delitos<sup>198</sup>.

Se ha argumentado también, en esta línea, que las infracciones administrativas son básicamente ilícitos de peligro o riesgo conectados con la mera desobediencia; mientras los delitos presentan una estructura de lesión al bien jurídico.

---

<sup>196</sup> Ibid.

<sup>197</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador ¿Hacia una “Administrativización” del Derecho Penal o una “Penalización” del Derecho Administrativo Sancionador?, en: NIETO MARTÍN, A. (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Vol. I, Universidad de Castilla- La Mancha y Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pág. 1425.

<sup>198</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal”, en: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Nº 1.608-1.609-1.610, 1991, pág. 25.

Estos argumentos, sin embargo, no pueden ser de recibo por diversas razones. En primer término, porque la imposición de una sanción administrativa o penal requiere la existencia de un interés relevante para la sociedad, que para autores como Huerta Tocildo, radica en el correcto ejercicio de la actividad administrativa<sup>199</sup>.

En cuanto a los distintos fines de las sanciones, queda claro que también en el ámbito administrativo se busca prevenir la comisión de nuevas infracciones a través de la imposición de una sanción; en realidad, sólo a través de dicho efecto se garantizará el orden interno. Finalmente, la identificación de las infracciones administrativas como ilícitos de peligro queda descartada por la vigencia de estos en el campo penal pero también por la existencia de infracciones que exigen una lesión al interés protegido.

Por lo anterior, la doctrina mayoritaria considera que existe una diferencia cuantitativa entre las infracciones administrativo-funcionales y los Delitos contra la Administración pública cometidos por funcionarios<sup>200</sup>. En esa medida, estamos ante modalidades escalonadas de protección a un mismo interés<sup>201</sup>.

Justamente dicha identidad esencial “conduce a la aplicación de unos mismos principios, en tanto que las diferencias no esenciales o puramente cuantitativas —menor gravedad de las infracciones administrativas en

---

<sup>199</sup> HUERTA TOCILDO, S., “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios”, en: ROMEO CASABONA, C., GRACIA MARTIN, L. y J., HIGUERA GUIMERÁ (edits.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 48.

<sup>200</sup> SILVA FORNÉ, D., “Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador”, en: ROMEO CASABONA, C., GRACIA MARTIN, L. y J., HIGUERA GUIMERÁ (edits.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 180.

<sup>201</sup> HUERTA TOCILDO, S., “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios”, op. cit., pág. 42.

comparación con los correspondientes ilícitos penales— aconsejan que dicha aplicación no sea mecánica o automática sino matizada”<sup>202</sup>.

De ese modo, entre las infracciones contenidas en el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM y los Delitos contra la Administración pública, específicamente el delito de colusión y negociación incompatible, la diferencia se encuentra en la intensidad de la protección al interés o finalidad y los requisitos que configuran su realización.

Efectivamente, el alcance de lo prohibido en sede administrativa es menor a lo prohibido en sede penal; y es que, debido a la gravedad que este importa la exigencia para su aplicación debe ser mayor. En esa medida, mientras la configuración de la infracción administrativa no requiere más que la acreditación de la conducta descrita, la gravedad del ataque al bien jurídico y su consecuente sanción penal, necesitan de la realización y verificación de otros elementos.

Así por ejemplo, cuando el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM tipifica como infracción a la modificación de los términos de referencia en perjuicio del Estado e incumpliendo las disposiciones que regulan el procedimiento, protege el correcto funcionamiento de la Administración pública sancionando la infracción al deber del funcionario que en todo caso perjudicará la gestión legal, imparcial y eficaz de la Administración.

Esta infracción considerada grave será sancionada con una suspensión temporal en el ejercicio del cargo, no menor de treinta (30) días calendario y hasta trescientos sesenta (360) días calendario o con la inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de uno (1) ni mayor de dos (2) años.

Si la modificación produjera un perjuicio económico o se hubiera generado grave afectación al servicio público, la infracción sería calificada como muy grave. En este caso, sería sancionada con inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de dos (2) ni mayor de cinco (5) años.

---

<sup>202</sup> HUERTA TOCILDO, S., “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios”, op. cit., pág. 40.

A pesar de ello, en el ámbito de la colusión y la negociación incompatible el análisis es diferente. El tipo de colusión sanciona al funcionario que se concierta con un particular interesado en un procedimiento de contratación, siendo que el acuerdo busca defraudar al Estado. Por su parte, la negociación incompatible sanciona al funcionario que realiza actos que denoten un interés indebido en el procedimiento de contratación y que pretendan un beneficio propio o de tercero.

En ese contexto, si bien la modificación de los términos de referencia puede a primera vista ser indicio de la comisión de estos delitos, su configuración no se limitará a acreditar la modificación sino que deben estar presentes los otros elementos del tipo y, en su momento, se deberá analizar la ausencia de causas de justificación y la culpabilidad.

Ciertamente, los tipos penales exigen una afectación mayor al bien jurídico que se extrae de la descripción típica y de la interpretación de esta respetando el sentido literal posible de los términos. Esta mayor afectación justifica que el tipo base de colusión se sancione con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; mientras la agravante del delito, que exige una defraudación patrimonial, permite la imposición de una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años. Por su lado, el delito de negociación incompatible se sanciona con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 399° del Código Penal.

Por estas razones, García-Cobián enfatiza que el análisis para distinguir una infracción administrativa de un delito, debe comprender entre otras cosas: la gravedad de los hechos; la realización dolosa de la conducta y cuando sea requerido, la presencia de un elemento de tendencia interna trascendente; la

ausencia de una causa de justificación penal o la adecuación social de la conducta<sup>203</sup>.

Ahora bien, a pesar de estas indicaciones el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM pone en problemas al intérprete cuando agrava la sanción de las infracciones en caso generen una grave afectación al servicio público. En realidad, todas las infracciones afectan al correcto funcionamiento de la Administración Pública en su carácter prestacional pero aquellas que revistan mayor grado de gravedad pasarán a ser delito a partir de las especificaciones del tipo penal.

Situación aún más complicada sucede con la infracción que sanciona la actuación parcializada en contra de los intereses del Estado que den lugar a un beneficio ilegal, sea propio o de tercero. La diferenciación sustantiva entre esta y el delito de negociación incompatible es bastante difusa. De hecho, parece una reformulación del delito existente con anterioridad a la infracción, pues no se limita a sancionar el incumplimiento del deber contenido en la norma como manifestación de una afectación al bien jurídico.

A partir de lo anterior, pareciera que se busca sancionar dos veces por el mismo hecho a un funcionario público, sobre todo si se realiza una interpretación meramente literal del artículo 49° de la Ley N° 27785 y del artículo 12° del Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.

Según el primero, “la responsabilidad administrativo funcional es independiente de las responsabilidades penales o civiles que pudieran establecerse por los mismos hechos, en tanto, los bienes jurídicos o intereses protegidos son diferentes. Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad para procesar administrativamente y sancionar al funcionario o servidor público que hubiere incurrido en responsabilidad administrativa funcional, salvo disposición judicial expresa en contrario”.

---

<sup>203</sup> GARCÍA COBIÁN CASTRO, E., “Control gubernamental del gasto en el Estado constitucional”, op. cit., pág. 472.

Por su parte, de acuerdo al artículo 12° del Reglamento de la Ley N° 29622 dispone que “el procesamiento y las sanciones por responsabilidad administrativa funcional son independientes de los procesos y sanciones por responsabilidad civil o penal que pudieran establecerse o determinarse en cada caso”.

Sumado a ello, debe tenerse en cuenta que para el Tribunal Constitucional peruano como para la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, es posible la acumulación de la sanción administrativa y penal en el ámbito funcional o de responsabilidad del funcionario público.

En efecto, estos han excluido la aplicación del principio *Ne bis in ídem*<sup>204</sup> en el ámbito funcional basados en la ausencia de identidad en el fundamento. Según su argumentación, el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal constituyen órdenes o ramas distintas del Derecho que protegen bienes jurídicos de naturaleza diferente, correspondiéndoles sanciones de diferente gravedad.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha sostenido que no resulta inconstitucional “sancionar disciplinariamente un hecho que, con independencia de la imputación de haber cometido un delito —que por sí solo no basta para sancionar disciplinariamente—, se adopta como consecuencia de haberse infringido además intereses legítimos de la institución, que se encuentren previstas en la ley como faltas administrativas. Es decir, que esos mismos hechos constituyan la infracción de otros tantos intereses y bienes jurídicos propios de la institución a la que pertenecen. En tal caso, no es la imputación

---

<sup>204</sup> Como se sabe, el principio *Ne bis in ídem* posee una dimensión procesal y otra material: en virtud de la primera, se garantiza que nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos; mientras la dimensión material, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción.

de un delito la que amerita la imposición de la sanción administrativa disciplinaria sino, concretamente, la infracción de reglas disciplinarias”<sup>205</sup>.

Así mismo, ha argumentado que “no pueden equipararse las sanciones administrativas (pertenecientes al Derecho Administrativo sancionador) y las sanciones penales (pertenecientes al Derecho Penal), pues ambas obedecen a fundamentos jurídicos distintos. No podría equipararse el juzgamiento realizado a nivel jurisdiccional con el procedimiento sancionador realizado a nivel administrativo, y menos impedirse que la sede jurisdiccional penal se vea imposibilitada de pronunciarse debido a lo resuelto en sede administrativa”<sup>206</sup>.

La Corte Suprema de Justicia del Perú, siguiendo la interpretación en sede constitucional ha establecido como precedente vinculante que “las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el

---

<sup>205</sup> Expediente N° 2050-2002-AA/TC. (Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>; fecha de consulta: 31.05.2014). En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC (Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.html>; fecha de consulta: 31.05.2014) y en el Expediente N° 0361-2010-PA/TC (Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03611-2010-AC%20Resolucion.pdf>; fecha de consulta: 31.05.2014).

<sup>206</sup> Expediente N° 2050-2002-AA/TC. (Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>; fecha de consulta: 31.05.2014). En el mismo sentido, Expediente N° 02292-2006- PHC/TC. (Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/02292-2006-HC.html>; fecha de consulta: 23.06.2014).

menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa”<sup>207</sup>.

De este modo, se ha equiparado identidad de fundamento con identidad de bien jurídico, criterio que no garantiza la vigencia del principio *Ne bis in ídem* entre las infracciones administrativas y los delitos en el ámbito funcional porque ambos protegen el correcto funcionamiento de la Administración pública sólo que en distintas intensidades.

Por ello, coincidimos en que el criterio para determinar la identidad de fundamento pasa por analizar el contenido de injusto. Como ha explicado García Cobián “el contenido de injusto es una forma específica de negación de la prohibición genérica contemplada en el ordenamiento sancionador o una forma específica de afectar el bien jurídico protegido por la norma. En otras palabras, es la descripción específica de la materia prohibida o antijurídica contenida en el tipo objetivo. Es la acción típicamente antijurídica”<sup>208</sup>.

Con este criterio se hace notorio que el desvalor de la conducta y el resultado - cuando corresponda- es mayor en el delito que en la infracción administrativa. Ciertamente, la configuración de la infracción administrativa no requiere más que la acreditación de la conducta descrita, mientras los delitos como la colusión o la negociación incompatible, necesitan de la verificación del dolo, un elemento de tendencia subjetiva interna, el análisis de la imputación objetiva, entre otras cosas.

Por estas razones, es evidente que podrán existir problemas de *bis in ídem* al momento que los operadores de la Contraloría General de la República

---

<sup>207</sup> R. N. 2090-2005 del 7 de julio del 2006 emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, contenido en el Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22 del 16 de noviembre del 2007 de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Disponible en [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3caf1b004bbfd4e593d9db40a5645add/acuerdo\\_plenario\\_01-2007\\_ESV\\_22.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3caf1b004bbfd4e593d9db40a5645add](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3caf1b004bbfd4e593d9db40a5645add/acuerdo_plenario_01-2007_ESV_22.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3caf1b004bbfd4e593d9db40a5645add); fecha de consulta: 4.12.2014).

<sup>208</sup> GARCÍA COBIÁN CASTRO, E., “Control gubernamental del gasto público en el Estado constitucional”, op. cit., pág. 465.



tengan que analizar las conductas reportadas en los Informes de Control, pero estos deberán centrar su atención en el contenido de injusto. Sumado a ello, conviene que se realicen una serie de aclaraciones y reformas en la descripción de las infracciones administrativo-funcionales.

Según la descripción de algunas de las infracciones revisadas, las conductas que infrinjan las disposiciones propias de la contratación pública y perjudiquen al Estado, se consideran graves. Sin embargo, no queda claro en que consiste ese perjuicio, sobretodo, si se tiene en cuenta que estas mismas infracciones revisten el carácter de muy graves cuando generan un perjuicio económico o una grave afectación al servicio público. Debe tomarse en cuenta, además, que según el artículo 18° literal d) del D.S. N° 023-2011-PCM, la ausencia de una consecuencia perjudicial para los intereses del Estado es una eximente de responsabilidad administrativa, por lo que la definición del término no sólo es útil para distinguirla del Derecho Penal sino que determina la inaplicación del Derecho Administrativo.

De otra parte, las conductas consideradas muy graves plantean serios problemas en su distinción con conductas propias del ámbito penal. Esto debido a que las infracciones que producen un perjuicio económico o una grave afectación al servicio público exigen una lesión al correcto funcionamiento de la Administración pública o al patrimonio estatal que el tipo base del delito de colusión y negociación incompatible no exige.

A ello, como ya se dijo, debe agregarse el contenido de infracciones como “el actuar parcializadamente en contra de los intereses del Estado dando lugar a un beneficio ilegal propio o de tercero”; descripción del Derecho Administrativo que termina exigiendo más elementos que el Derecho Penal.

Por lo demás, pareciera que la fuente de “Las infracciones por incumplimiento de las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades” es, para el caso de la contratación pública, la Ley de Contrataciones del 2008. Sin embargo, debe recordarse que las entidades públicas no sólo

realizan contrataciones propias del Régimen General sino también de los Regímenes Especiales.

De hecho, algunas infracciones enfatizan que su aplicación comprende los contratos de cualquier índole. A pesar de ello, se terminan regulando situaciones aplicables a las reglas y procedimientos del Régimen General, mas no de los Regímenes Especiales, y dentro de aquel grupo, se centra en actos de la fase de selección y ejecución pero no en los actos preparatorios, fase en la que se producen los mayores casos de infracción vinculados a la corrupción.

#### **4. Los particulares que intervienen en los procedimientos de contratación estatal: medidas preventivas y sancionadoras contra la corrupción de su actuación**

Cuando se trata el tema de la corrupción en la contratación estatal, las medidas jurídicas preventivas y sancionatorias han centrado su atención en la actuación de los funcionarios públicos. Sin embargo, en el ciclo de la contratación intervienen también particulares que en muchos casos propician actos de corrupción, motivo por el cual, debe crearse una estrategia jurídica que permita controlar el problema antes de que cobre matices penales.

De acuerdo a la Ley N° 30225 y su Reglamento, los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que intervengan en el procedimiento propio del Régimen General de Contratación pueden ser sancionados administrativamente si incurren en alguna de las infracciones tipificadas por estas normas.

Las infracciones recogen, básicamente, actos unilaterales de los particulares que operan al margen de las obligaciones que les impone la normativa. La Ley N° 30225 contempla entre ellas, al desistimiento injustificado de la propuesta, el incumplimiento injustificado de perfeccionar el contrato, la contratación con el Estado estando sujeto a impedimento o la subcontratación

de prestaciones sin autorización de la entidad o en porcentaje mayor al permitido.<sup>209</sup>

A su vez, se encuentran conductas como ocasionar la resolución del contrato, no proceder al saneamiento de los vicios ocultos en la prestación, negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato (cuando estas deban verificarse con posterioridad al pago o cuando el pago ya se hubiera efectuado), presentar información inexacta o documentos falsos o adulterados, registrarse como participante sin contar con inscripción en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y perfeccionar el contrato luego de notificada en el SEACE la suspensión, recomendación de nulidad o nulidad del procedimiento de contratación<sup>210</sup>.

Frente a estas infracciones, se han previsto como sanciones la inhabilitación temporal, que consiste en la privación, por un período determinado, de los derechos a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado<sup>211</sup>; y la inhabilitación definitiva, que implica la privación permanente del ejercicio de los derechos de los proveedores, participantes,

---

<sup>209</sup> Artículo 51° del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 50° numera 1) de la Ley N° 30225. Cabe señalar que la lista de impedimentos para contratar con el Estado se encuentran regulados en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1107 y el artículo 11° de la Ley N° 30225. Conviene señalar que el artículo 249° del Reglamento de la Ley N° 30225, propone la incorporación de tres nuevos impedimentos: Las personas condenadas mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias y actos ilícitos en remates, licitaciones y concursos públicos; así como las personas jurídicas cuyos representantes legales sean condenados mediante sentencia consentida o ejecutoriada por los mismos delitos; las personas jurídicas que cuenten con dos o más socios comunes, con acciones, participaciones, o aportes superiores al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social en cada uno de ellos, que participen en un mismo procedimiento de selección; y las personas naturales o jurídicas a través de las cuales, por razón de las personas que las representan, las constituyen o alguna otra circunstancia comprobable son continuación, derivación, sucesión, o testamento, de otra persona impedida, independientemente de la forma jurídica empleada para eludir dicha condición, tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares.

<sup>210</sup> Artículo 51° del Decreto Legislativo N° 1107. Artículo 50° numera 1) de la Ley N° 30225.

<sup>211</sup> Esta inhabilitación en ningún caso puede ser menor de seis (6) meses ni mayor de tres (3) años.

postores y contratistas a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado<sup>212</sup>.

A su vez, se han contemplado sanciones económicas que resultan de la ejecución de las garantías otorgadas a la presentación de recursos de apelación que son declarados infundados o improcedentes por la Entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado<sup>213</sup>.

Más allá de lo anterior, las normas solo establecen el procedimiento y los órganos competentes de imponer la sanción, el plazo de prescripción para la imposición de la misma y los recursos que pueden interponerse frente a la decisión que asuma el Tribunal de Contrataciones del Estado. En realidad, la normativa del Régimen General de Contratación no ha contemplado infracciones o sanciones que tengan como base un incumplimiento ético que propicie favorecimientos indebidos en el ciclo de la contratación.

En cuanto al Régimen de los Contratos de Concesión de Obras de Infraestructura Pública y Servicios Públicos contenido en el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, como en el Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su Reglamento no se ha establecido un marco de infracciones y sanciones para los privados que intervienen como contraparte del Estado en las Asociaciones Público Privadas, ni siquiera para los casos que contempla el Régimen General. Situación similar ocurre en el Decreto Legislativo N° 1224.

Por ello, debe recurrirse a la Ley N° 28024 “Ley que regula la gestión de intereses en la Administración Pública” y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 099-2003-PCM, aplicable al ciclo de la contratación tanto en el Régimen

---

<sup>212</sup> Cuando en un período de cuatro (4) años a una persona natural o jurídica se le impongan dos (2) o más sanciones que en conjunto sumen treinta y seis (36) o más meses de inhabilitación temporal, el Tribunal de Contrataciones del Estado resolverá la inhabilitación definitiva del proveedor, participante, postor o contratista.

<sup>213</sup> Si el recurso de apelación es declarado fundado en todo o en parte, se devuelve la garantía por el Tribunal o la Entidad. En caso de desistimiento, se ejecuta el cien por ciento (100%) de la garantía.

General como en los Especiales, que contempla medidas preventivas y sancionatorias frente a prácticas corruptas.

Ciertamente, la norma regula la actividad mediante la cual personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, promueven de manera transparente sus puntos de vista en los procesos de decisión estatal, a fin de orientar dicha decisión en el sentido deseado por estas.

Dicha actividad se realiza a través de actos de gestión, entendidos como la comunicación oral o escrita, cualquiera sea el medio que se utilice, dirigida a un funcionario público con capacidad de decisión, por la cual el gestor de intereses intenta influir, de forma transparente, en una decisión pública específica<sup>214</sup>.

Esta última comprende el proceso mediante el cual la administración pública establece políticas o toma decisiones de cualquier naturaleza que tengan una significación económica, social o política de carácter individual o colectivo, o que afecten intereses en los diversos sectores de la sociedad, entre las cuales se encuentra, la celebración de convenios y contratos públicos<sup>215</sup>.

En ese marco, cobra importancia el rol del gestor de intereses, es decir, la persona natural o jurídica, nacional o extranjera que desarrolla actos de gestión de sus propios intereses o de terceros, en relación con las decisiones públicas adoptadas por los funcionarios públicos con capacidad de decidir<sup>216</sup>.

Al respecto, se ha establecido que los gestores de intereses pueden ser de dos clases: los que realizan actos de gestión de sus propios intereses<sup>217</sup>; y los gestores profesionales, que realizan actos de gestión en representación de

---

<sup>214</sup> Artículos 2º y 3º de la Ley N° 28024 y artículos 2º y 3º del Reglamento de la Ley N° 28024.

<sup>215</sup> Artículo 4º literal f) de la Ley N° 28024.

<sup>216</sup> Artículo 3º del Reglamento de la Ley N° 28024.

<sup>217</sup> Artículo 11º del Reglamento de la Ley N° 28024.

intereses de terceros, percibiendo un honorario, remuneración o compensación económica. Estos últimos deberán inscribirse en el Registro Público de Gestión de Intereses<sup>218</sup>.

A partir de esta distinción, se han establecido procedimientos para la gestión de intereses como medidas que dotan de transparencia y ética a la actividad gestora o de lobby. Por ello, se exige que el gestor de intereses propios se identifique ante el funcionario con capacidad de decisión pública de la entidad, quien tomará sus datos en el formulario de Audiencias de Gestión de Intereses, que posee carácter público<sup>219</sup>.

En cuanto al gestor profesional de intereses, se identificará ante el funcionario con capacidad de decisión pública, dejando constancia de sus datos personales y del número de inscripción en el Registro, así como de la persona titular del interés a la cual representa. Esta información quedará registrada en una Constancia que deberá ser autenticada por el fedatario de la entidad y que se remitirá al Registro de la institución<sup>220</sup>.

En ese contexto, además, se han impuesto deberes a los gestores de intereses. Entre ellos se encuentran, observar las normas de ética en el desempeño de sus actividades, informar a los organismos pertinentes sobre los actos de gestión que realicen, denunciar ante la autoridad el incumplimiento de la Ley, guardar secreto sobre las informaciones de carácter reservado y presentar informes semestrales ante el Registro Público de Gestión de Intereses en el caso del gestor profesional<sup>221</sup>.

Las normas de ética obligan al gestor a proporcionar en todo momento información cierta y vigente; abstenerse de formular requerimientos que

---

<sup>218</sup> Artículo 12° del Reglamento de la Ley N° 28024.

<sup>219</sup> Artículo 22° del Reglamento de la Ley N° 28024.

<sup>220</sup> Artículo 22° del Reglamento de la Ley N° 28024.

<sup>221</sup> Artículo 10° de la Ley N° 28024.

conlleven a que el funcionario con capacidad de decisión pública incumpla cualquiera de las obligaciones a su cargo; no prometer o realizar beneficios de cualquier tipo, proveer servicios o entregar bienes de cualquier naturaleza a favor de los funcionarios con capacidad decisión pública, así como a su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad<sup>222</sup>; y abstenerse de ejercer actos de gestión ante funcionarios con los cuales mantenga un vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o el segundo grado de afinidad.<sup>223</sup>

Sumado a ello, se les exige proceder de manera leal y diligente, observando las obligaciones que le resulten aplicables en atención al vínculo jurídico que tenga; guardar reserva respecto de la información confidencial que posea de su representada; abstenerse de actuar en representación de más de un cliente cuando pueda existir conflicto de intereses; y, reunirse con el funcionario con capacidad de decisión pública dentro del horario de trabajo y del local institucional respectivo, para tratar actos de gestión de intereses<sup>224</sup>.

La contravención de estas normas de ética como de los deberes, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades constituyen infracciones pasibles de una sanción administrativa para el gestor de intereses<sup>225</sup>. Las sanciones van desde la amonestación, pasando por la multa, la suspensión de la licencia y la cancelación de la licencia e inhabilitación perpetua<sup>226</sup>.

El tenor de la Ley de gestión de Intereses y su Reglamento resulta sin duda importante para la prevención y sanción de la actuación de los particulares que intervienen en el ciclo de la contratación. El gran problema con

---

<sup>222</sup> Esta obligación se aplica inclusive con anterioridad o posterioridad al acto de gestión realizado ante el funcionario.

<sup>223</sup> Artículo 37° del Reglamento de la Ley N° 28024.

<sup>224</sup> Artículo 37° del Reglamento de la Ley N° 28024.

<sup>225</sup> Artículo 38° del Reglamento de la Ley N° 28024.

<sup>226</sup> Artículo 39° del Reglamento de la Ley N° 28024.

esta normativa es que en la práctica no se aplica. Los gestores de intereses propios y de terceros prefieren no dejar constancia de su labor y los funcionarios públicos no exigen el registro exigido por la norma.

Sumado a ello, debe reconocerse que la norma adolece de un vacío, pues si bien impone sanciones a los gestores no pasa así con las empresas o consorcios a los que estos representan. Con ello, si una empresa o un consorcio se presentan a un procedimiento de contratación a través de su representante legal, su gerente o de un gestor que no forma parte de la institución e incentiva las prácticas corruptas de estos, luego de la sanción a sus representantes podrá, a través de otros, repetir estas prácticas con total impunidad.

Por ello, urge que además de plantear la sanción de las empresas comprometidas, se tomen medidas preventivas que controlen la actuación desviada de estas. Con ese fin, resulta necesaria la elaboración de programas de cumplimiento por parte de las empresas involucradas en el ciclo de la contratación que se constituyan en requisito indispensable para poder participar en este.

##### **5. Los delitos de colusión y negociación incompatible como parte de un plan integral de lucha contra la corrupción en el ciclo de las contrataciones estatales.**

A partir de la revisión realizada a la normativa administrativa en materia de contrataciones estatales, incluidas las medidas de sanción, podemos afirmar que más allá de las reformas que puedan implementarse en sede jurídica como en el ámbito más social o institucional, la gravedad del fenómeno de la corrupción en el ciclo de la contratación requiere la intervención del Derecho Penal.



Como dijimos, la OCDE y Transparencia Internacional han calificado a la contratación estatal como el espacio gubernamental más vulnerable a la corrupción. De hecho, “la gran cantidad de escándalos relacionados con las adjudicaciones de contratos públicos de todo tipo pone en evidencia la estrecha vinculación entre el fenómeno de la corrupción y esta clase de decisiones”<sup>227</sup>.

El problema, que afecta económicamente al país y sobretodo, recorta decididamente los derechos de los ciudadanos<sup>228</sup>, ha sido abordado desde diversas aristas. Se ha incidido en medidas como la transparencia en la contratación pública, la implementación de servicios electrónicos, la participación activa de la sociedad civil en su fiscalización, la profesionalización de los funcionarios encargados de llevarla a cabo y el compromiso del sector empresarial en cuanto a prácticas éticas.

Estas estrategias, sin duda necesarias para afrontar el problema, han ido aparejadas de medidas más jurídicas. Entre ellas destaca, en el ámbito preventivo, el establecimiento de regímenes de contratación que han dotado de mayor orden y transparencia a los procedimientos contractuales y que han establecido las líneas de acción de los funcionarios involucrados.

Sumado a ello, se ha implementado un régimen de sanciones administrativas para los funcionarios encargados del ciclo de la contratación. A su vez, y aunque requiere ser puesta en práctica, se cuenta con una norma que regula el lobby que los particulares pueden válidamente realizar para que su propuesta se vea favorecida.

La regulación revisada en este trabajo, como se ha anotado en su momento, requiere reformas y siempre podrá ser mejorada. Hemos incidido al respecto, en el régimen de los contratos de concesión para infraestructura

---

<sup>227</sup> ARIEL REZZOAGLI, B., *Licitaciones Públicas, Corrupción y Control Fiscalizador*, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2004, pág. 30.

<sup>228</sup> TORRES PACHAS, D., *Delitos de corrupción en las contrataciones con el Estado: algunos aspectos a tomar en cuenta*, en: Boletín Proyecto Anticorrupción N° 50, Junio, 2015, pág. 26. (Disponible en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-david.pdf>, fecha de consulta: 5.05.2015)

pública y servicios públicos, la tipificación de las infracciones contenidas en el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM y la Ley de Gestión de Intereses.

Sin embargo, el fenómeno de la corrupción en la contratación estatal sobrepasa lo normativo e incide más bien, en el ámbito sociológico y en la participación de actores formales e informales dispuestos a priorizar intereses particulares en vez de los públicos.

Como explica nítidamente Ferré, “las prácticas corruptas llevadas a cabo por autoridades y funcionarios públicos están muy extendidas. Se puede imputar la facilidad de generalización de este fenómeno a la existencia de un marco jurídico que favorece las prácticas corruptas. Sin embargo, siendo tan diferentes los sistemas jurídicos de referencia y tan reiteradas las prácticas irregulares e ilícitas, no es posible achacar a imperfectas regulaciones legales lo que es en realidad un fenómeno sociológico que goza de peculiar aceptación entre los gobernantes y provoca idéntico grado de resignación y pesimismo entre los gobernados”<sup>229</sup>.

Por ello, incluso realizando las modificaciones a la normativa citada y poniéndola en práctica, la erradicación de la corrupción es imposible. Sin duda, podrá obtenerse un mejor control y podrá prevenirse o sancionarse administrativamente este tipo de conductas, pero “la picaresca y la imaginación humana van más allá de cualquier regulación y, por tanto, nuevas conductas vulneradoras continuarán surgiendo”<sup>230</sup>.

Por estas razones, la mayoritariamente aceptada necesidad político-criminal de la intervención penal para el combate de la corrupción<sup>231</sup>, bien

---

<sup>229</sup> FERRÉ OLIVÉ, J., “Corrupción y delitos contra la Administración Pública”, (ed.) FERRÉ OLIVÉ, J., *Fraude y Corrupción en la Administración Pública*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pág. 14.

<sup>230</sup> ALVAREZ CIVANTO, O., *Las claves del buen gobierno en la Administración Pública*, op. cit., pág. 101.

<sup>231</sup> Al respecto ver: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Incremento de la respuesta penal frente a la corrupción en el Proyecto de reforma del Código Penal: el delito de cohecho”, en: *Revista Galega de Seguridade Pública. Retos de la Política Criminal Actual*, N° 9, 2006,

puede trasladarse a los gravísimos actos que se realizan en el espacio gubernamental más vulnerable a la misma: la contratación pública.

Como explica el profesor Berdugo, “la importancia de los bienes jurídicos afectados por la corrupción y el importante grado de lesividad que estas conductas tienen sobre los mismos, unidos a la insuficiencia de otros medios de control menos agresivos, hacen que hoy no se cuestione que el legislador deba recurrir a la utilización del Derecho penal”<sup>232</sup>.

Estos mismos argumentos resultan aplicables a los casos de corrupción en el ciclo de la contratación, que debido al fuerte impacto que generan en la actividad contractual de la Administración pública, como a la insuficiencia de medios menos lesivos, requieren de una respuesta penal.

En el Código Penal Colombiano del 2000, por ejemplo, se reconoció la necesidad de establecer un capítulo especial para los delitos contra la Administración pública cometidos en el marco de contrataciones estatales, situación que ha devenido en la aprobación del Título XV del Capítulo IV de este cuerpo normativo “De la celebración indebida de contratos”, el cual sanciona cuatro conductas: La violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (408°), el interés indebido en la celebración de contratos (409°), el contrato sin cumplimiento de requisitos legales (410°) y los acuerdos restrictivos de la competencia (410-A).<sup>233</sup>

---

pág. 15; OLAIZOLA NOGALES, I., “Los delitos contra la Administración Pública”, en: MIR PUIG, S. y M, CORCOY VIDAZOLO (edits.), *Nuevas Tendencias en Política Criminal. Una Auditoría al Código Penal español de 1995*, BdeF, Buenos Aires, 2006, pág. 361; RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., “Aspectos penales de la corrupción en la Administración Pública”, op. cit., pág. 193.

<sup>232</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y E., FABIÁN CAPARRÓS, “Corrupción y Derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas”, en. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, N° 81, 2009, pág. 25.

<sup>233</sup> Situación similar sucede en Brasil. Mediante Ley N° 8.666/93 que regula las licitaciones y los contratos de la Administración pública, se ha creado la figura de la *advocacia administrativa nos crimes licitatórios*. De ese modo, de acuerdo al artículo 91° de la Ley N° 8.666/93, se sanciona con una pena de prisión de entre seis meses a dos años y una multa, la conducta de *patrocinar, directa o indirectamente, intereses privados ante*

En el caso peruano, el legislador ha tipificado dos conductas específicas: el delito de colusión, que sanciona al funcionario o servidor público que se concerta con el particular con el fin de defraudar al Estado y el delito de negociación incompatible, que sanciona al funcionario que realiza actos que denotan un interés indebido en un contrato u operación.

El delito de colusión encuentra correlato en el artículo 436° del Código Penal español<sup>234</sup> y el artículo 239° del Código Penal chileno<sup>235</sup>. Por su parte, el delito de negociación incompatible resulta similar al artículo 265° del Código Penal argentino<sup>236</sup>, el artículo 409° del Código Penal colombiano<sup>237</sup>, el artículo 240° del Código Penal chileno<sup>238</sup> y el artículo 439° del Código Penal español<sup>239</sup>.

---

*la Administración, dando motivo a una oferta de licitación o a la celebración de un contrato, cuya invalidación debe ser decretada por el Poder Judicial.*

<sup>234</sup> Artículo 436°.- La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años.

<sup>235</sup> Artículo 239°.- El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo (...).

<sup>236</sup> Artículo 265°.- Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

<sup>237</sup> Artículo 409°.- El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el

Según reporta la Procuraduría Anticorrupción, los delitos de colusión y negociación incompatible, constituyen el segundo y tercer tipo más denunciado, luego del peculado, de entre los comprendidos en el Título XVIII del Código Penal peruano: Delitos contra la Administración Pública.

Ciertamente, la cantidad de contrataciones (para construcción de obras públicas, servicios, de personal, etc.) que celebra el Estado a través de sus diversas instancias (gobierno central, gobiernos regionales, gobiernos locales, etc.), ha provocado que las contrataciones “arregladas” constituyan modalidades delictivas cotidianas.

Por ello, el legislador ha considerado conveniente que el pacto entre el funcionario y el particular o los actos que denoten un interés indebido del funcionario en el contrato público, determinen ya una desviación importante del poder encomendado, en tanto persiguen defraudar al Estado o beneficiar un interés distinto al público.

Como ha explicado el profesor Sancinetti respecto al delito de negociaciones prohibidas, cuya argumentación bien puede extenderse a nuestro delito de colusión, “es indudable que la actuación parcial de los órganos administrativos, no se incrementa en modo alguno por el grado de beneficio que el funcionario pueda obtener, ni por el eventual perjuicio

---

ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

<sup>238</sup> Artículo 240º.- El empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio (...).

<sup>239</sup> Artículo 439º.- La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años.

administrativo, sino que deviene definitivamente configurada en cuanto el funcionario realiza un acto desviado por la prosecución de un interés espurio”<sup>240</sup>.

En esa medida, el fundamento de la prohibición de estos delitos radica en la actuación parcializada con miras a defraudar al Estado o a beneficiar un interés distinto al público, situación que (como veremos más adelante) coloca en peligro abstracto la actividad contractual del Estado, más allá de la agravación de la pena que pueda generar el efectivo perjuicio al bien jurídico.

En todo caso, el problema que se ha planteado estriba más bien en la aplicación de estos tipos penales por parte de los operadores de justicia. Al respecto, la Defensoría del Pueblo del Perú<sup>241</sup> ha apuntado en un reciente informe la dificultad para sancionar el delito de colusión y consecuentemente, el delito de negociación incompatible.

El Informe Defensorial N° 168 detalla los problemas de prueba con que se encuentran los fiscales penales al momento de enfrentarse a una denuncia por el delito de colusión. Estos podrían resumirse en la dificultad de acreditar el acuerdo parcializado, mayoritariamente verbal y oculto, entre el funcionario y el particular; y la consiguiente obtención de documentos direccionados correctamente desde el punto de vista técnico a favor de un postor<sup>242</sup>.

---

<sup>240</sup> SANCINETTI, M., “*Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. 39, F. 3, págs. 880-881.

<sup>241</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N° 168. El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2014, págs. 58-60. El informe también establece como causas de la dificultad para la sanción del delito de colusión, “la complejidad de los procesos de compras públicas, su limitada efectividad para establecer controles reales, así como las diversas maneras a las que se recurre para evitar sus controles (como la declaración de proyectos de interés o prioritarios para la región o localidad) y la insuficiente formación y especialización de los fiscales en el manejo de la Ley de Contrataciones del Estado”.

<sup>242</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N° 168*, op. cit., pág. 57.

En cuanto al delito de negociación incompatible, la Defensoría del Pueblo reporta, en primer término, que ha sido asumido como una estrategia alterna al delito de colusión. Así, un grupo de fiscales ha preferido formular acusación por este delito en tanto su configuración no exige la acreditación de un acuerdo colusorio<sup>243</sup>. No obstante, el Informe señala que “las estadísticas todavía no favorecen este cambio de estrategia como una mejor opción”<sup>244</sup>.

Tal parece que la acreditación de actos que denoten un interés indebido del funcionario con el fin de favorecerse o favorecer a terceros tampoco ha resultado fácil de probar. En ello ha influido, sin duda, los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales.

El Informe reporta que para muchos de ellos, la prueba indiciaria no resulta suficiente para acreditar la comisión de los delitos de colusión y negociación incompatible. Para otro sector, por su parte, estos delitos sólo se configuran en ciertas etapas del procedimiento de contratación o en la actuación de ciertos actores, como las del Comité de Selección<sup>245</sup>.

La relevancia que los pronunciamientos judiciales poseen en sede fiscal ha generado que parte de sus criterios sean trasladados como parámetros de calificación en la investigación preparatoria, permitiendo con ello el archivo de denuncias a pesar que estas requieren sólo de indicios razonables para su formalización<sup>246</sup>.

Lo anterior, no debe llevarnos a pensar en la inutilidad de estos delitos o a plantear, como ocurre en algún sector de la doctrina española, la necesidad de modificar estos delitos exigiendo la tipificación de un resultado material en ambos.

---

<sup>243</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N° 168*, op. cit., pág. 59.

<sup>244</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N° 168*, op. cit., pág. 60.

<sup>245</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N° 168*, op. cit., pág. 58.

<sup>246</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N° 168*, op. cit., pág. 59.

Ciertamente, Jareño Leal ha sostenido respecto al delito de fraude, similar al tipo básico de colusión del Código Penal Peruano, que debería incorporar la efectiva defraudación y enriquecimiento de los sujetos, pues en la práctica, los hechos materia de denuncia “no se interceptan en un estadio en el que sólo haya pactos entre funcionarios y particular, sin que dichos pactos se hayan materializado”<sup>247</sup>.

En cuanto al delito de negociación incompatible, la autora considera necesario “redactar el tipo exigiendo para el castigo un efectivo resultado material”<sup>248</sup>, pues el delito se descubre cuando los hechos han sobrepasado el momento consumativo establecido en el tipo. Según Jareño Leal, “las pruebas materiales se obtienen cuando el sujeto ha conseguido ya la adjudicación del contrato y un beneficio económico”<sup>249</sup>.

Este tipo de planteamiento fue propuesto hace un tiempo en el Perú a propósito de la reforma legislativa del delito de colusión acaecida mediante la aprobación de la Ley N° 29703 del 10 de junio del 2011. La norma sancionaba el delito sólo cuando el funcionario público defraudare patrimonialmente al Estado a través de la concertación ilegal con los interesados<sup>250</sup>.

---

<sup>247</sup> JAREÑO LEAL, A., *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 140. Conviene señalar, respecto a las modificaciones planteadas por la profesora Jareño Leal, que estas responden al bajo número de sentencias condenatorias por los delitos de fraude y negociaciones prohibidas que encuentra en la jurisprudencia de su país; pero a su vez, a la poca relevancia que estos delitos poseen en el ordenamiento jurídico español, que ha delegado su juzgamiento a jurados.

La realidad criminológica peruana es distinta a la señalada porque el alto número de procedimientos de contratación que se realizan en nuestro medio y que moviliza sumas exorbitantes de dinero han propiciado la intervención decidida de la corrupción en la contratación pública, lo que ha hecho de los delitos de colusión y negociación incompatible, el segundo y tercero más denunciado en nuestro medio en el ámbito de los Delitos contra la Administración Pública.

<sup>248</sup> JAREÑO LEAL, A., *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, op. cit., pág. 175.

<sup>249</sup> JAREÑO LEAL, A., *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, op. cit., pág. 174.

<sup>250</sup> Artículo 384º.- El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante



Esta norma fue derogada debido a los cuestionamientos que se realizaron contra la exigencia de un resultado típico. De hecho, se presentaron cinco proyectos de ley (Proyecto de Ley N° 4878/2010-CR de 13 de junio de 2011, Proyecto de Ley N° 4881/2010-CR de 14 de junio de 2011, Proyecto de Ley N° 4885/2010-CR y Proyecto de Ley N° 4886/2010-CR ambos del 15 de junio de 2011 y el Proyecto de Ley N° 4892/2010-PE del 22 de junio del 2011)<sup>251</sup> exigiendo la derogación de la ley<sup>252</sup>.

En ese contexto, se esgrimieron diversas razones para fundamentar el pedido, tales como, el desconocimiento de las exigencias de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción que instan a promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir la corrupción.

De entre los argumentos esgrimidos, coincidimos con la opinión de la Fiscalía de la Nación, que partiendo de considerar el correcto funcionamiento de la actividad contractual del Estado como el bien jurídico protegido por el delito de colusión, determina que su protección no puede restringirse a velar únicamente por el patrimonio estatal.

En esa medida, el Informe concluye que “el fraude o defraudación, propios del delito analizado, está determinado por la vulneración del correcto funcionamiento del sistema de contratación pública que se produce como consecuencia de la concertación ilegal entre el funcionario responsable y los interesados, debiendo ser tal conducta, a diferencia del texto vigente, la que constituya el núcleo rector del tipo penal del delito, el cual resultaría

---

concertación ilegal con los interesados defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con una pena privativa de libertad no menos de seis ni mayor de quince años.

<sup>251</sup> Los proyectos de ley se encuentran disponibles en la sección “Archivo Digital de la Legislación del Perú” del Congreso de la República [www.congreso.gob.pe](http://www.congreso.gob.pe).

<sup>252</sup> No detallaremos con mayor minuciosidad en este Capítulo la discusión generada a propósito de la modificación del delito de colusión, por cuanto será abordada en el Capítulo 4 de este trabajo.

consumado aun cuando no se perjudique patrimonialmente al Estado o no se produzca un beneficio para el funcionario implicado”<sup>253</sup>.

De ese modo, se reivindicó la posición del Poder Judicial peruano que antes de la aprobación de la Ley N° 29703, requería la redacción del delito de colusión como uno de peligro abstracto, por cuanto, “si lo fundamental, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, es la concertación ilícita, el perjuicio o defraudación al Estado se convierte explícitamente en un elemento subjetivo del tipo”<sup>254</sup>.

Estas posiciones coinciden con el que consideramos fundamento de los delitos de colusión y negociación incompatible, la puesta en peligro de la actividad contractual del Estado a través de la vulneración del principio de imparcialidad. Por ello, en palabras ya citadas del profesor Sancinetti, la actuación parcial de los órganos administrativos no se incrementa en modo alguno por el grado de beneficio que el funcionario pueda obtener, ni por el eventual perjuicio administrativo.

En base a estas razones, la configuración de los delitos de colusión y negociación incompatible como tipos de peligro abstracto no mina su importancia político-criminal en la lucha contra la incursión de la corrupción en el ciclo de la contratación pública. Por el contrario, y ese es el fin primordial de este trabajo, deben otorgarse herramientas jurídicas para la interpretación y acreditación del tipo de injusto de ambos delitos.

---

<sup>253</sup> Fiscalía de la Nación, Informe N° 001-2011, pág. 4. Este informe fue remitido al Congreso de la República mediante Oficio N° 9678-2011-MP-FN-SEGFIN. El informe se encuentra disponible en la sección “Archivo Digital de la Legislación del Perú” del Congreso de la República [www.congreso.gob.pe](http://www.congreso.gob.pe)

<sup>254</sup> Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ, pág. 5. Este proyecto fue remitido al Congreso de la República mediante Oficio N° 4112-2010-SG-CS-PJ el 3 de agosto del 2010. El proyecto se encuentra disponible en la sección “Archivo Digital de la Legislación del Perú” del Congreso de la República [www.congreso.gob.pe](http://www.congreso.gob.pe)

De esa manera, podrá complementarse la conformación de una estrategia integral que prevenga y combata la corrupción, en el ámbito jurídico, desde el Derecho Administrativo y el Derecho Penal.

Con todo, no debe perderse de vista que la necesidad de la intervención penal en este ámbito responde también a una realidad preocupante: la decidida intervención del crimen organizado a través de asociaciones que comprenden a funcionarios públicos, lobistas, particulares, entre otros<sup>255</sup>.

Como señala González-Ruiz: “los grupos de delincuencia organizada han utilizado la corrupción en el sector público como instrumento para enfrentar a los Estados con impunidad y quebrantar el Estado de derecho de forma cada vez más notoria en los últimos años. Por ello, controlar y luchar contra la corrupción en el sector público es una condición necesaria, si en verdad se pretende alcanzar un desarrollo político y económico sostenido que permita combatir la pobreza y las marcadas diferencias sociales.”<sup>256</sup>

---

<sup>255</sup> El concepto de criminalidad organizada es bastante diverso y sigue siendo materia de discusión, por ello hemos elegido una definición que condensa las que consideramos sus características básicas. Al respecto, ver entre otros: ANARTE BORRALLO, E., “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en: FERRÉ OLIVÉ, J. y E. ANARTE BORRALLO (edits.), *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 13-27; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad de Empresa, Criminalidad Organizada y Modelos de Imputación”, en: FERRÉ OLIVÉ, J. y E. ANARTE BORRALLO (edits.), *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 205-210; SÁNCHEZ VELARDE, P., “Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal: La Colaboración Eficaz”, en: *La Reforma del Proceso Penal Peruano*, Anuario de Derecho Penal, Friburgo, 2004, p. 238; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La Criminalidad Organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 27-42; PRADO SALDARRIAGA, V., *Criminalidad Organizada*, IDEMSA, Lima, 2006, pp. 29-50.

<sup>256</sup> GONZÁLEZ-RUIZ, S. y otros, “Corrupción y Delincuencia Organizada. Un estrecho vínculo”, en: *Revista Universitaria*, Nº 76, 2002, pág. 60. En el mismo sentido, ALFONSO, R., “Infiltrazione della criminalità organizzata e condizionamento dell’attività della pubblica amministrazione”, FERRÉ OLIVÉ, J. (ed.), *Fraude y Corrupción en la Administración Pública*, Vol. III, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, págs. 255-270.



## CAPÍTULO 2

### EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

**SUMARIO:** I. FUNDAMENTOS PREVIOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL DE LOS QUE SE PARTE; 1. EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL: IMPORTANCIA Y CRITERIOS PARA SU DETERMINACIÓN; 1.1 LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL BIEN JURÍDICO; 1.2 EL CONCEPTO MATERIAL DE BIEN JURÍDICO COMO LÍMITE A LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO; 1.3 CRITERIOS PARA ELECCIÓN DE UN BIEN JURÍDICO CON RELEVANCIA PENAL; 2. POSICIONES CONTRARIAS A LA UTILIDAD DEL BIEN JURÍDICO: UN ESBOZO DE RESPUESTA; 2.1 EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA LA ESTABILIZACIÓN DE LA NORMA; 2.2 LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS A TRAVÉS DE LA ESTABILIZACIÓN DE LA NORMA; 3. BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS Y DERECHO PENAL MODERNO; 4. CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS; 5. CUESTIONAMIENTOS A LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS: SU POSIBLE ABSOLUCIÓN; 5.1 BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS Y VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES; 5.2 CRÍTICAS DESDE LA TEORÍA PERSONALISTA DE BIEN JURÍDICO; 6. LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DE BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS. II. ESTUDIO DEL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE; 1. POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO; 1.1 LA INFRACCIÓN DE DEBERES FUNCIONALES; 1.2 EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU CONTENIDO: LA ACTIVIDAD PRESTACIONAL DIRIGIDA AL INTERÉS PÚBLICO Y LA INTEGRACIÓN DE PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN; 1.3 EXCURSO: LA ATRIBUCIÓN DE CONTENIDO AL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO ÚNICO; 1.4 LOS BIENES JURÍDICOS ESPECÍFICOS IDENTIFICADOS EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE; 1.4.1 EL PATRIMONIO PÚBLICO COMO BIEN JURÍDICO ESPECÍFICO DEL DELITO DE COLUSIÓN; 1.4.2 LA DIVERSIDAD DE BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL DELITO DE COLUSIÓN; 1.4.3 LA MULTIPLICIDAD DE BIENES ESPECÍFICOS IDENTIFICADOS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE; 2. EL BIEN JURÍDICO EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA; 3. NUESTRA PROPUESTA; 3.1 EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO LA *RATIO LEGIS* DEL LEGISLADOR; 3.1.1 LA ACTIVIDAD PRESTACIONAL DEL ESTADO COMO ÁMBITO DE INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL; 3.1.2 EL FIN PERSEGUIDO POR LA ACTIVIDAD PRESTACIONAL DEL ESTADO: EL INTERÉS PÚBLICO; 3.1.3 LOS PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN LA ACTIVIDAD

PRESTACIONAL DEL ESTADO COMO MEDIOS NECESARIOS PARA SU ACTUACIÓN; 3.1.3.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD; 3.1.3.2 ¿PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD O IMPARCIALIDAD?; 3.2 LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO COMO BIEN JURÍDICO DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE; 3.2.1 ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO: ¿CONTEXTO DE COMISIÓN DEL DELITO O BIEN JURÍDICO PROTEGIDO?; 3.2.2 ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO?: SU IMPORTANCIA PARA LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES PÚBLICAS Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL; 3.2.3 PROTECCIÓN PENAL A LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO; 3.2.4 EL VÍNCULO ENTRE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE; 3.2.5 EL ROL DEL PATRIMONIO EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE; 3.2.6 ALUSIÓN A OTROS BIENES JURÍDICOS IDENTIFICADOS.

## **I. Fundamentos Previos de la Parte General del Derecho Penal de las que se parte**

### **1. El concepto de bien jurídico en el Derecho Penal: importancia y criterios para su determinación**

#### **1.1 La dimensión social del bien jurídico**

En sus inicios, el bien jurídico fue definido desde diferentes visiones. Bustos Ramírez, identifica una visión trascendental y otra inmanente de análisis. Desde la visión trascendental, se identifica al bien jurídico como objeto que surge más allá del Derecho, por lo que al legislador no le queda más que reconocerlo y protegerlo.

Son dos los autores representativos de esta corriente: Birbaum y Von Liszt. El primero asume una posición iusnaturalista, según la cual, el bien jurídico se identifica con aquellos objetos surgidos de la propia naturaleza. Von Liszt, en cambio, defiende una orientación político-criminal de bien jurídico, según la cual, estos surgen de la vida social y se constituyen en realidades necesarias para su desenvolvimiento.<sup>257</sup>

Binding, representante de la visión inmanente del bien jurídico, sostiene una posición contraria a las descritas. Para este autor, los bienes jurídicos son inmanentes al Derecho, por tanto, no están más allá del Derecho, pues este los crea. En esta visión, entonces, el bien jurídico se constituye en criterio teleológico para desentrañar la prohibición establecida por el legislador.<sup>258</sup>

A nuestra consideración, la determinación del concepto, importancia y alcances del bien jurídico, debe realizarse a partir de la visión o dimensión

---

<sup>257</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, 1997, pág. 137.

<sup>258</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y Sistema Penal*, op. cit. pág. 137.

social expuesta por Von Liszt. En primer término, porque en un Estado democrático el objeto del Derecho Penal es el servicio a la sociedad.

En palabras de Roxin, “el Derecho penal tiene como finalidad procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, en la medida en que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas socio- políticas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos”<sup>259</sup>.

En segundo lugar, porque las tesis de Birbaum y Binding no establecen un concepto material de bien jurídico que permita determinar lo protegido, pues en realidad, terminan remitiendo a la norma o al legislador.<sup>260</sup>

Al respecto, señala con razón Gimbernat que “si se quiere atribuir al Derecho penal algo más que una tarea estrictamente formal y fantasmagórica, es decir, algo más que una tarea incolora, inodora e insípida, si se quiere saber cuál es (o debería ser) en un Estado de Derecho pluralista su contenido, entonces tiene que ser definida como la rama del ordenamiento jurídico que pretende confirmar la validez de las normas (aspecto formal) que castigan la puesta en peligro o la lesión de los bienes jurídicos más importantes mediante comportamientos típicos, antijurídicos y culpables (aspecto material)”<sup>261</sup>.

---

<sup>259</sup> ROXIN, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en: HEFENDHEL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 446. En el mismo sentido, POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, pág. 227.

<sup>260</sup> En el caso de BIRBAUM, la alusión a todos los objetos surgidos de la naturaleza es bastante amplia, pero además, como ha explicado HORMAZÁBAL, aun cuando la formulación siguiera los escrúpulos liberales del autor, se enmarcó en los postulados de la Escuela Histórica del Derecho. Por tanto, el bien jurídico no era extraído de la naturaleza, sino que era entendido como producto histórico nacido del espíritu del pueblo, que el Estado debía valorar. HORMAZÁBAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006, págs. 11-28.

<sup>261</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., Prólogo a ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier, Barcelona, 2003, págs.12-13.



## 1.2 El concepto material de bien jurídico como límite a la potestad punitiva del Estado

Para Von Liszt, la realidad social y no el legislador determina los objetos que merecen protección penal; por tanto, el Derecho no crea bienes jurídicos, los encuentra y les dota de categoría jurídica.<sup>262</sup>

De esta forma, los bienes jurídicos se constituyen en “realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin”<sup>263</sup>.

Esta noción material de bien jurídico obliga al legislador a concretar los intereses susceptibles de protección penal indagando en las necesidades de los participantes en el tráfico social. De esta manera, el legislador no podrá establecer lo protegido penalmente en base a consideraciones morales o ideológicas, sino en condiciones que posean significación para los miembros de la sociedad.

Bajo estos lineamientos, resultará inadmisibles la aprobación de leyes penales arbitrarias motivadas exclusivamente por la ideología o que vulneren derechos fundamentales, conductas inmorales, atentados a la dignidad humana, normas jurídico-penales predominantemente simbólicas, tabúes, etc.<sup>264</sup>

Esta es la función de límite a la potestad punitiva del Estado propia del bien jurídico, por tanto, “los tipos penales deben partir de la descripción de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales (principio de exclusiva

---

<sup>262</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 44.

<sup>263</sup> ROXIN, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, op. cit., pág. 448.

<sup>264</sup> ROXIN, C., “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 15, pág. 11. (Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>; fecha de consulta: 11.05.2014)

protección de bienes jurídicos), como resultados especialmente graves y/o peligrosos (principio de *ultima ratio*) que el Derecho penal desea evitar”<sup>265</sup>.

La responsabilidad penal, entonces, no podrá derivarse de la simple realización formal de una conducta delictiva, como ha explicado Hormazabal, “será necesario que esa conducta esté dotada de la significación social que sólo la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico le puede dar. No bastará ya con la realización antijurídica de una conducta típica dolosa o culposa, sino que será necesario además que esa conducta sea socialmente significativa”<sup>266</sup>.

Cabe que realicemos una precisión final. A partir de lo señalado con anterioridad, los bienes jurídicos no se constituyen en meras cuestiones espirituales ausentes de significación social; sin embargo, de ello no debe derivarse que la materialidad implica que el bien jurídico sea tangible. El ámbito de lo protegible penalmente no se limita a realidades físicas, sino que abarca también realidades inaprehensibles relevantes para las personas, tales como el honor o la libertad<sup>267</sup>.

### **1.3 Criterios para la elección de un bien jurídico con relevancia penal**

Las teorías constitucionalistas y funcionalistas del bien jurídico surgidas a partir de los años sesenta, pretendieron otorgar criterios para la elección de un bien jurídico. Aunque existen diversas variantes dentro de estas teorías, puede decirse que las teorías constitucionalistas consideran que la Constitución agota los intereses susceptibles de tutela penal. Por su parte, de acuerdo a las teorías sociológico-funcionalistas, los bienes jurídicos deben

---

<sup>265</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 8º ed., Reppertor, Barcelona, 2008, pág. 160.

<sup>266</sup> HORMAZABAL MALAREE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, op. cit., 169-170.

<sup>267</sup> ALCÁCER GIRAÓ, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., pág. 73.

extraerse de la realidad social en el que se desarrollan las funciones del Estado.<sup>268</sup>

Más allá de los cuestionamientos que se han realizado a ambas posiciones, consideramos que en realidad, se complementan. Si nos ponemos a pensar, la consideración de un determinado interés como bien jurídico depende de que constituya un interés social que condicione las posibilidades de participación del individuo en sociedad, por lo que se necesita de criterios sociológicos para dicha determinación.

Sin embargo, debe reconocerse que resulta complicado establecer un consenso total en la sociedad sobre aquellos objetos que constituyen estas realidades e intereses necesarios para el individuo. El pluralismo y la diversidad de opiniones reconocidas en un Estado democrático, como los propios defectos de cada sistema social impiden dicha labor<sup>269</sup>.

En ese contexto, la Constitución constituye un baremo adicional para elegir un objeto protegible penalmente como para la determinación del contenido del mismo. El marco constitucional se erige en premisa político criminal en base a los principios y valores que la inspiran pero al mismo tiempo, en límite al legislador, quien no podrá criminalizar conductas en contra del orden constitucional establecido<sup>270</sup>.

De esa manera, la Constitución “no exige una correspondencia exacta entre bienes jurídicos y valores constitucionales pero sí una adaptación genérica de éstos a aquéllos”<sup>271</sup>. Al mismo tiempo, es un límite negativo de

---

<sup>268</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, op., págs. 46- 56.

<sup>269</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Medio ambiente y funcionarios públicos. Análisis del tipo objetivo del artículo 329 del Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 70.

<sup>270</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Medio ambiente y funcionarios públicos*, op. cit., págs. 77-78. En el mismo sentido, MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi”, en: *Estudios penales y criminológicos*, N° XIV, 1989-1990, pág. 163.

<sup>271</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, pág. 17.

carácter normativo que impide criminalizar los principios reconocidos en la carta constitucional, como la interpretación que de esta realice el Tribunal Constitucional<sup>272</sup>.

En ese orden de ideas, “la realidad social es la que nutre al bien jurídico y constituye su punto de contraste permanente [pero al mismo tiempo] la valoración que todo bien jurídico implica encuentra como marco de referencia ineludible el texto de la Constitución y el modelo de Estado en ella consagrado”<sup>273</sup>.

Conviene anotar, por último, que autores como Diez Ripollés<sup>274</sup> han establecido criterios adicionales que podrían aportar en la elección de un bien jurídico penal, entre ellos tenemos: el principio in dubio pro libértate, que implica la renuncia a penar comportamientos si hay dudas respecto a su lesividad social; el principio de tolerancia, que supone aceptar un cierto nivel de conflictividad social sin una consecuente reacción de las instancias de control jurídico-penal; el principio de practicidad procesal que prohíbe intervenir penalmente sobre conductas que no son accesibles a las condiciones operativas del proceso penal; y el principio de abstención de tareas de ingeniería social.

---

<sup>272</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J., “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, en: *Jueces para la democracia*, Nº 39, 1997, pág. 14. Al respecto, explica el profesor García de Enterría que “la Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 49.

<sup>273</sup> GUTIÉRREZ FRANCÉS, M., *Fraude informático y estafa (Aptitud del tipo de estafa en el Derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 207.

<sup>274</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J., “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, op. cit., págs. 15-16.

## **2. Posiciones contrarias a la utilidad del bien jurídico: Un esbozo de respuesta**

### **2.1 El Derecho Penal como instrumento para la estabilización de la norma**

El profesor Jakobs considera que el respeto a la norma permite un consenso básico en la sociedad. A su parecer, el legislador regula las situaciones de interacción entre las personas de acuerdo a máximas iguales para todos, pues si las relaciones interpersonales dependieran de las valoraciones individuales, la convivencia social sería caótica.<sup>275</sup>

El legislador, por tanto, asume la administración centralizada de los objetivos de la sociedad y establece en qué modalidades de conducta alguien ya está desempeñando el papel de un homicida, corrupto, estafador, etc., aunque ese alguien individualmente tenga otra opinión<sup>276</sup>.

A partir de las normas, entonces, los ciudadanos confían en el funcionamiento del sistema social, pues adoptan expectativas de lo que será el comportamiento del “otro” en determinada situación. Sin embargo, si se quebranta la norma, se desestabiliza el sistema y consecuentemente, el consenso logrado entre los ciudadanos se diluye.

Por ello, el Derecho penal busca proteger la estabilidad o el respeto a las normas en el sistema social. En ese contexto, el delito implica la defraudación de expectativas del sistema social y la pena sanciona la falta de fidelidad del delincuente para con el ordenamiento jurídico.

---

<sup>275</sup> JAKOBS, G., “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en: MONTEALEGRO LYNETT, E. (coord.), *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 51. En el mismo sentido, explica la posición jakobsiana VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Derecho Penal. Parte General*, 2º ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, pág. 394.

<sup>276</sup> JAKOBS, G., “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, pág. 50.

En la propuesta de Jakobs, entonces, la alusión al bien jurídico resulta innecesaria pues toda su tesis se centra en la importancia de la norma para el sistema social y la convivencia de sus miembros. Esta posición, aunque resulta bastante coherente en su formulación, posee un cuestionamiento de fondo esencial que fundamenta nuestro alejamiento de esta postura.

Para Jakobs, el sistema jurídico es un sistema autorreferente o autopoietico que no requiere más que a sí mismo para su legitimidad; por ello, la formulación del autor carece de referentes externos al Derecho positivo desde los que analizar críticamente las normas.<sup>277</sup>

En esa medida, el Derecho penal queda reducido a una ciencia sobre lo que “es” pero en ningún caso sobre lo que “debería ser”<sup>278</sup>, situación que coloca a los ciudadanos a merced de la arbitrariedad del legislador, cuyo poder no puede ser cuestionado desde la política-criminal ni desde la doctrina o jurisprudencia constitucional<sup>279</sup>.

## **2.2 La protección de bienes jurídicos a través de la estabilización de la norma**

Feijoo Sánchez no niega que el Derecho Penal proteja bienes jurídicos; sin embargo, entiende que dicha protección sólo puede ser realizada mediante el mantenimiento de la vigencia del orden jurídico.<sup>280</sup>

---

<sup>277</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en: PORTILLA CONTRERAS, G. (coord.), *Mutilaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, pág. 65.

<sup>278</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Funcionalismo y teoría del bien jurídico”, en: FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (coord.), *Constitución y principios del Derecho penal: Algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 175-176.

<sup>279</sup> ROXIN, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, op. cit., pág. 457. En el mismo sentido, POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, op. cit., pág. 323.

<sup>280</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Funcionalismo y teoría del bien jurídico”, op. cit., pág. 177.

El autor llega a esta conclusión mediante el cuestionamiento de las funciones que se atribuyen al bien jurídico, sobretodo, en cuanto límite a la potestad punitiva del Estado. A su parecer, la ilegitimidad de un delito no depende de la teoría del bien jurídico, sino de la disfuncionalidad que tienen ciertas concepciones para una sociedad que ha evolucionado y no las asume como suyas.<sup>281</sup>

Para Feijoo, entonces, “lo que se pretende con la teoría del bien jurídico como teoría político-criminal es enjuiciar si el objeto de protección o *telos* de una norma de la parte especial (con independencia de los fines o motivos del legislador) es ilegítimo teniendo en cuenta la configuración normativa de una determinada sociedad”<sup>282</sup>.

A lo anterior, el autor añade que el ordenamiento jurídico puede cuestionar el ilícito sobre la base de los derechos o principios reconocidos en la Constitución. Así por ejemplo, la despenalización de la homosexualidad –entre otros temas- responde a que el libre desarrollo de la personalidad como la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, son derechos protegidos por el sistema constitucional.<sup>283</sup>

Sobre esta posición, conviene que realicemos varias precisiones. En primer lugar, “de la circunstancia de que una mayoría de la población no esté dispuesta a tolerar una conducta que le desagrade no debe deducirse que ésta podrá ser castigada aunque no afecte a nadie en su libertad de desarrollo”<sup>284</sup>. Roxin explica que cuando el Tribunal Constitucional Federal Alemán derogó

---

<sup>281</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “*Funcionalismo y teoría del bien jurídico*”, op. cit., pág. 215.

<sup>282</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “*Funcionalismo y teoría del bien jurídico*”, op. cit., pág. 225.

<sup>283</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. Recensión a Roland Hefendehl (ed.): “La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?””, en: *InDret*, Abril, 2008, p. 14. (Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/526.pdf> ; fecha de consulta: 13.02.2012)

<sup>284</sup> ROXIN, C., “*El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*”, op. cit., pág. 16.

como conducta ilícita a la homosexualidad entre adultos, ésta era rechazada por la mayoría de la sociedad<sup>285</sup>.

En esa línea, “que hoy las ideas hayan cambiado es la consecuencia, y no el presupuesto de la política de reforma de aquel momento. Además, ha de tenerse en cuenta que las convicciones acerca del merecimiento de pena de un comportamiento sólo pueden experimentar cambios más o menos rápidos en aquellos casos en los que en la base de la amenaza de pena no hay un bien jurídico a proteger, sino una mera convicción moral”<sup>286</sup>.

De otro lado, si bien coincidimos que a partir de la Carta fundamental se puede determinar la inconstitucionalidad de las normas penales, ello no implica que el bien jurídico no cumpla su función de límite a la potestad punitiva del Estado. El delito implica una restricción al derecho a la libertad personal; sin embargo, de identificarse que la conducta típica persigue un fin legítimo, la inconstitucionalidad de la norma dependerá de que la restricción sea adecuada, necesaria y proporcional a la consecución de dicho fin.

En Derecho penal, ese fin está representado por el bien jurídico, por lo que al final, el análisis de necesidad y proporcionalidad de la pena depende de este. El bien jurídico fundamenta la prohibición penal, nos dice por qué se sanciona determinada conducta y a partir de ese conocimiento, el intérprete debe analizar si la conducta y la sanción establecidas son adecuadas y proporcionales para proteger el bien jurídico.

### **3. Bienes jurídicos colectivos y Derecho Penal Moderno**

La noción de bien jurídico se gestó en el marco del Estado liberal. Este nació como oposición al Estado absoluto y estructuró su sistema en torno a la

---

<sup>285</sup> Ibid.

<sup>286</sup> ROXIN, C., “*El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*”, op. cit., pág. 5.



persona y el respeto a sus derechos. Lo anterior, tuvo como sustento la posición de desventaja del individuo respecto al poder del aparato gubernamental, que en épocas absolutistas, produjo una serie de arbitrariedades.<sup>287</sup>

En ese contexto, el Estado liberal se convierte en guardián de los derechos de los ciudadanos que en el ámbito penal se resguardaron a partir del bien jurídico, entendido sobretodo de manera individual, pero sin desconocer la importancia de bienes jurídicos de diferente naturaleza, como la Fe pública, la Administración de justicia, entre otros.<sup>288</sup>

Sin embargo, con la identificación de disfunciones en los procesos sociales y económicos, el Estado pasó de ser un mero guardián de derechos a un interventor que atiende las necesidades de los miembros de la sociedad. De esa manera, la visión del Estado abarca no sólo lo microsocio sino también lo macrosocio.<sup>289</sup>

El Estado asistencial, entonces, reconoce la existencia de bienes jurídicos individuales, pero al mismo tiempo, entiende que existen bienes jurídicos colectivos que no están por encima del individuo sino que responden a sus necesidades. A partir de la diferencia entre bienes jurídicos individuales y colectivos se empieza a gestar la diferencia entre el llamado Derecho Penal clásico y el Derecho Penal moderno.

El primero estaría caracterizado por el individualismo, la legalidad estricta, el predominio de bienes jurídicos individuales y de delitos de lesión; por su parte, el Derecho Penal moderno se caracterizaría por el anti-individualismo, la importancia de lo social, la flexibilización del principio de legalidad a partir del uso de normas penales en blanco y tipos penales cuya

---

<sup>287</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y Sistema penal*, op. cit., pág. 196.

<sup>288</sup> Ibid.

<sup>289</sup> Ibid.

base parte del Derecho Administrativo y la proliferación de bienes jurídicos supraindividuales y de delitos de peligro.<sup>290</sup>

#### 4. Características de los bienes jurídicos colectivos

Mientras los bienes jurídicos individuales poseen una utilidad personal, los colectivos poseen una utilidad para la sociedad en su conjunto. En efecto, “las funciones de los bienes jurídicos colectivos pueden definirse a partir de un elemento común, a saber, la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros”<sup>291</sup>.

De ese modo, mientras los bienes jurídicos individuales suelen constituirse en condiciones de protección para el ciudadano; lo que dota de contenido a los colectivos y los diferencia de los primeros, radica en que promueven o favorecen la participación del individuo en la sociedad a través de condiciones macrosociales necesarias para su coexistencia libre y pacífica.<sup>292</sup>

A partir de lo anterior, Soto Navarro considera que una de las características de los bienes jurídicos colectivos, es la titularidad compartida, a partir de la cual, los bienes jurídicos colectivos deberán ser útiles no sólo para un ciudadano o un grupo de estos, sino para toda la sociedad en su conjunto.<sup>293</sup>

---

<sup>290</sup> GRECO, L., “Existem criterios para a postulacao de bens jurídicos colectivos?”, en: *Revista de concorrência e regulação*, Ano II, Números 7/8, Año II, julio – diciembre, 2012, pág. 350.

<sup>291</sup> SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, pág. 231.

<sup>292</sup> MAYO CALDERÓN, B., “Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos”, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 17, 2003, pág. 318.

<sup>293</sup> SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., págs. 194-195. A propósito de esta característica, que HEFENDEHL denomina “criterio de no rivalidad”, desprende un sub-principio, el “criterio del no desgaste”. A partir de este último, el autor realiza una clasificación que resulta

A su vez, otra característica de estos bienes es la indisponibilidad, condición que permite a todas las personas tener la posibilidad de aprovechamiento del bien jurídico. De esta característica se desprende, además, que resulta ineficaz jurídico- penalmente el consentimiento para la lesión o puesta en peligro del bien.<sup>294</sup>

Otra característica de los bienes jurídicos colectivos que se deriva de su indisponibilidad es su indivisibilidad. A partir de ella, deberá rechazarse cualquier acto que pretenda dividir el bien jurídico colectivo en intereses individuales<sup>295</sup>.

Finalmente, los bienes jurídicos colectivos poseen como característica su naturaleza conflictual. En esa medida, el legislador como el intérprete deberá ponderar en el caso concreto los alcances y límites del interés de modo

---

interesante revisar. A saber: “Del criterio del no desgaste surgen tres grupos de bienes colectivos. Los bienes jurídicos relativos a la organización del Estado y su desarrollo no se disfrutan en sentido estricto por los miembros de la sociedad, sólo se aseguran para ellos, con lo que no se cumple más que el criterio de la no distributividad. En cambio, los bienes jurídicos que sirven de base a los delitos contra el medio ambiente se disfrutan por los ciudadanos; pero, dado que en el fondo recurren a realidades naturales y, por lo tanto, esos bienes jurídicos están descriptivamente configurados, el Estado no tiene la posibilidad de poner este bien jurídico colectivo a disposición de la generalidad de forma ilimitada. Por último, los bienes jurídicos a los que tiene que poder recurrir un ciudadano en un determinado orden social (por ejemplo, la seguridad de la moneda) han de construirse libres de desgaste, porque, si no, no estaría garantizada la premisa de que cualquiera puede utilizar un bien jurídico colectivo.” HEFENDEHL, R., “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en: HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 189-190.

<sup>294</sup> HEFENDEHL, R., “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, op. cit., pág. 190.

<sup>295</sup> Cabe señalar que, a partir de esta característica, para SOTO NAVARRO no constituyen bienes jurídicos colectivos la salud pública o los delitos contra la seguridad en el tráfico ya que: “En ambos el atributo de colectivo no corresponde propiamente al bien jurídico protegido, sino más bien al tipo de peligro del que se trata de preservar la salud individual. Ciertamente existe un interés común en que se garantice la salud de los consumidores que concurren al mercado para adquirir determinados productos o la vida o la integridad física de los participantes en el ámbito de la circulación vial, pero el titular del bien jurídico protegido sigue siendo el individuo”. SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., págs. 200-206.

que su protección sea compatible con otros derechos o bienes también importantes.<sup>296</sup>

Con todo, la amplitud del alcance de los bienes jurídicos colectivos no implica que excluyan la concepción del individuo como base del sistema penal; por el contrario, junto a los bienes jurídicos individuales, los bienes colectivos constituyen realidades o intereses necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos del individuo.

Y es que, como ocurre con los bienes jurídicos individuales, no se tratan de meros entes espirituales sin contenido alguno, sino de realidades cuyo contenido puede ser determinado a partir su importancia en la realidad social, como de acuerdo a lo establecido en la Constitución y otras ramas del ordenamiento jurídico, que orienten el entendimiento del bien jurídico.<sup>297</sup>

## **5. Cuestionamientos a los bienes jurídicos colectivos: Su posible absolución**

### **5.1 Bienes jurídicos colectivos y vulneración de principios constitucionales**

Los bienes jurídicos colectivos han sido blanco de críticas por su supuesta contrariedad a los principios de intervención mínima, lesividad y seguridad jurídica, que constituyen límites a la potestad punitiva del Estado.

---

<sup>296</sup> SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., págs. 198-199.

<sup>297</sup> SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., pág. 255. “podría suscitar ciertos recelos en atención al problema de la naturaleza secundaria del Derecho penal, ello no comporta un riesgo de criminalización de injustos formales basados en el mero incumplimiento de obligaciones jurídicas extra-penales, en la medida en que la incursión cognitiva en otros sectores del ordenamiento jurídico no se dirige a reforzar sus normas mediante el recurso a la conminación penal, sino a obtener criterios axiológicos a partir de los cuales se precise el contenido del bien jurídico-penal”.

En cuanto al principio de intervención mínima, se ha discutido la protección de intereses no asumidos -o no suficientemente- por la sociedad. Recuérdese que este principio se divide en dos: el principio de fragmentariedad y el de subsidiariedad. De acuerdo al primero, el Derecho penal sólo debe intervenir en defensa de intereses inequívocamente imprescindibles para el orden social, y muchos bienes jurídicos colectivos, se dice, no poseen dicha condición.<sup>298</sup>

Desde el principio de subsidiariedad, por su parte, se sostiene que el Derecho penal como medio más agresivo contra la libertad personal, no puede intervenir en la protección de intereses no suficientemente asumidos por la sociedad. En realidad, se señala, dichos bienes jurídicos colectivos deberían ser protegidos a través de medios menos lesivos.<sup>299</sup>

Al respecto, Soto Navarro es contundente al señalar que resulta inexacto que los nuevos intereses colectivos no hayan sido asumidos por la sociedad. Según su investigación, “los estudios sociológicos sobre participación y asociacionismo muestran el grado de concienciación ciudadano en gran parte de los nuevos ámbitos sometidos a regulación penal (por ejemplo en materia de medio ambiente, seguridad en el trabajo, protección de los consumidores, etc.)”<sup>300</sup>.

En ese contexto, la autora agrega que “no está demostrado con los conocimientos disponibles, que exista, ante determinadas situaciones de

---

<sup>298</sup> SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., pág. 192.

<sup>299</sup> SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., pág. 173.

<sup>300</sup> SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., pág. 174.

especial gravedad, un medio más idóneo que el Derecho penal para la tutela de los bienes jurídicos colectivos”<sup>301</sup>.

Con respecto al caso de la seguridad jurídica y el principio de lesividad, la crítica se fundamenta en que los bienes jurídicos suelen ser protegidos a través de delitos de peligro abstracto porque su lesión es indeterminable, y es que, según este cuestionamiento los bienes jurídicos colectivos son objetos espirituales o ideales.<sup>302</sup>

Con lo anterior, no existe seguridad jurídica por cuanto el adelantamiento de la barrera criminal a través de tipos de peligro abstracto sanciona la probabilidad de una lesión a un bien jurídico indeterminable.

Sobre este aspecto, resulta equivocado pensar que los bienes jurídicos colectivos son meros entes ideales. Como propusimos para el caso de los bienes jurídicos individuales, habrá que determinarse el contenido de los intereses colectivos a partir de su funcionalidad al sistema, como a partir de lo prescrito por la Constitución.

En esa línea, el recurso a los delitos de peligro abstracto para la protección de algunos bienes jurídicos colectivos no implica que la peligrosidad ex ante de la conducta no pueda ser acreditada. En realidad, se trata de establecer criterios para la realización de dicho examen.

## **5.2 Críticas desde la teoría personalista de bien jurídico**

Para la teoría personalista del bien jurídico, la legitimidad de aquel depende de su vinculación al individuo y sus intereses. El profesor Greco explica que esta concepción posee dos variantes: por un lado, se encuentra la

---

<sup>301</sup> SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., pág. 175.

<sup>302</sup> SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., pág. 178.

teoría personalista radical. Para esta concepción, la referencia a los intereses del individuo debe ser directa, por ello, sus defensores sólo aceptan la legitimidad de los bienes jurídicos individuales.<sup>303</sup>

De otro lado, se encuentra la teoría personalista moderada defendida por Hassemer. Según esta posición, la referencia a los intereses individuales puede ser indirecta, de ahí que el autor considera legítimos los bienes jurídicos colectivos, siempre que posean una referencia a la esfera del individuo.<sup>304</sup>

Con ello, la Escuela de Frankfurt sostiene que los bienes individuales se encuentran en primera línea de tutela penal, mientras los bienes supraindividuales serán objeto de protección únicamente cuando se constituyan en intereses instrumentales o mediatos para los bienes jurídicos personales.<sup>305</sup>

Frente a esta posición, Greco ha llamado la atención sobre lo que él denomina el “argumento de la corrupción”. Según el autor, nadie cuestiona la sanción a los delitos de corrupción, cualquiera sea el bien jurídico al que se

---

<sup>303</sup> GRECO, L., “Existem criterios para a postulacao de bens jurídicos colectivos?”, op. cit., pág. 354.

<sup>304</sup> GRECO, L., “Existem criterios para a postulacao de bens jurídicos colectivos?”, op. cit., págs. 354-355. Resulta interesante a propósito del fundamento de los bienes jurídicos colectivos, la posición seguida en el ámbito anglo-americano trabajada por el profesor VON HIRSCH. A saber: “A pesar de la evidente prioridad de los intereses individuales, el *harm principle* permite en todo caso la prohibición de conductas colectivamente lesivas, como por ejemplo el delito fiscal, sin que sea necesario aquí llegar tan lejos como llegan los miembros de la Escuela de Frankfurt, que consideran que los bienes jurídicos colectivos no son sino la suma de los bienes jurídicos de los individuos. El *harm principle* puede abarcar conductas lesivas de bienes colectivos, pero por otro lado exige que la ratio de esos bienes colectivos, al menos en los casos normales, radique en la protección de la calidad de vida de los seres humanos, esto es, que lo prioritario con los intereses personales. Así, por ejemplo, la razón por la que debe ser protegida la hacienda pública debe extraerse del hecho de que en un Estado social la recaudación de impuestos revierte en la calidad de vida de los ciudadanos.” VON HIRSCH, A., “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, en: HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 45.

<sup>305</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del BIG CRUNCH en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en: PORTILLA CONTRERAS, G. (coord.), *Mutilaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, pág. 261.

atribuya su defensa. Ello, a pesar que bienes jurídicos como el correcto funcionamiento de la Administración pública o la confianza de la población en esta, no puedan ser reconducidos a bienes individuales.<sup>306</sup>

Y es que, más allá de la referencia a un bien jurídico individual, se entiende que aquel bien jurídico colectivo no tiene por objeto limitar intereses de los ciudadanos; por el contrario, pretende otorgar las condiciones necesarias para que el individuo se desenvuelva libre y pacíficamente en sociedad.<sup>307</sup>

En esa medida, los bienes jurídicos atribuidos a la corrupción o a la Administración de Justicia, por ejemplo, poseen en muchos casos una doble referencia indirecta al individuo, situación que no impide que su fundamento sea establecer condiciones para que este intervenga en el tráfico social óptimamente.

Al respecto, Soto Navarro sostiene que la teoría personalista confunde dos planos distintos. Si bien “los bienes jurídicos colectivos comportan un interés individual de cada uno de los miembros de la sociedad en su conservación y aprovechamiento, lo que los convierte a todos en titulares de dicho bien jurídico; de ello no se deriva que tal cúmulo de intereses individuales, pueda dotar de contenido concreto a los bienes jurídicos colectivos”<sup>308</sup>.

Con todo, consideramos que siempre que sea posible deberá buscarse un referente individual para los bienes jurídicos colectivos pues el sistema penal está al servicio de los ciudadanos. Si ello no fuera posible por la amplitud

---

<sup>306</sup> GRECO, L., “Existem criterios para a postulacao de bens jurídicos colectivos?”, op. cit., pág. 356.

<sup>307</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del BIG CRUNCH en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, op. cit., pág. 276.

<sup>308</sup> SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., pág. 238.



requerida para el bien, su legitimidad puede ser evaluada a partir de las tres reglas que Greco ha establecido para el cuestionamiento de los bienes jurídicos colectivos que poseen un referente individual doblemente indirecto. A saber:<sup>309</sup>

- Test de circularidad: El hecho de que un dispositivo penal no pueda legitimarse sin un bien jurídico colectivo, no implica que este último sea legítimo.
- Test de divisibilidad: El hecho de que un número indeterminado de individuos tenga interés en un bien, no es razón suficiente para postularlo como bien jurídico colectivo.
- Test de no especificidad: No está permitido postular un bien colectivo como objeto de protección de una determinada norma penal, si la afectación de ese bien necesariamente presupone la simultánea afectación de un bien individual.

## **6. Lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos colectivos**

El verdadero problema de los bienes jurídicos colectivos radica en la determinación de su afectación. Autores como Mayo Calderón sostienen que sólo será legítimo el contenido material de un bien jurídico colectivo si este puede ser lesionado o puesto en peligro.

Según la autora, “si el delito protege un verdadero bien jurídico colectivo se configurará como un delito de lesión, de peligro concreto o de peligro abstracto para ese bien jurídico colectivo, sin referencia exclusiva al peligro abstracto para los bienes jurídicos individuales, que nada tienen que ver con lo injusto específico del tipo que protege dicho bien jurídico colectivo”<sup>310</sup>.

---

<sup>309</sup> GRECO, L., “Existem criterios para a postulacao de bens jurídicos colectivos?”, op. cit., págs. 359-364.

<sup>310</sup> MAYO CALDERÓN, B., “Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos”, op. cit., pág. 358.

Para Soto Navarro, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico colectivo también se deriva de su carácter material. A partir de ello, considera que “debe tratarse de una lesión efectiva al bien, esto es, verificable en el propio sistema social; y ha de ser imputable a acciones individuales y no a comportamientos colectivos”<sup>311</sup>.

Para la autora, “si se parte de una adecuada concreción de la función material asignada a determinados subsistemas comunicativos y a los instrumentos básicos sobre los que éstos se estructuran, es posible delimitar formas de conducta que comporten un efecto lesivo para dicha función, entendiendo por efecto lesivo el impedimento u obstaculización de la misma”<sup>312</sup>.

Sin embargo, aun determinando la función social del bien jurídico colectivo, Soto Navarro no logra establecer cómo puede ser lesionado o puesto en peligro mediante una acción individual. Cuando se refiere a los delitos contra la Administración de Justicia, por ejemplo, señala que el bien jurídico puede ser lesionado al menos mediante tres conductas: las que sustraen a la Administración de Justicia un conflicto social cuya solución le está reservada, las que comportan una utilización de la Administración de Justicia para crear un conflicto social y, finalmente, las que impiden u obstaculizan que la Administración de Justicia solucione un conflicto social.

Sin duda, estas conductas atentan contra la Administración de Justicia, el asunto es que un hecho individualmente considerado no podrá lesionar el bien jurídico, pues en realidad, es la sumatoria de varios de ellos, la que tendría tal capacidad.

---

<sup>311</sup> SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., 282.

<sup>312</sup> SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., 321.

En palabras de Olaizola, la tutela penal de los bienes jurídicos colectivos sólo puede realizarse prohibiendo conductas que “en abstracto” son idóneas para afectarlo. A su parecer, por ejemplo, “un acto aislado de cohecho no altera el funcionamiento general de la Administración; su proliferación, por el contrario, llevaría al deterioro institucional y a la pérdida de la virtualidad de sus servicios, que ya no responderían a lo que los ciudadanos puedan exigir de ella”<sup>313</sup>.

Estaríamos, por tanto, frente a “delitos acumulativos”. En estos, la conducta concreta sancionada en el tipo penal no constituye una puesta en peligro del bien jurídico protegido; sin embargo, su realización en un número elevado de veces tiene la capacidad de producir consecuencias lesivas.<sup>314</sup>

Esta posición, no obstante, ha sido cuestionada desde diversos argumentos. En primer lugar, se ha señalado que la sanción de conductas inocuas (individualmente) para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, vulnera el principio de culpabilidad en tanto el autor no responde por el hecho propio sino por las posibles consecuencias que su comportamiento sumado al de otros, acarrea. Para Silva Sánchez, por su parte, al no poder contemplar estos “grandes riesgos” como problemas de un actuar individual que lesionen o pongan en riesgo al bien jurídico, la sanción penal vulneraría el principio de proporcionalidad<sup>315</sup>.

A pesar de estos cuestionamientos, consideramos que la importancia de ciertos bienes jurídicos para la vida en sociedad, permiten entender que los actos cumulativos de puesta en peligro a dichos bienes, debilita la labor que cumplen como condiciones necesarias para el desarrollo del individuo.

---

<sup>313</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 102.

<sup>314</sup> Citado por SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2° reimpresión, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008, págs. 143-150.

<sup>315</sup> SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del Derecho penal*, op. cit., págs. 145-146.

En el caso de la Administración pública, por ejemplo, es “preciso evitar que se convierta en un ente público adulterado en cuanto a sus servicios, de manera que los ciudadanos tengan que contar con medios que posibiliten sobornar a los funcionarios para obtener sus legítimos derechos, es decir, que los ciudadanos no encuentren en la Administración su garante de derechos, sino que ésta esté al servicio del que tenga más poder”<sup>316</sup>.

En el fondo, como explica Mendoza Buergo “no es cierto que realmente en todos los casos de delitos acumulativos no pueda apreciarse que la acción es de alguna manera lesiva o apta para afectar al bien jurídico. Más bien ocurre que teniendo en cuenta la absoluta desproporción existente entre aquella y éste es posible hablar, no tanto de su carácter absolutamente inofensivo, sino sólo de la dificultad de llegar, por sí misma, a una afectación suficiente del bien jurídico considerado en toda su magnitud”<sup>317</sup>.

Por ello, concluye la autora, “se trata, en la mayoría de los casos, de una insuficiente carga lesiva de la conducta individual considerada la magnitud del bien jurídico correspondiente. Pero si no atendemos tanto a la diferencia de escala, sino a la propia naturaleza del comportamiento, podemos llegar a conclusiones diferentes en cuanto a su verdadera cualidad lesiva”<sup>318</sup>.

Con todo, la intervención penal en este tipo de situaciones debe analizar la idoneidad de las conductas sancionadas en abstracto a través del examen de imputación objetiva y los principios que limitan la potestad punitiva del Estado, puntos que abordaremos en el capítulo 3.

---

<sup>316</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, op. cit., págs. 102-103.

<sup>317</sup> MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001, pág. 494.

<sup>318</sup> Ibid.

## **II. Estudio del bien jurídico en los delitos de colusión y negociación incompatible**

### **1. Posiciones doctrinales en torno al bien jurídico protegido**

La doctrina peruana ha establecido unánimemente que los delitos de colusión y negociación incompatible protegen un bien jurídico genérico y uno específico. El primero, según la doctrina mayoritaria, es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, aunque para otro sector, recae en la sanción de la infracción a deberes funcionales.

Respecto a los bienes jurídicos específicos de los delitos bajo estudio, la doctrina ha identificado diversos. En el caso de la colusión, un sector ha identificado como bien jurídico específico al patrimonio público puesto en riesgo en el marco de contrataciones estatales; el sector mayoritario, en cambio, considera al patrimonio como uno de los bienes específicos a proteger, pero agrega que el tipo también protege los deberes de lealtad, la legalidad del ejercicio funcional, el carácter público de la función, entre otros.

En cuanto al delito de negociación incompatible, la doctrina ha identificado diversos bienes jurídicos específicos, entre los que se encuentran: el deber de lealtad y probidad de los funcionarios, la imparcialidad, la preservación normativa de la Administración pública, la imagen de la Administración e incluso, el patrimonio del Estado.

Al estudio de todas las posturas, más o menos esbozadas, nos referiremos en lo que sigue. Todas serán estudiadas en base a los lineamientos de la Parte General que hemos establecido en la primera parte de este capítulo.

#### **1.1 La infracción de deberes funcionales**

El profesor García Caveró sostiene que los delitos contra la Administración pública encuentran su fundamento en los deberes especiales atribuidos a los funcionarios públicos. De ello desprende, analizando el delito de colusión, que “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”<sup>319</sup>.

Según el autor, el deber positivo específico que infringe el funcionario público en el delito de colusión consiste en “disponer del patrimonio estatal para la adquisición de los bienes o servicios necesarios de forma beneficiosa para el Estado, excluyéndose acuerdos con particulares que resulten perjudiciales para el Estado”<sup>320</sup>. Desde su punto de vista, entonces, el tipo penal apunta a proteger el patrimonio del Estado, pero la relación normativa que da sentido a dicha protección es el mencionado deber de disponer del patrimonio en beneficio del aquel<sup>321</sup>.

Aunque el autor no ha trabajado el delito de negociación incompatible, se desprende de su argumentación que este también protegería un deber positivo específico que vincule al funcionario público con los fines del Estado.

Perspectivas como la expuesta han sido materia de dos críticas que compartimos. En primer lugar, autores como Demetrio Crespo sostienen que “la infracción del deber se trata de un criterio meramente formal que nada dice sobre el contenido, y que carece por tanto de cualquier capacidad limitadora a la potestad punitiva del Estado”<sup>322</sup>. Bajo la infracción de deberes funcionales,

---

<sup>319</sup> GARCÍA CAVERO, P., “Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal”, en: GARCÍA CAVERO, P. y J., CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Grijley, Lima, 2008, pág. 21.

<sup>320</sup> GARCÍA CAVERO, P., “Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal”, op. cit., pág. 22.

<sup>321</sup> Ibid.

<sup>322</sup> DEMETRIO CRESPO, E., “Corrupción y delitos contra la Administración pública”, en: FABIÁN CAPARRÓS, E. (coord.), *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000, pág. 70.

entonces, bien podrían tipificarse conductas que deben ser protegidas por el Derecho Administrativo o que carecen de cualquier tipo de lesividad.

El segundo cuestionamiento ha venido de la mano de Octavio de Toledo y Ubieto. Para este autor, la postura expuesta “supone una visión del funcionario solamente en interés del Estado, de la Administración, olvidando que la Administración justifica su existencia por la actividad que despliega en beneficio de los ciudadanos, de la sociedad, a la que no representa, sino que sirve”<sup>323</sup>.

Sumado a estos cuestionamientos, Méndez Rodríguez ha puesto de relieve la dificultad que se plantearía para la sanción de particulares que participen en la comisión de delitos contra la Administración pública. Si estos no forman parte de la relación normativa que da sentido a la protección penal, entonces no podrían ser sancionados a pesar de su colaboración en la conducta delictiva.<sup>324</sup>

## **1.2 El correcto funcionamiento de la Administración pública y su contenido: la actividad prestacional dirigida al interés público y la integración de principios de actuación**

La doctrina peruana ha asumido mayoritariamente que el bien jurídico genérico o categorial que agrupa a los delitos contra la Administración pública es el correcto funcionamiento de la Administración pública. En ese contexto, entiende que en cada tipo penal deberá identificarse el/los bienes jurídicos

---

<sup>323</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995”, en: MUÑOZ CONDE, F. (dir.), *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1997, págs. 238 y ss.

<sup>324</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en: AAVV, *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Ramón Casabó Ruiz*, Universitat de Valencia, Valencia, 1998, págs. 360-361.

específicos (también denominados “objetos del bien jurídico directamente atacados”) pasibles de lesión o puesta en peligro.

Para Rojas Vargas, por ejemplo, el correcto funcionamiento de la Administración pública es un bien jurídico colectivo, genérico e institucionalizado constituido por diversas condiciones ideales o mínimas de funcionamiento del sistema público, orientados al logro de los fines del Estado. A decir del autor, estas condiciones deberán ser protegidas subsidiariamente por el Derecho Penal y de ser posible, deberán contar con un respaldo constitucional.<sup>325</sup>

En un estudio reciente, el mismo autor agrega que el aseguramiento de la correcta marcha de la Administración pública, implica entender a esta última como “aquel conjunto sistemático y eficiente de funciones y servicios públicos que el Estado proyecta a la sociedad, para construir Estado y para dar calidad de vida a los pobladores de la sociedad”<sup>326</sup>.

En línea similar, Reyna Alfaro reconoce que la amplitud del bien jurídico requiere que en sede penal se identifiquen bienes jurídicos específicos en cada tipo en particular. Para el autor, del correcto funcionamiento de la Administración pública pueden desprenderse aspectos de muy variada índole, entre ellos, la regularidad (continuidad) y desenvolvimiento normal del ejercicio de la función pública, el prestigio y dignidad de la función pública, el prestigio y honradez de los funcionarios o servidores públicos y la protección del

---

<sup>325</sup> ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración pública*, 4º ed., Grijley, Lima, 2007, pág. 16.

<sup>326</sup> ROJAS VARGAS, F., “Delitos contra la Administración pública: Generalidades”, en: CANCHO ALARCÓN, R. (coord.), *La imputación del delito y de la pena en los delitos contra la Administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Ediciones Jurídicas del Centro, Lima, 2014, pág. 107.



patrimonio del Estado; sin embargo, no todos estos aspectos reciben protección jurídico-penal.<sup>327</sup>

Salinas Siccha, en igual sentido, considera que los delitos contenidos en el Título XVIII del Código Penal peruano buscan proteger penalmente el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la Administración pública orientada al logro del bien común, añadiendo que en cada tipo penal deberá identificarse un bien jurídico específico.<sup>328</sup>

Para Abanto Vásquez, el correcto funcionamiento de la Administración pública, entendido como los servicios que distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos, encuentra correlato con el concepto de Estado Social y Democrático de Derecho en el que debe enmarcarse el Derecho Penal. A su parecer, la intervención penal debe ceñirse al aspecto servicial de la Administración y no a sus asuntos de índole o manejo interno. Como el resto de los autores citados, Abanto considera que debe identificarse un bien jurídico específico en cada delito.

Con ello, la definición de correcto funcionamiento de la Administración pública se identifica como un concepto amplio e incluso, multidimensional, motivo por el cual se hace necesario que esta *ratio legis* se materialice en bienes jurídicos específicos. En cuanto a la definición de la razón del legislador, los autores la identifican con la actividad prestacional o servicial del Estado y su búsqueda del interés público.

De esta forma, en concordancia con la doctrina extranjera, se ha establecido que al Derecho Penal le importa la actividad prestacional que desarrolla la Administración pública en cuanto organización vicaria, es decir, “subordinada al servicio de la comunidad, en relación con la consecución de los

---

<sup>327</sup> REYNA ALFARO, L., “El bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública”, en: REYNA ALFARO, L. (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Jurista, Lima, 2009, pág. 253.

<sup>328</sup> SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, 3º ed., Grijley, 2014, Lima, pág. 5.

intereses generales previamente definidos, que pasan a constituir el objeto y finalidad propios de esta”<sup>329</sup>, derivándose de ello, que el Derecho Penal no podrá intervenir para la protección de la Administración en sí misma.<sup>330</sup>

Cabe señalar que de un tiempo a esta parte, un sector minoritario de la doctrina peruana apunta a caracterizar este bien jurídico categorial recurriendo además a principios de actuación propios de la Administración pública. Probablemente esta tendencia tenga que ver con la influencia de la doctrina y jurisprudencia española que integra los principios reconocidos en la regulación constitucional de ese país. Recuérdese que de acuerdo al artículo 103º numeral 1) de la Carta de 1978, “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

De esta disposición constitucional, la doctrina española ha entendido que “el bien jurídico general protegido en los delitos del título XIX CP es el buen funcionamiento de la Administración pública, entendido como la imparcialidad, legalidad y objetividad, o atención a los intereses generales de la sociedad en la actuación administrativa (aquí lo fundamental es la relación entre el funcionario y ciudadanos o administrados), en conexión con lo establecido por los arts. 103 y 106 de la Constitución española”<sup>331</sup>.

---

<sup>329</sup> VIRTO LARRUSCAIN, M., “El delito de prevaricación del funcionario público”, en: ASÚA BATARRITA, A. (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración pública, Bilbao, 1997, pág. 121. En el mismo sentido, MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación. Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales público*, Aranzadi, Barcelona, 1999, págs. 46-47.

<sup>330</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J., “La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación”, en: GONZÁLEZ CUSSAC, J. (coord.), *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 17.

<sup>331</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 87. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. y A., SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la Administración Pública. Delincuencia Administrativa. Cuando el representante de la Administración participa en el delito*, Bosch, Barcelona, 2008, págs. 46-50; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Editoriales de Derecho Reunidas,

De esta forma, el correcto funcionamiento de la Administración pública no sólo requiere que la actividad prestacional o servicial del Estado se dirija a la obtención del interés público, sino que en ese camino, aquella deberá respetar ciertos principios de actuación reconocidos en la Constitución.

Al respecto, Rodríguez Puerta ha destacado la importancia de tres cuestiones: el servicio a los intereses generales de la Administración pública, el sometimiento pleno a la ley y al Derecho y la consagración del principio de objetividad en el cumplimiento de sus fines. En su opinión, el Derecho Penal debe intervenir frente a conductas que vulneren los principios de legalidad y objetividad mas no para vulneraciones a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, de carácter estrictamente organizativo.<sup>332</sup>

Por su parte, para el Tribunal Supremo Español “el bien jurídico protegido es el recto y normal funcionamiento de la Administración, con sujeción al sistema de valores instaurado en la CE y en consideración a los arts. 103 y 106 que sirven de punto de partida para cualquier actividad administrativa”<sup>333</sup>.

A partir de lo anterior, el Tribunal Supremo ha enfatizado en las STS 25 mayo 1992 y STS 14 julio 1995 que “el bien jurídico –recto y normal funcionamiento de la Administración pública- con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución, obliga a tener en consideración los artículos 103 y 106 de dicho texto fundamental, que sirve de plataforma esencial a toda

---

Madrid, 1995, pág. 28; AAVV, *Delitos contra la Administración pública, contra la Administración de justicia, y contra la Constitución*, Bosch, Barcelona, pág. 14; GONZÁLEZ CUSSAC, J., “La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación”, op. cit., pág. 17; VIRTO LARRUSCAIN, M., “El delito de prevaricación del funcionario público”, op. cit., pág. 121.

<sup>332</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, M., *El delito de cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 68.

<sup>333</sup> Citado por CASTRO CUENCA, C., *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2009, pág. 138.

actuación administrativa, estableciendo el primero la obligación de la Administración pública de servir con objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo al mismo sometimiento al principio de legalidad de la actuación administrativa y de esta a los fines que la justifican”<sup>334</sup>.

En Perú se ha planteado la caracterización del correcto funcionamiento de la Administración Pública a través de ciertos principios de actuación a pesar que estos no han sido especificados en la Constitución. Guimaray Mori sostiene, por ejemplo, que “el bien jurídico de relevancia penal en los delitos del Título XVIII del Código Penal es la “correcta administración pública”, entendida como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales”<sup>335</sup>.

Aunque los artículos 39° y 44° de la Constitución peruana no hacen alusión expresa a la objetividad y la legalidad como principios que guían la actuación de la Administración Pública, el autor los incorpora a su definición del bien jurídico. Entendemos que ello es así porque la Administración Pública no puede desarrollar correctamente su actividad prestacional si escapa de estos principios.

La lógica nos hace intuir que incluso si la actividad realizada por el Estado beneficia a los ciudadanos, este beneficio no puede obtenerse a toda costa. No sería legítimo o por lo menos coherente, que un Estado plantee una lucha frontal contra la corrupción pero con el argumento de beneficiar materialmente a la población, realice prácticas deshonestas para la obtención de aquellos beneficios.

---

<sup>334</sup> Citado por VIRTO LARRUSCAIN, M., “El delito de prevaricación del funcionario público”, op. cit., pág. 139.

<sup>335</sup> GUIMARAY MORI, E., “Teoría del delito y delitos de corrupción de funcionarios”, en: *Aproximación Multidisciplinaria para el Procesamiento de Casos de Corrupción en el Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, pág. 64.

Recientemente, Novoa Curich ha integrado principios de actuación en la definición del bien jurídico categorial identificándolo con el principio de buen gobierno.<sup>336</sup> Para la autora, este principio se desprende del artículo 39° de la Constitución peruana, según el cual, todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación; así como, del artículo 44°, que contempla como deberes primordiales del Estado, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

En ese marco, el principio de buen gobierno implica “el adecuado y responsable ejercicio del poder y del cumplimiento de los deberes de función estatal, garantizando la realización de los derechos humanos y la protección del interés público, proveyendo marcos institucionales transparentes y participativos para el eficaz funcionamiento del aparato estatal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, como medio para asegurar el desarrollo de todos los miembros de la sociedad en condiciones dignas y de igualdad”<sup>337</sup>.

Según la autora, del principio de buen gobierno se derivan una serie de sub-principios, entre los cuales se encuentran la corrección, transparencia, participación, rendición de cuentas y eficacia que pueden ser bienes jurídicos específicos de cada tipo de corrupción. Para Novoa Curich, entonces, no basta calificar al correcto funcionamiento de la Administración pública como una actividad correcta y legal pues la corrupción supone la vulneración de las obligaciones provenientes del buen gobierno.

---

<sup>336</sup> NOVOA CURICH, Y., “El buen gobierno como bien jurídico categorial de los delitos de corrupción”, en: *Boletín Anticorrupción y Justicia Penal*, N° 18, págs. 14-21. (Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Bolet%C3%ADn-3-IDEHPUCP-2-PAG.pdf>; fecha de consulta: 20.05.2016)

<sup>337</sup> CASTRO, A., “Legalidad, Buenas prácticas administrativas y eficacia en el sector público: un análisis desde la perspectiva jurídica del buen gobierno”, en: *Buen Gobierno y Derechos Humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú*, Derecho PUCP, Lima, 2014, pág. 248. Citado por NOVOA CURICH, Y., “El buen gobierno como bien jurídico categorial de los delitos de corrupción”, op. cit., pág. 18.

En esa medida, la autora concluye que “la actuación estatal no solo debe ser correcta y legal. También debe ser transparente, participativa, proba, sujeta a control con la finalidad última de ser un servicio de calidad para la satisfacción de los derechos de la ciudadanía. Afirmar que el bien jurídico es el buen gobierno permite consolidar la tesis de que el reproche penal de estas conductas radica no en la puesta en peligro de la institución per se, sino en la puesta en peligro del funcionamiento del aparato estatal en tanto esta puede suponer realmente la lesión de derechos fundamentales como consecuencia de los actos de corrupción”<sup>338</sup>.

Con estas posiciones, entonces, se complementa el sentido por el cual el legislador ha decidido tipificar cada conducta contenida en el Título XVIII del Código Penal peruano. El correcto funcionamiento de la Administración pública abarca, por tanto, la actividad prestacional del Estado dirigida a obtener el interés común o público pero no a toda costa, sino bajo el respeto de ciertos principios rectores o medios necesarios para su consecución.

### **1.3 Excurso: la atribución de contenido al correcto funcionamiento de la Administración pública como bien jurídico único**

Conviene señalar que el profesor Castro Cuenca ha publicado un libro titulado “Corrupción en la contratación pública en Europa”. En su texto, aborda el injusto típico de diversos delitos contra la Administración pública que considera pueden ser practicados en el marco de un procedimiento de contratación.

El autor considera que los delitos materia de su estudio no protegen un bien jurídico genérico o categorial y un bien jurídico específico. A su parecer, si sólo este último puede ser lesionado o puesto en peligro, entonces debe ser

---

<sup>338</sup> NOVOA CURICH, Y., “El buen gobierno como bien jurídico categorial de los delitos de corrupción”, op. cit., pág. 21.

considerado bien jurídico del delito; mientras el primero se convierte en mera razón de la tipificación de aquel.

Castro Cuenca sostiene que el auténtico bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración pública entendido bajo los lineamientos del artículo 103º numeral 1) de la Constitución española. Es decir, la actividad prestacional de la Administración pública resultará óptima sólo cuando se respeten los principios contenidos en la Constitución y se persiga el interés público.

Desde este planteamiento de base constitucional, el autor pretende dotar de contenido penal al bien jurídico. Con ello, busca demostrar que el correcto funcionamiento de la Administración pública, a pesar de ser un bien jurídico colectivo, puede ser lesionado o puesto en peligro. En otras palabras, no sería necesario que además de este se identifique un bien jurídico inmediato o intermedio en cada tipo penal.

En su delimitación del contenido del bien jurídico penal, el autor opta por elegir tres principios contenidos en el artículo 103º numeral 1) de la Constitución española: los principios de legalidad, objetividad y eficacia. Además, considera que el núcleo fundamental del concepto de Administración Pública es el interés público.

Aunque no explica por qué descarta los principios de jerarquía, descentralización, desconcentración o coordinación para la construcción del bien jurídico consideramos que ello se debe a la importancia que poseen los principios de legalidad, objetividad y eficacia frente a aquellos.

Ciertamente, desde el Derecho Administrativo se distinguen principios de organización y principios sustanciales de la Administración pública. Los primeros tienen impacto dentro de la propia Administración y permiten que ésta funcione internamente; los segundos, en cambio, tienen un impacto externo, por lo que inciden en la relación Administración-administrados, que es la que

interesa al Derecho Penal. Dentro de estos últimos se encuentran la legalidad, objetividad y eficacia.

Con esta delimitación de principios, el autor analiza la lesividad de las conductas propias de los delitos contra la Administración Pública señalando lo siguiente:

- “Frente a los delitos cuyo injusto se centra en la violación del principio de objetividad, la Administración Pública será lesionada cuando se haya proferido una actuación administrativa que viole este principio, mientras que será puesta en peligro si esta actuación no se produce pero la conducta del sujeto activo tiene la aptitud de generarla.

(...)

- Frente a los delitos cuyo injusto se centra en la violación del principio de legalidad (prevaricación y conductas que tipifican las irregularidades en los procesos de contratación en Colombia, México y Brasil), todos ellos lesionan de manera efectiva la Administración Pública, pues requieren para su comisión una actuación administrativa que afecte el principio de legalidad.

(...)

- Frente a los delitos cuyo injusto se centra en la violación del patrimonio público como presupuesto para la eficiencia de la Administración Pública es necesario distinguir, pues mientras que en la malversación se requiere una lesión del patrimonio público a través de una actuación administrativa y por tanto se trata de un delito de lesión, en el fraude funcional solamente se requiere la concertación o el desarrollo de un artificio por el funcionario público, por ello solamente se pone en peligro el patrimonio público.”<sup>339</sup>

---

<sup>339</sup> CASTRO CUENCA, C., *La corrupción en la contratación pública en Europa*, op. cit., págs. 158-160.



Con esta formulación, el autor ha pretendido dotar de contenido al correcto funcionamiento de la Administración pública, para sostener que el bien jurídico colectivo puede ser lesionado o puesto en peligro. Ello dependerá de la conducta establecida en los tipos específicos respecto a los principios de legalidad, objetividad y eficacia.

Sin embargo, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico se identifica con la lesión o puesta en peligro de los principios que lo integran. Entonces, cabe preguntarse para qué referirse al primero si lo realmente determinante son los principios sustanciales de la Administración pública.

Esta constatación acarrea además otro inconveniente: la diferencia siempre compleja entre el ámbito administrativo y penal respecto de la actuación de la Administración pública. Como se dijo, un primer límite al Derecho penal radica en la imposibilidad de sancionar conductas vinculadas a la relación Administración-funcionarios. Sin embargo, el Derecho Administrativo bien puede sancionar conductas referidas a la actuación servicial de la Administración para con los administrados, y es ahí cuando se producen conflictos con el ámbito penal.

Al respecto, el autor ha señalado que la determinación de la relevancia penal de la conducta requiere el examen de imputación objetiva. Si se trata de conductas que han creado un riesgo prohibido para el bien jurídico, se estará ante un delito dependiendo de la descripción del tipo; por el contrario, si la conducta encaja en alguno de los supuestos de ausencia de creación de un riesgo prohibido, será atípica.<sup>340</sup>

No obstante, estos criterios no ayudan a determinar las diferencias en el caso concreto. En realidad, infracciones administrativas y delitos implican la creación de un riesgo prohibido para el bien jurídico, que en el caso de esta

---

<sup>340</sup> CASTRO CUENCA, C., *La corrupción en la contratación pública en Europa*, op. cit., págs. 162-166.

propuesta, está representado por los principios de legalidad, objetividad y eficacia.

El autor sólo ha propuesto una diferencia clara en este ámbito: el principio de objetividad. A su consideración, aquel permite que las decisiones administrativas se ajusten a la norma y no a motivaciones personales. De ello deduce, que la protección de este principio le interesa al Derecho Penal a diferencia de lo que sucede con el principio de imparcialidad.

Este último obliga a que los funcionarios actúen sin la intención de beneficiar intereses distintos a los de la Administración pública o en perjuicio de esta; por ello, se trataría de un principio vinculado al funcionamiento interno de las instituciones y su protección le compete al Derecho Administrativo.

Finalmente, con esta propuesta queda la duda de cómo resolver el conflicto entre principios. Bien puede suceder que en la búsqueda de la eficiencia de la Administración pública se lesione el principio de legalidad o imparcialidad, o viceversa, que alguno de ellos sea óbice para el desarrollo eficiente de las actividades públicas.

#### **1.4 Los bienes jurídicos específicos identificados en los delitos de colusión y negociación incompatible**

Como se dijo antes, la doctrina peruana ha identificado unánimemente como bien jurídico categorial de los delitos contra la Administración pública a la actividad prestacional dirigida al interés público o, en versión más reciente, le ha añadido principios de actuación. Con ello, ha procedido a identificar diversos bienes jurídicos específicos en los delitos de colusión y negociación incompatible, que pasamos a revisar.

#### 1.4.1 El patrimonio público como bien jurídico específico del delito de colusión

Para Castillo Alva, el bien jurídico protegido por el delito de colusión es el patrimonio estatal, pero no frente a cualquier ataque, sino frente a comportamientos defraudatorios entre funcionarios públicos y particulares, interesados en procedimientos de contratación del Estado.<sup>341</sup>

A consideración del autor, hacer referencia al mero patrimonio del Estado es una premisa que peca de genérica, pues delitos como el peculado o la malversación tutelan el mismo bien jurídico. Por ello, enfatiza que “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”<sup>342</sup>.

De lo anterior, Castillo Alva desprende que el delito no protege el patrimonio estatal fuera de la concertación que se realiza en el marco de un procedimiento de contratación. Finalmente, añade que “no se protege solo el proceso de contratación del Estado entendido como gasto público o erogaciones presupuestales. También se tutela cuando la concertación y defraudación recae en los casos donde el Estado ingresa al mercado de bienes y servicios para prestar un servicio o enajenar un bien, ya sea que se alquile, venda, permite o se entregue en concesión”<sup>343</sup>.

---

<sup>341</sup> CASTILLO ALVA, J., “Colusión ilegal”, en: GARCÍA CAVERO, P. y J., CASTILLO ALVA, J., *El delito de colusión*, Grijley, Lima, 2008, págs. 77-78. En el mismo sentido, FRISANCHO APARICIO, M. y F., ÁNGELES GONZÁLES, *Código Penal. Comentado - concordado - anotado. Jurisprudencia*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1988, pág. 3240; MONTOYA VIVANCO, Y., “Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código penal peruano”, en: *Gaceta Jurídica*, T. 171, N° 25, Febrero, 2008.

<sup>342</sup> CASTILLO ALVA, J., “Colusión ilegal”, op. cit., pág. 79.

<sup>343</sup> CASTILLO ALVA, J., “Colusión ilegal”, op. cit., pág. 80

La definición presentada por Castillo Alva, asume en parte la posición de la doctrina española mayoritaria, aunque esta no tiene mayor problema en identificar como bien jurídico específico del delito de fraude al patrimonio estatal. Como señaláramos en el Capítulo 1, el delito de colusión fue modificado tomando como base el delito de fraude contenido en el artículo 436º del Código Penal español, que sanciona a “la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público”.

En ese marco, Mir Puig identifica como bien jurídico específico del delito al patrimonio de un ente público.<sup>344</sup> Etxebarria Zarrabeitia, por su parte, remarca que “el artículo 436 recoge conductas de fraude contra el patrimonio público realizadas “desde dentro” del ente público, precisamente por quien tiene la obligación de actuar en nombre y en interés del mismo”<sup>345</sup>.

Aunque rechaza al patrimonio estatal como bien jurídico protegido por el delito de colusión, incluiremos en este grupo la posición de Guimaray Mori, por vincular el bien jurídico al manejo de los recursos públicos. El autor parte de la siguiente premisa: el patrimonio estatal no merece protección mayor o especial frente al patrimonio de cualquier ciudadano, por ello, la colusión no puede tenerlo como bien específico protegido.

En realidad, sostiene, “el bien jurídico específicamente protegido en el delito de colusión desleal es la asignación eficiente de recursos públicos en las

---

<sup>344</sup> MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 330.

<sup>345</sup> ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., Fraudes y exacciones ilegales, en: ASUA BATARRITA, A. (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración pública, Bilbao, 1997, pág. 207. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, L., Delitos contra la Administración pública (VIII) Fraudes y exacciones ilegales, en: COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 2º ed., Dykinson, Madrid, 2005, pág. 923.

operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este”<sup>346</sup>.

Ello sería así, porque “la administración de recursos del Estado se ve reflejada en la entrega de servicios públicos. Estos buscan satisfacer las necesidades y condiciones mínimas o básicas que los ciudadanos necesitan para su desarrollo. Por este motivo, el uso o gestión eficiente e imparcial de los recursos es imperativo para hacer viable el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos”<sup>347</sup>.

El rechazo del patrimonio como bien jurídico protegido por el delito de colusión sostenida por Guimaray Mori, tendría asidero en la redacción actual del delito de colusión, según la cual, sólo la agravante contenida en su segundo párrafo exige una defraudación patrimonial al Estado, mientras el tipo base sólo requiere de una defraudación en sentido amplio o general.<sup>348</sup>

#### **1.4.2 La diversidad de bienes jurídicos protegidos por el delito de colusión**

La doctrina peruana ha entendido mayoritariamente que el delito de colusión no protege un único bien jurídico. Junto con el patrimonio estatal, se han identificado otros bienes específicos, convirtiendo al delito de colusión en un delito pluriofensivo.

Para Rojas Vargas, el delito de colusión tiene por finalidad “conminar a los funcionarios y servidores públicos a que observen el rol especial que han asumido en los negocios, contrataciones y demás operaciones en los que

---

<sup>346</sup> GUIMARAY MORI, E., “Teoría del delito y delitos de corrupción de funcionarios”, op. cit., pág. 96.

<sup>347</sup> MONTOYA VIVANCO, Y. (coord.), *Manual sobre delitos contra la Administración pública*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, pág. 137.

<sup>348</sup> Ibid.

participan a nombre del Estado y de dicho modo aseguren los intereses patrimoniales de la Administración pública”<sup>349</sup>.

De lo anterior, el autor deriva que el objeto de tutela penal en el delito de colusión es múltiple e identifica los siguientes intereses: preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones que a nombre del Estado efectúan los negociadores oficiales; garantizar la intangibilidad de los roles especiales inherentes a la función pública; y, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional.<sup>350</sup>

Para Abanto Vásquez, “el objeto del bien jurídico directamente atacado 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 función”<sup>351</sup>.

Por su parte, Cáceres Julca y Carrión Díaz consideran que la colusión comprende dos bienes jurídicos: uno responde a un criterio cualitativo (infracción de deberes funcionales) y el otro, a un criterio cuantitativo (afectación al patrimonio del Estado). Por ello, sostienen que “la base sobre la cual se materializa el delito de colusión es el patrimonio del Estado, cuya defraudación o no, además ocasionará, ya sea, una falta de lealtad institucional, un irregular desempeño funcional, o una falta de legalidad del ejercicio funcional, o, en su caso, el incorrecto desempeño del funcionario en el campo de acción de sus actividades”<sup>352</sup>.

---

<sup>349</sup> ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 406.

<sup>350</sup> ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 407.

<sup>351</sup> ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 309.

<sup>352</sup> CÁCERES JULCA, R. y J., CARRIÓN DÍAZ, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, IDEMSA, Lima, 2011, pág. 29.

Salinas Siccha expresa, inicialmente, que el bien jurídico específico del delito de colusión se encuentra en “la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos”<sup>353</sup>.

No obstante, el autor precisa que la protección al patrimonio es indirecta toda vez que el fundamento de la prohibición penal radica en los deberes especiales que tienen los sujetos públicos al interior de la Administración.<sup>354</sup> En esa línea, Salinas Siccha afirma que “si bien podría alegarse razonablemente que el tipo penal pretende proteger el patrimonio del Estado, lo cierto es que 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 o servidor público en el manejo del patrimonio público”<sup>355</sup>.

#### **1.4.3 La multiplicidad de bienes jurídicos específicos identificados en el delito de negociación incompatible**

La doctrina peruana ha identificado diversos bienes jurídicos específicos para el delito de negociación incompatible. Para Rojas Vargas, por ejemplo, “el objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la Administración pública del interés privado de sus agentes que anteponen sus intereses a los de ella. Se busca también mantener incólume la imagen de la Administración ante la ciudadanía, siendo inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal o un sector de ella brinde una imagen de

---

<sup>353</sup> SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., págs. 273-274.

<sup>354</sup> SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., págs. 274-275.

<sup>355</sup> SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 274.

funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento del cometido de sus cargos”<sup>356</sup>.

Para Abanto Vásquez, la conducta de negociación incompatible constituye un peligro al patrimonio estatal, de ahí que a su parecer, se trate de una conducta previa al delito de colusión. Para el autor, la violación de la imparcialidad que debe guiar las actuaciones de los funcionarios o servidores públicos coloca en peligro el patrimonio del Estado.<sup>357</sup>

Según Salinas Siccha, el bien jurídico específico en este delito radica en “proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la administración”<sup>358</sup>.

Para Castillo Alva, “el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es la transparencia en los procesos de contratación estatal, en las operaciones y la exclusiva promoción de los intereses públicos con la que debe actuar un funcionario público en la realización de los actos propios del cargo cada vez que intervienen en los contratos en nombre y/o representación del Estado”<sup>359</sup>.

Finalmente, según Guimaray Mori, la negociación incompatible busca evitar conflictos entre intereses privados y públicos, por ello, “el bien jurídico específicamente protegido en el delito de negociación incompatible sería la rectitud e imparcialidad que se debe garantizar frente a los administrados y

---

<sup>356</sup> ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 818.

<sup>357</sup> ABANTO VÁSQUEZ, M., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 506.

<sup>358</sup> SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 574.

<sup>359</sup> CASTILLO ALVA, J., *El delito de negociación incompatible*, Instituto Pacífico, Lima, 2015, pág. 15.



frente a los competidores ofertantes en los contratos en los que la Administración es parte”<sup>360</sup>.

## 2. El bien jurídico en la jurisprudencia peruana

Para la jurisprudencia peruana, los delitos contra la Administración pública poseen un bien jurídico categorial que aglutina todos los tipos contenidos en el Título XVIII del Código Penal; a su vez, reconoce que en cada tipo deberá identificarse un bien jurídico específico.

El Poder Judicial, a través de sus distintas instancias, ha identificado como bien jurídico categorial al correcto funcionamiento de la Administración pública. Refiriéndose al delito de cohecho ha señalado, por ejemplo, que “el interés a cuya protección se ha tipificado el delito, en términos genéricos, es el funcionamiento normal de la administración, que puede verse amenazado por la sola existencia de venalidad”<sup>361</sup>.

Haciendo alusión al delito de enriquecimiento ilícito, se ha identificado como bien jurídico categorial a la Administración pública, definiéndola en base a las múltiples dimensiones que abarca: “ejercicio de funciones y servicios públicos, observancia de los deberes de cargo o empleo; continuidad y desenvolvimiento normal del ejercicio; prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes; y protección del patrimonio público, de los símbolos y distintivos estatales”<sup>362</sup>.

---

<sup>360</sup> GUIMARAY MORI, E., “Teoría del delito y delitos de corrupción de funcionarios”, op. cit., pág. 103.

<sup>361</sup> Expediente N° 038-2006, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado: Prevención de la corrupción y justicia penal*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, pág. 47.

<sup>362</sup> R.N. 09-2001. En el mismo sentido, Expediente N° 099-2009, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 88.

Por su parte, respecto al delito de peculado se ha sostenido que “siguiendo a la doctrina y partiendo de la protección penal del título, puede decirse que el objeto de tutela es la regularidad y eficiencia de la función pública, concebida en su sentido más extenso”<sup>363</sup>.

Similar aseveración se ha realizado respecto al delito de usurpación de funciones, señalando que, “dado que el numeral en mención se encuentra comprendido en el rubro genérico de los delitos contra la Administración pública, con ella se protege el buen funcionamiento precisamente de dicha actividad del Estado”<sup>364</sup>.

A la identificación del bien jurídico categorial hecha por el Poder Judicial, debe agregarse la posición del Tribunal Constitucional peruano, que a través de la sentencia de inconstitucionalidad N° 00017-2011-PI/TC se ha referido a los fines de índole constitucional que sustentan la persecución de los delitos contra la Administración Pública.

Al respecto, partiendo de considerar que desde el Derecho penal la persecución de estos delitos se fundamenta en el correcto funcionamiento de la Administración pública, ha establecido que “de modo genérico los delitos contra la Administración pública encuentran su fundamento constitucional en el artículo 39° de la Constitución que reconoce que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general pues están al servicio de la Nación, del que la jurisprudencia de este Tribunal ha derivado el principio de “buena administración”, a su vez del deber de combatir todo acto de corrupción que se deriva del principio de Estado democrático”<sup>365</sup>.

---

<sup>363</sup> Expediente N° 010-2001, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 129.

<sup>364</sup> Expediente N° 1173-98, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 69.

<sup>365</sup> Expediente N° 00017-2011-PI/TC. (Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>; fecha de consulta: 25.05.2016)

Pasando a la identificación de los bienes jurídicos específicos, el Poder Judicial ha postulado diversos bienes para el delito de colusión. Se ha señalado, por ejemplo, que “el bien jurídico tutelado por la norma penal es la actuación conforme al deber que impone el cargo y asegurar la imagen institucional, por parte de funcionarios o servidores públicos”<sup>366</sup>.

De otra parte, se ha identificado al patrimonio como bien jurídico específico. Al respecto, se ha señalado que “el bien jurídico protegido en dicho delito, concretamente, es el patrimonio administrado por la administración pública”<sup>367</sup> y, en otros casos se ha añadido que la colusión “busca proteger el patrimonio del Estado cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real a la administración”<sup>368</sup>.

Se ha señalado también que el delito de colusión protege “el desarrollo de la Administración pública, que se ve afectada cuando el funcionario infringe los deberes de lealtad, probidad e imparcialidad que deben guardar en la gestión de la función pública”<sup>369</sup>.

Desde otra perspectiva, se ha considerado que en el delito de colusión “el bien jurídico tutelado lo encontraríamos en la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, expresado en la idoneidad

---

<sup>366</sup> Expediente N° 1531-92, en: SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 275.

<sup>367</sup> Expediente N° 1296-2007. En el mismo sentido, Expediente 20-2003-AV, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 69.

<sup>368</sup> Expediente N° 79-2003, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 69.

<sup>369</sup> R.N. 3307-2008, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 70.

y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales de parte de los funcionarios o servidores públicos”<sup>370</sup>.

Este razonamiento, expuesto por la Sexta Sala especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima en julio del 2013, se basa -según ella misma explica- en tres –de entre otros- criterios reiterados por la Corte Suprema de Justicia del Perú a lo largo de su jurisprudencia, que la resolución extrae de dos sentencias específicas.

En primer lugar, el Recurso de Nulidad N° 2029-2005 de 24 de mayo del 2006, en el que la Corte Suprema establece que el bien jurídico tutelado en el delito de colusión es la actuación conforme al deber que importa el cargo y el aseguramiento de la imagen institucional. En segundo lugar, de la Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente N° 1296-2007 de 12 de diciembre de 2007, en la cual, la Corte expresa que el bien jurídico tutelado en el delito, se constituye en el patrimonio administrado por la Administración pública<sup>371</sup>.

Por su lado, el Tribunal Constitucional ha señalado que el bien específico protegido por el delito de colusión es “la eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis (Artículo 76° de la Constitución). En este 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”<sup>372</sup>.

---

<sup>370</sup> Expediente N° 34432-2010-17, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 69.

<sup>371</sup> Ibid.

<sup>372</sup> Ibid.

En el caso del delito de la negociación incompatible, alguna sentencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado 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 del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos que intervienen, directa o indirectamente”<sup>373</sup>.

Para la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, en cambio, “el objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la Administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado) que anteponen sus intereses a ella. Consecuentemente, lo que se incrimina es el peligro determinado por el interés particular que compromete los fines exclusivos de la administración”<sup>374</sup>.

Recientemente, goza de cierta reiteración el criterio según el cual, se protege la imparcialidad de los funcionarios públicos en la toma de decisiones. Al respecto, se ha señalado que “el bien jurídico protegido en este delito está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En este sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente –no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración pública- y en sujeción a los intereses públicos”<sup>375</sup>.

---

<sup>373</sup> R.N. 661-2009, en: CASTILLO ALVA, J., El delito de negociación incompatible, op. cit., págs. 17-18.

<sup>374</sup> Expediente N° 66-2011, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 113.

<sup>375</sup> R. N. 1318-2012, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 113.

Al mismo tiempo, se ha aseverado que “el delito de negociación incompatible es uno de peligro que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública. Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la Administración pública”<sup>376</sup>.

En esa línea, se ha expuesto también que “el objeto de protección penal de dicha norma alcanza solamente a la actuación de los funcionarios o servidores públicos a favor de los intereses de la Administración pública, es decir, no nos encontramos ante un tipo penal de carácter pluriofensivo, sino ante uno que solo sanciona la parcialidad personal y por tanto incompatible con el cargo de los funcionarios al momento de representar los intereses del Estado, independientemente de la afectación o el perjuicio económico que su conducta haya implicado”<sup>377</sup>.

### **3. Nuestra propuesta**

#### **3.1 El correcto funcionamiento de la Administración pública como *ratio legis* del legislador**

Los delitos contra la Administración pública contenidos en el Título XVIII del Código Penal peruano han sido agrupados en razón a un elemento común

---

<sup>376</sup> R.N. 661-2009. En el mismo sentido, R.N. 568-2012 y R.N. 1673-2009, en: CASTILLO ALVA, J., *El delito de negociación incompatible*, op. cit., págs. 18-19.

<sup>377</sup> R.N. 1653-2009, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., págs. 19-20.

unificador. Este elemento común es el correcto funcionamiento de la Administración pública.

A continuación, vamos a definirlo a partir del análisis de los componentes que lo identifican. La importancia de definir el elemento aglutinador radica en su condición de parámetro interpretativo, ya que permitirá identificar los bienes específicos protegidos a partir de él, como el porqué de las conductas sancionadas.

### **3.1.1 La actividad prestacional del Estado como ámbito de intervención del Derecho Penal**

En la línea seguida por la doctrina mayoritaria, consideramos que la intervención del Derecho Penal en el ámbito de la actuación de la Administración Pública debe restringirse a su actividad prestacional o de servicio a los ciudadanos. Esto, porque la actividad prestacional o de servicio público del Estado, es consecuencia directa de derechos ciudadanos previstos constitucional o legalmente<sup>378</sup>.

En otras palabras, la defensa del correcto funcionamiento de la Administración pública impacta en la esfera de los individuos toda vez que se constituye en condición necesaria del sistema social para garantizar los derechos de los ciudadanos. El Estado, por tanto, no está por encima de las personas; el Estado está al servicio de aquellas.

Por ello, el artículo 39º de la Constitución de 1993 señala que “todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”; mientras el artículo 44º considera deberes primordiales del Estado “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

---

<sup>378</sup> BREWER-CARÍAS, A., *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, Vol. II, Civitas, Madrid, 2013, pág. 37.

Con mayor claridad, el artículo 86° del Texto de Reforma Constitucional aprobado por el Pleno del Congreso de la República<sup>379</sup>, señala que “la administración pública se encuentra al servicio de la ciudadanía. Garantiza que la gestión del Estado sirva para la protección de los intereses generales y del Estado de Derecho. Se encuentra en permanente proceso de modernización. Actúa siguiendo los principios de eficacia, celeridad, legalidad, objetividad, especialidad, simplicidad, transparencia y gestión por resultados”.

De lo anterior se desprende que al Derecho Penal no le corresponde la protección del ámbito de actuación interno de la Administración Pública, pues este debe ser materia del Derecho Administrativo. Además, queda claro que no sólo los funcionarios públicos pueden atentar contra el correcto funcionamiento de la Administración pública. Si bien estos últimos no desempeñan actividades en representación del Estado, pueden interferir en la persecución del interés público que aquel tiene como fin y con ello, ser pasibles de responsabilidad penal.

### **3.1.2 El fin perseguido por la actividad prestacional del Estado: el interés público**

Cuando hablamos del interés público nos referimos al interés general de la comunidad, al interés de todos. Como explica el profesor Rodríguez Arana, “el interés general no corresponde a una parte de la sociedad ni a un sector determinado, por relevante que sea. Ni siquiera pertenece a la mayoría que hace posible un gobierno determinado. De acuerdo con el pensamiento democrático, el interés general es de titularidad ciudadana, de toda la ciudadanía. Esto quiere decir que la Administración, que gestiona

---

<sup>379</sup> La Ley N° 27600 dispuso que la Comisión de Constitución propusiera un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y especialmente el texto de la Constitución de 1979. En tal sentido, la ley hizo suya una de las conclusiones de la Comisión de bases de la reforma constitucional del Perú.



objetivamente dicho interés general, ha de ser consciente que su papel es de gestor de intereses del pueblo, no de intereses propios”<sup>380</sup>.

En esa medida, “su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa”<sup>381</sup>. Para el Tribunal Constitucional peruano, además de ser una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales, es un concepto jurídico “que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo”<sup>382</sup>.

La actividad prestacional de la Administración pública deberá realizarse *primordialmente* para la obtención o persecución del interés público. Esta acotación responde al hecho constatable de que como consecuencia de la búsqueda u obtención del interés público existirán intereses privados distintos a los de los ciudadanos, que podrán ser beneficiados. Por poner un ejemplo vinculado a la contratación estatal, la participación y ganancia que obtienen las

---

<sup>380</sup> Cabe señalar que autores como RODRÍGUEZ-ARANA distinguen entre “interés público” e “interés general”. Según el autor, “el interés general es el interés de todos, el interés de la comunidad, el interés del conjunto, el interés social; en cambio, el interés público, más reducido, atiende específicamente al interés que debe estar presente en la actuación de los poderes públicos, que ha de tender al interés general”. Más adelante, no obstante, el autor reconoce que “cuando hoy se utiliza el concepto de interés público en el marco del Derecho Administrativo ordinariamente nos estamos refiriendo al interés general”. RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Interés General, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012, págs. 143-144.

<sup>381</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 0090-2004-AA/TC. (Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>; fecha de consulta: 31.05.2014)

<sup>382</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 0090-2004-AA/TC. (Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>; fecha de consulta: 31.05.2014) Conviene anotar que tradicionalmente se entendía que el Derecho Administrativo se superponía a los intereses privados e incluso, a los derechos fundamentales de los administrados; sin embargo, ahora se reconoce que el Derecho Administrativo debe buscar el equilibrio entre estos. La decisión de realizar una carretera por ejemplo, no puede superponerse al derecho de propiedad de aquellos pobladores que posean terrenos o casas en el espacio donde se proyecta que aquella debe ser construida, por lo que el ente administrativo deberá llegar a un acuerdo de compensación con los administrados. La búsqueda de este equilibrio es propio del Derecho Administrativo. Cuando el intérprete penal determine el interés público en el caso concreto se basará en los documentos de índole administrativo, por tanto, entenderá que los intereses privados de los administrados o los derechos de los ciudadanos, han sido comprendidos en la determinación de aquel.

empresas privadas como consecuencia del cumplimiento de la prestación al Estado. Sin embargo, estos beneficios no podrán superponerse al objeto central de la actividad prestacional del Estado, es decir, el interés público.

Si ello fuera así, se desnaturalizaría la actividad prestacional pública y se le convertiría en un espacio de mero provecho de intereses privados de toda índole. Por ello, el respeto de los principios de actuación en la consecución del interés público resulta esencial.

Estos principios se constituyen en límites para los funcionarios, quienes no pueden evadirlos. Si pudieran hacerlo, el fin primordial de la actividad que realizan no sería necesariamente el interés público sino el privado. De hecho, podrían orientar su accionar para beneficiar a terceros y dar la apariencia por lo menos en el resultado, de haber conseguido o perseguido el interés público.

### **3.1.3 Los principios que sustentan la actividad prestacional del Estado como medios necesarios para su actuación**

La actividad prestacional del Estado que persigue (naturalmente) el interés público no puede ser realizada de cualquier forma. Si solo se valorara la consecución del interés público y no los medios por los cuales es obtenido, la Administración pública podría legitimar prácticas ilegales y parcializadas so pretexto del interés público y con ello, se justificaría el recurso a la corrupción para la obtención del mismo.

La Constitución de 1993 –como se ha dicho- no hace alusión a principios de actuación de la Administración Pública. El Capítulo IV “De la Función Pública” del Título I de la Constitución peruana, no ofrece mayores lineamientos acerca de la actividad de la Administración Pública. En realidad, se centra en establecer su objeto primordial: el interés público.

No obstante, esta falencia ha sido corregida por el Dictamen de Reforma Constitucional aprobado por el Pleno del Congreso de la República en el año

2003<sup>383</sup>. De acuerdo al dictamen, el Título I de la Constitución comprende el Capítulo V “De la Administración Pública” en el que se realizan mayores especificaciones respecto a la actividad estatal en servicio de los ciudadanos.<sup>384</sup>

En ese marco, el artículo 86° ha establecido que “la administración pública se encuentra al servicio de la ciudadanía. Garantiza que la gestión del Estado sirva para la protección de los intereses generales y del Estado de Derecho. Se encuentra en permanente proceso de modernización. Actúa siguiendo los principios de eficacia, celeridad, legalidad, objetividad, especialidad, simplicidad, transparencia y gestión por resultados”.

A pesar de no encontrarse vigente, el artículo 86° del Dictamen nos da una idea de la necesidad que encontró la Comisión de Constitución, Reglamento y Asuntos Constitucionales de incorporar principios de actuación para la Administración pública, de lo cuales, elegiremos aquellos que consideramos sustentan la actividad prestacional de la Administración Pública en términos penales.

En esa labor deberá tomarse en cuenta la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General que, como explica Morón, “se constituye en la principal norma legal destinada a regular el desenvolvimiento de la Administración en sus relaciones con los ciudadanos”<sup>385</sup>. La Ley hace referencia al principio de legalidad, debido procedimiento, impulso oficioso, razonabilidad, imparcialidad, informalismo, presunción de veracidad, conducta

---

<sup>383</sup> La Ley N° 27600 dispuso que la Comisión de Constitución propusiera un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y especialmente el texto de la Constitución de 1979. En tal sentido, la ley hizo suya una de las conclusiones de la Comisión de bases de la reforma constitucional del Perú.

<sup>384</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Memoria de la Comisión de Constitución, Reglamento y Asuntos Constitucionales. Periodos 2001-2002; 2002-2003*, (Disponible en: [http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2002/constitucion/Memorias\\_comi\\_const\\_2003.pdf](http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2002/constitucion/Memorias_comi_const_2003.pdf); fecha de consulta: 11.01.2016)

<sup>385</sup> MORÓN URBINA, J., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 9° ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2011, pág. 32.

procedimental, celeridad, eficacia, verdad material, participación, simplicidad, uniformidad, predictibilidad y privilegio de controles posteriores.

A nuestro parecer, siguiendo el razonamiento de la doctrina española, no podrán ser principios integrantes de la razón del legislador penal, aquellos principios que posean mero carácter organizativo o procedimental. El Derecho Penal, como instrumento estatal más gravoso para la libertad de las personas, debe escoger las situaciones que comprometan con mayor intensidad los intereses o realidades necesarias para el desenvolvimiento libre de los ciudadanos o las instituciones instauradas para tal fin. Por estas razones, la doctrina española escoge como principios que integran el bien jurídico categorial a los principios de legalidad y objetividad. Vamos a referirnos brevemente a ellos.

### **3.1.3.1 El principio de legalidad**

Para Guzmán Napurí, el Principio de Legalidad es el más importante del Derecho Administrativo. Ello se debe, según el autor, a que vincula (o mejor, obliga) a toda autoridad pública a actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el Derecho, dentro de las facultades que se le han atribuido y con respeto a los fines para los que fueron conferidas.<sup>386</sup>

La Administración Pública, entonces, posee una vinculación positiva al principio de legalidad por cuanto debe someter su actuación a lo establecido en las normas pertinentes. De esa manera, mientras los ciudadanos pueden hacer todo lo que no está prohibido, los funcionarios públicos solo pueden realizar aquellas conductas a las que están expresamente facultados, por lo que la legitimidad de la actuación administrativa no solo depende de estar de acuerdo

---

<sup>386</sup> GUZMÁN NAPURÍ, C., *Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo*, Caballero Bustamante, Lima, 2011, pág. 35.

con la ley como de tener como base una norma permisiva que le sirva de fundamento.<sup>387</sup>

En base a este último elemento, Gómez Puente sostiene que el principio de legalidad se convierte en título de sujeción que los administrados pueden hacer valer frente a las omisiones o descuidos de la Administración Pública respecto del interés social. De ese modo, “se trataría no tanto de que la Administración solo pueda hacer aquello que le autoriza la ley, como de que tenga que hacerlo si la falta de actuación administrativa obstaculiza en cualquier modo el interés público definido por la ley”<sup>388</sup>.

Ahora bien, las normas jurídicas que regulan la actividad administrativa pueden ser minuciosas y completas, en cuyo caso la Administración actuará de manera precisa según lo establecido en la Ley o el Reglamento; pero también pueden ser normas cuya regulación no es exacta, por lo que permiten el uso de criterios de oportunidad, conveniencia para el interés público o valoraciones técnicas a la Administración.<sup>389</sup>

En estos casos, la discrecionalidad administrativa no implica un ilimitado poder. En realidad, “la discrecionalidad administrativa se somete siempre a unos límites jurídicos generales, pues solo puede ejercerse si la ley ha conferido el poder o potestad correspondiente, precisamente por el órgano competente legalmente y no por otro, en función de la realidad de los hechos que justifican su ejercicio según la ley, para atender al interés público y nunca a

---

<sup>387</sup> MORÓN URBINA, J., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, op. cit., pág. 60.

<sup>388</sup> GÓMEZ PUENTE, M., *La Inactividad de la Administración*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 84.

<sup>389</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., “Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho”, en: SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir.), *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 65.

intereses particulares o distintos de los previstos por las normas aplicables y siempre con sujeción a los principios generales del Derecho”<sup>390</sup>.

Por ello, el Tribunal Constitucional ha remarcado que “el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales.”<sup>391</sup>

### 3.1.3.2 ¿Principio de objetividad o imparcialidad?

Hemos visto párrafos arriba que cuando el texto de Reforma Constitucional del 2003 describe a la Administración Pública, se refiere –entre otros- al principio de objetividad. La Ley N° 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General”, en cambio, señala al principio de imparcialidad como postulado medular de la actuación administrativa.

La Constitución española, por su parte, establece en el artículo 103.1 que la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales; seguidamente, en el artículo 103.3 menciona que la ley regulará las garantías para la imparcialidad de los funcionarios públicos.

A partir de estas normas, conviene preguntarnos cuál de los dos principios aludidos, imparcialidad u objetividad, forman parte del correcto funcionamiento de la Administración Pública. La profunda relación entre estos ha permitido que algún sector de la doctrina los utilice indistintamente; sin

---

<sup>390</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., “Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho”, op. cit., pág. 66.

<sup>391</sup> Expediente N° 3741-2004-AA/TC (Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.html>; fecha de consulta 23.06.2015)

embargo, otros autores los consideran conceptos autónomos aunque reconocen que guardan correlación.<sup>392</sup>

Entre quienes defienden la distinción de ambos conceptos se encuentra Morell. Para este autor, “existe una necesaria correlación entre la objetividad de la Administración y la imparcialidad del funcionario”<sup>393</sup> pues es a través de estos que la institución pública actúa. En esa medida, “la objetividad de la Administración es una consecuencia de la imparcialidad con que el funcionario actúe. La conexión entre objetividad e imparcialidad es, pues, la de la relación causa-efecto: cuando la autoridad o funcionario actúa con imparcialidad, el resultado será la objetividad de la Administración”.<sup>394</sup>

En esa línea, García Costa considera que la objetividad implica la interpretación y aplicación de la voluntad normativa alejada de cualquier valoración personal o subjetiva; mientras la imparcialidad orienta la actuación administrativa a satisfacer los intereses generales de la comunidad, excluyendo cualquier interés distinto en la intervención del funcionario público.

A partir de ello, el autor extrae tres consecuencias: primero, la imparcialidad es presupuesto de la objetividad; segundo, la objetividad opera *ad intra* en la relación de la Administración con las normas emitidas por el Parlamento, mientras la imparcialidad relaciona a la Administración con los administrados, por lo que despliega su eficacia *ad extra*; tercero, ambos

---

<sup>392</sup> Se ha discutido también la relación entre los principios de objetividad e imparcialidad con el principio de neutralidad; sin embargo, este se refiere a “la cualidad de la Administración que prohibía el carácter político de la misma, determinando el modo en el que ha de quedar vinculada al poder de dirección del Gobierno, consistente en la obligación del funcionario de servir leal y eficazmente la acción política del Gobierno sin interferencias”. GARCÍA COSTA, M., “Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad”, en: *Revista Documentación Administrativa*, N° 289, enero-abril 2011, pág. 33.

<sup>393</sup> MORELL OCAÑA, L., “La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución”, en: *Revista española de Derecho Administrativo*, N° 111, 2001, pág. 363.

<sup>394</sup> En el mismo sentido, MONTEDURO, M., “El carácter multidimensional de la imparcialidad administrativa y el principio de objetividad: reflexiones sobre la experiencia italiana”, en: *Revista Documentación Administrativa*, N° 289, enero-abril, 2011, págs. 305-366.

principios despliegan su virtualidad en el ámbito del principio de legalidad toda vez que implican la aplicación de la norma lejos de interpretaciones ajenas a la voluntad de esta y en última instancia, del interés público.<sup>395</sup>

Ahora bien, dentro de las posiciones que distinguen conceptualmente los principios de imparcialidad y objetividad, existen quienes consideran que el primero forma parte del segundo. Cuando Guillén-Caramés y Fuentetaja Pastor analizan la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, afirman que la objetividad en la Función Pública posee una dimensión organizativa referida al aparato burocrático de las Administraciones Públicas y una vertiente subjetiva, referida a la relación de servicio que brindan los funcionarios públicos, es decir, el principio de imparcialidad<sup>396</sup>.

En sentido similar, Castro Cuenca sostiene que la imparcialidad es consecuencia de la objetividad pues del deber de fidelidad que el funcionario debe a su cargo, se desprende que aquel deberá actuar de acuerdo a Ley y no en base a criterios meramente subjetivos. A partir de ello, el autor extrae consecuencias en el ámbito penal.

A su consideración, “si se vulnera sólo la imparcialidad del funcionario frente a la Administración pública, la misma tendrá efectos solamente en la relación disciplinaria entre ambos y por ello constituirá sólo una falta disciplinaria; mientras que si lo que se afecta o pone en peligro es la objetividad de las decisiones de la Administración pública, la actuación tendrá relevancia en toda la colectividad y por ello constituirá delito”<sup>397</sup>.

---

<sup>395</sup> GARCÍA COSTA, M., “Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad”, op. cit., págs. 30-38.

<sup>396</sup> GUILLÉN-CARAMÉS, J. Y J., FUENTETAJA PASTOR, “El principio de objetividad en la Función Pública (un análisis desde la jurisprudencia)”, en: *Revista Documentación Administrativa*, Nº 289, enero-abril, 2011, págs. 305-366.

<sup>397</sup> CASTRO CUENCA, C., *La corrupción en la contratación pública en Europa*, op. cit., pág. 144. El autor explica su posición a través del siguiente ejemplo: “En el plano práctico, si la conducta del sujeto activo se refiere a la realización u omisión de una concreta actuación administrativa, por ejemplo, la entrega de una dádiva o el ejercicio de una influencia para la realización de un acto justo o injusto se afectará el principio de



En este trabajo nos adheriremos a las posiciones que entienden que el principio de imparcialidad es el presupuesto del principio de objetividad. A nuestra consideración, resulta lógico que sólo cuando el funcionario público actúa en búsqueda de los intereses generales, es decir, alejado de cualquier interés de tercero o personal, podrá aplicar la norma objetivamente.

Si bien de redacciones como la contenida en los artículos 103.1 y 103.3 de la Constitución española, puede entenderse que la objetividad es característica de la Administración, mientras la imparcialidad recae específicamente en los funcionarios que forman parte de ella; consideramos que dichas especificaciones no son suficientes para afirmar que la vulneración de la primera posee contenido penal y no así en el caso de la imparcialidad.

Como ya se ha señalado, la actividad de la Administración Pública se concreta necesariamente a través de sus funcionarios, por lo que sólo si estos actúan imparcialmente, podrán tomarse decisiones objetivas, es decir, arregladas a lo establecido por la Ley. La imparcialidad, entonces, es la causa; mientras la objetividad, uno de sus efectos. En palabras de García Costa, “la imparcialidad de la Administración y del funcionario no puede tener por contenido material más que la objetividad”<sup>398</sup>.

## **3.2 La actividad contractual del Estado como bien jurídico de los delitos de colusión y negociación incompatible**

### **3.2.1 Actividad contractual del Estado: ¿Contexto de comisión del delito o bien jurídico protegido?**

---

objetividad y por ello existirá delito, mientras que si el funcionario recibe o acepta un regalo no efectuado para la realización u omisión de una actuación administrativa se vulnerará solamente su imparcialidad y por ello técnicamente debería tener una naturaleza meramente disciplinaria, lo cual, desafortunadamente no sucede, pues esta conducta es considerada como delito”. CASTRO CUENCA, C., *La corrupción en la contratación pública en Europa*, op. cit., pág. 144.

<sup>398</sup> GARCÍA COSTA, M., “Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad”, op. cit., pág. 31.

El tipo base del delito de colusión sanciona *al 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, servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concertada con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado.*

Por su parte, el tipo base del delito de negociación incompatible, sanciona *al 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 en razón de su cargo.*

De las descripciones expuestas, se ha derivado que el ámbito o radio de acción de estos delitos es la contratación estatal o la actividad contractual del Estado. En ambos casos, se dice, la sanción de la concertación o del interés indebido depende de que estos hayan sido realizados en el marco de un procedimiento de contratación en la que una de las partes es el Estado.

La pregunta es si la contratación estatal es un mero ámbito de aplicación de estos delitos o si tiene una relevancia mayor. Si se piensa en el resto de delitos contra la Administración pública como por ejemplo, el cohecho, nada impide que pueda ser cometido en el marco de un procedimiento de contratación estatal.

Bien puede suceder que un funcionario público acepte o reciba donativo, promesa o cualquier ventaja para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones (cohecho pasivo propio) o para realizar un acto propio de su cargo o empleo (cohecho pasivo impropio) en el marco de un procedimiento de contratación. En el mismo contexto, un particular puede ofrecer, dar o prometer a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones o realice actos propios de su cargo (cohecho activo genérico).

En el fondo, no es que los delitos de colusión y negociación incompatible sean los únicos aplicables al ámbito de la contratación estatal, sino que en ellos se pretende proteger la actividad contractual del Estado en sí misma. De hecho, la importancia de la actividad contractual del Estado para el correcto funcionamiento de la Administración pública posee tal entidad, que se constituye en bien jurídico de estos delitos.

### **3.2.2 ¿Qué se entiende por actividad contractual del Estado?: su importancia para la satisfacción de necesidades públicas y su reconocimiento constitucional**

Adelantamos en el Capítulo 1 que el Estado posee una sola personalidad pública y todos los contratos que suscriba, están sujetos a un régimen jurídico-público. A estos contratos les denominamos *Contratos estatales* o *Contratos de la Administración Pública* y les definimos como “el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídico patrimonial, en la cual por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública”<sup>399</sup>.

Los contratos estatales en el ordenamiento jurídico peruano son muy variados. El más conocido es, probablemente, el contrato público regulado por la Ley N° 30225 “Ley de Contrataciones del Estado”. En la contratación pública, el Estado desembolsa dinero por la adquisición de bienes, servicios u obras. Por ese evidente desprendimiento de dinero público, la Ley N° 30225 y su predecesora, promulgada por Decreto Legislativo N° 1107, han establecido

---

<sup>399</sup> SALAZAR CHÁVEZ, R., “La contratación de la Administración Pública en función a los intereses involucrados en cada contrato”, en: *Derecho & Sociedad*, N° 23. (Disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/09/10/la-contratacion-de-la-administracion-publica-en-funcion-a-los-intereses-involucrados-en-cada-contrato/>; fecha de consulta: 22.01.2016). En sentido similar, MARTIN TIRADO, R., “El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú”, op. cit., pág. 42.

procedimientos bastante estrictos –aunque no suficientes- para evitar la comisión de actos de corrupción.

No obstante, los contratos estatales no se agotan en los contratos públicos. Existen otras formas de contratación estatal a través de las cuales el Estado no es un mero receptor (y pagador) de bienes, servicios u obras; entre ellos podemos señalar, los actos de administración, gestión y disposición de los bienes muebles e inmuebles de propiedad estatal a cargo de la Superintendencia de Bienes Nacionales; la transferencia de acciones y activos de propiedad del Estado en el marco de procesos de privatización; las operaciones de endeudamiento externo; los contratos de concesión de recursos naturales, obras públicas de infraestructura y bienes y servicios públicos, etc.

En estos últimos, por ejemplo, el Estado no realiza un pago de dinero directo a la empresa que realiza el servicio u obra requerida, más bien, cede el uso de aquellos por un tiempo determinado, para que la empresa los utilice y obtenga una ventaja económica contra la prestación de un conjunto de obligaciones (incluida una contraprestación en favor del estado, de ser el caso)<sup>400</sup>. Piénsese en el supuesto de la empresa privada que construye una carretera porque el Estado no posee los recursos económicos o técnicos para hacerlo, y a cambio de ello, el Estado permite la instalación de un peaje cuyo cobro permitirá que la empresa recupere su inversión.

Los contratos estatales, entonces, poseen naturaleza patrimonial en tanto permiten una cuantificación económica, pero ello no quiere decir que en todos los casos el Estado se limite a ser un mero pagador por la adquisición de bienes, servicios u obras. De hecho, el Estado puede intervenir -incluso- compartiendo riesgos con la empresa privada contratada. Este es el caso de los contratos de concesión ejecutados mediante la conformación de

---

<sup>400</sup> MARTÍNEZ ZAMORA, M., “Los supuestos de inaplicación del régimen de contratación pública”, op. cit., pág. 90.

Asociaciones Público Privadas, a los que hemos hecho referencia en el Capítulo 1.

En ese marco, la actividad contractual del Estado comprende toda la actividad que despliega la Administración pública para concretar cualquiera de los contratos estatales reconocidos en las diversas normas que recoge el ordenamiento jurídico peruano: desde la formación de la voluntad contractual hasta la ejecución de la misma.

La actividad contractual del Estado comprende, entonces, todas las fases de la contratación estatal: la fase preparatoria, de selección y de ejecución; y con ello, todas las actividades que se desarrollen dentro de cada una de estas fases.

La importancia de un bien jurídico colectivo de esta naturaleza radica en la importancia de la actividad contractual estatal como mecanismo para la satisfacción de necesidades sociales a las que cada institución del Estado debe responder.

Al respecto, Campos Monge ha señalado que “de la celebración de los contratos depende la consecución de bienes o servicios para satisfacer las demandas sociales –plena satisfacción del interés público– de cada institución pública; esto dentro de un Estado Constitucional y Democrático cuya ideología parte de la cuestión social”<sup>401</sup>.

Para Parejo Alfonso, por su parte, “la contratación cumple una función decisiva en la satisfacción del interés general, incorporando a esta un mecanismo convencional intersubjetivo que posibilita la integración de los particulares en las tareas dirigidas a la referida satisfacción”<sup>402</sup>.

---

<sup>401</sup> CAMPOS MONGE, C., *Contratación pública y corrupción (Un análisis particular de los principios rectores de la contratación administrativa)*, op. cit., pág. 204.

<sup>402</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo*, Ariel, Madrid, 2003, pág. 963.

Evidentemente, la sola firma del contrato no permite que las necesidades de la población se vean satisfechas. En realidad, ello depende de toda la actuación del Estado a lo largo del ciclo de la contratación, desde la propia identificación de la necesidad a satisfacer hasta la ejecución de todas las condiciones contractuales.

Piénsese, por ejemplo, en el requerimiento de compra del área usuaria de una entidad estatal de bienes que objetivamente no constituyen una necesidad para el sector de su competencia sino que buscan favorecer a un particular; o en la elaboración de las bases del procedimiento de contratación destinadas a favorecer la entrega de la buena pro a un determinado postor; la calificación parcializada de propuestas técnicas; o el otorgamiento de la conformidad de una obra que no ha sido concluida o no en las condiciones pactadas. En todos estos casos, la actividad contractual del Estado no persigue el interés público.

El Derecho Penal, entonces, pretende proteger que cada decisión, acuerdo, modificación o negociación tomada como parte de la formación y ejecución contractual esté dirigida a la satisfacción del interés público, porque de lo contrario, no sólo se limita la participación igualitaria de posibles postores en el ciclo de la contratación, sino que a la larga, se incide negativamente en la ciudadanía en su conjunto.

Conviene señalar, además, que la importancia de la actividad contractual del Estado ha sido reconocida a través del artículo 76º de la Constitución Política de Perú, cuyo texto expresa:

*“Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.*

*La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley*

*establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.*

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica”<sup>403</sup>.

Por último, debemos agregar que la identificación de la actividad contractual del Estado como bien jurídico tutelado penalmente no es ajena a la realidad jurídica peruana. En el Informe N° 001-2011, la Fiscalía de la Nación concluye respecto al delito de colusión que:

*“(…) el fraude o defraudación, propios del delito analizado, está determinado por la vulneración del correcto funcionamiento del sistema de contratación pública que se produce como consecuencia de la concertación ilegal entre el funcionario responsable y los interesados, debiendo ser tal conducta, a diferencia del texto vigente, la que constituya el núcleo rector del tipo penal del delito, el cual resultaría consumado aun cuando no se perjudique patrimonialmente al Estado o no se produzca un beneficio para el funcionario implicado”<sup>404</sup>.*

### **3.2.3 Protección penal a la actividad contractual del Estado**

Aun cuando la actividad contractual del Estado constituye una necesidad social que condiciona las posibilidades de participación del individuo en los

---

<sup>403</sup> Expediente N° 20-2003-AI/TC (Disponibles en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00020-2003-AA.html>; fecha de consulta: 4.08.2014). Dicho argumento vuelve a ser asumido en la STC Expediente N° 00017-2011-PI/TC. (Disponibles en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>; fecha de consulta: 4.08.2014)

<sup>404</sup> Fiscalía de la Nación, Informe N° 001-2011, pág. 4. Disponible en la sección “Archivo Digital de la Legislación del Perú” del Congreso de la República [www.congreso.gob.pe](http://www.congreso.gob.pe)

sistemas sociales, la intervención del Derecho penal debe restringirse a los supuestos que la pongan en serio riesgo. A nuestro parecer, la corrupción pública, entendida como el abuso de poder encomendado a un funcionario público para beneficios privados, constituye –sin duda- un serio riesgo para la vigencia del bien jurídico.

Como se dijo en el Capítulo 1, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) considera que la actividad contractual del Estado constituye el espacio gubernamental con mayor vulnerabilidad a la corrupción. A su consideración, esta situación sucede por dos razones: las grandes cantidades de dinero que dicha actividad maneja y el espacio de interacción que propicia entre funcionarios públicos y particulares.<sup>405</sup>

Por estas razones, Transparencia Internacional ha considerado que “pocas actividades gubernamentales crean tanta tentación u ofrecen tantas oportunidades para la corrupción en el sector público como el ciclo de la contratación”<sup>406</sup>.

Lo anterior ha motivado a legislaciones como la colombiana, a establecer un capítulo especial dentro de los Delitos contra la Administración pública, que lleva por nombre “De la celebración indebida de contratos”. Con ello, explica Santofimio Gamboa, “se estableció todo un régimen punitivo a fin de sancionar a aquellas personas que de una u otra forma se vieren involucradas en la realización de actos tipificadores de conductas de corrupción contractual”<sup>407</sup>.

---

<sup>405</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2007), *Integrity in Public Procurement*, op. cit., págs. 9-14,

<sup>406</sup> KÜHN, S. y L. SHERMAN, *Curbing Corruption in Public Procurement*, op. cit., pág. 8.

<sup>407</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, J., “Contratación indebida. Proscripción a la violación y desconocimiento de los principios generales de la contratación estatal. Corrupción y delito en la contratación estatal”, en: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., SANZ RUBIALES, I. y M., SENDÍN GARCÍA (dirs.), *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Junta de Castilla y León, Castilla y León, 2008, pág. 241.



Al respecto, el Tribunal Constitucional ha remarcado la importancia del respeto a ciertos principios de actuación en la actividad contractual del Estado como barrera frente a la corrupción. De acuerdo al Tribunal, el artículo 76° de la Constitución peruana garantiza que las contrataciones del Estado se efectúen mediante un procedimiento reglado que permita la elección de la mejor oferta económica y técnica, cuyo presupuesto es el respeto de principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores<sup>408</sup>.

De ello, el Tribunal ha concluido que el objeto del artículo 76° de la Constitución es “lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de los principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos”<sup>409</sup>.

Como se ha dicho respecto a la *ratio legis* que fundamenta la tipificación de los delitos contra la Administración pública, no puede ser que la satisfacción del interés público se realice a toda costa, incluso, mediante el recurso a la corrupción. Si se construye una carretera o un centro de salud en las mejores condiciones técnicas y económicas para la comunidad, pero se han arreglado las bases para beneficiar a determinado postor, el Estado no puede dejar de sancionar dicha conducta.

Por ello, en la definición del correcto funcionamiento de la Administración pública se ha enfatizado que principios como la legalidad e imparcialidad se constituyen en medios necesarios para la obtención del interés público. Este

---

<sup>408</sup> Expediente N° 20-2003-AI/TC (Disponibles en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00020-2003-AA.html>; fecha de consulta: 4.08.2014). Dicho argumento vuelve a ser asumido en la STC Expediente N° 00017-2011-PI/TC. (Disponibles en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>; fecha de consulta: 4.08.2014)

<sup>409</sup> Expediente N° 20-2003-AI/TC (Disponibles en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00020-2003-AA.html>; fecha de consulta: 4.08.2014). Dicho argumento vuelve a ser asumido en la STC Expediente N° 00017-2011-PI/TC. (Disponibles en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>; fecha de consulta: 4.08.2014)

razonamiento comprendido en la ratio del legislador, sin duda influye en la determinación, definición e identificación de la puesta en peligro de los bienes jurídicos específicos protegidos por cada delito bajo estudio.

Ciertamente, la actividad contractual del Estado dirigida a la satisfacción del interés público deberá respetar necesariamente los principios de actuación aludidos por el Tribunal Constitucional, ello porque desde el Derecho Penal, el mayor problema que afronta el ciclo de la contratación es la corrupción.

La sanción de la colusión y la negociación incompatible no se sustenta, por tanto, en la eficacia u obtención del interés público, sino más bien, en que la actividad contractual que por definición debe servir para la satisfacción de necesidades públicas persiga este fin y no sea utilizada para satisfacer intereses privados. Por ello, el Tribunal Constitucional hace referencia a la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores como barreras frente a la corrupción.

En base a estas razones, consideramos que la sanción de la concertación para defraudar al Estado y del interés indebido en un contrato u operación, toma como base la vulneración del principio de imparcialidad en la actividad contractual del Estado.

Si el funcionario público actúa alejado de cualquier interés de tercero o personal, propiciará la transparencia de las operaciones, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores, por lo que al final, su actuación resultará de acuerdo a ley. Justamente, las consecuencias derivadas del principio de imparcialidad en la contratación estatal, permiten que su vulneración sea contemplada como una perturbación a la actividad contractual del Estado en el ámbito penal.

La importancia reseñada, sin embargo, no es suficiente para poder afirmar que siempre y en todo caso, la imparcialidad pondrá en peligro abstracto a la actividad contractual del Estado. En realidad, este bien jurídico

colectivo podrá ser puesto en riesgo jurídico penalmente relevante si la conducta parcializada del funcionario o servidor público antepone intereses privados a los del Estado y con ello afecta la objetividad de la actividad contractual del Estado.

Esto se desprende de la propia redacción de los tipos penales de colusión y negociación incompatible. Mientras el primero hace referencia a la concertación *para defraudar al Estado*, la negociación incompatible se refiere al interés indebido *en provecho propio o de tercero*.

De esta manera, aunque la conducta individualmente considerada no conlleve una intensa potencialidad lesiva para el bien jurídico, debe ser sancionada penalmente pues de la experiencia se constata que su propagación conducirá a una grave alteración, en este caso, de la actividad contractual del Estado.<sup>410</sup>

#### **3.2.4 El vínculo entre los delitos de colusión y negociación incompatible**

A pesar de lo expuesto, se podría alegar que los delitos de colusión y negociación incompatible no poseen ningún vínculo para sostener que ambos protegen el mismo bien jurídico. Más allá de la alusión a la contratación estatal, la colusión está comprendida dentro del Capítulo denominado “Concusión”; mientras la negociación incompatible forma parte del Capítulo referido a la “Corrupción de funcionarios”.

Sin embargo, Abanto ha cuestionado la inclusión del delito de colusión en el Capítulo aludido. El autor califica de confuso el capítulo del Código Penal peruano creado bajo la denominación de concusión, pues esta implica una extorsión por parte del funcionario público hacia la víctima, quien debe otorgarle lo solicitado por el terror infundido. No obstante, señala, delitos como

---

<sup>410</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 103.

la colusión distan de la conducta referida y se asemejan al cohecho, contenido en el capítulo de corrupción.<sup>411</sup>

De otra parte, el propio Abanto sostiene que la conducta de negociación incompatible constituye un peligro al patrimonio estatal, de ahí que a su parecer, se trate de una conducta previa al delito de colusión. Para el autor, “en ambos casos, el funcionario atenta contra el correcto funcionamiento de la Administración pública a través de una violación de la imparcialidad que debe guiar sus actuaciones cuando intervenga en un contrato u operación económica representando los intereses de la Administración pública”<sup>412</sup>.

A nuestro parecer, el vínculo entre el delito de colusión y negociación incompatible no se encuentra en la defensa del patrimonio en el marco de una contratación estatal, sino –como se dijo- en la propia actividad contractual del Estado. Este vínculo ha sido puesto de relieve, sobretodo, a través de la práctica fiscal y judicial.

Cuando se presenta una denuncia por el delito de colusión, alternativamente se alude al delito de negociación incompatible. El Informe N° 168 de la Defensoría del Pueblo de Perú, da cuenta de esta situación a través de las entrevistas realizadas a diversos fiscales anticorrupción.<sup>413</sup>

De estas entrevistas, se desprende que la dificultad en la acreditación de la concertación propia del delito de colusión, hace necesario que la denuncia comprenda al delito de negociación incompatible, pues al final, ambos vulneran la imparcialidad y con ello, se coloca en peligro abstracto a la actividad contractual del Estado.

---

<sup>411</sup> ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., págs. 279-281.

<sup>412</sup> ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 506.

<sup>413</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N° 168*, op. cit., pág. 60.

### 3.2.5 El rol del patrimonio en los delitos de colusión y negociación incompatible

Llegados a este punto, conviene que analicemos cuál es el rol del patrimonio en los delitos de colusión y negociación incompatible. Hemos señalado con anterioridad, que a pesar de contemplar múltiples bienes jurídicos específicos para el delito de colusión, la doctrina y jurisprudencia peruana coinciden en establecer como uno de ellos al patrimonio estatal. En el delito de negociación incompatible, en cambio, solo Abanto sostiene que aquel se protege mediante el tipo penal.

Si pudiera resumirse el razonamiento respecto al delito de colusión, la afirmación de Castillo Alva resulta bastante propicia:

*“(...) su alcance, en realidad, se circunscribe a los contratos administrativos y a las operaciones estatales, de contenido económico. Por tanto, el radio de acción del delito se encuentra circunscrito a un área y sistema determinado: al campo de los contratos estatales y de las operaciones en los que ventilan intereses públicos, de carácter patrimonial”<sup>414</sup>.*

En otras palabras, el patrimonio estatal se constituye en bien jurídico específico del delito de colusión por cuanto este sanciona las conductas que se producen en el campo de los contratos estatales que poseen contenido económico.

Al respecto, hemos señalado que todo contrato del Estado posee naturaleza patrimonial más allá de que implique o no un desembolso de dinero efectivo por parte del Estado. Ello es así, porque al hacer referencia al contenido patrimonial, se quiere decir que la prestación y sus efectos, pueden ser cuantificados económicamente.

---

<sup>414</sup> CASTILLO ALVA, J., *El delito de negociación incompatible*, op. cit., pág. 15.

La pregunta es si el delito de colusión, sobretodo, debe proteger esa naturaleza patrimonial de la contratación estatal o la propia actividad contractual del Estado. Es decir, habría que preguntarse si lo relevante penalmente sólo es una posible merma al patrimonio público o lo realmente importante es preservar una actividad contractual exenta de corrupción.

A nuestro parecer, la incursión decidida de la corrupción en el ciclo de la contratación y los efectos nocivos de esta, son motivos suficientes para la intervención penal. Como se ha señalado en el capítulo 1, la corrupción en la contratación estatal no sólo afecta económicamente a la institución pública, sino que sus efectos nocivos son aún mayores. Entre otros, se encuentran la distorsión de la competencia, la reducción de la calidad, sostenibilidad y seguridad de los proyectos públicos y la reducción de la probabilidad que los bienes, servicios u obras realmente satisfagan las necesidades de la sociedad<sup>415</sup>.

En el fondo, no es que el posible perjuicio al patrimonio estatal dote de relevancia penal a la prohibición. En muchos casos, no se busca una ganancia particular a cambio del perjuicio económico del Estado, sino que se otorga la buena pro a un postor que realizará la prestación probablemente a precio y calidad justa, pero con ello, se impedirá la participación de otros postores e incluso, la mejora de los términos contractuales para el beneficio de la comunidad.

Por razones similares, tampoco consideramos que la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este, sea el bien jurídico protegido por el delito de colusión.

En primer término, esta definición parece centrarse en los contratos públicos (regulados específicamente por la Ley N° 30225) que implican el desembolso de dinero por parte del Estado para la adquisición de bienes, obras

---

<sup>415</sup> KÜHN, S. y L. SHERMAN, *Curbing Corruption in Public Procurement*, op. cit., pág. 8.

y servicios; sin embargo, los contratos estatales abarcan más modalidades contractuales en las que la Administración pública no necesariamente desembolsa dinero al contratista.

Por lo demás, no se entiende por qué el Derecho Penal sólo debe intervenir en uno de los campos comprendidos en la actividad contractual del Estado (el manejo eficiente del dinero) y no en todas las actividades orientadas a concretar la voluntad contractual y su ejecución, cuando de todas ellas depende la satisfacción del interés público exento de corrupción. En realidad, los tipos base de colusión y negociación incompatible sancionan la puesta en peligro abstracto a la actividad contractual del Estado a través de la vulneración del principio de imparcialidad.

Ahora bien, distinto es el caso de la agravante contenida en el segundo párrafo del artículo 384° del Código Penal peruano que sanciona al:

*“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”.*

La agravante no requiere una mera puesta en peligro a la actividad contractual del Estado, sino que producto de ella, se exige que el patrimonio público sea perjudicado. En esa medida, el segundo párrafo constituye un delito pluriofensivo ya que además de la puesta en peligro abstracto de la actividad contractual del Estado, requiere la lesión al patrimonio de este.

Las consecuencias de contemplar como bien jurídico al patrimonio público son dos: en primer término, se ha aumentado considerablemente la pena por la conducta; en segundo lugar, es posible duplicar el plazo de prescripción de la acción penal en base al artículo 41° de la Constitución Política del Perú y al artículo 80° del Código Penal.

Según el artículo 41° de la Constitución, “el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”. De acuerdo al artículo 80° del Código Penal peruano, por su parte, “en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica”.

A partir de ello, el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 ha requerido tres presupuestos para aplicar la mencionada duplicación:

- Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito –funcionario o servidor público- y el patrimonio del Estado.
- El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.
- Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad 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 poseía.

Finalmente, el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 acota que “los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada”<sup>416</sup>.

---

<sup>416</sup> Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116. (Disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ddb68b00451695cebbbfbb279eb5db9a/ACUERDO+PLENARIO+N%C2%BA+01-2010CJ-116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ddb68b00451695cebbbfbb279eb5db9a>; fecha de consulta: 14.02.2012)



### 3.2.6 Alusión a otros bienes jurídicos identificados

Expuesta nuestra posición, conviene explicar brevemente por qué no hemos acogido como bienes jurídicos de los delitos de colusión y negociación incompatible, aquellos otros distintos al patrimonio. Señalamos, por ejemplo, que para algún sector de la doctrina y jurisprudencia peruana, el bien jurídico en estos casos es la lealtad en el cumplimiento de deberes funcionales que debe el funcionario público a la Administración.

Esta tesis no puede ser acogida porque incide en la relación Administración-funcionario mas no en la relación Administración-ciudadanos, que es la que importa a efectos penales. Como hemos remarcado, el Derecho Penal debe intervenir sólo cuando se trate de conductas propias de la actividad prestacional del Estado, dejando el resto de actuaciones a la regulación del Derecho Administrativo.

Por la misma razón, no puede acogerse como bien jurídico protegido en los delitos de colusión y negociación incompatible al prestigio y decoro de la Administración pública. Como ha explicado Ferré Olivé, “nadie duda que la actividad administrativa goza o debería gozar de prestigio, por tratarse del cumplimiento de las tareas señaladas al Estado por la Constitución y las leyes. Pero tal prestigio no posee entidad propia como para convertirse en un bien jurídico digno de protección. De entenderse lo contrario, la función pública dejaría de ser una actividad mediatizada, dirigida al fin de servir a los ciudadanos, para alcanzar una jerarquía propia, desligada de la comunidad a la que debe servir”<sup>417</sup>.

Desde otra perspectiva, se ha sostenido que el bien jurídico protegido por los delitos de colusión y negociación incompatible es la confianza de la generalidad en el correcto funcionamiento de la Administración pública. Para

---

<sup>417</sup> FERRÉ OLIVÉ, J., “Corrupción y delitos contra la Administración Pública”, en: FERRÉ OLIVÉ, J. (ed.), *Fraude y Corrupción en la Administración Pública*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pág. 18.

esta tesis, “los tipos penales de los delitos de funcionarios deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo, pero además importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo de acuerdo a los principios del Estado de Derecho”<sup>418</sup>.

No obstante, Vizuela ha identificado los dos problemas que pesan sobre esta tesis: primero, muchas de las acciones ilícitas cometidas por la Administración pública no llegan a ser conocidas por la sociedad; segundo, la correcta manipulación informativa puede generar una desconfianza colectiva totalmente infundada, por lo que el Derecho Penal no puede arriesgarse a proteger este tipo de perversiones.<sup>419</sup>

Por último, un sector de la doctrina y jurisprudencia apuntan que el bien jurídico protegido en los delitos de colusión y negociación incompatible es la imparcialidad. Olaizola se ha referido a este punto a propósito del estudio que realiza sobre el delito de cohecho.

A consideración de la autora, la imparcialidad no puede ser bien jurídico específico del delito de cohecho, a lo que nosotros agregamos, el delito de colusión y negociación incompatible. En realidad, señala, la imparcialidad es común a todos o muchos de los delitos contra la Administración pública pues es elemento necesario para su correcto funcionamiento.<sup>420</sup>

El principio de imparcialidad constituye un concepto bastante amplio cuya lesión o puesta en peligro de ser el caso, responderá a una serie de particularidades del tipo penal. En el caso de los delitos bajo estudio, por ejemplo, se ha considerado que comprende –entre otras cosas- la

---

<sup>418</sup> BACIGALUPO, E., *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Akal-IURE, Madrid, 1991, pág. 352.

<sup>419</sup> VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración pública: Estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003, pág. 209.

<sup>420</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, op. cit., pág. 99.

transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores



## CAPITULO 3

### LOS DELITOS DE COLUSION Y NEGOCIACION INCOMPATIBLE COMO DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

**SUMARIO:** I. FUNDAMENTOS PREVIOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL DE LOS QUE SE PARTE; 1. EL CONCEPTO DE PELIGRO A EFECTOS PENALES; 2. DELITOS DE PELIGRO CONCRETO Y DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO: DEFINICIÓN Y ALCANCES; 3. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO; 3.1 CUESTIONAMIENTOS A LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO; 3.1.1 EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD COMO PROBLEMA CENTRAL; 3.1.2 EL RECURSO A TÉCNICAS INTERMEDIAS ENTRE EL DELITO DE PELIGRO CONCRETO Y EL DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO; 3.1.3 ESBOZO DE RESPUESTA A LAS CRÍTICAS PLANTEADAS DESDE EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD; 3.2 EL INJUSTO DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO; 3.2.1 BREVE REMISIÓN AL CONCEPTO DE INJUSTO PENAL; 3.2.2 PROPUESTAS DOCTRINARIAS EN TORNO AL INJUSTO DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO; 3.2.2.1 DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO COMO DELITOS DE LESIÓN; 3.2.2.2 DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO COMO DELITOS CON DESVALOR DE RESULTADO; 3.2.2.3 DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO COMO DELITOS CON DESVALOR DE ACCIÓN: LA INFLUENCIA DE LA TESIS SUBJETIVO MONISTA; 3.2.2.4 LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO DESDE EL DESVALOR OBJETIVO DE LA ACCIÓN; 3.2.3 NUESTRA POSICIÓN: LA PELIGROSIDAD DE LA CONDUCTA COMO ELEMENTO DEL TIPO DE INJUSTO; 3.2.4 EXCURSO: LA TESIS DE KISS; 3.3 APLICACIÓN PRÁCTICA: LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. II. LA EVALUACIÓN DE LA PELIGROSIDAD DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO; 1. LA DISCUSIÓN JURISPRUDENCIAL Y LEGISLATIVA EN TORNO AL DELITO DE COLUSIÓN COMO DELITO DE LESIÓN O PELIGRO: EL PREÁMBULO A LA TIPIFICACIÓN ACTUAL DEL DELITO; 2. EL TRATAMIENTO ACTUAL DEL DELITO DE COLUSIÓN EN SU CONDICIÓN DE DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO; 3. LA CARACTERIZACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA; 4. NUESTRA PROPUESTA.



## I. Fundamentos Previos de la Parte General del Derecho Penal de los que se parte

### 1. El concepto de peligro a efectos penales

El concepto de peligro a efectos penales ha sido materia de arduo debate. Ello es así porque dicho concepto se constituye en punto de partida de la intervención penal no sólo para los delitos de peligro, sino también, para la imputación objetiva, la tentativa, la justificación o el error.<sup>421</sup>

Inicialmente, las tesis subjetivas entendieron el peligro como juicio de orden subjetivo o impresión subjetiva, según el cual, el juzgador debía considerar peligrosas aquellas conductas que conforme a la experiencia tuvieran dicha condición.

Esta concepción fue propuesta por los positivistas, quienes sólo reconocían como realidad el mundo físico y las leyes que lo regulaban; por ello, “el peligro sólo podía concebirse como una mera impresión psicológica (entendida bien como juicio de orden subjetivo, o como impresión subjetiva por parte del sujeto pasivo del hecho delictivo)”<sup>422</sup>.

No obstante, el concepto de peligro propuesto por esta tesis colisionaba abiertamente con el principio de certeza jurídica, pues el peligro se agotaba en el juicio subjetivo de quien debía valorar su existencia.<sup>423</sup> Por lo demás, si nos fijamos bien, la teoría subjetiva no ofrecía un concepto de peligro, sino más bien, una definición de juicio de peligro.<sup>424</sup>

---

<sup>421</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 31.

<sup>422</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, op. cit., pág. 55.

<sup>423</sup> Ibid.

<sup>424</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op. cit., pág. 33.

Surgieron posteriormente las tesis objetivas de peligro, que a diferencia de las tesis subjetivas, defendieron el carácter real del peligro como posibilidad o probabilidad de un resultado.<sup>425</sup> De esta forma, se reconocía que determinadas conductas poseen la condición de ser generalmente peligrosas.

Sin embargo, como explica Corcoy Bidasolo, “el carácter peligroso o no de una conducta no surge con la mera posibilidad de que se produzca una lesión sino que es necesario que, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, incluida la posibilidad de intervención del autor o de un tercero para contrarrestar el peligro, exista un grado elevado de probabilidad de lesión”<sup>426</sup>.

Aun con el requerimiento descrito, las tesis objetivas no otorgaron una definición satisfactoria de peligro. En el fondo, estas tesis afirmaron que mediante el aumento de peligro, la probabilidad de lesión era mayor pero nada dijeron del propio concepto de peligro.<sup>427</sup>

Por estas razones, el Derecho Penal no se apoya en la mera percepción subjetiva del juzgador ni en el criterio de la elevación del riesgo para definir el peligro. Partiendo de una perspectiva causal-naturalista, el Derecho Penal ha asumido una concepción valorativa de peligro que le dota de contenido.

De esta forma, “el peligro normativo se concibe como probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal, debiendo suponer dicha probabilidad una

---

<sup>425</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pág. 24.

<sup>426</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op. cit., pág. 33.

<sup>427</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op. cit., págs. 33-34.



entidad rayana en la seguridad de lesión para que esté legitimada la consideración de típica de esa conducta”<sup>428</sup>.

En ese contexto, la relevancia penal de la probabilidad de lesión al bien jurídico requerirá tomar en cuenta variables como la clase de bien jurídico afectado o la ponderación de la utilidad social de la actividad desarrollada, pues la perspectiva causal naturalista es un indicio necesario pero no suficiente para dotar de contenido al peligro.<sup>429</sup>

## 2. Delitos de peligro concreto y abstracto: definición y alcances

La doctrina penal distingue entre delitos de lesión y delitos de peligro. Esta distinción responde al nivel de afcción al bien jurídico: mientras los delitos de lesión suponen el menoscabo de este; los delitos de peligro sancionan la probabilidad de lesión de aquel.<sup>430</sup>

Esta clasificación, entonces, responde al grado de ofensa al bien jurídico, por lo que no puede asemejarse a la clasificación delitos de resultado - delitos de mera actividad, basada en la estructura de la acción típica. En esta última, la diferencia radica en el requerimiento o no, de un resultado separable espacio-temporalmente de la acción<sup>431</sup>.

---

<sup>428</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op. cit., pág. 33.

<sup>429</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op. cit., pág. 52.

<sup>430</sup> ORTS BERENGUER, E. y otros, *Derecho Penal. Parte General*, T. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 74.

<sup>431</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, op. cit., pág. 235. En todo caso, cabe señalar que entre la clasificación delitos de lesión-peligro y delitos de resultado-mera actividad pueden realizarse una serie de combinaciones. Los delitos de lesión, por ejemplo, pueden ser delitos de resultado y de mera actividad. En el primer caso, el resultado puede ser material o ideal, piénsese en el delito de homicidio y el de injuria, respectivamente. A su vez, cuando la realización de la conducta establecida en el tipo implique la lesión del bien jurídico, el delito de lesión será a su vez de mera actividad. LUZÓN PEÑA, M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Universitas, Madrid, 1996, pág. 313.

Los delitos de peligro pueden clasificarse, a su vez, en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. La diferencia entre ambos radica en el radio de la acción peligrosa, que en el primer caso, coloca en peligro de lesión inmediata o próxima al bien jurídico, y en el segundo, lo coloca ante un peligro lejano de lesión.

En los delitos de peligro concreto, por tanto, “la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce el resultado, sea sólo por casualidad”<sup>432</sup>. En cambio, en los delitos de peligro abstracto “la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro”<sup>433</sup>.

De lo anterior se ha desprendido que los delitos de peligro concreto requieren un resultado de concreto peligro al bien jurídico separado espacio-temporalmente de la acción; mientras los delitos de peligro abstracto resultan ser delitos de mera actividad, en tanto se conforman con que la conducta sea peligrosa en general para algún bien jurídico.<sup>434</sup>

A partir de ello, se ha considerado que en los delitos de peligro concreto el juez debe acreditar la proximidad del peligro al bien jurídico y la capacidad lesiva del riesgo; sin embargo, en los delitos de peligro abstracto, se sostiene,

---

<sup>432</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, T. 1, Civitas, Madrid, 1997, pág. 336

<sup>433</sup> Ibid. En cuanto a la definición de delito de peligro abstracto, Aguado Correa ha hecho una observación interesante que conviene ser anotada. En el fondo, comenta la autora, los delitos de peligro abstracto no han sido definidos en positivo sino en negativo, como aquellos en los que no se exige la lesión o peligro concreto del bien jurídico; por ello, lo que les caracteriza positivamente, constituye una cuestión abierta y sin una respuesta única. AGUADO CORREA, T., “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, en: LASCURAIN SANCHEZ, J. y M., RUSCONI (eds.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, pág. 66.

<sup>434</sup> LUZÓN PEÑA, M., *Curso de Derecho Penal*, op. cit., pág. 314.

el juez no tiene que valorar si la conducta peligrosa puso o no en concreto peligro al bien jurídico.<sup>435</sup>

### **3. Los delitos de peligro abstracto**

#### **3.1 La problemática de los delitos de peligro abstracto**

##### **3.1.1 El principio de ofensividad como problema central**

Considerado el peligro abstracto como un mero motivo o *ratio* de creación del delito y no el resultado típico del mismo<sup>436</sup>, su sanción constituye “un adelantamiento de la intervención penal a una fase muy alejada de la lesión o menoscabo efectivo del bien jurídico, o incluso de la posibilidad de su real perturbación”<sup>437</sup>.

Justamente, este alejamiento del principio de ofensividad, ha sido causa de duras críticas a los delitos de peligro abstracto desde su origen, aunque ello no ha sido óbice para que las legislaciones continúen utilizando esta técnica, sobre todo, cuando se ha tratado de la protección de bienes jurídicos colectivos.<sup>438</sup>

Desde el principio de protección de bienes jurídicos, la intervención punitiva del Estado sólo puede sustentarse en la protección de intereses fundamentales orientados a permitir que el individuo participe en el sistema social. Sin embargo, el alcance del principio no termina allí, exige que la

---

<sup>435</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Experiencia, Barcelona, 2004, pág. 209.

<sup>436</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M., *El Moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretariado de publicaciones e intercambio científico de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, pág. 39. En el mismo sentido, CEREZO MIR, J., “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo”, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º época, Nº 10, 2002, pág. 47.

<sup>437</sup> MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001, pág. 342.

<sup>438</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M., *El Moderno Derecho Penal*, págs. 42-47.

conducta concreta comporte la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, situación por lo menos cuestionable en el caso de los delitos de peligro abstracto.<sup>439</sup>

A partir de lo anterior, se ha señalado que estos delitos colisionan también con el principio de intervención mínima del Derecho penal. Este requiere, de una parte, que la protección de bienes jurídicos sea fragmentaria, es decir, sólo frente a los ataques más graves o peligrosos. Pero al mismo tiempo, implica que el Derecho Penal sólo podrá aplicarse subsidiariamente frente a otras ramas del Derecho.<sup>440</sup>

En el caso de los delitos de peligro abstracto, la pregunta es si el peligro lejano para el bien jurídico reviste la gravedad exigida para la intervención del Derecho Penal o si, en realidad, la sanción de este debe dejarse en manos de otras áreas como el Derecho Administrativo.

Estos cuestionamientos han permitido que algunos autores califiquen los delitos de peligro abstracto como infracciones de pura desobediencia no merecedoras de tutela penal. Se señala al respecto, que si el peligro general o abstracto no admite prueba, el legislador emplea una presunción *iure et de iure* respecto a la peligrosidad del comportamiento tipificado, permitiendo así, que conductas no delictivas terminen siendo tales.<sup>441</sup>

Por ello, un sector de la doctrina sostiene la injustificada existencia de los delitos de peligro abstracto, que en tanto tipos sin lesión y sin peligro, permiten la sanción penal de conductas abiertamente inofensivas para el bien jurídico<sup>442</sup>, sobretodo, si como ha puesto de relieve Hassemmer, la imputación de un delito de peligro abstracto reduce las posibilidades de defensa toda vez que

---

<sup>439</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros, *Curso de Derecho Penal*, op. cit., págs. 71-72.

<sup>440</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros, *Curso de Derecho Penal*, op. cit., pág. 73.

<sup>441</sup> BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, 2º ed., Hammurabi, Argentina, 1999, pág. 232-235.

<sup>442</sup> Ibid.

no es necesario acreditar la producción de un resultado de lesión o de peligro<sup>443</sup>.

Por lo demás, para autores como Kaufmann, la presunción de peligrosidad colisiona con el aspecto subjetivo de la tipicidad. Si el peligro abstracto siempre se presume, señala el autor, entonces la intención del agente deja de ser relevante para la configuración del tipo<sup>444</sup>.

Esta situación atentaría contra el principio de culpabilidad, según el cual, sólo puede imputarse el hecho al autor cuando este haya obrado a título de dolo o negligencia, es decir, “de propósito o por una inexcusable falta de cuidado, lo que excluye la responsabilidad por resultados vinculados causalmente a la conducta del sujeto pero que no eran previsibles ni evitables”<sup>445</sup>.

### **3.1.2 El recurso a técnicas intermedias entre el delito de peligro concreto y el delito de peligro abstracto**

Un sector de la doctrina intentó dar solución a las críticas planteadas a los delitos de peligro abstracto, recurriendo a técnicas intermedias entre el delito de peligro concreto y el delito de peligro abstracto. Méndez Rodríguez comenta que un grupo de autores italianos, por ejemplo, reservó la denominación delitos de peligro abstracto para aquellos supuestos en los que el tipo comprendía al peligro como uno de sus elementos constitutivos, independientemente de que fuera presupuesto de la acción.

Estos delitos serían legítimos en términos constitucionales por cuanto la verificación de la peligrosidad de la acción resultaba necesaria, a diferencia de

---

<sup>443</sup> HASSEMER, W., "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 45, F. 1, 1992, pg. 242.

<sup>444</sup> BACIGALUPO, E., *Derecho Penal*, op. cit., pág. 234.

<sup>445</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros, *Curso de Derecho Penal*, op. cit., pág. 78.

los delitos de peligro presunto o delitos de peligro abstracto en sentido estricto, en los que regía la presunción *iure et de iure*.<sup>446</sup> No obstante, como señala la autora, esta técnica de interpretación podía ser encuadrada tanto en una clasificación que se ocupase de los delitos de peligro abstracto, como en una que se ocupase de los delitos de peligro concreto, por lo que no ofreció mayores luces en cuanto al fin que perseguía.

El recurso a técnicas intermedias fue seguido también en Alemania y España desde los planteamientos de Schröder y Torío, respectivamente. Como estas posiciones han tenido eco hasta las formulaciones realizadas en la actualidad, nos detendremos brevemente en su revisión.

### **3.1.2.1 Los delitos de peligro abstracto-concreto**

Méndez Rodríguez comenta que de la revisión del Código Penal alemán, Schröder observó la existencia de delitos que no encajaban en la clasificación clásica de los delitos de peligro, como concretos y abstractos. Existían, a su parecer, tipos penales con ciertos elementos descriptivos que hacían alusión a la idoneidad de la conducta sancionada o que buscaban una finalidad ulterior no necesaria para la consumación del delito.<sup>447</sup>

De ello dedujo que la decisión sobre la peligrosidad de la conducta en estos tipos penales no estaba determinada por el legislador, sino que el juez debía evaluar la idoneidad requerida por el tipo, tal como ocurre en los delitos de peligro concreto. Sin embargo, la base del juicio de la peligrosidad debía limitarse, a su parecer, a las circunstancias conocidas a través de la experiencia general, como en el caso de los delitos de peligro abstracto en sentido estricto.<sup>448</sup>

---

<sup>446</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro*, op. cit., pág. 165.

<sup>447</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro*, op. cit., pág. 189.

<sup>448</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro*, op. cit., pág. 188.

De acuerdo a esta propuesta, los delitos de peligro abstracto-concreto saldarían las críticas realizadas desde los principios constitucionales que limitan la potestad punitiva del Estado; no obstante, la tesis de Schröder presenta tres puntos débiles.

En primer término, no se entiende por qué el autor restringe la base del juicio de la peligrosidad, es decir, por qué la evaluación de la idoneidad de la conducta sólo toma como parámetro la experiencia general. En segundo lugar, desde la perspectiva del autor los delitos identificados constituyen tipos mixtos que funden el peligro concreto y abstracto; sin embargo, estos delitos de peligro abstracto-concreto no recogen la definición que caracteriza a los primeros.<sup>449</sup>

Los delitos de peligro concreto según la posición de Schröder, se definen en razón a la integración del peligro al tipo penal; sin embargo, en los delitos de peligro abstracto-concreto no se realiza dicha alusión. En lo que respecta a los delitos de peligro abstracto, el autor ha considerado que la peligrosidad viene definida legislativamente, de ahí que no se entienda por qué en el tipo mixto dicha peligrosidad deba ser acreditada.<sup>450</sup>

Por estas razones, Gallas decidió reelaborar la tesis de Schröder. Para este autor, según comenta Méndez Rodríguez, del hecho que el juez deba comprobar la idoneidad del tipo no se desprende que pueda ser calificado como delito de peligro concreto o delito de peligro abstracto-concreto, sino que se trata de una variante de los delitos de peligro abstracto.

Evidentemente, esta variante de peligro abstracto es distinta del delito de peligro abstracto en sentido estricto por cuanto la peligrosidad del hecho no es

---

<sup>449</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro*, op. cit., pág. 189

<sup>450</sup> Ibid.

un simple motivo del autor sino el parámetro de subsunción del hecho concreto en el tipo penal.<sup>451</sup>

El problema con esta tesis se suscita, no obstante, cuando para el análisis de ciertos casos el autor amplía el juicio de peligro a circunstancias individuales, y es que, desde el juicio de abstracta peligrosidad ello no está permitido. En ese marco, además, el autor no explica en qué medida y hasta qué punto se amplía la base del juicio.<sup>452</sup>

### **3.1.2.2 Los delitos de peligro hipotético**

Torío López considera que la definición de los delitos de peligro abstracto, como aquellos en los que el peligro no es elemento constitutivo del delito sino mero motivo del legislador, resulta insuficiente. En el fondo, se trata de una definición negativa, según la cual, existirá un peligro abstracto cuando no estemos frente a una lesión o a un peligro concreto.<sup>453</sup>

De esa forma, señala el autor, se dejan pasar peculiaridades positivas dogmáticamente relevantes. Si bien los delitos de peligro abstracto no requieren de una puesta en peligro real, el autor sostiene que conviene pensar si requieren una acción peligrosa como elemento del tipo.<sup>454</sup>

A partir de esta idea, Torío López distingue tres clases de delitos de peligro abstracto. Primero, los delitos consistentes en la violación de reglas éticas; segundo, los delitos de peligro abstracto identificados como delitos de

---

<sup>451</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro*, op. cit., págs. 201-202.

<sup>452</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro*, op. cit., pág. 206.

<sup>453</sup> TORÍO LÓPEZ, A., “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 34, 1981, pág. 825.

<sup>454</sup> TORÍO LÓPEZ, A., “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, op. cit., pág. 827.



desobediencia o injustos administrativos; y finalmente, los delitos de peligro hipotético.

En estos últimos, el tipo no requiere de la producción de un peligro efectivo pero sí de una acción apta para producir un peligro al bien jurídico como elemento material integrante del tipo de delito. En esa medida, el autor considera que el Derecho Penal puede prescindir de las dos primeras clases de delito pero no de esta última.<sup>455</sup>

Los delitos de peligro hipotético, por tanto, “son formaciones jurídicas finalistas, en las que la tipicidad presupone el juicio *ex ante* de que el comportamiento puede originar un peligro para el objeto de protección.”<sup>456</sup> Por esta razón, Torío propone que el juzgador sólo podrá determinar la tipicidad de la conducta, si de acuerdo a un juicio *ex – ante*, aquella resulta apta para producir un peligro.

El problema con esta tesis, sin embargo, radica en el término de referencia de la acción peligrosa. A decir de Méndez Rodríguez, no queda claro si “debemos analizar *ex ante* si la acción es peligrosa para producir un estado de peligro o es peligrosa por la probabilidad que conlleva de producir un daño o lesión”<sup>457</sup>.

### **3.1.3 Esbozo de respuesta a las críticas planteadas desde el principio de ofensividad**

Las tesis intermedias, como hemos visto, buscaron reinterpretar los delitos de peligro abstracto con el fin de dotarlos de antijuridicidad material. En

---

<sup>455</sup> TORÍO LÓPEZ, A., “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, op. cit., pág. 828.

<sup>456</sup> TORÍO LÓPEZ, A., “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, op. cit., pág. 840

<sup>457</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro*, op. cit., pág. 184.

el fondo, la crítica desde el principio de ofensividad incide en que el adelantamiento de la barrera de punibilidad no permite observar con claridad las referencias a un determinado bien jurídico protegido, por lo que se pierde el contenido material del injusto penal.<sup>458</sup>

A pesar de las críticas planteadas a estas posiciones, debe reconocerse que constituyen un aporte importante hacia la búsqueda de antijuridicidad material de estos delitos, que será perfeccionada a partir de tesis como la de Mendoza Buergo, a la que nos referiremos más adelante.

Por ahora, debe decirse que los cuestionamientos planteados a los delitos de peligro abstracto desde el principio de ofensividad, deben ser matizados. Aguado Correa ha señalado en un texto del 2014, que los delitos de peligro abstracto como los delitos de lesión y de peligro concreto, encuentran su justificación en la protección de bienes jurídicos, esencialmente, de los bienes jurídicos colectivos.<sup>459</sup>

En ese contexto, la autora remarca que, cuando los bienes jurídicos pueden ser afectados por una gran variedad de conductas, puede resultar complicado establecer una línea divisoria entre aquellas que resultan inofensivas o no para el bien jurídico; situación que se agrava en los delitos de peligro abstracto, en tanto incriminan acciones generalmente peligrosas.

Sin embargo, para Aguado Correa “no hay nada que objetar a esta forma de tipificación siempre que se trate de un comportamiento generalmente peligroso, no estando justificada, por el contrario, la conminación penal de

---

<sup>458</sup> En ese sentido, MUÑOZ CONDE, F. y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 303. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M., *El Moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, op. cit., pág. 39.

<sup>459</sup> AGUADO CORREA, T., “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, op. cit., págs. 69-70

comportamientos que excepcionalmente pueden resultar expuestos para el bien jurídico”<sup>460</sup>.

En esa línea, comenta que para el Tribunal Constitucional alemán sólo resultan inconstitucionales aquellos delitos de peligro abstracto que no son aptos, manifiestamente, para la protección del bien jurídico. Contrario sensu, concluye que la prohibición penal de acciones peligrosas en abstracto será idónea cuando se sancionen conductas normalmente peligrosas para el bien jurídico.<sup>461</sup>

En cuanto al principio de subsidiariedad, explica la autora que mientras exista una exigencia político-criminal para la anticipación de la protección penal a un bien jurídico, no se presenta contradicción con este principio. En realidad, “el problema se plantea cuando se trata de justificar desde la perspectiva del principio de subsidiariedad, aquellos casos en los que se procede a utilizar la técnica de los delitos de peligro abstracto sin existir una exigencia de naturaleza político-criminal, sino debido a la dificultades de incriminar aquellos comportamientos que atentan contra bienes jurídicos cuyos contornos no están claramente definidos, sino todo lo contrario”<sup>462</sup>.

La existencia de delitos de peligro abstracto, entonces, no necesariamente afecta los principios de ofensividad y subsidiariedad, más aún, si como postularemos en lo que sigue, el comportamiento peligroso deberá ser acreditado en el caso concreto ya que la peligrosidad de la conducta constituye un elemento del tipo de injusto.

Por lo demás, para autores como Greco tanto los delitos de lesión, peligro concreto como peligro abstracto tienen la intención de proteger bienes

---

<sup>460</sup> AGUADO CORREA, T., “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, op. cit., pág. 71.

<sup>461</sup> AGUADO CORREA, T., “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, op. cit., págs. 78-80.

<sup>462</sup> AGUADO CORREA, T., “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, op. cit., pág. 82.

jurídicos. De hecho, detrás de ellos puede identificarse un bien jurídico protegido. Por ello, el autor sostiene que el verdadero problema es determinar si las únicas estructuras legítimas de delito son la lesión y el peligro concreto o si también puede quedar incluido el peligro abstracto.<sup>463</sup>

En ese contexto, Greco considera que la verdadera discusión está en determinar por lo menos cuatro puntos: primero, si el concepto general de peligro abstracto es suficiente para la discusión o si debe ser precisado a través del establecimiento de tipos de delitos de peligro abstracto. De optarse por la segunda opción, plantea la necesidad de establecer cuáles serían las nuevas estructuras de peligro abstracto. El tercer punto, según el autor, se refiere a la posibilidad de aplicar categorías de lesión, peligro concreto y peligro abstracto a los bienes jurídicos colectivos. Y finalmente, Greco considera que el punto central de la discusión será determinar bajo qué condiciones las diferentes especies de peligro abstracto serán consideradas legítimas.<sup>464</sup>

## **3.2 El injusto de los delitos de peligro abstracto**

### **3.2.1 Breve remisión al concepto de injusto penal**

El injusto penal es, en palabras de Roxin, “el compendio de las circunstancias decisivas para la prohibición penal”<sup>465</sup> o, como lo ha definido mayoritariamente la doctrina, es la conducta típicamente antijurídica.

El injusto penal, por tanto, es un injusto objetivo ya que su base reposa en dos de los tres elementos de la teoría del delito: la tipicidad y la antijuridicidad. El primero de ellos se refiere a la adecuación de un hecho con la

---

<sup>463</sup> GRECO, L., “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, en: *RBCCRIM*, N° 49, 2004, pág. 119.

<sup>464</sup> GRECO, L., “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, op. cit., págs. 132-133.

<sup>465</sup> ROXIN, C., *Derecho penal...*, op. cit., pág. 288.

descripción que del mismo se hace en la ley penal<sup>466</sup>; mientras la antijuridicidad, implica la contrariedad a Derecho de la conducta típica<sup>467</sup>.

La culpabilidad, entendida como elemento que comprende las condiciones personales del autor y su capacidad para comprender la prohibición, no forma parte del injusto. Su exclusión ha respondido a la necesidad práctica de distinguir niveles de examen que permitan la imposición de consecuencias jurídicas.

Piénsese por ejemplo, en la necesidad de sancionar excesos en las actuaciones defensivas de víctimas o terceros frente a un ataque delictivo, la aplicación de medidas de seguridad y la aceptación de tesis como la accesoriedad limitada de la participación criminal.<sup>468</sup>

La importancia del injusto radica, por tanto, en que determina la prohibición penal, y con ello, la imposición de una serie de medidas. En ese contexto, la antijuridicidad cobra un rol primordial porque implica la contrariedad a Derecho, que no puede ser entendida como una mera contrariedad formal a la norma sino como la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

De esa manera, el injusto penal permite que “frente al entendimiento puramente formal y literal de las descripciones típicas, sea posible afirmar que sólo han de considerarse verdaderamente típicas aquellas acciones que, además de coincidir con la descripción del tipo, constituyan acciones

---

<sup>466</sup> MUÑOZ CONDE, F. y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, op. cit., pág. 251. En el mismo sentido, ROXIN, C., *Derecho penal*, op. cit., pág. 277; BUSTOS RAMÍREZ, J., Manual de Derecho penal. Parte general, 41 ed., Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1994, pág. 254; JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 262; AMBOS, K., *100 años de la “teoría del delito” de Belling ¿renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?*, en: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC, 09-05, 2007, págs. 1-9.

<sup>467</sup> MUÑOZ CONDE, F. Y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, op. cit., pág. 299.

<sup>468</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F., “El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídico del delito”, en: *Revista chilena de Derecho*, V. 22, N° 2, 1995, pág. 288.

antinormativas que atentan contra el bien jurídico protegido, por ser lesivas o peligrosas para el mismo”<sup>469</sup>.

La antijuridicidad material conecta, entonces, con el propio fundamento del Derecho Penal y es el dato esencial para establecer cuándo ha quedado configurado el injusto. Por esa razón, la antijuridicidad material será requerida en los delitos de lesión, peligro concreto y peligro abstracto.

Como venimos sosteniendo desde la introducción de este trabajo, no podrá sustentarse la prohibición penal en la mera realización de los elementos típicos sino que será necesario establecer la relación de lesividad entre conducta y bien jurídico a través de la antijuridicidad material, y con ello, desde el tipo de injusto.

Esto se fundamenta en la propia composición normativa de la prohibición que tiene como “*prius lógico*” una norma valorativa.<sup>470</sup> En efecto, “la norma valora primero si un determinado bien es digno de protección jurídica y, posteriormente, desvalora la producción de una situación jurídicamente indeseable para aquel (desvalor del resultado o, en su caso —delitos de mera conducta—, desvalor del hecho), como el modo de comportarse y la existencia o no de conocimiento y voluntad en esa producción de la situación indeseable (desvalor —objetivo y subjetivo— de la acción)”<sup>471</sup>.

---

<sup>469</sup> MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., pág. 393.

<sup>470</sup> LUZÓN PEÑA, M., *Curso de Derecho penal*, op. cit., pág. 341. En el mismo sentido: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Derecho penal. Parte General*, 2º ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, pág. 90; JESCHECK, H. Y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 2002, pág. 254; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, Colex, Madrid, 1997, pág. 89.

<sup>471</sup> LUZÓN PEÑA, M., *Curso de Derecho penal*, op. cit., pág. 341. Al respecto, cabe mencionar la posición de Valle Muñiz, quien si bien comparte el doble componente de las normas penales, considera que no existe fundamento para mantener el desplazamiento de la norma de valoración a un momento pre-legislativo anterior a su propia existencia como norma jurídico-penal. Esto, debido a la función de garantía que cumple el componente valorativo y que limita los fines meramente preventivos de la norma. VALLE MUÑIZ, J., *El elemento subjetivo*, op. cit., pág. 33.

En esa medida, todo tipo de injusto deberá acreditar que la conducta del agente está comprendida en la desvaloración realizada por la norma en cuanto desvalor del hecho o de resultado y en cuanto desvalor subjetivo de la acción.

Sobre este último extremo, ha existido toda una discusión acerca de la relación entre el injusto penal y la norma imperativa. Un sector de la doctrina ha considerado que, como la finalidad de la norma imperativa es motivar el comportamiento de las personas, no debe fundamentar el injusto penal sino la culpabilidad. Con ello, el dolo y la negligencia no serían determinantes para la configuración del injusto.

En esa línea se enmarcan, aunque con diversos matices, los planteamientos de Von Liszt, Beling<sup>472</sup>, Mezger<sup>473</sup>, Kauffman<sup>474</sup>, Mir Puig<sup>475</sup>, Molina Fernández<sup>476</sup> y Martínez Buján<sup>477</sup>. Sin embargo, Luzón Peña ha identificado el problema de la construcción de estas posturas.

Para el autor, la norma imperativa ha sido entendida como norma subjetiva de determinación, que como tal, debe abarcar las capacidades del destinatario; no obstante, Luzón Peña recuerda que los imperativos

---

<sup>472</sup> Ver al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 251-258; BUSTOS RAMÍREZ, J. y H., HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 2006, págs. 144-146.

<sup>473</sup> Ver al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., págs. 271-273.

<sup>474</sup> Ver al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., págs. 601-604.

<sup>475</sup> MIR PUIG, S., "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", en: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología REPCP*, 06-02, 2004, págs. 13-15 y MIR PUIG, S., "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVII, 1994, págs. 8-9. Resulta interesante revisar las críticas hechas a Mir Puig en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Un sistema de Derecho penal en evolución", en: *Revista de Derecho penal y criminología*, Julio, 1998, pág. 388.

<sup>476</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., págs. 605 y ss.

<sup>477</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El contenido de la antijuridicidad (Un estudio a partir de la concepción significativa del delito)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

conminados penalmente van dirigidos a la totalidad de los ciudadanos, no pudiendo establecerse una prohibición penal personal.<sup>478</sup>

En esa medida, no es necesario que para su eficacia instrumental la norma penal se disgregue en prohibiciones o mandatos individuales dirigidos a un destinatario único; sino que el deber por ella impuesto, quede definido para la colectividad a partir de su prescripción.

De ese modo, la norma penal se dirige por igual a todos los ciudadanos y su infracción depende de que resulte objetivamente reconocible por estos y no así, conocida en todos sus aspectos. Por ello, “la norma se dirige a capaces e incapaces de culpabilidad (niños, jóvenes, enfermos mentales) ya que también los inimputables se pueden motivar por regla general (incluso a los niños se les dan constantemente órdenes, que la mayoría de las veces obedecen), y son pasibles de consecuencias jurídico penalmente relevantes”<sup>479</sup>.

En el análisis de la antijuridicidad del hecho se pregunta, por tanto, ¿qué quiso el autor y qué ha hecho?; en cambio, en el examen de la culpabilidad se plantea como interrogante, ¿en qué medida se le puede reprochar al autor el injusto cometido?<sup>480</sup>

A nuestra consideración pues, el injusto penal está determinado por la norma valorativa e imperativa, por lo que la prohibición penal comprende necesariamente la relación de lesividad entre la conducta y el bien jurídico como la voluntad del sujeto encaminada dolosa o negligentemente a lesionar o poner en riesgo el aquel.

---

<sup>478</sup> LUZÓN PEÑA, M., *Curso de Derecho penal*, op. cit., págs. 340-341.

<sup>479</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal*, op. cit., págs. 322-323.

<sup>480</sup> VALLE MUÑOZ, J., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994, págs. 34-35.



Sin embargo, debe reconocerse que esta composición normativa no es compartida por toda la doctrina, de ahí que para algunos, el injusto penal sólo requiera uno u otro elemento, lo que se materializa en su configuración como desvalor de acción o resultado. Vamos a revisar este último extremo en base a las propuestas de configuración de los delitos de peligro abstracto. Nos guiaremos para ello, de la clasificación propuesta por la profesora Mendoza Buergo.

### **3.2.2 Propuestas doctrinarias en torno al injusto de los delitos de peligro abstracto**

#### **3.2.2.1 Delitos de peligro abstracto como delitos de lesión**

Para autores como Binding, el peligro constituye una perturbación del bien jurídico no en tanto estado previo a la lesión del mismo, sino como lesión de la seguridad en la existencia del bien. A partir de ello, considera que las normas penales no sólo deben proteger la integridad de bienes jurídicos –en su concepción, de derechos subjetivos- sino además, de la protección del conjunto de condiciones que permiten su existencia.<sup>481</sup>

Al respecto, comenta Mendoza Buergo que “Binding se propone adjudicar a todo delito de peligro genuino la característica de la concreta peligrosidad de la acción y, en consecuencia, negar la conveniencia de que el Derecho penal contemple lo que él denomina infracciones de policía, que abarcan también acciones individualmente no peligrosas”<sup>482</sup>.

Feijoo Sánchez señala que en línea similar, Kindhäuser ha definido los “delitos de peligro abstracto como injustos de la inseguridad, por lo que el

---

<sup>481</sup> Citado por MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., págs. 96-98.

<sup>482</sup> MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., págs. 105-106.

objeto de protección de estos radica en la posibilidad de una persona razonable de disponer de forma segura de sus bienes, suponiendo estos delitos una perturbación de las condiciones normativamente garantizadas de disposición segura de los mismos”<sup>483</sup>.

En ese contexto, el autor alemán afirma que los delitos de peligro abstracto constituyen un “menoscabo *sui generis*, pues los bienes no se pueden utilizar racionalmente como medio del libre desarrollo cuando no es suficientemente seguro que al emplearlos no serán dañados”<sup>484</sup>.

Esta argumentación, sin embargo, no puede ser asumida. En primer lugar, porque consideramos que carece de potencial crítico. En efecto, “si los delitos de peligro abstracto se agotan en la mera contradicción de patrones de seguridad previamente establecidos –incluso frecuentemente fuera del ordenamiento penal-, se produce una fundamentación puramente formal, circular y tautológica de estos delitos, con lo cual ésta se vuelve a identificar con el mero cumplimiento de la norma”<sup>485</sup>.

Ciertamente, “el concepto de seguridad no es más que el reverso de la idea de peligro, esto es, una forma alternativa de expresar la protección de un bien jurídico frente a su puesta en peligro, máxime si se tiene en cuenta que el término seguridad no puede interpretarse como ausencia de todo riesgo, sino sólo como exclusión de determinadas situaciones de peligro provenientes de acciones tipificadas”<sup>486</sup>.

---

<sup>483</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización el peligro”, pág. 327. (Disponible en [http://www.molins-silva.com/madrid/pubs/FEIJOO\\_5.pdf](http://www.molins-silva.com/madrid/pubs/FEIJOO_5.pdf); fecha de consulta: 9.04.2012)

<sup>484</sup> KINDHAUSER, U., “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, en: *INDRET Revista para el análisis del derecho*, N° 1, febrero, 2009, pág. 14. (Disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com); fecha de consulta: 31.05.2012)

<sup>485</sup> MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., pág. 137.

<sup>486</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., pág. 210.

Por lo demás, en concordancia con el principio de intervención mínima del Derecho penal cabe preguntarse si los comportamientos que supongan una infracción para la seguridad de los bienes jurídicos deberían ser tipificados como infracciones administrativas, debido a la ausencia de relevancia suficiente para ser pasibles de una sanción penal.<sup>487</sup>

### **3.2.2.2 Delitos de peligro abstracto como delitos con desvalor de resultado**

La fundamentación del injusto de los delitos de peligro abstracto en el desvalor de resultado toma como base la concepción objetivo monista de injusto. La tesis objetivo monista parte de dos presupuestos: Primero, la concepción valorativa de norma que enfatiza la desaprobación de hechos que vulneran o ponen en riesgo bienes jurídicos; y segundo, el concepto causal de acción que prescinde de la voluntad del autor para la determinación de la infracción de la norma, centrándose en la modificación del mundo exterior.<sup>488</sup>

En ese marco, esta tesis toma como base los lineamientos del Derecho penal de garantía que reserva la sanción criminal para los ataques graves a intereses importantes para el individuo y la sociedad y evita el castigo de conductas que no revisten tal entidad.

De esa manera, la tesis objetivo monista remarca la importancia del resultado para la configuración del injusto penal como límite a la potestad punitiva del Estado. A partir de esa premisa, se esfuerza por definir al resultado de tal forma que le permita afirmar su presencia y relevancia en todas las clases de delito, no siendo los delitos de peligro abstracto la excepción.

---

<sup>487</sup> MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., pág. 140.

<sup>488</sup> LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 39.

Este esfuerzo por colocar al resultado como fundamento del injusto penal le ha llevado a definirlo de diversas formas. En un primer momento, lo comprendió dentro del concepto de acción, como el efecto natural causado por una acción natural<sup>489</sup>. Sin embargo, esta consideración fáctica no comprendía – entre otros- a los delitos de mera actividad, en los que no se observa una modificación del mundo exterior causada por la conducta.

Ante ello, se ensayaron dos conceptos de resultado para mantenerle como fundamento del injusto penal: En primer término, se le entendió como el propio movimiento corporal, de tal modo que la conducta requerida por el tipo de mera actividad constituiría también su resultado. En segundo lugar, se planteó sustituir el concepto de resultado como efecto natural por el de realización del tipo.

Sin embargo, ambas propuestas determinaban el fracaso del concepto causal de acción, ya que, en el primer caso se diluye la diferencia básica del pensamiento causal entre acción y resultado<sup>490</sup>; por su lado, en el segundo supuesto, no logra comprenderse cómo la relación de causalidad puede conectar una acción natural con un efecto normativo<sup>491</sup>.

Con estos problemas no le quedó al causalismo más que entender que el resultado natural no forma parte de la acción sino que es un elemento del tipo de algunos delitos. Además de ello, se comprende que para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico no es necesaria la producción de un resultado fáctico.

De este modo, “a partir de una concepción esencialmente objetiva de lo injusto, (se llega) a la duplicación del concepto de resultado: como elemento esencial de algunos tipos se identifica con el efecto externo y separable de la

---

<sup>489</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada, 2000, pág. 44.

<sup>490</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, op. cit., pág. 46.

<sup>491</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, op. cit., pág. 47.

acción; como fundamento de lo ilícito es la lesión o peligro para el bien jurídico, cualquiera sea el modo en que esto se manifieste<sup>492</sup>.

Posteriormente, la escuela neoclásica entendió que debía unificarse el concepto de resultado fáctico con el de desvalor de resultado pero considerando que ambos hacían referencia a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos<sup>493</sup>. Lo anterior fue influencia del pensamiento de Binding, que a diferencia de lo sostenido por los causalistas<sup>494</sup>, consideraba que los bienes jurídicos son entidades directamente lesionables por la acción, sin ser necesaria la existencia de un objeto o sustrato material de los mismos.<sup>495</sup>

Este planteamiento, sin embargo, fue cuestionado porque para la escuela neoclásica la acción consiste en la conducta humana guiada por la voluntad que ocasiona un efecto social en la realidad. De esa manera, mantiene en el fondo la esencia causa-efecto propia de los clásicos, con lo cual, la relación de causalidad sigue formando parte de su análisis. En ese contexto, no se comprende cómo se podrá conectar una acción causal con un efecto jurídico.<sup>496</sup>

A su vez, se ha cuestionado tanto a la escuela clásica como neoclásica el centrar el análisis del injusto penal en la desvaloración de un estado de cosas. En efecto, debido a la relevancia que tiene la evaluación de la conducta

---

<sup>492</sup> LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 40-41.

<sup>493</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, págs. 52-53.

<sup>494</sup> Von Liszt sostenía la imposibilidad de la duplicidad del concepto. En efecto, la escuela clásica consideraba que los bienes jurídicos no eran susceptibles de vulneración por la propia acción, en tanto estos constituían entes ideales. En esa medida, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos sólo podía realizarse sobre los objetos en los que estos se materializan. Siendo así, el desvalor de resultado coincidía indefectiblemente con el resultado típico. LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho penal*, op.cit., págs. 73-74.

<sup>495</sup> LAURENZO COPELLO, I., *El resultado en Derecho penal*, op. cit., pág. 89.

<sup>496</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, págs. 53-54.

para determinar la prohibición penal, parece que dejar en un segundo plano este análisis resulta inconcebible.

Al respecto, se ha señalado que si para estas escuelas la acción adquiere su desvalor por el resultado que produce en los estados de cosas jurídicamente reconocidos, se necesita de una teoría que permita establecer el puente entre ambas categorías; sin embargo, ya sea a través de la causalidad adecuada o más modernamente, con la imputación objetiva, el análisis de la peligrosidad de la acción ex ante resulta relevante.<sup>497</sup>

A partir de ello, el centro de atención se desplaza desde el desvalor de resultado hasta el de acción, entendido como peligrosidad objetiva del hecho. Sumado a lo anterior, la acogida de tesis como la finalista, ha hecho que incluso, el desvalor de acción cobre mayor importancia que el resultado como fundamento del injusto.

En medio de estas posturas que otorgan al resultado en su aspecto fáctico o jurídico un papel relevante como fundamento del injusto penal y a pesar de los cuestionamientos a ellas realizadas, se gestan los planteamientos de Wolter y Martin.

Según Wolter, existen tres grupos de delitos de peligro abstracto: los delitos masa, las infracciones administrativas y los que denomina delitos de peligro impropio. En este último caso, el legislador supone que las acciones realizadas resultarán peligrosas en el caso concreto; por ello el autor exige que la idoneidad del peligro sea acreditada en el proceso.<sup>498</sup>

De ese modo, la idoneidad del desvalor de acción o desvalor primario para producir un resultado de peligro concreto o de lesión debe ser corroborada

---

<sup>497</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F., “El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito”, op. cit., pág. 272.

<sup>498</sup> Revisar al respecto, MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., págs. 164-187.

por el juez a través de un análisis ex post, que toma como punto de referencia el momento en que el autor termina su acción.

En esa medida, debe acreditarse que sólo a través de “medidas no implantables de modo objetivo final” existe alguna probabilidad de evitar el resultado, de manera que la ausencia de este, parezca una mera casualidad o solo pueda alcanzarse a través de medidas excepcionales del autor, la víctima o el tercero”<sup>499</sup>.

Por su lado, Martin considera que la unificación del concepto de resultado permite afirmar que en los delitos de peligro abstracto este se encuentra presente. Entiende que el resultado típico no se identifica con el efecto exterior causado por la acción sino con la desvaloración jurídica de la conducta por su lesión o puesta en peligro para el bien jurídico.<sup>500</sup>

En ese contexto, el autor sostiene que el resultado de los delitos de lesión requiere del perjuicio efectivo del bien jurídico, mientras el resultado de los delitos de peligro concreto exige un riesgo efectivo para el mismo, que se determine ex post. En el caso de los delitos de peligro abstracto, es necesario que nos encontremos frente a un riesgo jurídicamente desaprobado y determinable ex ante de la conducta.

Como ha explicado Lorenzo Copello, para Martin “el peligro abstracto consiste, pues, en un riesgo de lesión valorado ex ante y se trata de un resultado típico, porque constituye un elemento separable, al menos lógicamente de la acción y constatable objetivamente”<sup>501</sup>.

---

<sup>499</sup> MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., pág. 174.

<sup>500</sup> Revisar al respecto, MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., págs. 164-187.

<sup>501</sup> LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho penal*, op. cit., pág. 85.

### 3.2.2.3 Delitos de peligro abstracto como delitos con desvalor de acción: la influencia de la tesis subjetivo monista

La teoría subjetivo-monista considera que el injusto está conformado por el desvalor de acción entendido como desvalor de la intención. Ello implica que “la voluntad o intención del autor asumen un papel preponderante en relación a la lesión del bien jurídico protegido”<sup>502</sup> ya que el juicio de desaprobación se fundamenta en la decisión del autor de actuar en forma típica<sup>503</sup>.

La propuesta esbozada parte de la comprensión de la norma jurídico-penal como imperativo de conducta que sólo prohíbe acciones humanas y no cuestiones propias del azar, como el resultado. En ese contexto, a partir de la concepción finalista a la que se adhiere, viene a sostener que “la norma no puede prohibir resultados sino sólo acciones finales dirigidas a producirlos o que pueden producirlos en virtud de la infracción de un deber de cuidado”<sup>504</sup>.

De ese modo, el desvalor de resultado no cumple ningún papel determinante en el injusto<sup>505</sup> sino que se constituye en condición objetiva de punibilidad de la conducta o en parte integrante del desvalor de acción. Así, para Welzel la acción fundamenta la desaprobación del hecho, siendo que el resultado típico aumenta el injusto y determina la necesidad de pena.

Por su parte, Zielinski considera que el desvalor de resultado, entendido como capacidad de resultado de una acción, forma parte del desvalor de la conducta. Dicha capacidad es cognoscible ex ante por un observador objetivo y

---

<sup>502</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro*, op. cit., pág. 32.

<sup>503</sup> HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 32.

<sup>504</sup> LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho penal*, op. cit., pág. 43.

<sup>505</sup> ROXIN considera que esta posición constituye “una radicalización de la concepción finalista, pues convierte al desvalor de acción, descubierto por el finalismo, en el único pilar del injusto”. ROXIN, C., “El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual”, en: *La teoría del delito en la discusión actual*, Grijley, Lima, 2007, pág. 102.



ha sido tomada en cuenta al momento de decidir realizar la conducta típica.<sup>506</sup> Por ello, para el autor el injusto es idéntico en la tentativa y la consumación, lo que le lleva a sostener que en sede de punibilidad el resultado no se convierte en causa para el merecimiento de pena sino que se constituye en mero efecto probatorio<sup>507</sup>.

Esta postura, sin embargo, ha sido duramente cuestionada por varias razones: en primer término, porque centra el injusto penal en la representación del autor<sup>508</sup>, lo que “implica, en el fondo, una orientación autoritaria que compatibiliza más con un Derecho penal de autor que con un Derecho penal de hecho, al dejar en segundo plano la valoración sobre la afectación del bien jurídico, concepto clave en un sistema penal democrático”<sup>509</sup>.

De otra parte, esta posición diluye la diferencia entre delito consumado y delito en tentativa acabada. Si el desvalor de resultado no cumple ningún papel en el injusto entonces quien consume un delito y quien lo intente infringen por igual la norma de determinación, así las cosas, no tiene fundamento sancionar la tentativa con menor pena que la consumación<sup>510</sup>.

A partir de las consideraciones expuestas y aún con las críticas realizadas a esta postura, para un sector de la doctrina el desvalor de acción es suficiente para la configuración del injusto de los delitos de peligro abstracto. En esa línea, Molina Fernández plantea que la teoría objetiva no está en condiciones de explicar los delitos de peligro, pues incluso recurriendo a un

---

<sup>506</sup> Ver al respecto, HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, op. cit., págs. 25-29.

<sup>507</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, op. cit., pág. 64.

<sup>508</sup> ROXIN, C., “El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual”, op. cit., pág. 104.

<sup>509</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Y OTROS, *Curso de Derecho penal*, op. cit., pág. 197.

<sup>510</sup> Es de esa opinión HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, op. cit., págs. 35-40.

criterio objetivo ex ante, al final requiere de los concretos conocimientos del autor para la acreditación del peligro<sup>511</sup>.

A su parecer, este razonamiento no se convierte en una carta blanca para considerar que cualquier conducta constituye delito, sino que es posible establecer un límite. En efecto, “en el caso de las tentativas irreales, y en general en cualquier supuesto de acción burdamente inidónea, se combina una intención lesiva, que parece situarnos en el dolo de primer grado, con una acción que para el autor mentalmente sano, incluso si tiene creencias supersticiosas, no puede ser más que escasamente peligrosa, y que por ello sólo merecería una sanción por un delito imprudente, impune al no haber resultado”<sup>512</sup>.

Con lo anterior, un sector de la doctrina ha considerado que el desvalor de acción en los delitos de peligro abstracto consiste en la infracción al deber subjetivo de cuidado propio de los delitos imprudentes. En ese marco, Schünemann ha propuesto que en los delitos de peligro abstracto que no puedan ser considerados “acciones en masa” o en los que no se encuentre un “bien jurídico espiritualizado”, será requisito de su configuración y sanción, el cumplimiento de los presupuestos de la tentativa imprudente.<sup>513</sup>

A partir de ello, deberá analizarse en el caso concreto si el autor tomó todas las medidas necesarias de acuerdo a sus conocimientos y capacidades, para evitar cualquier menoscabo al bien jurídico. De no corroborarse lo anterior,

---

<sup>511</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., pág. 813. Cabe precisar que en el texto citado, el autor hace referencia a la tentativa; sin embargo, considera aplicable dichas conclusiones a los delitos de peligro, motivo por el cual hemos considerado pertinente colocar su argumentación.

<sup>512</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., pág. 830.

<sup>513</sup> Ver al respecto, MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., pág. 224.

se habrá puesto en peligro al mismo, por lo que se procederá a sancionar la conducta desplegada por el agente.<sup>514</sup>

En ese sentido, aunque las medidas objetivas tomadas por el autor fueran suficientes desde un punto de vista objetivo para evitar el peligro, es el análisis del aspecto subjetivo el que resulta determinante para la punición de la conducta.

Lo anterior, sin embargo, es un retorno al modelo del Derecho penal de autor que no sanciona al sujeto por los hechos cometidos, sino por su tendencia delictiva. Esta orientación pierde de vista que la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos se constituye en límite infranqueable del poder punitivo del Estado, por lo que a partir de ella, pueden imponerse sanciones arbitrariamente.

Posteriormente, explica Kiss que Berz propuso limitar la visión subjetivo monista del injusto de los delitos de peligro abstracto, exigiendo dos requisitos para excluir su tipicidad: en primer término, que la acción formalmente típica resulte subjetivamente cuidadosa en relación al bien jurídico y, en segundo lugar, requirió la ausencia fáctica de un resultado disvalioso<sup>515</sup>.

Al respecto, se ha increpado al autor que bastaría con la constatación cuidadosa de la ausencia de peligro, se produzca o no el resultado, para eliminar la tipicidad de la conducta. De esa manera, “la postura de Berz –en tanto a pesar de la falta de dolo y de contrariedad a cuidado del autor es punible por la producción del resultado (reintroducido vía interpretación)- no puede evitar entrar en conflicto con el principio de culpabilidad”<sup>516</sup>.

---

<sup>514</sup> Ibid.

<sup>515</sup> Ver al respecto, KISS, A., *El delito de peligro abstracto*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pág. 134.

<sup>516</sup> Kiss, A., *El delito de peligro abstracto*, op. cit., pág. 137.

Por su parte, Sancinetti ha propuesto que la peligrosidad de la conducta dependa de la toma de precauciones adicionales por parte del autor. En efecto, diversos comportamientos pueden resultar contrarios a una regla de cuidado y encajar dentro del tipo de peligro abstracto; sin embargo, el riesgo abstracto puede neutralizarse si el autor ha empleado medidas de prevención adicionales al realizar dichos comportamientos.<sup>517</sup>

En esa medida, el “componente sin haber” tomado precauciones adicionales para la realización de conductas abstractamente peligrosas, determina la punibilidad de estas en el análisis del caso concreto.

A esta posición, se le ha cuestionado que “al canalizar a través del “componente sin haber” las inquietudes fundadas en que el autor del hecho eliminó dirigidamente la peligrosidad abstracta de la acción, y con ello, el fundamento de la ilicitud de la conducta, le confiere una justificación teórica sólida a la solución de la impunidad”<sup>518</sup>.

#### **3.2.2.4 La configuración del delito de peligro abstracto desde el desvalor objetivo de la acción**

Debido a los cuestionamientos realizados a la tesis subjetivo monista, pero comprendiendo la relevancia del desvalor de acción para la configuración del injusto de los delitos de peligro abstracto, un sector de la doctrina considera que el examen de este elemento debe ser objetivo.

Con ese fin, han propuesto que el desvalor de acción evalúe las circunstancias objetivas de la conducta que la conviertan en peligrosa para el bien jurídico; para lo cual, se han valido de la infracción objetiva del deber de

---

<sup>517</sup> Kiss, A., *El delito de peligro abstracto*, op. cit., págs. 139-141.

<sup>518</sup> Kiss, A., *El delito de peligro abstracto*, op. cit., pág. 141.

cuidado propio de los delitos imprudentes como centro de análisis del desvalor de acción.

Mendoza Buergo comprende en esta línea a autores como Silva Sánchez, Rodríguez Montañés y Corcoy Bidasolo. El primero ha propuesto, comenta, que los delitos de peligro abstracto no sean considerados delitos de peligro presunto sino que deberá evaluarse la peligrosidad ex ante de la conducta para su configuración. A partir de ello, el autor sostiene que la prohibición genérica de hechos peligrosos constituye en realidad, supuestos de hechos imprudentes no seguidos de resultado lesivo o peligroso.<sup>519</sup>

Con lo anterior, requiere se juzgue la previsibilidad desde una perspectiva ex ante por el espectador objetivo con los conocimientos del autor, con la finalidad de determinar si los actos realizados por éste comportan la realización del tipo. Agrega que la imprevisibilidad determina no sólo la ausencia de dolo o imprudencia, sino la atipicidad de la conducta<sup>520</sup>.

En el mismo sentido, Rodríguez Montañés plantea que en los delitos de peligro abstracto propio, es decir, aquellos en los que se puede establecer una relación más o menos directa con bienes jurídicos individuales, la peligrosidad de la conducta dependerá de que se determine la infracción del deber objetivo de cuidado respecto de la posible lesión de dichos bienes jurídicos.<sup>521</sup>

Corcoy Bidasolo, por su parte, partiendo de considerar que el injusto objetivo de los delitos de lesión como de peligro consiste en la creación de un riesgo grave para un bien jurídico-penal o en la falta de control de un riesgo equiparable a su creación, requiere como elemento fundamental de

---

<sup>519</sup> Ver al respecto, MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., pág. 234.

<sup>520</sup> Ver al respecto, MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., págs. 235-236.

<sup>521</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid- Centro de Estudios Judiciales, Madrid, págs. 304 y ss.

configuración que en todos se acredite la existencia de un peligro idóneo ex ante de lesión.<sup>522</sup>

Sin duda, estas posiciones se asemejan más a lo que consideramos debe fundamentar el injusto de los delitos de peligro abstracto desde el desvalor objetivo de la acción. Sin embargo, consideramos que la alusión al deber de cuidado propio del delito imprudente, resulta innecesario.

Como ha explicado Mendoza Buergo, esta alusión no restringe el ámbito de lo punible en los delitos de peligro abstracto, en realidad, extiende los límites de la responsabilidad penal tipificando conductas sin una clara referencia a la lesividad del bien jurídico, sustituyendo la comprobación de la relación lesiva por la mera infracción a una regla de comportamiento.<sup>523</sup>

Por lo demás, Esta propuesta, que pretende dotar de materialidad a la configuración del injusto de los delitos de peligro abstracto, en realidad no traspasa el umbral de formalidad en el que se encuentra inmersa, y es que, al identificar la infracción del deber de cuidado con la realización del tipo, no se sanciona una acción materialmente peligrosa para el bien jurídico sino que se centra en la mera infracción de la prohibición contenida en la norma.<sup>524</sup>

### **3.2.3 Nuestra posición: la peligrosidad de la conducta como elemento del tipo de injusto**

Adelantamos puntos más arriba que el recurso a los delitos de peligro abstracto resulta legítimo siempre que se respeten ciertos parámetros. Entre

---

<sup>522</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op. cit., págs. 40 y ss.

<sup>523</sup> MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos -y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., pág. 254.

<sup>524</sup> MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., pág. 253.

estos se encuentran, sin duda, los principios que limitan la potestad punitiva del Estado, especialmente, el principio de ofensividad.

Por ello nos hemos detenido en el estudio del injusto de los delitos de peligro abstracto. El análisis de la antijuridicidad material permite determinar la relación de lesividad entre la conducta y el bien jurídico, aspecto necesario para la configuración de todo delito.

Más aún, si como hemos defendido en el Capítulo 2 de este trabajo, consideramos que la protección al bien jurídico fundamenta la intervención penal, pero al mismo tiempo, se constituye en su límite de actuación.

Por estas razones, hemos revisado las diversas estructuras de injusto propuestas por la doctrina a fin de evaluar cuál de ellas permite determinar con mayor claridad la relación entre la conducta peligrosa y el bien jurídico. De entre ellas, como se ha adelantado, nos decantamos por aquella que centra el injusto de los delitos de peligro abstracto en el desvalor objetivo de acción.

Sin embargo, consideramos que el injusto de los delitos de peligro abstracto está constituido por un desvalor de peligrosidad objetivo, por lo que, en palabras de Mendoza Buergo, se trata de un injusto de peligrosidad. De acuerdo a la autora, el desvalor de peligrosidad objetivo forma parte del propio desvalor de la conducta, y es que, “estos delitos no presuponen la efectiva puesta en peligro de un bien jurídico, ni su injusto incluye, en la mayoría de los casos, la producción de un resultado, aunque no hay mayor inconveniente en considerarlo como un desvalor potencial de resultado para afianzar la exigencia de algo más que la mera realización de la acción típica”<sup>525</sup>.

De esa forma, la configuración de un delito de peligro abstracto no puede conformarse con la verificación de los elementos típicos de la conducta. Además de ello, el juzgador deberá verificar en el caso concreto que la conducta afecta aunque de manera lejana al bien jurídico.

---

<sup>525</sup> MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., pág. 404.

Por estas razones, Mendoza Buergo es enfática al señalar que “la lesividad o peligrosidad, abstrayendo o generalizando esa regla de la experiencia, ha de constatarse de alguna manera en el caso concreto según un juicio ex ante”<sup>526</sup>.

Sólo con este análisis podrá acreditarse que existe una relación de lesividad entre la conducta peligrosa y el bien jurídico. Sólo esta relación puede fundamentar la sanción de los delitos de peligro abstracto. Como ocurre con los delitos de lesión y peligro concreto, la materialidad de la prohibición, su afección al bien jurídico, sustenta la intervención del Derecho penal.

### **3.2.4 Excurso: la propuesta de Kiss**

Kiss<sup>527</sup> ha propuesto que en los delitos de peligro abstracto la imposición de la pena se motiva en la mera realización de la conducta formalmente descrita en el tipo. Así, sostiene que al tipificar estos delitos, el legislador determina conscientemente que es irrelevante el pronóstico del peligro o lo que sería lo mismo, el análisis de la peligrosidad de la conducta en el caso concreto.

En ese contexto, se opone a las tesis que intentan dotar de contenido a los delitos de peligro abstracto pues, en tanto interpretan el tipo, transforman lo que la ley expresamente desvalora en aquello que, en su opinión, el legislador debió haber desvalorado.

A su consideración, cuando se incorpora en el ilícito un factor como la infracción del deber objetivo o subjetivo de cuidado, o en nuestro caso, la peligrosidad de la conducta, considera que su significación es tan relevante que

---

<sup>526</sup> MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., pág. 406.

<sup>527</sup> KISS, A., *El delito de peligro abstracto*, op. cit., 335 págs.



transforma el contenido del desvalor de la acción y se compone un ilícito más grave que el original.

De esa manera, considera que las tesis que intentan adaptar los tipos de peligro abstracto al principio de protección de bienes jurídicos no sólo sobrepasan el tenor literal del tipo sino además, intentan regresarle un atributo que jamás perdieron: la protección de los mismos.

Para el autor, los delitos de peligro abstracto –e incluso las infracciones administrativas- protegen bienes jurídicos como fundamento de su constitucionalidad, pues la legitimidad de la intromisión en la libertad individual debe estar precedida por un interés legítimo.

En realidad, el problema radica en cómo se instrumenta la protección al bien jurídico. Esto cambia –a decir del autor- el sentido de la discusión, pues el problema se transforma en indagar si el legislador, al adjudicarle protección al bien jurídico a través de un delito de peligro abstracto ha procedido injustificadamente.

En ese contexto, deberá aplicarse el test de constitucionalidad para poder determinar la legitimidad del delito de peligro abstracto. Por tanto, deberá identificarse, en primer término, el derecho afectado con la prohibición; seguidamente, se deberá identificar la finalidad legítima que sustenta la restricción al derecho. Con posterioridad, tendrá que analizarse la idoneidad de la medida asumida para obtener los objetivos que el legislador se propone lograr a través de la prohibición. Luego, se examinará la necesidad de la medida, vale decir, si su utilización provoca las consecuencias menos gravosas para el derecho. Por último, deberá analizarse su proporcionalidad en sentido estricto, vale decir, que la pena debe ajustarse a la gravedad de la infracción y a la culpabilidad del autor.

En esa medida, Kiss viene a decirnos que la legitimidad de los delitos de peligro abstracto reposa en la norma, la misma que ha tomado en consideración la protección de un bien jurídico. Por ese motivo, las tesis que

intentan dotarle de contenido a fin de determinar la puesta en peligro de este, se equivocan, ya que el legislador considera irrelevante el pronóstico de peligro en el caso concreto.

En todo caso, lo que plantea Kiss es la determinación de la constitucionalidad del pronóstico en abstracto del legislador y por tanto, de la prohibición contenida en la descripción típica de un delito de peligro abstracto, entendida como una restricción al derecho a la libertad. Para el autor, entonces, la legitimidad de estos delitos y de la norma en la que encuentran su fundamento requiere del análisis de su constitucionalidad.

Aprobado lo anterior, todos los casos que encajen en la descripción típica de determinado delito de peligro abstracto deberán ser sancionados, sin ser necesario mayor análisis en el caso concreto.

El problema que encontramos en esta tesis radica en que, por más que inserta el análisis de constitucionalidad de la norma, la legitimidad que atribuye a los delitos de peligro abstracto sigue siendo formal pues en el caso concreto no permite prueba alguna de la existencia de peligro para el bien jurídico.

En el fondo, la aplicación que propone del test de constitucionalidad sobre la norma que contiene un delito de peligro abstracto permite determinar la necesidad político-criminal de este, pero no su legitimidad de acuerdo a los principios del Derecho penal. En esa línea, al restringir el fundamento de estos delitos al análisis de la norma, termina no sólo estableciendo a esta como legitimadora de aquellos, sino que coloca al respeto a la norma como objeto del Derecho penal.

Sin embargo, como hemos expuesto en el capítulo precedente, “el fin preventivo primordial del Derecho penal habrá de ser en todo caso la protección de los bienes jurídicos, quedando la protección de la vigencia del ordenamiento, como un fin, si bien legítimo, axiológica y funcionalmente

subordinado a aquél<sup>528</sup>. Por lo demás, el fundamento del injusto y de la materialidad de cualquier delito radica en su relación con la lesividad al bien jurídico.

### **3.3 Aplicación práctica: los criterios de imputación objetiva en los delitos de peligro abstracto**

Establecido que el injusto de los delitos de peligro abstracto es un injusto de peligrosidad, conviene que nos preguntemos cómo se puede acreditar dicho elemento. Siguiendo los planteamientos de Mendoza Buergo, consideramos que en esa tarea resulta legítima la aplicación de los criterios de imputación objetiva.

Al respecto, Roxin ha afirmado que “del principio de bienes jurídicos se deriva, con cierta inevitabilidad, la teoría de la imputación objetiva (...) y es que, si el Derecho penal quiere proteger bienes jurídicos contra afecciones realizadas por seres humanos, esto solamente es posible prohibiendo la creación de riesgos no permitidos para la existencia de los bienes jurídicos, y considerando como injusto penal, bajo la forma de afección a bienes jurídicos, la realización de tales riesgos en contra de la prohibición”<sup>529</sup>.

Esta teoría, entonces, aclara la protección de los bienes jurídicos en tanto establece un conjunto de reglas que son más adecuadas que categorías ontológicas y valorativamente ciegas como la causalidad y la finalidad; y realiza la tarea central de todo estado de derecho: el equilibrio entre los intereses estatales de seguridad y los intereses individuales de libertad.<sup>530</sup>

---

<sup>47</sup> ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., pág. 123.

<sup>529</sup> ROXIN, C., “El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual”, op. cit., pág., 92.

<sup>530</sup> ROXIN, C., “El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual”, op. cit., págs. 92-97.

En ese contexto, mientras para la afirmación del tipo de injusto de los delitos de lesión o peligro concreto se requerirá una conducta creadora de un riesgo típicamente relevante como un resultado producto de la realización del riesgo inherente a la conducta; en los delitos de peligro abstracto, deberá determinarse la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico.

En palabras de Mir Puig, “de la misma forma que el resultado materialmente causado por una conducta puede no ser imputable a esta conducta —p. ej., por no ser en absoluto previsible ex ante que ésta causase aquel resultado—, también en los delitos de mera actividad puede suceder que no fuera previsible ex ante que la práctica de unos actos corporales determinados iban a suponer la realización de la conducta típica”<sup>531</sup>.

En esa medida, la teoría de la imputación objetiva no limita su aplicación a los delitos de resultado, sino que extiende su alcance más allá del problema del nexo que debe concurrir entre la conducta y aquel efecto separado espacio temporalmente de la acción. La imputación objetiva, por tanto, debe entenderse como “el juicio que permite imputar jurídicamente la realización de la parte objetiva del tipo a su ejecución material”<sup>532</sup>.

Ahora bien, a partir de lo anterior debemos establecer qué criterios de la imputación objetiva deben aplicarse al tipo de injusto de los delitos de peligro abstracto. Como los delitos de peligro abstracto se estructuran en tipos de mera actividad, el análisis de imputación objetiva deberá centrarse en la creación de un riesgo prohibido.

Si bien el legislador tipifica conductas generalmente peligrosas para el bien jurídico, lo cierto es que en el caso concreto deberá acreditarse que esa conducta tiene la capacidad de afectar al bien jurídico. En el caso de los delitos de colusión y negociación incompatible, esa peligrosidad penalmente relevante

---

<sup>531</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal*, op. cit., pág. 255.

<sup>532</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal*, op. cit., pág. 254.

será determinada por la persecución de intereses particulares sobre los públicos, que tanto el concierto como el interés indebido materializan.

En la evaluación de la peligrosidad de la conducta, o mejor, en el examen de su ausencia, jugarán un rol importante los criterios que excluyen la creación de un riesgo prohibido. Castro Cuenca se ha pronunciado al respecto, aplicando estos criterios a los delitos contra la Administración pública cometidos en el marco de una contratación estatal<sup>533</sup>.

El autor sostiene, por ejemplo, que los casos de contratación urgente en los que probadamente la Administración pública no pueda ceñirse al procedimiento regular de contratación, no podrá considerarse como supuestos de creación de un riesgo prohibido para el bien jurídico. En realidad, debido a que son supuestos en los que se intenta responder a las necesidades públicas por un determinado contexto, este tipo de actuaciones constituye un caso de disminución del riesgo prohibido.

En el mismo sentido, los supuestos que no aumenten considerablemente el riesgo ya existente contra el bien jurídico no pueden ser considerados dentro del primer elemento de la imputación objetiva. Piénsese al respecto, en los contratos de concesión de obras de infraestructura pública en los que el Estado acepta poner en marcha una iniciativa de inversión privada a la cual no se ha presentado un postor distinto al autor de la propuesta, pero cuya oferta resulta razonable.

Finalmente, Castro Cuenca se refiere al Principio de Confianza y la Prohibición de Regreso como supuestos en los que no se crea un riesgo desaprobado para el bien jurídico. El primero se refiere, como explica Cancio Melia “a aquellos casos en los que el sujeto que actúa "en principio" es responsable de la situación de riesgo por él creada o que a él corresponde

---

<sup>533</sup> CASTRO CUENCA, C., *La corrupción en la contratación pública en Europa*, op. cit., págs. 162-165.

controlar, y, en la interacción social, le está permitido confiar en que el comportamiento de otros en esa situación será cuidadoso”<sup>534</sup>.

La prohibición de regreso, en cambio, se refiere “habitualmente a supuestos en los que existe una aportación inicial subjetivamente dolosa, pero objetivamente ambivalente a un posterior desarrollo delictivo o a una autolesión”<sup>535</sup>.

## **II. La evaluación de la peligrosidad de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano**

La intención de este apartado es observar como la discusión respecto a los delitos de colusión y negociación incompatible en tanto delitos de peligro abstracto, no ha pasado por la discusión acerca de su tipo de injusto, que como se ha dicho, determina la prohibición penal. Por el contrario, veremos como a partir de criterios diversos, normalmente formales, se ha pretendido configurar estos delitos sin establecer la relación de lesividad entre la conducta y el bien jurídico..

### **1. La discusión jurisprudencial y legislativa en torno al delito de colusión como delito de lesión o peligro: el preámbulo a la tipificación actual del delito**

Los problemas de interpretación y aplicación del delito de colusión en cuanto a su condición de delito de lesión o peligro se presentaron desde su redacción original en el Código Penal de 1991, según la cual:

*“Artículo 384°.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra*

---

<sup>534</sup> CANCIO MELIA, M., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, 1º reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, pág. 76.

<sup>535</sup> CANCIO MELIA, M., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit, pág. 80.

*operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.”*

La Corte Suprema de Justicia asumió –guiada por la doctrina- dos posturas contrapuestas para determinar la configuración del delito. Algunas salas de la Corte argumentaron que la colusión era un delito de lesión, por lo que exigían para su configuración un perjuicio económico (resultado típico) en menoscabo del Estado (a pesar que en la redacción del tipo tal perjuicio no se exigía); otro sector, en cambio, sostenía que el delito de colusión era un delito de peligro, bastando la mera concertación entre el funcionario público y el particular para su configuración.

Para la primera línea argumentativa, entonces, el tipo penal requería la producción de la defraudación de los intereses del Estado a través del perjuicio económico<sup>536</sup>, siendo que la no verificación este perjuicio, determinaba la atipicidad de la conducta<sup>537</sup>.

Con lo anterior, se sostuvo que “defraudar al Estado implica el efecto desfavorable para el Estado exclusivamente en lo que a sus intereses patrimoniales se refiere, perjuicio que implica un detrimento patrimonial que debe ser real o material”<sup>538</sup>. Por ello, para esta línea argumentativa no eran de recibo las interpretaciones de la defraudación como infracción de deberes

---

<sup>536</sup> RN N° 3342-2003. (Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/sistema-judicial/>; fecha de consulta: 23.06.2012)

<sup>537</sup> RN N° 3136-2004. (Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/sistema-judicial/>; fecha de consulta: 23.06.2012)

<sup>538</sup> HUGO ALVAREZ, J., Delitos cometidos por funcionarios públicos. Análisis sistemático de los delitos, 2° ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pág. 79.

especiales de función o defraudación a la confianza y expectativas del Estado<sup>539</sup>.

De esta forma, la jurisprudencia de la Corte Suprema se alineaba con un sector de la doctrina peruana, para el cual, el delito de colusión posee carácter patrimonial, por lo que el perjuicio intrínseco a la defraudación debía ser cuantificable económicamente.<sup>540</sup>

Bajo este argumento, además, el perjuicio patrimonial se constituía en elemento diferenciador entre una falta administrativa y un delito. De ahí que en algún caso se sostuviera que la realización de un procedimiento de contratación sin que exista registro de proveedores, solicitudes de cotización, cuadro comparativo ni órdenes de servicio para la adquisición de bienes, no tipificaban el delito de colusión.

Para este razonamiento, se trataban de meras omisiones o deficiencias de la gestión administrativa, por cuanto al realizarse la pericia contable, no obraba prueba que revelara que las adquisiciones fueron sobrevaluadas o que de otra forma importaron un atentado efectivo o perjuicio patrimonial al Estado.<sup>541</sup>

De otra parte, según la segunda línea argumentativa de la Corte Suprema de Justicia, el delito de colusión se consumaría con la simple colusión

---

<sup>539</sup> RODRÍGUEZ HURTADO, M., “La concertación en el delito de colusión y la imputación objetiva”, en: *Revista de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, V. 64, N°1- N°2, 2007, pág. 263.

<sup>540</sup> En esa línea, ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración Pública*, op. cit., pág. 412; REYNA ALFARO, L., “Estructura típica del delito de colusión”, en: *Actualidad Jurídica*, T. 130, 2004, pág. 169.

<sup>541</sup> R.N. 310-2003. (Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/sistema-judicial/>; fecha de consulta: 23.06.2012)



o acto de concertación, considerando que este tipo penal es un delito de peligro en relación con un perjuicio patrimonial efectivo.

A partir de ello, se enfatizó que la configuración del delito no requería de la verificación efectiva del perjuicio, pues el tipo penal mismo señalaba que el fraude consistía en la concertación, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública.<sup>542</sup>

De ahí que se tratara de un delito de peligro, pues la conducta representaba, a decir de este sector, un riesgo potencial para el gasto público realizado en el marco de una contratación o negociación estatal, requiriéndose que los concertos colusorios poseyeran idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado.<sup>543</sup>

Frente a estos problemas, el Poder Judicial presentó ante el Congreso de la República el 3 de agosto del 2010 el Proyecto de Ley N° 4187/2010<sup>544</sup>, mediante el cual se planteaba la modificación legislativa –entre otros- del delito de colusión. En ese marco, el proyecto proponía la siguiente redacción para el tipo:

*“Artículo 384°. El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes o servicios, se coludiera con los interesados, para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con una pena no menor de cuatro ni mayor de quince años.”*

---

<sup>542</sup> R.N. 1464-2004. En el mismo sentido, R.N. 798-2005 y R.N. 2834-2004. (Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/sistema-judicial/>; fecha de consulta: 23.06.2012)

<sup>543</sup> AV 20-2003. (Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/sistema-judicial/>; fecha de consulta: 23.06.2012)

<sup>544</sup> Aprobado el 17 de junio del 2010 mediante Resolución Administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República R.A. N° 009-2010-SP-CJ-PJ

Al respecto, el Poder Judicial explicó que el delito fue reformulado “para aclarar la discusión dogmática y jurisprudencial sobre el perjuicio exigido. Si lo fundamental, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, es la concertación ilícita, el perjuicio o defraudación al Estado se convierte explícitamente en un elemento subjetivo del tipo, como sucede en la legislación española”<sup>545</sup>.

Sin embargo, al debatirse el proyecto de ley ante la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, esta consideró que la redacción propuesta constituía una reforma radical que se distanciaba de la técnica vigente. A su consideración, la incorporación de la frase *para defraudar al Estado*, copiada de la legislación española, constituía “una suerte de adivinanza incierta sobre dicha circunstancia o voluntad de los agentes”<sup>546</sup>.

En ese marco, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República reconoció la intención del proyecto por zanjar la polémica doctrinal y jurisprudencial en torno a la calificación del delito de colusión como delito de peligro o lesión; sin embargo, no aceptó la modificación planteada. En este escenario, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos planteó un texto sustitutorio<sup>547</sup> que devino en la Ley N° 29703 del 10 de junio del 2011 y que estableció la redacción del tipo de la siguiente manera:

*“El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o*

---

<sup>545</sup> Proyecto de Ley N° 4187/2010. (Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20110907\\_03.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20110907_03.pdf); fecha de consulta: 26.06.2012)

<sup>546</sup> (Disponible en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/dictamen20062011.nsf/532946EA28DC401A0525787200701251/\\$FILE/04187DCMAY130411.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/dictamen20062011.nsf/532946EA28DC401A0525787200701251/$FILE/04187DCMAY130411.pdf); fecha de consulta: 26.06.2012)

<sup>547</sup> Debido a que este texto sustitutorio no recogía la propuesta del Poder Judicial, éste emitió un pronunciamiento poniendo tal situación en conocimiento del público en general. (Disponible en <http://historico.pj.gob.pe/imagen/noticias/noticias.asp?codigo=18926&opcion=detalle>; fecha de consulta: 30.08.2012)

*negocios públicos mediante concertación ilegal 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.”*

Sin embargo, esta modificación fue cuestionada rápidamente por diversas organizaciones no gubernamentales<sup>548</sup> y la sociedad en general<sup>549</sup> por considerar que generaba vacíos de punibilidad<sup>550</sup> en la lucha contra la corrupción.

Ciertamente, muchos acuerdos colusorios no manifiestan en todos los casos un perjuicio patrimonial al Estado, por lo que dichas conductas sólo

---

<sup>548</sup> Así por ejemplo, organizaciones no gubernamentales como el Instituto de Defensa Legal exigió la modificatoria de la Ley N° 29703 por no contribuir a la política anticorrupción (Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/especiales/ley-corrupta/09.pdf>; fecha de consulta: 30.08.2012).

<sup>549</sup> Así por ejemplo, el ex procurador anticorrupción Iván Meini Méndez señaló: “El problema es que no es sencillo probar un perjuicio patrimonial. Por ejemplo, en las licitaciones o contrataciones públicas, normalmente, no es que el particular incumpla totalmente sus deberes con el Estado, sino que cumple su contrato de manera imperfecta, por lo que el Estado deja de ganar o deja de contratar al mejor postor o en el momento adecuado. Esto es grave, sobre todo porque con la entrada en vigencia de la Ley 29703, nos guste o no, las personas ya procesadas y condenadas por colusión se verán favorecidas. Por ejemplo, algún funcionario corrupto de los gobiernos anteriores que haya sido condenado por coludirse podrá solicitar que se revise su caso para que se acredite si se produjo un perjuicio patrimonial contra el Estado a partir del acuerdo colusorio que se le probó. Si no se llega a probar el perjuicio patrimonial contra el Estado, podría pedir perfectamente que se le excarcele y se le exonere de responsabilidad.” (Disponible en [http://idehpucp.pucp.edu.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=530&Itemid=154](http://idehpucp.pucp.edu.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=530&Itemid=154); fecha de consulta: 5.07.2012)

<sup>550</sup> Existieron sectores de la doctrina nacional que se inclinaron a pensar que la nueva tipificación no generaba vacíos de punibilidad. Así por ejemplo, Pereira Chumbe señaló: “En la colusión se cuestiona que se haya precisado que la defraudación al Estado deba ser de naturaleza patrimonial, así como que dicha defraudación sea efectiva o real. Bueno, esta es la forma como se viene interpretando y aplicando mayoritariamente la colusión, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Por ende, lo único que se ha hecho es acoger de manera mucho más clara esta opción interpretativa. En los casos que la defraudación patrimonial no se concrete siempre es posible sancionar por tentativa. Quizá, no se advierte que el Derecho no solo es lo que las normas establecen sino también su interpretación consolidada por los intérpretes y, entre ellos y sobre todo, por los tribunales”. PEREIRA CHUMBE, R., *Comentarios a la Ley N° 29703, que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración pública* (Disponible en <http://www.larepublica.pe>; fecha de consulta: 5.07.2012)

podrían ser sancionadas en el mejor de los casos, como tentativas. En ese contexto, se presentaron cinco proyectos de ley solicitando el restablecimiento del delito de colusión como uno de peligro. A saber: Proyecto de Ley N° 4878/2010-CR de 13 de junio de 2011, Proyecto de Ley N° 4881/2010-CR de 14 de junio de 2011, Proyecto de Ley N° 4885/2010-CR y Proyecto de Ley N° 4886/2010-CR ambos del 15 de junio de 2011 y el Proyecto de Ley N° 4892/2010-PE del 22 de junio del 2011<sup>551</sup>.

El Proyecto de Ley N° 4878/2010-CR sostuvo que el bien jurídico protegido por el delito es el correcto funcionamiento de la Administración pública, de tal manera que el patrimonio no podía constituirse en elemento definitorio de la tipicidad del delito.<sup>552</sup>

Según el Proyecto de Ley N° 4881/2010-CR la tipificación del delito había sido notablemente restringida, ya que los casos de abierta defraudación al Estado mediante el concierto parcializado del funcionario público y el particular no podrían ser sancionados. A consideración de los autores del proyecto, incluso si el estado obtuviera un beneficio económico, la conducta deshonesto debe ser sancionada.<sup>553</sup>

---

<sup>551</sup> Puede accederse a todos los proyectos de ley en [http://www.leyes.congreso.gob.pe/DetLeyNum\\_1p.aspx?xNorma=6&xNumero=29758&xTipoNorma=0](http://www.leyes.congreso.gob.pe/DetLeyNum_1p.aspx?xNorma=6&xNumero=29758&xTipoNorma=0).

<sup>552</sup> El proyecto de ley planteaba la siguiente redacción para el artículo 384° del Código Penal:  
“Artículo 384°.- El funcionario o servidor público que interviniendo directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes o servicios, se coludiera con los interesados, para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con una pena no menor de seis ni mayor de quince años.”

<sup>553</sup> El proyecto de ley planteaba la siguiente redacción para el artículo 384° del Código Penal:  
“Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial, directa o indirectamente, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes o servicios o cualquier otra operación semejante, concertara ilegalmente 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 seis ni mayor de quince años.”

En sentido similar, el Proyecto de Ley N° 4885/2010-CR consideraba como fundamento del rechazo a la modificatoria planteada por la Ley N° 29703, la impunidad que generaba la sola sanción de la defraudación patrimonial. Sumado a ello, consideró que la modificatoria contravenía instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas que insta a promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción.<sup>554</sup>

Presentados los proyectos de ley y antes de tomar posición, el Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos solicitó<sup>555</sup> la opinión del señor Fiscal de la Nación sobre el Proyecto de Ley N° 4878/2010-CR y 4881/2010-CR. En ese marco, la Fiscalía de la Nación contestó el requerimiento<sup>556</sup> señalando que:

*“Sobre la referencia al perjuicio patrimonial en la norma vigente, resulta claro que ello implica un cambio sustancial y contraproducente en la delimitación del bien jurídico protegido, pues al ser el delito de colusión, un delito “contra la Administración pública”, su ámbito de afectación no puede restringirse a la protección del “patrimonio del estado”. La comisión de este delito involucra la infracción del deber de los funcionarios, que se encuentran a cargo de la negociación, celebración y ejecución de los contratos públicos, de velar por los intereses de la administración pública a través del adecuado funcionamiento del sistema de contratación estatal. De ello se deduce que el “fraude” o “defraudación”, propios del delito analizado, está determinado por la vulneración del correcto funcionamiento del sistema de contratación pública que se produce como consecuencia de la “concertación ilegal”*

---

<sup>554</sup> No propone una nueva redacción para el artículo 384° del Código Penal, sólo menciona que debería volverse a la redacción original.

<sup>555</sup> La solicitud de opinión fue requerida mediante Oficios N° 955-2010-2011-CJ-DDHH/CR y N° 962-2010-2011-CJ-DDHH/CR.

<sup>556</sup> La opinión de la Fiscalía de la Nación fue emitida mediante Oficio N° 9678-2011-MP-FN-SEGFIN del 2 de agosto de 2011.

*entre el funcionario responsable y los interesados, debiendo ser tal conducta, a diferencia del texto vigente, la que constituya el núcleo rector del tipo penal del delito, el cual resultaría consumado aun cuando no se perjudique patrimonialmente al Estado o no se produzca un beneficio para el funcionamiento implicado. En consecuencia, consideramos adecuada la modificación legislativa propuesta que encausa los elementos de configuración del tipo penal a la correcta dimensión y naturaleza del delito”.*

Así, emitida la opinión del Fiscal de la Nación y sin previo dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, el Congreso de la República publicó el 21 de julio del 2011 la Ley N° 29758<sup>557</sup>. Dicha ley modificó la redacción del delito de colusión (ahora vigente), quedando redactado de la siguiente manera:

*“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 concerta 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.*

*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”.*

---

<sup>557</sup>

La ley fue emitida sin dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos debido a que se solicitó la exoneración de éste. En ese marco, mediante Acuerdo de Junta de Portavoces del 28 de junio del 2011 se acordó la exoneración y la prioridad en el debate de la ley.

De esta manera, la redacción actual presenta un tipo de peligro abstracto y uno de lesión, fundamentada en el perjuicio económico del Estado. Con ello, el Congreso peruano ha pretendido saldar la polémica suscitada por diversos sectores de la sociedad en torno a la naturaleza de peligro o lesión del delito. Ciertamente, sin fundamentar su decisión en torno a la nueva modificación (pues como dijéramos, no se emitió el dictamen correspondiente), el Congreso de la República recogió las posturas antagónicas en conflicto y las plasmó en la nueva redacción del delito de colusión queriendo zanjar el problema.

Sin embargo, el 17 de mayo del 2012 se presentó el Proyecto de Ley N° 1131-2011/CR “Proyecto de Ley que armoniza los delitos contra la Administración Pública del Código Penal con las convenciones internacionales de lucha contra la corrupción y que perfecciona su tipificación”<sup>558</sup>. A través de este proyecto, el grupo parlamentario nacionalista ha planteado la modificación del tipo actual de colusión a fin de que la redacción del mismo sea la siguiente:

*“Artículo 384°.- El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, función, actividad o en virtud de una comisión especial, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, concerta con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, así como en otras operaciones para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.”*

El proyecto considera como fundamento de la modificación lo establecido en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, según

---

<sup>558</sup>

(Disponible en <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf/debusqueda/24561257B658D06B05257A0100677FBF?opendocument>; fecha de consulta: 3.03.2013).

la cual, no es necesario que los delitos que sancionan la corrupción exijan la verificación de un perjuicio patrimonial en el Estado, por lo que consideran incongruente la tipificación de la agravante actualmente vigente.

Para este proyecto, el Derecho Penal debe prevenir y combatir la impunidad de actos de corrupción y el Estado peruano tiene la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas mediante tratados que regulan el tratamiento de la corrupción, por lo que la exigencia de un perjuicio económico deviene en innecesario.

Con todo, puede observarse que la discusión en torno a la configuración del delito de colusión no ha quedado zanjada; por el contrario, apelando ahora a los tratados internacionales firmados por el Perú se puede volver a discutir la estructura del tipo como un delito de peligro abstracto sin la inclusión de un agravante de lesión, sobre todo, si se tiene en cuenta que el propio Tribunal Constitucional mantiene cercanía con esta propuesta.

A través de la sentencia N° 00017-2011-PI/TC<sup>559</sup>, el Tribunal Constitucional consideró que la referencia al perjuicio patrimonial introducido en el delito de colusión, a propósito de la aprobación de la Ley N° 29703, era inconstitucional. El Tribunal fundamentó su sentencia en base al siguiente razonamiento:

*“La redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término “patrimonialmente” puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que lo que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual para “Para la aplicación de la Presente Convención, a menos que contenga una*

---

<sup>559</sup>

(Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>; fecha de consulta 22.07.2012)



*disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”.*

En todo caso, lo que debe notarse es que la discusión en torno a la condición de peligro abstracto del delito de colusión, desde los primeros cuestionamientos que tuvo, no ha pasado por el estudio de su tipo de injusto. La identificación del bien jurídico protegido por el delito ha estado ausente en el debate y la relación de lesividad entre este y la conducta, también. Ello a pesar que la discusión gira en torno al grado de afectación al bien.

Valga el recuento realizado para advertir que el debate legislativo no sólo debe considerar lo establecido en tratados internacionales de lucha contra la corrupción sino también los lineamientos básicos del Derecho penal, que le legitiman y dotan de materialidad. Lo contrario, puede devenir en la aprobación de proyectos de ley que no exigen ningún tipo de carga lesiva a la peligrosidad, y con ello, pueden sancionarse conductas que no poseen la entidad para ser elevadas a delito.

## **2. El tratamiento actual del delito de colusión en su condición de delito de peligro abstracto**

A partir de la redacción actual del delito de colusión, poco se ha incidido en su condición de delito de peligro abstracto y en la relación que la conducta debe mantener con el bien jurídico. La doctrina se ha centrado en determinar cuándo se consuma el delito a partir de sus elementos típicos y con ello, han dado por sentado que se ha producido un peligro concreto, en el mejor de los casos.

Para Salinas Siccha, por ejemplo, la consumación del delito de colusión se verifica con el mero acuerdo entre el funcionario público y el particular, por lo que no será necesaria la defraudación al patrimonio estatal. De lo anterior, el autor desprende que el tipo base de colusión es un delito de peligro concreto. A

su modo de ver, “con el concierto de voluntades para perjudicar al patrimonio público, en forma inminente y concreta se le pone en peligro”<sup>560</sup>.

Cáceres Julca y Carrión Díaz analizan el tipo de colusión partiendo de la siguiente premisa: si el patrimonio público es el bien jurídico protegido, entonces la colusión no se configura como delito de peligro abstracto. Para los autores, la figura delictiva exigiría la lesión material del patrimonio, siendo necesaria su configuración como delito de resultado.<sup>561</sup>

No se entiende de qué extremo de la redacción del tipo base actual pueden deducir tamañas afirmaciones. Tampoco se comprende por qué si el bien jurídico protegido es el patrimonio, debe entenderse automáticamente que se trata de un delito de lesión, sobretodo, si se toma en cuenta la redacción del tipo.

Pero si estas afirmaciones ya son graves, en párrafo seguido Cáceres Julca y Carrión Díaz afirman que “para establecer la responsabilidad penal por delito de colusión no bastará con la concertación entre los interesados, sino que a su vez habrá que establecer, al momento de la prueba, el por qué a pesar de presentarse todos los supuestos necesarios para originar un perjuicio material, este no se ha dado. Estas consideraciones que adopta la jurisprudencia no pueden entenderse como delito de peligro abstracto, puesto que ello llevaría a las mismas consecuencias de un delito de mera actividad”<sup>562</sup>.

De ello, los autores concluyen que la “figura del perjuicio potencial se muestra como una variante, que necesariamente tiene que ser interpretada como delito de peligro concreto, con la que se busca evitar impunidad”<sup>563</sup>.

---

<sup>560</sup> SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., págs. 286-287.

<sup>561</sup> CÁCERES JULCA, R. y J., CARRIÓN DÍAZ, *El delito de colusión*, op. cit., págs. 44-45.

<sup>562</sup> CÁCERES JULCA, R. y J., CARRIÓN DÍAZ, *El delito de colusión*, op. cit., pág. 45.

<sup>563</sup> Ibid.

Al final, no queda claro si para estos autores el delito de colusión es un delito de lesión o un delito de peligro concreto. Tampoco queda claro por qué el tipo base de colusión no se configura como delito de peligro abstracto y menos, por qué descartan esa posibilidad considerando las consecuencias de los delitos de mera actividad.

### **3. La caracterización del delito de negociación incompatible por la doctrina y la jurisprudencia**

El delito de negociación incompatible ha sido regulado en nuestro ordenamiento jurídico desde el Código Penal de 1863, cuya redacción se ha mantenido en los Códigos de 1924 y el actual de 1991.

En cuanto a su configuración, la doctrina y jurisprudencia peruana se han limitado a debatir la necesidad o no de un resultado típico, siendo que la discusión ha concluido en que se trata de un delito de mera actividad. A partir de ello, se ha caracteriza a la negociación incompatible como un delito de peligro concreto, pero no se ha ahondado más en su materialidad.

Para Rojas Vargas, por ejemplo, la negociación incompatible es un delito de peligro que se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones. En sus palabras, “el tipo no requiere para su consumación que se produzca efectivamente el provecho económico para el sujeto activo del delito ni el perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado; es decir, se trata de un delito de simple actividad y peligro donde se castiga el interés tendencioso e ilícito del funcionario o servidor”<sup>564</sup>.

En esa línea, Abanto analiza la consumación del delito y considera que no requiere la producción de un resultado, más bien, basta con la existencia de

---

<sup>564</sup> ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., págs. 825-826.

una conducta interesada en satisfacer un interés distinto al del Estado para que el delito quede consumado.<sup>565</sup>

Salina Siccha opina que la negociación incompatible es un delito de mera actividad y de peligro. De ello deriva que su configuración sólo requiere la verificación del interés particular del sujeto en determinado contrato u operación del Estado dirigido a obtener el beneficio del agente o de terceros.<sup>566</sup>

Guimaray Mori se centra también en la consumación del delito. Señala al respecto que “el hecho de que la conducta típica sea solo el “interesarse” indica que el delito de negociación incompatible es un delito de mera actividad, puesto que el tipo penal no exige un resultado lesivo efectivo al Estado producto de la manifestación de dicho interés. En otras palabras, basta con que se manifieste el interés indebido –el conflicto entre los intereses privados y los públicos– para que el tipo penal se encuentre consumado”<sup>567</sup>.

Castillo Alva, por su parte, reconoce al delito de negociación incompatible como un delito de peligro abstracto. A su consideración, el tipo no exige la realización de un daño pero de ello no debe entenderse que se trata de un delito de peligro concreto pues en todos los casos la conducta no genera un riesgo de lesión, real, inminente y grave para el patrimonio estatal.<sup>568</sup>

Desde la óptica de la jurisprudencia nacional, se ha señalado que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto o de peligro a secas. En general, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el delito de negociación incompatible es un delito de simple actividad y peligro, de lo cual ha desprendido que “el tipo no requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza

---

<sup>565</sup> ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 517.

<sup>566</sup> SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 578.

<sup>567</sup> GUIMARAY MORI, E., “Teoría del delito y delitos de corrupción de funcionarios”, op. cit., pág. 104.

<sup>568</sup> CASTILLO ALVA, J., *El delito de negociación incompatible*, op. cit., págs. 30-31.

para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado; es decir, se trata de un delito de simple actividad y peligro”<sup>569</sup>.

Este criterio ha sido reiterado en diversas sentencias de la Corte, señalando que “el delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración pública”<sup>570</sup>, o que “el delito de peligro se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones”<sup>571</sup>.

En el sub-sistema anticorrupción, en cambio, se empieza a sostener que “el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto y por lo tanto para su consumación no se necesita la producción del resultado perseguido cuando el funcionario se interesa indebidamente, ya que no ha de inferirse que dicho momento coincida con la celebración del contrato, basta que ello ocurra en el curso de la gestión cualquier etapa de la contratación pública”<sup>572</sup>.

Con todo, la decisión de calificar al delito de negociación incompatible como un delito de peligro a secas, peligro concreto o peligro abstracto parte de la mera descripción típica de la conducta pero no ha motivado el estudio de la relación con la lesividad hacia el bien jurídico, análisis que dota de materialidad al tipo de injusto. Por ello, si reparamos en las razones por las cuales se

---

<sup>569</sup> R.N. 3281-2011, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencia sistematizado*, op. cit., pág. 118.

<sup>570</sup> R.N. 2068-2012, en: CASTILLO ALVA, J., *El delito de negociación incompatible*, op. cit., pág. 172.

<sup>571</sup> R.N. 3281-2011, en: CASTILLO ALVA, J., *El delito de negociación incompatible*, op. cit., pág. 277.

<sup>572</sup> Expediente N° 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, en: CASTILLO ALVA, J., *El delito de negociación incompatible*, op. cit., pág. 139.

identifica el tipo de peligro en este delito, podemos observar que se basan en la mera determinación personal de cada autor.

#### **4. Nuestra posición**

A partir de la revisión realizada, consideramos que no se ha dotado de materialidad a los delitos de colusión y negociación incompatible. Es decir, la doctrina y jurisprudencia peruana se ha detenido en los elementos típicos de ambos delitos pero no ha ahondado en la necesaria relación de lesividad entre la conducta peligrosa y el bien jurídico, como fundamento para la punición de cualquier comportamiento que reviste relevancia penal.

Si se considera que el Derecho Penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos, no puede asumirse que con la realización de ciertos elementos típicos del delito, se habrá satisfecho la necesaria antijuridicidad material que fundamenta la sanción de ilícitos penales. Esta asunción no sólo convierte al injusto penal en un injusto formal sino que deja de establecer límites a la labor que realizan los operadores del sistema de justicia.

Tampoco podemos conformarnos con señalar que delitos como la colusión y la negociación incompatible son delitos de peligro a secas, peligro concreto o peligro abstracto, y no fundamentar la razón por la cual les clasificamos de determinada manera.

Detrás de cualquier clasificación reposa la identificación del bien jurídico protegido y el análisis de su relación con la conducta sancionada, pero además, a partir de esta relación podremos identificar qué acreditar a efectos de su configuración.

Como se ha señalado a lo largo de este capítulo, la peligrosidad como elemento del tipo de injusto de los delitos de peligro abstracto debe ser acreditada. En el caso del delito de colusión, no basta señalar que producida la concertación entre el funcionario público y el particular, el delito se habrá

consumado, o mejor, que la conducta habrá colocado en peligro abstracto la actividad contractual del Estado. En el caso del delito de negociación incompatible sucede lo mismo, no basta la realización de la conducta interesada para poner en peligro el ciclo de la contratación estatal.

En ambos casos resulta necesario que esa concertación o ese interés estén dirigidos a favorecer intereses particulares por sobre los públicos, de tal forma que la parcialidad del funcionario o servidor público afecte la objetividad de la actividad contractual del Estado y con ello, dicha actividad se vea en riesgo.

Esto se desprende de la propia redacción de los tipos penales. Mientras la colusión hace referencia a la concertación *para defraudar al Estado*, la negociación incompatible se refiere al interés indebido *en provecho propio o de tercero*.

La configuración de los delitos de colusión y negociación incompatible requiere, por tanto, que esa concertación o ese interés tenga la capacidad de colocar en peligro una actividad que permite, ulteriormente, la satisfacción de necesidades de la comunidad.

Bajo estos lineamientos, deberá analizarse el concierto o la conducta interesada teniendo en cuenta los criterios de creación del riesgo propios de la imputación objetiva. Podremos descartar la calificación penal, en cambio, si la conducta disminuye el riesgo, no lo crea o se enmarca en supuestos de riesgo permitido.





## CAPÍTULO 4

### LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

**SUMARIO:** I. LOS ELEMENTOS TÍPICOS PROPIOS DE CADA DELITO; 1. EL DELITO DE COLUSIÓN; 1.1 CONTENIDO Y ALCANCES DE LA CONCERTACIÓN; 1.2 LA DEFRAUDACIÓN; 1.3 LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE COLUSIÓN; 1.3.1 EL TIPO BASE: DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO; 1.3.1.1 LA ACREDITACIÓN DE LA CONCERTACIÓN PARA DEFRAUDAR. LA PRUEBA INDICIARIA; 1.3.2 EL TIPO AGRAVADO: DELITO PLURIOFENSIVO; 1.3.3 LA RELACIÓN ENTRE TIPO BASE Y AGRAVADO: ¿MISMO *ITER CRIMINIS*?; 2. EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE; 2.1 LA BASE DE LA CONDUCTA TÍPICA: INTERESARSE INDEBIDAMENTE; 2.2 LA FORMA DEL INTERÉS: DIRECTA, INDIRECTA O POR ACTO SIMULADO; 2.3 LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE; 3. LA SUBSIDIARIEDAD DE LOS TIPOS. II. LOS ELEMENTOS TÍPICOS COMUNES DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE; 1. LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL COMO EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE; 2. LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE COMO DELITOS FUNCIONARIALES; 3. LA PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE.

## I. Elementos típicos propios de cada delito

### 1. Los elementos típicos del delito de colusión

El delito de colusión alude a dos elementos normativos esenciales: la concertación y la defraudación. Ciertamente, el tipo base sanciona al funcionario que *se concerta para defraudar*, mientras la agravante sanciona al funcionario que *defrauda patrimonialmente* al Estado.

Vamos a ver cómo han sido abordados estos elementos por la doctrina y jurisprudencia nacional. Al mismo tiempo, nos detendremos a revisar su tratamiento en España toda vez que el artículo 436° del Código penal español, se constituye en la base normativa de nuestro actual tipo base.

Recordemos que el mencionado artículo 436° sanciona a la “*autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público*”.

A partir del análisis planteado, tomaremos posición, siempre bajo los postulados de la Parte General que seguimos.

#### 1.1 Contenido y alcances de la concertación

El concepto de concertación en la jurisprudencia peruana ha oscilado en torno a su consideración como un “acuerdo ilícito”<sup>573</sup>. Ciertamente, se le ha definido como el “acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un

---

<sup>573</sup> R. N. 508-2007. (Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/sistema-judicial/>; fecha de consulta: 11.11.2015)

fin ilícito con perjuicio de un tercero<sup>574</sup> y en sentido similar, se le ha considerado un pacto “subrepticio y no permitido por la ley, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados y de los principios que informan la actuación administrativa”<sup>575</sup>.

Al mismo tiempo, una noción un poco más normativa considera que “cuando se hace alusión a una concertación anclamos en un concepto privativo de la codelinuencia, cuando dos o más personas pactan realizar un acto antijurídico, dirigido a lesionar o poner en peligro un bien jurídico penalmente tutelado”<sup>576</sup>.

En resumen, el referido acuerdo ilícito o antijurídico se fundamenta en el incumplimiento de deberes encomendados al funcionario, en la búsqueda de un fin distinto al público o en la vulneración de un bien jurídico que podría ser el patrimonio público, el correcto funcionamiento de la Administración pública, la fidelidad del funcionario para con la Administración u otro, en tanto la jurisprudencia peruana no ha establecido –como vimos en el Capítulo 2- un criterio único.

Además de ello, las sentencias revisadas parecen requerir ciertas características para que el acuerdo sea típico, entre ellas, que se trate de un pacto subrepticio, oculto o clandestino y que implique maniobras de engaño.<sup>577</sup>

---

<sup>574</sup> Expediente N° 27-2004. (Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/sistema-judicial/>; fecha de consulta: 11.11.2015)

<sup>575</sup> Expediente N° 20-003-AV. En el mismo sentido, Expediente N° 34432-2010-17, Expediente N° 1296-2007, R.N. 215-2011, R.N. 1105-2011 y RN N° 1114-2011, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., págs. 71-73.

<sup>576</sup> Resolución N° 2 del Expediente N° 054-2011, en: CASTAÑEDA OTSU, S., “Nuevo Código Procesal Penal”, op. cit., págs. 444-445.

<sup>577</sup> RN N° 1480-2003 del 22 de julio del 2004, Ejecutoria Suprema N° 1402-2002, Ejecutoria Suprema N° 3042-2004, RN N° 334-2009 Ejecutoria Suprema del 16 de junio de 2010, RN N° 1342-2006, Ejecutoria Suprema del 10 de octubre de 2007.

En la doctrina nacional también se reconoce que la concertación requerida por el tipo implica un pacto ilícito. Dicha característica se deriva del perjuicio a los intereses estatales perseguido por el funcionario público y el particular.<sup>578</sup>

Autores como García Cavero, sin embargo, no hacen referencia a la ilicitud del acuerdo, pero como en la posición citada, consideran que la concertación propia del delito de colusión sanciona “toda negociación entre las partes (el Estado y los particulares) de manera tal que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado”<sup>579</sup>.

A su vez, algún sector de la doctrina considera que la concertación debe realizarse subrepticamente y a través de maniobras de engaño.<sup>580</sup> Sobre este último punto, algunos autores consideran que no puede requerirse el engaño porque el tipo penal peruano, a diferencia del español, no hace alusión al uso de un artificio distinto a la concertación<sup>581</sup>. Desde otra óptica, Castillo Alva cuestiona la necesidad de este elemento pues considera que dicha posición confunde la realización de negociaciones contra los intereses estatales con la ejecución de un acto engañoso<sup>582</sup>.

---

<sup>578</sup> ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 414; ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 310.

<sup>579</sup> GARCÍA CAVERO, P., “Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal”, op. cit., pág. 38. En el mismo sentido, MARCA ROMERO, E., *Análisis dogmático-normativo del delito de colusión*, en: Gaceta Penal, N° 26, agosto 2011, pág. 29.

<sup>580</sup> ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 414. En el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra Administración pública*, op. cit., págs. 310-312; ALCÓCER POVIS, E., “El engaño y el perjuicio en el delito de colusión desleal ¿elemento del tipo?”, págs. 1-4. (Disponible en <http://www.oreguardia.com.pe/index.php?mod=documento&com=documento&id=13>, fecha de consulta: 6.08.2011)

<sup>581</sup> MARCA ROMERO, E., “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión”, op. cit., pág. 29.

<sup>582</sup> CASTILLO ALVA, J., “Colusión ilegal, op. cit., pág. 112.

En cuanto a la doctrina española, siguiendo el precedente establecido en las Sentencias del Tribunal Supremo del 2 de febrero de 1994, 14 de mayo de 1994 y 16 febrero de 1995 entiende por concertación el acto de ponerse de acuerdo.

Se ha establecido que la concertación implica el acuerdo de voluntades entre el funcionario y la persona interesada, con la finalidad de defraudar al ente público.<sup>583</sup> De ello se ha derivado que se trata de un delito de participación necesaria “en el que preceptivamente deben intervenir dos sujetos, llevando a cabo cada uno de ellos una conducta distinta, pero tendente a la obtención de una misma finalidad, en este caso, defraudar a cualquier ente público”<sup>584</sup>.

A partir de ello, la doctrina española ha entendido que la concertación se constituye en un medio específico para defraudar al Estado, mientras la alusión del tipo a *cualquier otro artificio* es una cláusula abierta que ha sido interpretada por algunos, como el despliegue de cualquier medio engañoso, maquinación o simulación<sup>585</sup>; mientras otros, consideran se trata de toda maniobra fraudulenta o engañosa del funcionario siempre que ésta no requiera la intervención del particular beneficiario de la misma<sup>586</sup>.

---

<sup>583</sup> MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 337. En el mismo sentido CALDERÓN CEREZO, A. y J., CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, T. II, Bosch, Barcelona, 1999, págs. 1090-1091; MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Administración pública (VIII) Fraudes y exacciones ilegales”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 2º ed., Dykinson, Madrid, 2005, pág. 924; QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 5º edición, Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 1706; SUÁREZ MIRA, C. (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, T. II, Thomson-Civitas, La Coruña, pág. 502.

<sup>584</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, op. cit., pág. 1706. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Administración pública (VIII)”, op. cit., págs. 924-925.

<sup>585</sup> CALDERÓN CEREZO, A. y J., CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., págs. 1090-1091; RODRÍGUEZ DEVESA, J. y A., SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, op. cit., pág. 1196.

<sup>586</sup> MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Administración pública (VIII)”, op. cit., págs. 924-925.

En efecto, debido a la amplitud e imprecisión de la frase referida, se ha considerado mejor definirla en sentido negativo, vale decir, como todo aquel acto que no implique una concertación o acuerdo entre el funcionario público y el particular<sup>587</sup>. Por tanto, “cabría imaginar supuestos en los que, pese a no resultar beneficiado un tercero, el funcionario actúa en perjuicio de la Administración en la contratación o liquidación de bienes; por ejemplo, si se realiza una venta de los mismos a bajo precio, sin que ello haya sido acordado previamente con el adquirente de los mismos.”<sup>588</sup>

Con este panorama conviene poner en orden algunas ideas. En primer término, la concertación requerida por el artículo 384° del Código penal peruano sanciona, sin duda, al acuerdo entre el funcionario público y el particular siempre que se realice para defraudar al Estado.

En ese marco, el acuerdo debe tener la entidad para defraudar los intereses públicos, es decir, debe estar orientada a beneficiar intereses privados por sobre los primeros. Por ello, como explicamos en el Capítulo 3 de este trabajo, el delito de colusión simple tipifica un delito de peligro abstracto que a través de la vulneración de la imparcialidad, perjudica la objetividad de la actividad contractual del Estado y la pone en peligro.

En ese contexto, consideramos que la concertación que pone en peligro el bien jurídico es el pacto parcializado del funcionario a favor de los intereses propios o del particular pero en ningún caso de la Administración pública. En esa medida, más que de una concertación ilícita debe hablarse de una concertación parcializada en contra de los intereses de la Administración pública.

A partir de ello, se ha defendido que “la concertación, al exigir una conjunción de voluntades o pacto, se erige en un delito de participación

---

<sup>587</sup> SUÁREZ MIRA, C. (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 502.

<sup>588</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, op. cit., pág. 1706.

necesaria<sup>589</sup> o de encuentro, toda vez que tanto el funcionario como el particular se ponen de acuerdo para defraudar al Estado.

Ahora bien, un segundo punto que debemos analizar es si dicho pacto parcializado debe realizarse de manera clandestina y si implica maniobras de engaño. Al respecto, nos parece absolutamente posible que la concertación sea llevada a cabo sin ningún tipo de clandestinidad, y es que, como ha apuntado una reciente sentencia, la concertación puede ser “conocida o pública dentro de la entidad estatal o el circuito económico”<sup>590</sup>.

En realidad, lo importante de la concertación típica de la colusión es que a través de ella se persiga defraudar al Estado o se le defraude patrimonialmente, en el caso de la agravante del tipo.

En cuanto a que la concertación requiere maniobras de engaño, queda claro que dicho requerimiento no se deriva de la descripción típica del delito, como sí sucede en el caso del Código penal español. En esa medida, exigir elementos no especificados para la configuración del tipo, vulnera el principio de legalidad penal.

Ciertamente, para Abanto es imaginable que la defraudación sea producto de una gama de conductas que no se reducen a la concertación<sup>591</sup>, tal como, “cualquier maquinación, simulación o engaño que tenga por objeto defraudar”<sup>592</sup>; sin embargo, nuestro tipo penal no hace alusión a la cláusula abierta que posee el delito de fraude español, por lo que no puede ser exigida.

---

<sup>589</sup> Expediente N° 20-003-AV. En el mismo sentido, Expediente N° 30-2010, R.N. 1295-2007, Expediente N° 30-2010, en: GRUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencias sistematizado*, op. cit., págs. 71-73. En la doctrina son de la misma opinión, SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 280.

<sup>590</sup> Expediente N° 185-2011. (Disponible en <http://idehpuccp.pucp.edu.pe/anticorruccion/jurisprudencia-nacional/>, fecha de consulta: 23.05.2013)

<sup>591</sup> ABANTO VÁSQUEZ, M., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 311.

<sup>592</sup> ETXEBERRIA ZARRABEITIA, X., “Fraudes y exacciones ilegales”, op. cit., pág. 212.

Por lo demás, cabe señalar que si es el funcionario con capacidad de decidir el que acuerda con un particular su favorecimiento en un contrato público y al mismo tiempo, es quien se lo concede, resulta difícil pensar que ha existido alguna maniobra engañosa.

Si desde otra perspectiva, se apunta a que más allá de la concertación dada entre funcionario y particular, el primero realiza maniobras de engaño ante otro funcionario a fin de que se beneficie al particular pero no al ente público<sup>593</sup>, consideramos que estos podrían constituir indicios de la concertación típica de la colusión o de otro delito, como la negociación incompatible.

En esa medida, si nos encontramos frente a la elevación del precio de la contraprestación privada, la aceptación de bienes o servicios de menor calidad, el otorgamiento de un reintegro a los privados, la formulación de precios simulados –sobreevaluados o subvaluados-, etc., todo ello sin ninguna justificación<sup>594</sup> estaremos frente a indicios –como estudiaremos más adelante– de una concertación parcializada contra los intereses públicos.

Cabe señalar, a fin de ir terminando este punto, que en la jurisprudencia y doctrina peruana se viene discutiendo si la concertación puede ser realizada en comisión por omisión.

Al respecto, debe señalarse que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre algunos casos pero no ha establecido un criterio. Así, a propósito de una denuncia interpuesta contra un alcalde que formó parte del comité de adquisición de insumos en el que ocurrieron diversas irregularidades; la Corte absolvió al funcionario por considerar que mediante una resolución delegó funciones en los otros miembros del comité. En efecto, a pesar que

---

<sup>593</sup> ETXEBERRIA ZARRABEITIA, X., “Fraudes y exacciones ilegales”, op. cit., págs. 208 y 209.

<sup>594</sup> Ejemplos citados en ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 311 y MONTOYA VIVANCO, Y., “Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384° del Código Penal peruano”, op. cit., pág. 100.



tenía la obligación de observar y denunciar las mencionadas irregularidades, su omisión no equivale –según el fallo- a la concertación típica del delito de colusión.<sup>595</sup>

Por su parte, en una ejecutoria suprema del 11 de octubre de 2005 se sancionó por colusión a dos ingenieros encargados de dar la conformidad de una obra, quienes a pesar de haber formulado en un primer momento observaciones a la misma, otorgaron su conformidad aun cuando dichas observaciones no fueron subsanadas. Si bien los procesados alegaron haber firmado el acta de conformidad en tanto fueron informados de la subsanación de las observaciones, se les condenó por considerar que tenían la obligación de verificar la correspondencia de la obra con los requisitos exigidos por el expediente técnico. Dicha omisión permitió inferir a la Sala la concertación entre los ingenieros y la empresa contratista.<sup>596</sup>

En ese marco, autores como Rojas Vargas parecen admitir que actos omisivos equivalgan a la concertación típica del delito. Ciertamente, el autor señala que “lo que se niega o viola por parte de los sujetos activos con su comportamiento, que puede ser activo u omisivo, es la necesaria parcialidad estatal en la gestión, convirtiéndola en parcialidad personal o de los interesados, lo cual es incompatible con el cargo o comisión y que implica afectar los intereses económicos del Estado o de los organismos sostenidos por este”<sup>597</sup>.

Sin embargo, el sector mayoritario de la doctrina peruana considera que “el agente, necesariamente y de manera activa, debe concertar o ponerse de

---

<sup>595</sup> Sentencia citada por GARCÍA CAVERO, P., “Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal”, op. cit., pág. 50.

<sup>596</sup> SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 269.

<sup>597</sup> ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 411.

acuerdo con los interesados en negociar con el Estado. Es imposible que actos omisivos impliquen o representen acuerdo o concertación alguna”<sup>598</sup>.

A nuestra consideración, no debe cerrarse la posibilidad de que el delito sea cometido en comisión por omisión. Ello dependerá, como ha señalado oportunamente García Caveró, de que “la omisión más grave de un funcionario público pueda equipararse penalmente con una concertación defraudatoria”<sup>599</sup>.

Lo que sí debemos agregar, es que en muchos casos las omisiones realizadas por el funcionario público pueden denotar junto con otros elementos de juicio, que ha existido una concertación entre este y el particular. Por ello, dichas omisiones deberán ser analizadas con el conjunto del caso ya que dependiendo del contexto en que se realicen, podrán conformar indicios razonables de la comisión del delito y no meramente, el tipo de omisión de deberes funcionales contenido en el artículo 377° del Código penal peruano.

Por lo demás, en el caso de delegación de funciones de alguno de los miembros de un órgano colegiado, deberá analizarse el contexto en el que se realiza la delegación porque no necesariamente la ausencia de participación le absuelve del hecho. Habrá que analizarse por ello, la actuación anterior y posterior al acto o actos que hayan realizado los demás miembros del comité.

## **1.2 La defraudación**

Sobre el concepto de defraudación se han ofrecido por lo menos dos líneas argumentativas en la jurisprudencia peruana. Por una parte, se le ha

---

<sup>598</sup> SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 268.

<sup>599</sup> GARCÍA CAVERO, P., “Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal”, op. cit., pág. 51.

entendido como perjuicio patrimonial o de otra índole en contra del Estado, considerándolo su componente material intrínseco<sup>600</sup>.

En ese marco, la defraudación implica “(...) un perjuicio a los intereses estatales, que en la mayoría de los casos se concreta en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas, entre otras”<sup>601</sup>.

Por otra parte, se ha sostenido que la defraudación implica -en realidad- el quebrantamiento de la función o el deber encomendado al funcionario público y por tanto, la violación del principio de confianza en él depositada<sup>602</sup>. De lo anterior, según un sector de la jurisprudencia, se deriva “el consiguiente engaño al interés público, al asumir roles incompatibles y contrarios a las expectativas e interés patrimoniales del Estado”<sup>603</sup>.

Todas estas definiciones, que sin duda toman como premisa distintos bienes jurídicos en la base del delito de colusión, han sido también recogidas por el Tribunal Constitucional del Perú. En efecto, este órgano constitucional autónomo señala que “es posible entender que defraudar implica traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo, en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencial”<sup>604</sup>.

---

<sup>600</sup> Expediente N° 1402-2002. (Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/jurisprudencia-nacional/>; fecha de consulta: 4.09.2015)

<sup>601</sup> Ibid.

<sup>602</sup> Expediente N° 27-2003-AV. En el mismo sentido, R.N. 2472-2006. (Disponible en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/jurisprudencia-nacional/>, fecha de consulta: 11-06.2014)

<sup>603</sup> Expediente N° 27-2003-AV. En el mismo sentido, R.N. 2472-2006, Resolución N° 2 del Expediente N° 054-2011, en: CASTAÑEDA OTSU, S., “Nuevo Código Procesal Penal”, op. cit., pág. 445.

<sup>604</sup> Expediente N° 00017-2011-PI/TC. (Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>; fecha de consulta: 20.01.2016)

Como puede observarse, el concepto de defraudación en el ámbito jurisprudencial ha partido de identificar como bien jurídico protegido al patrimonio estatal o al incumplimiento de deberes funcionales reflejado en el quebrantamiento de la confianza otorgada por el Estado. El Tribunal constitucional, por su parte, pareciera tomar como base ambos elementos en su definición.

En el plano doctrinal, el contenido atribuido a la defraudación se ha centrado en el aspecto patrimonial del delito. De ese modo, para Hugo Álvarez, Castillo Alva, Rojas Vargas, García Caveró y Abanto Vásquez, la defraudación hace referencia al perjuicio económico real o potencial del Estado.<sup>605</sup>

En el mismo sentido, para Salinas Siccha “defraudar o timar al Estado significa engaño al interés público y, como consecuencia de ello, un efectivo perjuicio patrimonial al erario público”<sup>606</sup>.

Desde otra perspectiva, Portocarrero Hidalgo sostiene que “la defraudación implica siempre el perjuicio público”<sup>607</sup>; sin embargo, sin explicar el alcance de este, sólo añade que “no es indispensable el beneficio del agente, que puede existir, como también no, cuando por ejemplo actúa motivado por amistad o venganza, caso en el que sin obtener provecho va a ocasionar daño a su representada”<sup>608</sup>.

---

<sup>605</sup> HUGO ÁLVAREZ, J., *Delitos cometidos por funcionarios contra la Administración pública: Análisis sistemático de los tipos delictivos*, ed. Gaceta jurídica, Lima, 2000, pág. 80; CASTILLO ALVA, J., “Colusión ilegal”, op. cit., pág. 141; ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 412; GARCÍA CAVERO, P., “Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal”, op. cit., pág. 48; ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 313.

<sup>606</sup> SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 264.

<sup>607</sup> PORTOCARRERO HIDALGO, J., *Delitos contra la Administración pública*, ed. Portocarrero, Lima, 1996, pág. 150.

<sup>608</sup> PORTOCARRERO HIDALGO, J., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., págs. 150-151.

La doctrina española, por su parte, unánimemente identifica la defraudación con el perjuicio económico. Como explicamos en el Capítulo 2 de este trabajo, dicha posición responde a la identificación del patrimonio como bien jurídico protegido por el delito, que se considera similar al tipo de malversación.

De ese modo, autores como Morillas Cueva se adhieren a lo resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo el 16 de febrero de 1995, fallo en el cual se entendió la defraudación como equivalente a perjudicar económicamente el patrimonio de la entidad a la que el funcionario presta sus servicios.<sup>609</sup>

Por su parte, para autores como Corcoy Bidasolo “la defraudación consiste siempre en el quebrantamiento de una especial relación de confianza y suele vincularse con un perjuicio económico respecto de la entidad para la que el funcionario presta sus servicios (STS 19-05-1998 propuestas de créditos incobrables que no se ajustan a la realidad; SAP Madrid 21-02-00)”<sup>610</sup>.

Con todas estas definiciones, conviene que tomemos partido por alguna de ellas o apostemos por un nuevo concepto. En ese marco, vamos a referirnos primero a aquellas posiciones que definen la defraudación como perjuicio económico.

Al respecto, debe señalarse que el tipo base del delito de colusión no hace expresa alusión al elemento patrimonial. Si este pretende ser deducido de la agravante, cabe argumentar que la especial protección al patrimonio gestionado por la entidad pública en el segundo párrafo del artículo 384º del Código penal, en modo alguno implica que se olvide la puesta en peligro de la actividad contractual del Estado.

---

<sup>609</sup> MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Administración pública (VIII)”, op. cit., pág. 924.

<sup>610</sup> CORCOY BIDASOLO, M. y otros, *Manual práctico de Derecho penal. Parte especial*, 2º ed., Tirant le Blanch, Valencia, 2004, pág. 1082.

De ese modo, si bien la protección del patrimonio público resulta importante no es este únicamente o en todos los casos el bien jurídico protegido por los delitos contenidos en el Título XVIII del Código penal peruano. Como se ha señalado en el capítulo 2, el criterio distintivo de estos delitos se constituye a partir del carácter prestacional de la Administración pública, por lo que esta cualidad no puede descartarse como bien jurídico protegido en contraposición al patrimonio o en ciertos casos, conjuntamente a éste.

De ese modo, como ha señalado alguna sentencia, “defraudar al Estado no debe entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente, a estos efectos, la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio, entendiéndolo, atento al principio de lesividad”<sup>611</sup>. De ello se deriva que el concepto de defraudación puede responder a un bien jurídico distinto (o añadido) al patrimonio, como sería la actividad contractual del Estado, según la posición que defendemos.

Respecto al entendimiento de la defraudación como el quebrantamiento de expectativas de mejoras o ventajas, consideramos que la alusión a estas puede normativizar en extremo el debate. Ciertamente, la defraudación sería equivalente a la infracción de la norma toda vez que esta, en el lenguaje de Jakobs, establece expectativas de comportamiento que permiten la confianza institucional de los ciudadanos en el sistema social establecido por el legislador.<sup>612</sup>

Sin embargo, como expusimos en su momento, un planteamiento como este se encierra en el ámbito normativo y no permite cuestionar a la norma ni las expectativas que plantea desde referentes externos al Derecho positivo. Esto coloca a los ciudadanos a merced de la arbitrariedad del legislador, situación que consideramos inaceptable.

---

<sup>611</sup> R.N. 2368-2011, en: NAKASAKI SERVICÓN, C., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., págs. 103-109.

<sup>612</sup> JAKOBS, G., “¿Qué protege el Derecho Penal?”, op. cit., p. 51. En el mismo sentido, explica la posición jakobsiana VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Derecho Penal*, op. cit., pág. 394.

Por su lado, esta definición parte de considerar que la colusión, más que un bien jurídico, protege el cabal cumplimiento de los deberes encomendados a los trabajadores del estado, vale decir, su fidelidad al mandato en ellos recaído.

En efecto, se entiende como actos contrarios al deber del cargo a aquellos que se encuentran en contraste con las normas que regulan el ejercicio de las actividades funcionariales. De ese modo, el incumplimiento de las normas que establecen dichos deberes, poseen la entidad suficiente para incurrir en delito y es que, existe una relación de fidelidad o lealtad que el funcionario debe a la Administración.

Sin embargo, cabe recordar que la infracción del deber como fundamento de la sanción penal es, en primer término, una noción demasiado amplia ya que cualquier mínimo incumplimiento puede ser considerado delito, lo que sin duda, vulnera el principio de intervención mínima del Derecho penal. Al mismo tiempo, no se comprende cuál sería el límite o la diferencia entre la infracción administrativa y el ilícito penal.

Por estas razones, consideramos que partiendo de nuestra definición de bien jurídico protegido en el tipo base de colusión, debe entenderse por defraudación a la obtención de un beneficio de cualquier índole en favor del funcionario o el particular. De ese modo, a través de la concertación parcializada los involucrados persiguen obtener un beneficio propio a costa de una actividad llamada a satisfacer necesidades públicas.

La consecución de ese fin, que el tipo no exige, es justamente el que determina la distinta configuración entre el delito de colusión y las infracciones administrativas contenidas en el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control.

El delito no sanciona meros incumplimientos que vulneran el principio de imparcialidad, sino aquellos acuerdos parcializados que tengan como fin

ulterior un perjuicio de cualquier naturaleza contra la actividad contractual del Estado. Por ello, como señalamos en el Capítulo 3, el análisis de imputación objetiva que realice el juzgador deberá determinar que la conducta peligrosa (parcializada) de los agentes, estuvo orientada a defraudar al Estado.

En el caso de la agravante del delito, el tema deja menor espacio a la discusión pues se hace alusión a la defraudación patrimonial, por lo que se exige un perjuicio económico al Estado.

### **1.3 La configuración del delito de colusión**

Establecido el alcance de los términos “concertación” y “defraudación”, nos avocaremos ahora a su aplicación en cada una de las conductas sancionadas por el artículo 384º del Código penal.

Como se ha adelantado, el actual delito de colusión comprende dos conductas: la primera de ellas, que constituye la conducta básica de colusión sanciona al funcionario o servidor público que “*se concerta con los interesados para defraudar al Estado*”. A partir de esta redacción, la prohibición radica en la concertación para defraudar, configurándose el tipo base en un delito de peligro abstracto para la actividad contractual del Estado.

Por su parte, la conducta agravada sanciona al funcionario o servidor público que “*defraudare patrimonialmente al Estado*”. De esta manera, se trata de un delito pluriofensivo que coloca en peligro abstracto a la actividad contractual del Estado y lesiona al patrimonio público.

Trabajaremos a continuación tanto el tipo base como su agravante.

#### **1.3.1 El tipo base: Delito de peligro abstracto**



El tipo base del artículo 384º describe dos actos: en el primero, el funcionario se concierta con los interesados y, con esa concertación, se persigue la finalidad de defraudar al Estado.

La descripción hecha por el legislador nos presenta un tipo penal portador de un elemento subjetivo adicional, representado por el fin de defraudar. En efecto, mientras el dolo de concertar conecta con la primera conducta, la intención de defraudar se vincula al segundo acto perseguido, pero no exigido por el tipo para su configuración.

Como ha señalado alguna sentencia, “este delito consiste básicamente en el comportamiento del funcionario o servidor público –que intervenga por razón de su cargo o comisión especial- orientado a la producción de un menoscabo en la gestión pública: Los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante mediante la concertación con los interesados en esos negocios jurídicos”<sup>613</sup>.

De ese modo, se trata de un delito mutilado de dos actos en el que la intención del autor al ejecutar la acción típica se dirige a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto, pero que no debe verificarse para determinar la realización del delito.<sup>614</sup>

De lo anterior se deriva, que el tipo base de colusión requiere la concertación entre el funcionario y el particular con fines defraudatorios, vale decir, con la intención de perjudicar a la actividad contractual del Estado en el caso concreto. Este segundo acto no es exigido para la configuración del tipo por lo que su realización fáctica no debe ser acreditada.

En realidad, esta construcción permite determinar que el tipo base de colusión plantea un delito de peligro abstracto en el que se sanciona la

---

<sup>613</sup> R.N. 1318-2012, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 78.

<sup>614</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal*, op. cit., pág. 226.

vulneración al principio de imparcialidad a través de una concertación que pone perjudica la objetividad de la actividad contractual, poniéndola en riesgo. En ese sentido, alguna sentencia ha señalado que “la concertación constituye la fuente generadora de riesgo y la única conducta incriminada apta para provocar un perjuicio”<sup>615</sup>.

En ese marco, comentando el tipo penal español similar al nuestro, Etxeberria considera que se trata de un tipo de peligro abstracto, delimitado a un campo concreto de la gestión pública y referida a la actuación de los funcionarios públicos que intervienen deslealmente en tal gestión<sup>616</sup>.

En esa medida, el delito se perfecciona con el acuerdo parcializado entre el funcionario y el interesado siempre que este tenga como finalidad la obtención de beneficios para estos, en el marco de un procedimiento de contratación estatal.

Autores como Salinas Siccha consideran que la colusión simple se constituye en un delito de peligro concreto<sup>617</sup> aunque no explica por qué. Sin embargo, debemos recordar que los delitos de peligro abstracto se distinguen de los delitos de peligro concreto en que el radio de la acción peligrosa no pone en riesgo efectivo al bien jurídico, sino que lo coloca ante una amenaza potencial de lesión.

En otras palabras, mientras “los delitos de peligro concreto requieren que la acción produzca un resultado de concreto peligro de lesión inmediata o próxima para algún bien jurídico; en los delitos de peligro abstracto basta con

---

<sup>615</sup> Resolución N° 2 del Expediente N° 054-2011, en: CASTAÑEDA OTSU, S., “Nuevo Código Procesal Penal”, op. cit., págs. 444-445. Si bien la resolución hace referencia sólo al perjuicio patrimonial, consideramos que la idea de la concertación como fuente de riesgo del perjuicio, es trasladable a nuestra posición.

<sup>616</sup> ETXEBERRIA ZARRABEITIA, X., “Fraudes y exacciones ilegales”, op. cit., pág. 208.

<sup>617</sup> SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 289.

que la conducta sea peligrosa en general, aunque no llegue a poner en peligro de lesión inmediata o próxima al bien jurídico”<sup>618</sup>.

A partir de ello, a nuestro parecer la vulneración del principio de imparcialidad que persigue defraudar al Estado, es decir, dirigido a anteponer intereses privados sobre los públicos, implica un riesgo potencial a la actividad contractual del Estado, pero no se trata de un peligro inmediato o próximo pues resulta difícil que un solo acto tenga dicho efecto sobre tal actividad.

Por ello, el análisis para determinar la relevancia penal de la conducta no requiera únicamente la existencia de una concertación, sino que esta debe tener la intención de obtener una ventaja indebida mediante el aprovechamiento del procedimiento de contratación. En ese contexto, como explicáramos en el capítulo 3, será necesario que analicemos los hechos a partir de los criterios de la imputación objetiva que en el caso del delito de colusión simple se centrará en el análisis de la creación de un riesgo prohibido.

Como ha señalado la doctrina española unánimemente, estamos ante un delito de simple actividad y de peligro abstracto<sup>619</sup> que se consuma cuando se ponen de acuerdo funcionario e interesados persiguiendo defraudar al ente público, sin que sea necesaria la efectiva causación de un perjuicio, ni la obtención de una ventaja por el funcionario tal como señalan las sentencias del Tribunal Supremo del 5 de abril de 1990, 18 de enero de 1992, 2 de febrero de 1994, 19 de mayo de 1998<sup>620</sup>.

Cabe señalar que el uso de la teoría de la imputación objetiva para el análisis de este delito de peligro abstracto no es nuevo en la jurisprudencia

---

<sup>618</sup> LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal*, op. cit., 1996, pág. 314.

<sup>619</sup> MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Administración pública (VIII)”, op. cit., pág. 925. En el mismo sentido, CALDERÓN CEREZO, A. y J., CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 1091.

<sup>620</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, op. cit., pág. 1706. ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la Administración pública”, en: Vives Antón, T. y otros (edits.), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 938.

peruana. Aunque partiendo de postulados distintos a los defendidos en este trabajo, el Tribunal Constitucional ha señalado que “si el funcionario público transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso de contratación, atentando contra el trato igualitario de los postores, no necesariamente el Estado va a terminar pagando más por el servicio contratado o bien adquirido, pero al no haberse respetado las normas de contratación, las expectativas del Estado se verán puestas en peligro, lo que puede redundar a la larga en un perjuicio patrimonial”<sup>621</sup>.

A su vez, dicha teoría ha sido aplicada por la Corte Suprema de Justicia desde la prohibición de regreso a efectos de desvirtuar la participación de aquellos procesados que son imputados como autores del delito pero cuyas funciones no recaen directamente en el proceso de selección de las empresas favorecidas. Ciertamente, en el RN N° 1114-2011 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del 9 de mayo de 2012, se absuelve a quien se desempeñara como Gerente Municipal de la Municipalidad de Abancay ya que, pesar de haber firmado un contrato con otro de los procesados para la instalación de un software en el Municipio e incluso haberle prorrogado el plazo de cumplimiento de la obligación, ampliado el contrato y ordenado el pago del mismo sin ser terminado, no estaba dentro de sus funciones o su rol, la elección de la propuesta ganadora ni la verificación del cumplimiento de la obligación. En efecto, la Sala absuelve al procesado alegando que en virtud de la prohibición de regreso “aquella persona que actúa dentro de su rol no responderá por la creación de un riesgo no permitido y, por lo tanto, tampoco por el delito (...) quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro aproveche dicho vínculo en una organización no permitida”.<sup>622</sup>

---

<sup>621</sup> Expediente N° 0017-2011-PI/TC. (Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>, fecha de consulta: 23.05.2015)

<sup>622</sup> NAKASAKI SERVIGÓN, C., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., págs. 142-147.

Con ello, podrá pasar a analizarse si la conducta desplegada por el agente pone en riesgo potencial al bien jurídico a través de la vulneración del principio de imparcialidad. Para ello, deberá acreditarse la existencia de un acuerdo parcializado (o de una serie de actos que lo denoten) entre el funcionario y los particulares que tenga la intención de beneficiar de cualquier forma al funcionario o al particular o a un tercero en el procedimiento de contratación.

#### **1.3.1.1 La acreditación de la concertación para defraudar: La prueba indiciaria**

Un tema importante para la configuración del delito de colusión simple o base, radica en la acreditación objetiva de la concertación para defraudar en el marco del proceso penal. En los términos que hemos planteado con anterioridad, se trata de acreditar cuando estamos frente a un acuerdo parcializado entre el funcionario y el particular que persigue defraudar al estado, es decir, que posee la capacidad de poner en peligro abstracto la actividad contractual del Estado.

Al respecto, una reciente sentencia ha señalado con razón que la acreditación del tipo deberá girar en torno a los hechos objetivos del caso que nos permitan razonablemente argumentar la presencia de una concertación típica.

Ciertamente, en abril del 2013 la Sala Penal de Apelaciones de Lima destacó que la prueba del acuerdo colusorio no siempre podía ser directa sino que en muchos casos se sustenta en “factores objetivos tales como la simulación de la contratación pública, esto es, dando una apariencia de cumplimiento u omitiendo los requisitos legales”<sup>623</sup>.

---

<sup>623</sup> Expediente N° 185-2011, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 83.

En dicha sentencia, la Sala consideró que a efectos de acreditar la concertación requerida para la configuración del tipo, debían tenerse en cuenta entre otros indicios, los siguientes: “La concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos, precios sobrevaluados o subvaluados, inexperiencia comercial de los postores, plazo de la garantía de los postores, admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores respectivamente a los requeridos, celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección, falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta, la no correspondencia de la calificación técnica-económica con la experiencia o especialización del postor, inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas, la no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas, apariencia de ejecución de la contratación, reintegro a los terceros interesados, ampliaciones innecesarias de objeto de la contratación primigenia, etc.”<sup>624</sup>.

Las afirmaciones anteriores, que pueden resultar evidentes, no han sido tenidas en cuenta por todas las instancias judiciales siendo que parecen exigir la prueba directa del acuerdo ilícito, considerando los indicios de este como meras infracciones administrativas.

En esa línea, el Recurso de Nulidad N° 1730-2011 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú<sup>625</sup> absolvió al Presidente y la Secretaria de la Comisión Especial Permanente de una municipalidad por la presunta comisión del delito de colusión por el aparente favorecimiento a una empresa telefónica.

---

<sup>624</sup> Expediente N° 185-2011, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 83.

<sup>625</sup> NAKASAKI SERVIGÓN, C., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., págs. 63-69.

En efecto, la Fiscalía les imputó dos hechos: Primero, haber firmado el contrato para la adquisición de una central telefónica el 21 de junio del 2001 y a fin de regularizar la ausencia de un proceso de contratación pública, firmar con fecha 11 de octubre del 2001 el cuadro comparativo de cotizaciones como el acta de otorgamiento de la buena pro. En segundo lugar, se les imputó haber adjudicado directamente a la misma empresa y sin proceso de selección alguno, el contrato para la instalación de los equipos de la central telefónica a un monto superior al establecido en el expediente técnico.

En ese contexto, la Sala decidió absolver a los procesados amparándose en tres razones: Primero, que no hubo perjuicio económico por cuanto las condiciones ofertadas por la empresa telefónica resultaban ser las más beneficiosas para la entidad edil en relación a las cotizaciones presentadas. El problema, claro está, es que estas cotizaciones fueron presentadas luego de la firma del contrato, extremo en el que la sentencia no se pronuncia.

De otra parte, para la Sala los hechos ocurridos no revisten relevancia penal sino administrativa. En efecto, en el apartado sétimo señala que “el costo al que se adquirió la central telefónica dentro de la comparación de precios que se ofertaron por las otras empresas, era la más accesible para la entidad edil, siendo que las fechas en que se firmó el contrato y las de elaboración del Cuadro comparativo y el otorgamiento de la buena pro son meros indicadores de desorden que existió en dicho proceso de selección, pero que en modo alguno involucraron acuerdos o negociaciones de carácter tendencioso para lograr un beneficio indebido”.

Finalmente, en el apartado octavo la Sala realiza una breve descripción de la conducta típica de colusión y negociación incompatible y en base a lo señalado en el párrafo anterior concluye que no se ha podido acreditar un acuerdo colusorio ni un interés indebido en el marco de la contratación.

En sentido similar, el RN N° 2264-2011-PIURA<sup>626</sup> absolvió a los funcionarios de una municipalidad y al representante de una empresa de asesoría tributaria por considerar que no se había acreditado la concertación ilícita. Según la Corte Suprema, “no existe sustento ni fáctico, ni probatorio del delito de colusión, esto es, cuándo, cómo y por qué medios se habría llevado a cabo la concertación”.

De acuerdo a los hechos del caso, una empresa petrolera tenía una deuda tributaria con el municipio y a fin de determinar su valor, los funcionarios de la municipalidad contrataron consecutivamente a 3 empresas especialistas en asesoría tributaria. La primera consideró que la deuda ascendía a S/.18'401,617.05, la segunda a S/. 100'543,975.05 pero desechando ambos informe, se contrata con el representante de la empresa (ahora procesado) que luego de brindar 3 sumas diferentes al valor de la deuda, finalmente la determinó en S/. 617,509.96.

Con esa última suma, el Municipio y la empresa petrolera arribaron a un acuerdo conciliatorio. En ese contexto, los juzgadores consideraron que no se ha acreditado un perjuicio potencial al patrimonio de la entidad pública porque la pericia contable realizada no pone ello al descubierto; por el contrario, sólo señala que la liquidación base del acuerdo no posee sustento técnico y más bien plagia unos cuadros hechos por la CONATA (Consejo Nacional de Tasaciones, órgano de la Dirección de Construcción del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento) siendo que este plagio no fue materia de acusación fiscal.

A partir de lo señalado, conviene recordar con Vargas Valdivia que resulta complicado pedir prueba directa en actos cometidos normalmente de manera subrepticia y en el que los funcionarios suelen aprovechar su posición para entorpecer las investigaciones y el acopio de medios probatorios. De ello, el autor deriva que “dar relevancia únicamente a la llamada prueba directa

---

<sup>626</sup> NAKASAKI SERVIGÓN, C., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., págs. 83-88.



significaría tener que asumir niveles intolerables de impunidad por deficiencias o insuficiencias probatorias, por lo que resulta de suma importancia la utilización de la denominada prueba indiciaria<sup>627</sup>.

En razón a ello, la Corte Suprema ha señalado atinadamente en otra sentencia que “si bien es cierto las infracciones administrativas no necesariamente tienen correspondencia simétrica en una norma de carácter penal, sin embargo estas tienen virtualidad de acreditar indiciariamente determinadas conductas, como por ejemplo las colusorias, en atención al número de estas irregularidades, la gravedad de las mismas y el proceder de los funcionarios legalmente autorizados para conceder la buena pro, y de corresponder también a través de conductas posteriores<sup>628</sup>”.

En esa línea, la Corte Suprema determinó la configuración del delito en un caso en el que “no existió un proceso público de selección y adjudicación, se levantó un expediente falso para encubrir el concierto y todo estaba preordenado para favorecer a la empresa (...) Por tanto, no se trataron de simples incumplimientos legales o irregularidades, sino que vistas en su conjunto y mutua relación denotan un concierto lesivo<sup>629</sup>”.

Con este razonamiento la Sala condenó a los miembros de un Comité Especial creado por el Ministerio de Defensa que aumentaron su solicitud inicial de neumáticos injustificadamente. En efecto, el área de presupuesto del Ministerio autorizó que los miembros del comité adquieran cuarenta y un llantas, correspondientes a su verdadera necesidad; sin embargo, el comité

---

<sup>627</sup> VARGAS VALDIVIA, L., Tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: Especial referencia a la prueba indiciaria, en: MONTOYA VIVANCO, Y. (ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú IDEHPUCP, Lima, 2009, pág. 137.

<sup>628</sup> NAKASAKI SERVIGÓN, C., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., págs. 122-134.

<sup>629</sup> R.N. 2736-2010, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, págs. 83-84.

consiguió un aumento del pliego económico para la supuesta adquisición de ciento cuarenta y un llantas. A partir de la investigación, la Sala identificó una serie de irregularidades administrativas que consideró indicios suficientes para condenar a los implicados. Entre estos indicios se encontraban: El irregular y significativo incremento del pedido inicial; la presentación posterior al otorgamiento de la buena pro, de la proforma del presupuesto de la empresa abastecedora de los neumáticos; el ingreso efectivo de sólo cuarenta llantas, falsificándose documentos para acreditar la adquisición de ciento cuarenta y uno; la emisión de un documento con el que se simuló la distribución de las ciento cuarenta y un llantas en diversas unidades del ministerio.

En otra oportunidad, se judicializó un caso de colusión contra un funcionario público, especialista en logística, quien se concertó con el representante de una empresa para la adquisición e instalación de un motor en el edificio de propiedad de la entidad.

En ese marco, fueron indicios que determinaron la condena de los implicados por el Segundo Juzgado Unipersonal como por la Sala de Apelaciones, los siguientes: En primer término, en marzo de 2009 se le concedió la buena pro a la empresa a fin de que reparara el mencionado motor trifásico; sin embargo, en julio del mismo año el Especialista en Logística emitió un informe de inspección de la obra, recomendando el cambio del motor. En dicho escenario, el funcionario volvió a otorgar la buena pro a la empresa investigada en tanto presentó una propuesta más económica respecto a los otros postores, otorgándole además un buen puntaje en cuanto a su experiencia en venta de equipos de monta autos a pesar de no alcanzar el valor establecido en las bases. Posteriormente, sin expresar motivo, el funcionario autorizó el retiro del motor trifásico antiguo del edificio de la entidad cuando se suponía que la empresa debía proceder a instalar uno nuevo. En realidad, ocurrió que la empresa repotenció dicho motor antiguo y volvió a instalarlo, siendo que el funcionario emitió su conformidad tanto en la entrega como en su funcionamiento.

### 1.3.2 El tipo agravado: Delito pluriofensivo

El tipo agravado de colusión presenta un delito de peligro abstracto contra la actividad contractual del Estado y un delito de lesión respecto al patrimonio público que, como se ha señalado, sólo puede ser producto de la concertación parcializada contra los intereses del Estado.

A partir de ello, la colusión agravada “se consuma en el momento en que llega a perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado por medio de los acuerdos colusorios materializados con aquel fin”<sup>630</sup>.

En esa medida, si bien la configuración de la agravante se centra en el perjuicio económico al Estado, no puede olvidarse que este debe ser producto de la concertación parcializada entre el funcionario y el particular, por lo que dicho acuerdo se constituye en el medio necesario para la realización del delito que debe acreditarse en el proceso. En ese extremo, nos remitimos a lo expresado en el punto anterior.

Ahora bien, debemos detenernos en el cuestionamiento que se ha realizado contra la agravante en relación a la exigencia del perjuicio económico. Ciertamente, en sede legislativa como jurisprudencial se ha considerado que dicha exigencia resulta contraria a la Convención Interamericana contra la corrupción.

El 17 de mayo del 2012 se presentó un Proyecto de Ley que armoniza los delitos contra la Administración Pública del Código Penal con las convenciones internacionales de lucha contra la corrupción y que perfecciona su tipificación<sup>631</sup>. Dicho proyecto solicitó la modificación de la redacción actual

---

<sup>630</sup> SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 289.

<sup>631</sup> Proyecto de Ley N° 1131-2011/CR del 17 de mayo del 2012, según el cual se plantea la modificación del delito de colusión en los siguientes términos: “Artículo 384°.- El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, función, actividad o en virtud de una comisión especial, en cualquier etapa de

del delito de colusión en el sentido que sólo contenga un tipo de peligro abstracto y no de lesión al patrimonio, aumentando la pena en el primer caso de entre seis a quince años de pena privativa de libertad.

Ciertamente, partiendo de lo establecido en el artículo 3° de la Convención Interamericana contra la Corrupción, según la cual, su aplicación no está supeditada a que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado; se considera que la alusión hecha por la agravante resulta innecesaria y coloca trabas a la sanción de actos de corrupción.

Por su parte, en la sentencia de inconstitucionalidad Expediente N° 00017-2011-PI/TC de fecha 12 de mayo del 2012, el Tribunal Constitucional peruano emitió pronunciamiento a propósito de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra algunas disposiciones de la Ley N° 29703 que modificaron el artículo 384° (delito de colusión) del Código Penal.

En esa oportunidad, el Tribunal consideró que “la introducción del término “patrimonialmente” puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones”<sup>632</sup>.

A propósito de lo anterior, se plantea cuál es la relación entre el tratado internacional de lucha contra la corrupción y la norma penal nacional que sanciona esta clase de actos. Cabe preguntarse si la normativa estatal debe

---

las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, concerta con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, así como en otras operaciones para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.”

<sup>632</sup> Expediente N° 00017-2011-PI/TC. (Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>, fecha de consulta: 20.01.2015)

ser una suerte de copia de los lineamientos o si, por el contrario, tiene la autonomía para regular menos de lo acordado.

En ese contexto, el Estado peruano recoge la preocupación político criminal del tratado al querer sancionar delitos de peligro pues entiende que en casos como la colusión, la exigencia de un perjuicio efectivo puede resultar contraproducente en la lucha contra la corrupción. Sin embargo, comprendiendo que también existirán situaciones de detrimento patrimonial, agrava la pena en estos supuestos respondiendo al principio de proporcionalidad.

En esa medida, consideramos que el ordenamiento peruano persigue la lucha contra la corrupción como principio recogido en la convención en distintos grados, de acuerdo a la teoría del delito propia de un Estado constitucional, por lo que respeta –entre otros- el principio de proporcionalidad de las penas.

En ese marco, el actual proyecto de Código Penal, próximo a aprobarse, recoge la misma tipificación del delito de colusión pero en el caso de la agravante coloca un mínimo al monto del perjuicio económico a fin de determinar la sanción penal de la conducta.

En efecto, la agravante del artículo 568° del texto modificado señala que “si, como consecuencia de la concertación fraudulenta, se lesiona el patrimonio del Estado por un monto que supere las tres unidades impositivas tributarias, la pena es privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42”<sup>633</sup>.

### 1.3.3 La relación entre tipo base y agravado: ¿Mismo *iter criminis*?

---

633

(Disponible en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02\\_2011\\_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/b66728b14420ae1405257cd800648371/\\$FILE/PL03491140514..pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/b66728b14420ae1405257cd800648371/$FILE/PL03491140514..pdf); fecha de consulta: 10.01.2016).

Entendido el contenido y exigencias del tipo base y agravado del delito de colusión, conviene preguntarnos si debido a su descripción constituyen un mismo *iter criminis*. En la doctrina peruana Salinas Siccha ha referido que antes de que la colusión agravada se consume con el perjuicio patrimonial no hay tentativa, ya que la concertación ilícita que realice configurará el tipo base.

A mayor precisión, el autor señala que “antes de aquel momento (defraudación patrimonial) no hay tentativa. Esto es así debido a que si antes que el sujeto público logre perjudicar de modo efectivo al 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 Código penal, esto es, como colusión simple, pues estaremos frente a una concertación con la finalidad de defraudar el patrimonio público”<sup>634</sup>.

A nuestro parecer es cierto que el tipo base y agravado del delito de colusión constituyen un mismo *iter criminis* pues ambos inciden en la actividad contractual del Estado. La diferencia radica en que en el primer caso, se coloca en peligro potencial dicho bien jurídico mediante el acuerdo parcializado entre el funcionario público y el particular.

Por su parte, en la agravante se sanciona la concertación parcializada que incide específicamente en el patrimonio público y que provoca su disminución. Dicho perjuicio siempre tomará como paso previo el acuerdo colusorio que si bien tiene un espectro más amplio en el primer párrafo del artículo 384°, recae en un elemento específico de la Administración, en el segundo.

## **2. El delito de negociación incompatible**

El verbo que constituye la base del delito de negociación incompatible debe ser analizado a fin de atribuirle sentido para concretar su aplicación en el

---

<sup>634</sup> SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 289.

ámbito penal. A dicha interpretación, vamos a dedicar el primer apartado de este punto.

Posteriormente, nos referiremos a las modalidades en que se manifiesta dicho interés, vale decir, de *forma directa o indirecta o por acto simulado*. Por motivos metodológicos, trataremos el elemento provecho propio o de tercero en un apartado distinto, pues este ha sido relacionado con la configuración del tipo.

## **2.1 La base de la conducta típica: Interesarse indebidamente**

Se ha señalado que la conducta central del delito de negociación incompatible, *interesarse indebidamente*, debe ser interpretada o dotada de contenido porque se trata de un término muy amplio para ser aplicado por el Derecho penal.

Sin embargo, la jurisprudencia peruana ha entendido la conducta base de manera infructuosa pues no ha podido restringir el campo de acción del delito. Así por ejemplo, interesarse indebidamente implicaría “atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo, y por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo”<sup>635</sup>. En sentido similar, se ha considerado que el delito sanciona “todo aquel interés que sea distinto al de la Administración pública”<sup>636</sup> y, en una interpretación un poco más restrictiva, alguna sentencia ha considerado que interesarse “conlleva a la gestión de actos que no se

---

<sup>635</sup> Expediente N° 23-2012, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., págs. 113-114. En ese sentido, SALINAS SICCHA, R., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 566.

<sup>636</sup> R.N. 3144-2009, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 114.

corresponden con el rol del funcionario público, ya que participa en los contratos u otras operaciones favoreciendo intereses particulares<sup>637</sup>.

Desde otra perspectiva, interesarse implicaría también “cualquier acto material, que en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado, exprese un interés privado supuesto sobre el interés público que le demanda el ejercicio del cargo”<sup>638</sup> al funcionario.

En cuanto a la doctrina nacional, algún sector ha entendido que interesarse indebidamente se refiere al provecho o utilidad en el marco de las funciones propias del cargo público orientadas a finalidades no funcionales<sup>639</sup>; mientras para otros implica “importar, tomar parte o empeño en los negocios o intereses ajenos, como si fuesen propios, siendo que la punición de la conducta no se supedita a que se alcance y se obtenga el interés que se promueve”<sup>640</sup>.

A partir de lo anterior, queda claro que el contenido del verbo rector del delito no ha sido definido con exactitud y no ha seguido un criterio único. Por el contrario, con el desarrollo jurisprudencial realizado, este comprende conductas tan generales como la de importar algo; tener un interés distinto al de la Administración; gestionar actos que difieren con el deber encomendado al funcionario público; o realizar conductas que supongan un interés privado sobre el interés público.

En el campo doctrinal, el aporte tampoco ha sido sustancial pues se asemeja la conducta con un provecho o utilidad, a pesar que el tipo no lo exige para su configuración. A su vez, se ha entendido que interesarse implica tomar

---

<sup>637</sup> Expediente N° 036-2012, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 114.

<sup>638</sup> Expediente N° 30-2010, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 114.

<sup>639</sup> ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 820.

<sup>640</sup> CASTILLO ALVA, J., “Negociación incompatible”, en: REYNA ALFARO, L. (coord.), *Delitos contra la Administración pública*, Jurista, Lima, 2009, pág. 591. En sentido similar, HUGO ÁLVAREZ, J., *Delitos cometidos por funcionarios*, op. cit., pág. 182.



parte en intereses ajenos como si fueran propios, con lo cual, pareciera dejarse de lado el supuesto de la norma en el que el funcionario actúa por interés propio.

Con este panorama, conviene que dotemos de contenido jurídico penal al verbo rector del artículo 399° del Código penal peruano. Para ello, debemos comenzar planteando un tema que aunque pueda parecer obvio, permitió un enriquecedor debate en Colombia.

Ya mencionamos que el artículo 409° del Código penal colombiano sanciona al “*servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones*”. A propósito del verbo rector de la conducta prohibida, la Corte Constitucional de este país analizó la constitucionalidad del tipo penal, pues a decir de algunos, parecía que el delito sancionaba la actitud interna del agente más no la exteriorización de este.

A partir de ello, se planteó que el tipo incurría en un supuesto de Derecho penal de autor, situación que contraviene los alcances del principio de culpabilidad en un Estado democrático y que determinan, sin duda, la inconstitucionalidad del tipo. Ante esta argumentación, sin embargo, la sentencia C-128 del 2003 de la Corte consideró que el delito “no sanciona los pensamientos no exteriorizados del servidor, sino el interés que éste muestra con sus actuaciones en provecho propio o de un tercero dejando de lado el interés general que corresponde asegurar a la administración en el proceso contractual en el que se interviene”<sup>641</sup>.

De esa manera, orientando el sentido del término *se interesa* y dotándolo de contenido, la Corte dictaminó que el delito constituye “la

---

<sup>641</sup> Corte Constitucional, sentencia C-128 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis, en: Córdoba Palacios, F., *El delito de interés indebido en la celebración de contratos especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido*, pág. 21. (Disponible en [https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/1363/CordobaPalacios\\_FranklindeJesus\\_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/1363/CordobaPalacios_FranklindeJesus_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y); fecha de consulta: 25.10.2015).

respuesta que el ordenamiento penal contiene para enfrentar la intencionalidad desviada, o si se quiere, la desviación de poder con la que actúa un servidor que se interesa en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir en razón de su cargo o sus funciones”<sup>642</sup>.

A partir de estas afirmaciones, debemos enfatizar como se ha hecho en Colombia, que una interpretación conforme a la Constitución nos debe llevar a concluir que el delito de negociación incompatible no sanciona el interés del funcionario como mero deseo o intención interna, sino que requiere de conductas objetivas que lo exterioricen en la realidad. Con ello, queda claro un primer punto de nuestro análisis: Cuando el tipo centra la sanción en el *interesarse indebidamente*, está requiriendo la realización de actos que denoten ese interés indebido.

Con esta idea, entonces, podemos pasar a un segundo momento en el que cabe preguntarse qué tipo de actos estarían comprendidos en el delito, o mejor, qué actos denotan un interés indebido en el marco de contratos u operaciones públicas.

Al respecto, conviene señalar que en un famoso texto de 1986, Sancinetti propuso una interpretación dinámica del artículo 265º entonces vigente en el Código de la nación argentina, guiada por la experiencia de los tribunales italianos. En ese marco, el autor entendió que *interesarse en un contrato u operación* implica “tomar injerencia en las tratativas, condicionando interesadamente la voluntad negocial de la Administración pública”<sup>643</sup>.

Siguiendo esta posición, Colombo y Honisch han sostenido recientemente que “un funcionario público actúa interesadamente cuando

---

<sup>642</sup> Corte Constitucional, sentencia C-128 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis, en: Córdoba Palacios, F., *El delito de interés indebido en la celebración de contratos especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido*, op. cit., pág. 29.

<sup>643</sup> SANCINETTI, M., “Negociaciones incompatibles en las funciones públicas”, op. cit., pág. 880.

condiciona la voluntad negocial de la administración por la inserción del interés particular<sup>644</sup>. A partir de ello, han sostenido que lo relevante para el delito consiste en “el desvío de poder que ejerce el funcionario en desmedro del necesario interés unilateral que debe arrimar toda actuación de un órgano estatal, procediendo con tendencia beneficiante”<sup>645</sup>.

Por su parte, para la autora argentina Florencia Hegglin “la acción típica de interesarse consiste en un actuar interesado del funcionario que ponga en peligro o lesione la imparcialidad de la administración pública y, por ende, el bien y debido desempeño de las funciones de la administración”<sup>646</sup>.

Esta interpretación, aunque con matices, es la que seguiremos. En efecto, en el Capítulo 2 de este trabajo determinamos que el bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible es la actividad contractual del Estado; sin embargo, entendimos que con la conducta típica dicho bien no llega a ser lesionado sino puesto en peligro potencial, toda vez que el interés parcializado persigue la obtención de un provecho propio o de tercero.

Siguiendo el sentido de la modificación realizada en España respecto del verbo rector, este sanciona al “sujeto que utiliza su condición de funcionario y se aprovecha de las funciones inherentes a su cargo para procurarse una participación en un negocio o asunto. Por tanto, el término aprovecharse es sinónimo de abusar del cargo, de prevalerse”<sup>647</sup>.

Así las cosas, consideramos que la conducta base del delito de negociación incompatible sanciona el acto o actos del funcionario que

---

<sup>644</sup> COLOMBO, M. Y P, HONISCH, *Delitos en las contrataciones públicas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pág. 151.

<sup>645</sup> COLOMBO, M. Y P, HONISCH, *Delitos en las contrataciones públicas*, op. cit., pág. 152.

<sup>646</sup> HEGGLIN, M., “La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la capital federal”, en: MAIER, J. (coord.), *Nueva doctrina penal 2000/A*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág.208.

<sup>647</sup> FERNÁNDEZ CABRERA, M., “El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos”, op. cit., pág. 523.

exteriorizan un interés parcializado con el que busca favorecerse o favorecer a terceros. Es ese fin que persigue el interés el que coloca en peligro la actividad contractual del Estado.

A partir de lo anterior, conviene anotar que desde nuestra posición, el interés perseguido por el funcionario no debe poseer necesariamente naturaleza patrimonial. Es cierto que algún sector de la doctrina considera que desde un punto de vista teleológico, la punición del interés se fundamenta en la naturaleza económica del contrato estatal, situación que le otorga relevancia penal<sup>648</sup>.

Sin embargo, como ya se ha explicado, el fundamento de la punición radica en la función servicial que cumple la actividad contractual del Estado para con los ciudadanos, situación que como a otras áreas, también le compete al Derecho penal. De ahí que tampoco sean de recibo aquellas posiciones que fundamenten la sanción del delito en el mero incumplimiento de las funciones encomendadas al funcionario público.

Ahora bien, como ha ocurrido en el delito de colusión, la doctrina y jurisprudencia peruana se han preguntado si el delito de negociación incompatible puede ser cometido en comisión por omisión y por tanto, si una conducta omisiva puede resultar equivalente a la realización de actos que denoten un interés indebido por parte del funcionario público.

En ese marco, alguna sentencia ha señalado que “para decidir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de negociación incompatible, es de establecer si cabe la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos a través de la omisión; que no existe una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la legalidad del ejercicio funcional exigido en el tipo penal aludido, pues si un miembro del Comité Especial omite un acto de su función podrá ser

---

<sup>648</sup> CASTILLO ALVA, J., “Negociación incompatible”, op. cit., pág. 599.

responsable por omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible.”<sup>649</sup>

Sin embargo, para la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima la comisión por omisión si es permitida en estos casos. En efecto, este órgano judicial declaró infundada la excepción de improcedencia de acción interpuesta por el miembro de un comité calificador que inicialmente se opuso al otorgamiento de una buena pro, pero que una vez concedida, no emitió pronunciamiento alguno a pesar de saber que la empresa ganadora no cumplía con los requerimientos de las bases del concurso público<sup>650</sup>.

Ciertamente, el procesado presentó observaciones a la propuesta en la etapa previa al otorgamiento de la buena pro, pero cuando esta fue concedida mediante acuerdo del comité, el imputado no sólo no cuestionó el incumplimiento de las bases sino además, aprobó la adquisición de un producto distinto al requerido (en vez de motor gasolinero se adquirió uno petrolero).<sup>651</sup>

A partir de ello, la Sala consideró irrelevante la primera oposición del procesado por cuanto el procedimiento de contratación incluye todas sus fases. Al mismo tiempo, consideró que el hecho de que este no hubiera elaborado las bases del concurso en las cuales se detallaban que el producto a adquirir era un motor gasolinero y no petrolero no le exime de su labor de conocerlas.<sup>652</sup>

Por lo demás, para la Sala “no hay razón alguna para que se exonere automáticamente de responsabilidad a quien ha votado en contra del acuerdo, puesto que desde el punto de vista del Derecho penal habrá que asegurarse

---

<sup>649</sup> R.N. 661-2009, en: NAKASAKI SERVIGÓN, C., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., págs. 443-447.

<sup>650</sup> Expediente N° 36-2012, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 114.

<sup>651</sup> Ibid.

<sup>652</sup> Ibid.

que la exteriorización coincida con la verdadera voluntad, siendo decisivo valorar entonces, el efectivo comportamiento y la efectiva voluntad del sujeto”<sup>653</sup>.

Cabe señalar que en el mismo proceso, la asesora legal del comité especial también presentó una excepción de improcedencia de acción a fin de ser absuelta. Sin embargo, para la Sala calificó como cómplice del delito de negociación incompatible toda vez que en razón de su cargo no emitió informe sobre las deficiencias de la propuesta ni acerca de las observaciones realizadas por el miembro del comité aludido en párrafos anteriores. Al mismo tiempo, a pesar de saber del cambio de motor habría avalado el cambio de objeto de contratación pues conocía de las acciones realizadas.<sup>654</sup>

Cabe señalar que en sentido similar, la doctrina argentina acepta la comisión por omisión del delito 265°. De ese modo, señala que “ejemplos de este proceder podríamos encontrarlos en casos en los que el funcionario dilata indebidamente la aprobación de una licitación para beneficio de un oferente, o si decide no aprobar una contratación directa cuando están acreditadas las condiciones que la justifican ya que al que debería contratar es al ex novio de su hija que fue abandonada por este cuando estaba embarazada, o incumple con la imposición de sanciones pecuniarias respecto de empresas concesionarias de servicios”<sup>655</sup>.

A partir de lo anterior, aún entendiendo puede resultar complicado que el delito de negociación incompatible sea realizado en comisión por omisión, consideramos que no debe cerrarse dicha posibilidad. Ello dependerá de la gravedad de la omisión como de que se constituya en un supuesto de desvío de poder. En otras palabras, de que implique la parcialización de la conducta del funcionario con intereses distintos a los públicos.

---

<sup>653</sup> Ibid.

<sup>654</sup> Ibid.

<sup>655</sup> COLOMBO, M. y P, HONISCH, *Delitos en las contrataciones públicas*, op. cit., pág. 158.

Lo que sí debe tomarse en cuenta, es que en muchos casos las omisiones del funcionario público pueden denotar junto con otros elementos de juicio, el interés indebido propio del tipo. Por ello, dichas omisiones deberán ser analizadas con el conjunto del caso ya que dependiendo del contexto en que se realicen, podrán conformar indicios razonables de la comisión del delito y no meramente, el tipo de omisión de deberes funcionales contenido en el artículo 377° del Código penal peruano.

## **2.2 La forma del interés: directa, indirecta o por acto simulado**

Habiendo establecido que cuando el tipo sanciona el interés indebido se refiere a los actos que evidencian la parcialidad del agente con fines propios o de terceros, conviene que analicemos ahora las modalidades en que dicha conducta puede realizarse. Sobre este punto, a diferencia del anterior, existe un consenso mayor.

Ciertamente, para la jurisprudencia peruana *interesarse de forma directa* implica que “el agente público por razón de su cargo funcional actúa en los contratos u otras operaciones mostrando un interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión o teniendo injerencia en todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de un tercero”<sup>656</sup>.

De esa manera, se trata de aquellos casos en los que “el funcionario demuestra personalmente que un determinado negocio u operación le interesa”<sup>657</sup>. Al respecto, para un sector de la doctrina, son ejemplos de interés directo las siguientes conductas: La inaplicación de procedimientos obligatorios, la violación de alguna regla del procedimiento de contratación

---

<sup>656</sup> Expediente N° 183-2011, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencia sistematizado*, op. cit., pág. 114.

<sup>657</sup> COLOMBO, M. y P, HONISCH, *Delitos en las contrataciones públicas*, op. cit., pág. 157.

elegido, la omisión de alguno de los pasos previstos, el direccionamiento de la contratación y la falsificación de la firma de algún funcionario. A su vez, se podrían incluir a la aceleración de los plazos del proceso de contratación, la ausencia de una nueva licitación cuando el primer llamado fallase, obligando así a prorrogar el contrato vigente.<sup>658</sup> Evidentemente, la tipicidad de estas conductas dependerá del análisis del caso concreto, por lo que el funcionario debe estar a cargo del contrato y sus actos deben demostrar un interés parcializado.

Por su parte, interesarse de manera indirecta hace referencia a que “el agente (funcionario o servidor público) se vale de un tercero que puede ser un particular o un funcionario público, persona natural o jurídica, mediante el cual orienta su interés indebido”<sup>659</sup>.

En la jurisprudencia argentina se abordó este supuesto a partir de un famoso caso conocido como “Alonso”<sup>660</sup>. En esa oportunidad, el Estado argentino contrató de manera directa con la empresa ALTEC a pesar que no reunía las condiciones para prestar el servicio. Debido a ello, la empresa derivó el trabajo a otras dos empresas ICSA y M&W; sin embargo, estas se encontraban relacionadas con personas que trabajaban en la institución pública, motivo por el cual, se utilizó a la primera persona jurídica a fin de materializar un interés en favor de los funcionarios encargados del proceso de contratación.

En cuanto al acto simulado, “alude a una forma indirecta de interesarse, pues el agente actúa en la celebración de contratos u operaciones aparentando

---

<sup>658</sup> COLOMBO, M. y P, HONISCH, *Delitos en las contrataciones públicas*, op. cit., pág. 157.

<sup>659</sup> Expediente N° 66-2011, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 114.

<sup>660</sup> COLOMBO, M. y P, HONISCH, *Delitos en las contrataciones públicas*, op. cit., pág. 158.



actuar defendiendo los intereses de la Administración pública cuando en realidad son particulares y personales”<sup>661</sup>.

### **2.3 La configuración del delito de negociación incompatible**

Como adelantamos al iniciar el tratamiento del delito de negociación incompatible, la configuración de este como delito de peligro abstracto, ha sido poco trabajada en la jurisprudencia y doctrina peruana. En realidad, con el estudio del tercer elemento típico descrito en el artículo 399° del Código penal, el provecho propio o de tercero, se ha establecido que se trata de un delito de mera actividad pero poco se ha dicho sobre su relación con el bien jurídico.

En ese sentido, la doctrina peruana ha trabajado el delito básicamente como uno de mera actividad. Si bien autores como Rojas Vargas han señalado que la negociación incompatible es a todas luces un delito de peligro, han establecido que por ello, se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones, no requiriéndose que se produzca el provecho económico para el sujeto activo ni el perjuicio para el Estado.<sup>662</sup>

Por su parte, en sede jurisprudencial se ha señalado que el delito “se consuma cuando el interés ya no es ajeno sino propio, pero de ello no ha de inferirse que este momento coincida con la celebración del contrato, basta que ello ocurra en el curso de la gestión”<sup>663</sup>.

Recientemente, alguna sentencia ha hecho alusión al delito de negociación incompatible como delito de peligro concreto pero no se ha

---

<sup>661</sup> Expediente N° 66-2011. En el mismo sentido, Expediente N° 23-2012, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., págs. 113-114.

<sup>662</sup> ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 826.

<sup>663</sup> Expediente N° 36-2012, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 114.

establecido por qué es caracterizado como tal ni qué implica ello. En efecto, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima ha señalado que “el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto y por lo tanto para su consumación no se necesita la producción del resultado perseguido cuando el funcionario se interesa indebidamente, ya que no ha de inferirse que dicho momento coincida con la celebración del contrato, basta que ello ocurra en el curso de la gestión en cualquier etapa de la contratación pública”<sup>664</sup>.

En el fondo, la sentencia alude a que se trata de un delito de mera actividad porque no requiere de un resultado típico para su configuración y, como ha hecho la doctrina peruana, centra el análisis en la tipicidad de la conducta pero no ahonda en la necesaria relación que esta entabla con el bien jurídico.

Un análisis similar se ha planteado en Colombia. En efecto, la configuración del delito de negociaciones prohibidas también se ha discutido a partir del elemento provecho propio o de tercero. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que para la consumación del delito de negociaciones prohibidas “es indiferente que el provecho propio o de un tercero se obtenga, basta comprobar el interés singular con el objetivo de ayudarse así mismo o a un tercero”<sup>665</sup>.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia señala en la sentencia C-128 que “basta el interés entendido como la falta de imparcialidad

---

<sup>664</sup> Expediente N° 92-2011, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 114.

<sup>665</sup> Corte Suprema de Justicia, radicado 34282 del 8 de noviembre de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, en: CÓRDOBA PALACIOS, F., *El delito de interés indebido en la celebración de contratos especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido*, op. cit., pág. 28.

para intervenir, dado el ánimo de beneficiarse o de beneficiar a un tercero, para que se entienda consumado ese elemento subjetivo del tipo penal”<sup>666</sup>.

Con ello, a pesar que desde el pronunciamiento de la Corte Constitucional pareciera apuntarse que el delito contenido en el artículo 409° del Código penal colombiano fuera de un delito de peligro abstracto, por la consideración del provecho como un elemento subjetivo adicional; en realidad, no se establece –o por lo menos, no con claridad- la relación entre la conducta interesada del funcionario y el bien jurídico protegido.

En ese marco, conviene comentar que cuando se pretende distinguir el referido delito del régimen de incompatibilidades, se recurre al fin perseguido por el delito de interés indebido en la celebración de contratos. Al respecto, debe recordarse que el Código penal de Colombia del año 2000 vigente en la actualidad, reconoció la necesidad de establecer un capítulo especial para los delitos contra la Administración pública cometidos en el marco de contrataciones estatales.

De ese modo, el Título XV del Capítulo IV “De la celebración indebida de contratos” sanciona no sólo el interés indebido en la celebración de contratos (artículo 409°) sino que además, ha elevado a rango penal la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (artículo 408°)<sup>667 668</sup>.

---

<sup>666</sup> Corte Constitucional, sentencia C-128 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis, en: CÓRDOBA PALACIOS, F., *El delito de interés indebido en la celebración de contratos especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido*, op. cit., pág. 30

<sup>667</sup> Artículo 408°.- El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades.

<sup>668</sup> Cabe mencionar que el referido Título XV del Capítulo IV “De la celebración indebida de contratos”, sanciona en artículo 410° al “servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos”. Con dicho artículo, como ha sucedido en el caso del artículo 408° del Código penal de Colombia, se ha elevado una infracción administrativa a delito. Cabe señalar que es posible el concurso entre el delito de interés indebido y el contrato sin cumplimiento de requisitos legales,

En ese contexto, la tendencia mayoritaria se inclina por diferenciar ambas conductas por el fin que persiguen. Así, se ha defendido que “también puede ocurrir que para el logro de los objetivos individuales, en el trámite el sujeto activo vulnere el régimen de inhabilidades e incompatibilidades o los requisitos esenciales de la contratación estatal, casos en los cuales se configura un concurso aparente de delitos tipificándose el interés indebido en la celebración de los contratos, siempre que el propósito haya sido favorecerse personalmente o a un tercero”<sup>669</sup>.

De esta manera, no se ha ahondado en el injusto típico del delito de interés indebido por cuanto el debate ha establecido que para la configuración del tipo no se requiere más que el interés que debe estar orientado a beneficiar al propio funcionario o a un tercero.

En el caso argentino, parece que la discusión ha partido del análisis de la tipicidad de la conducta; sin embargo, el debate se ha ido acercando a la relación entre esta y el bien jurídico. Efectivamente, comentando las sentencias emitidas por la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, la profesora Florencia Hegglin<sup>670</sup> determinó que de los pocos casos resueltos en esta instancia al año 2000, las Salas I y II mantuvieron como criterio casi unánime que la configuración del delito sólo requería la realización

---

ante ello, se ha establecido la diferencia entre ambos a partir del objeto jurídico que cada una sanciona. De ese modo, se ha señalado que “la diferencia con el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, gravita en que el delito estudiado sanciona el desvío de poder, sustentado en el elemento teleológico de los negocios jurídicos procurando el acatamiento de los fines del Estado, esto es, la satisfacción general; mientras el otro protege la legalidad de las actuaciones en las diferentes fases del proceso contractual objetivamente, sancionando a los funcionarios que soslayan los presupuestos legales esenciales establecidos para ellas”. Corte Suprema de Justicia, radicado 34282 del 8 de noviembre de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, radicados N° 26261 y 30411 del 4 de febrero y el 16 de septiembre de 2009, respectivamente, en: Córdoba Palacios, F., *El delito de interés indebido en la celebración de contratos especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido*, op. cit., pág. 27.

<sup>669</sup> CORDOBA PALACIOS, F., *El delito de interés indebido en la celebración de contratos especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido*, op. cit., pág. 46.

<sup>670</sup> HEGGLIN, M, “La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la capital federal”, op. cit., págs. 209-211.

de actos que demuestren el interés del funcionario en beneficiar a un tercero en un contrato u operación.

De ese modo, en las causas 6298 “Di Fonzo” del 28/12/1989 de la Sala II, 22.372 “Martínez de Hoz” del 15/11/1990 de la Sala I, “Testimonios de la apelación del dictado de falta de mérito en relación a Félix Alberto Nicolini” del 29/05/1996 de la Sala II, 12.307 “Tedesco Balut y otros” del 16/09/1996 de la Sala II y 28.847 “Lira, Rodolfo” del 4/11/1997 de la Sala II se defendió que el tipo penal no exigía el perjuicio para el Estado ni el lucro del propio autor, siendo suficiente para su configuración la demostración de la inclinación del agente a favor de un tercero en el marco de un contrato u operación.

Sin embargo, en la causa “Sofovich” del 17/09/1993 de la Sala II, el colegiado que anterior y posteriormente a este caso se manifestó contra la necesidad de exigir un resultado típico en el delito de negociación incompatible, sostuvo una posición distinta.

En efecto, a propósito de la denuncia formulada contra el presidente de una empresa pública de televisión, ligado a dos empresas privadas de actividades artísticas que tuvieron una estrecha relación comercial con la primera, revocó el auto de enjuiciamiento en contra del procesado sosteniendo que no se había acreditado el beneficio al autor ni el perjuicio al Estado.

La base de esta decisión sostuvo que en el delito de negociación incompatible “el funcionario público debe haberse interesado en un contrato o relación, introduciéndose en la voluntad negociadora con la Administración pública, orientando la misma para producir un beneficio tenido en cuenta por el funcionario y que *no se habría producido* si las negociaciones contractuales entre las partes no se hubieran visto afectadas por la mentada injerencia”<sup>671</sup>.

Con lo anterior, Hegglin consideró que la interpretación realizada por la Sala en el caso Sofovich no era de recibo a partir de la redacción entonces

---

<sup>671</sup> HEGGLIN, M., “La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la capital federal”, op. cit., pág. 209.

vigente del artículo 265° del Código penal. Por ello, la autora defendió la posición mayoritaria de la doctrina argentina, unánime en la actualidad a partir de la modificación operada en el tipo.

Según esta posición, “es indudable que la actuación parcial de los órganos administrativos, que define el ámbito de lo injusto de este delito, no se incrementa en modo alguno por el grado de beneficio que el funcionario pueda obtener, ni por el eventual perjuicio administrativo, sino que deviene definitivamente configurada en cuanto el funcionario realiza un acto desviado por la prosecución de un interés espurio”<sup>672</sup>.

A partir de ello, autores como Colombo y Honisch han concluido que “la sola actuación imparcial, infiel y no transparente del agente afecta total y acabadamente el objeto de tutela de la norma. La concreción o no de ese interés indebido no califica de más imparcial o menos transparente a la acción que lo buscó”<sup>673</sup>.

Con esta última definición, parece que los autores relacionan la conducta con el bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible que la doctrina y jurisprudencia argentina defiende unánimemente, vale decir, “el fiel y debido desempeño de las funciones de la Administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad”<sup>674</sup>.

De otra parte, como señalamos anteriormente, el delito de negociaciones prohibidas empieza a cobrar importancia en España, por lo que la configuración de su injusto típico se está estudiando desde su relación con el bien jurídico. En ese marco, resultan interesantes autores como Fernández que proponen

---

<sup>672</sup> SANCINETTI, M., “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, op. cit., págs. 880-881.

<sup>673</sup> COLOMBO, M. y P, HONISCH, *Delitos en las contrataciones públicas*, op. cit., pág. 148.

<sup>674</sup> Ibid.

interpretar el tipo como uno de lesión y resultado que permita su distinción con las normas que regulan las incompatibilidades.

En efecto, la autora sostiene que “hace falta algo más que una no abstención cuando hay obligación de abstenerse”<sup>675</sup>, de ahí que considere necesario que el funcionario realice actos que acrediten la prevalencia del cargo.

En ese contexto, partiendo de que el bien jurídico protegido por el delito es el principio de imparcialidad, considera que lo relevante del tipo radica en la prevalencia del cargo, pero no todo acto de prevalencia constituye delito según la autora. Por ello, entiende que cuando el tipo español sanciona al funcionario que *se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación en el negocio*, dicha participación supone la obtención de una resolución a su favor. A su consideración, sólo una resolución favorable a las pretensiones del funcionario determina su diferencia con el incumplimiento del deber de abstención.<sup>676</sup>

Con la revisión de lo que legislaciones similares a la nuestra ha desarrollado a propósito del delito de negociación incompatible, conviene que definamos ahora cómo se configura el injusto típico de este delito a partir de su condición de delito de peligro abstracto.

En ese marco, debemos recordar las premisas de la parte general desde las que parte nuestro análisis. Ya señalamos que el bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible es la actividad contractual del Estado que se ve puesto en peligro abstracto, por actos que denotan un interés distinto al público, que se antepongan a aquel.

---

<sup>675</sup> FERNÁNDEZ CABRERA, M., “El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos tras la LO 5/201”, op. cit., pág. 519.

<sup>676</sup> FERNÁNDEZ CABRERA, M., “El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos tras la LO 5/201”, op. cit., pág. 525.

En esa medida, la configuración del delito requiere la acreditación del interés parcializado del funcionario público, el mismo que debe perseguir un provecho propio o de tercero, pues la búsqueda de ese provecho coloca en peligro al bien jurídico.

Justamente la peligrosidad que engloba la conducta por conseguir el beneficio señalado la distingue de las infracciones administrativas contenidas en el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, con las reservas ya expuestas en el Capítulo 1 respecto de la infracción a la neutralidad en los procedimientos de contratación.

En la doctrina peruana, Castillo ha propuesto como actos objetivos por los cuales se puede manifestar el delito de negociación incompatible a la elaboración de dictámenes, asesorías, preparación de expediente de contratación, aprobación o ratificación de propuestas, la votación favorable a un contrato, la intervención en el cronograma de pagos, la modificación, revocación o anulación de contratos, las recomendaciones, pedidos verbales o escritos, la defensa de un proyecto, recepción de una dieta, e incluso, una orden del día.<sup>677</sup>

Al mismo tiempo, considera que el interés puede revelarse solicitando que se acepte la propuesta de un postor, se le brinde información privilegiada, se rechace la propuesta de los demás participantes, se agilicen poderosamente los trámites, se amplíen plazos de cumplimiento de las prestaciones, se acepten productos de menor calidad, se solicite realizar pagos adicionales por los servicios, se solicite omitir consignar errores, omisiones u observaciones a la obra.<sup>678</sup>

De hecho, sobre el delito de negociación incompatible se ha señalado que “los supuestos más graves son aquellos en los que el funcionario se

---

<sup>677</sup> CASTILLO ALVA, J., “Negociación incompatible”, op. cit., págs. 595- 597.

<sup>678</sup> CASTILLO ALVA, J., “Negociación incompatible”, op. cit., págs. 593-594.



interesa por la adjudicación de las contrataciones a grandes empresas o consorcios con quien le une acuerdos no demostrables; o aquellos otros supuestos en los que el funcionario luego de cesar de la administración pública aparece desempeñando cargos en empresas privadas que mantenían intereses patrimoniales en pugna con la institución pública donde trabajaba”<sup>679</sup>.

Evidentemente, no bastará con que alguna de las conductas citadas sea realizada por el funcionario o servidor público sino que estas deberán, en el marco del desempeño de su actividad prestacional, ser relevantes para determinar el desvío de poder pretendido por el autor.

En ese sentido, el injusto típico del delito no estará determinado por la infracción al deber de abstención –como en el caso de una incompatibilidad-, sino que se requerirá la realización de uno o varios actos que permitan sostener la vulneración al principio de imparcialidad, que perjudicando la objetividad de la actividad contractual, la ponga en riesgo.

Así por ejemplo, no podrá tener a misma calificación la preparación de un expediente técnico formulado para beneficiar a la empresa de un familiar del funcionario público a que, en el marco de un procedimiento de contratación, un funcionario de un visto bueno a un procedimiento que no incida de manera determinante en este.

### **3. La subsidiariedad de los tipos**

Se ha adelantado en la introducción como en el Capítulo 2 de este trabajo, que los delitos bajo estudio han sido cuestionados no sólo por la dificultad de su aplicación para los operadores de justicia, sino además, porque pareciera que sancionan un mismo *iter criminis*, lo que ha llevado a que algún sector de la doctrina sostenga que no era necesario otorgarle sanción penal a cada una de estas conductas.

---

<sup>679</sup> CASTILLO ALVA, J., “Negociación incompatible”, op. cit., pág. 595.

Abanto Vásquez empieza el análisis del delito de colusión señalando que su inclusión en el Código penal del Perú demuestra “la pésima técnica del legislador penal peruano”<sup>680</sup>. Para el autor, los delitos contra la Administración pública tipificados en nuestro Código siguen el modelo argentino, el cual no contempla el delito de colusión, por recoger el delito de negociación incompatible, cuyo contenido es similar al primero.

En esa medida, ambas figuras resultan excluyentes, por lo que para Abanto no existe justificación en la inclusión de la conducta tipificada en el artículo 384º, que deriva del delito de fraude del Código penal español.<sup>681</sup> Sin embargo, estando vigente ambos tipos, Abanto considera que el interés indebido propio del delito de negociación incompatible representa un acto de tentativa en el delito de colusión<sup>682</sup>.

En ese marco, existen además posiciones doctrinales que complican la definición típica de cada delito. Así por ejemplo, respecto al delito de colusión ha señalado Frisancho Aparicio que “el agente lleva a cabo la acción guiado por intereses distintos a los de la Administración (...) Ha de presentarse una incompatibilidad total o parcial entre las atribuciones legales del cargo o comisión que se le han designado y los convenios que realiza”<sup>683</sup>.

Con lo anterior, puede pensarse válidamente que los delitos de colusión y negociación incompatible sancionan un mismo *iter criminis* y que bastaría sancionar una sola de estas, por ejemplo la colusión, pudiendo comprenderse la negociación incompatible como supuesto de tentativa.

---

<sup>680</sup> ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 308.

<sup>681</sup> Ibid.

<sup>682</sup> Según el referido autor, “salta a la vista que ha habido un adelantamiento de las barreras del Derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública. Es así que esta figura supone, en gran parte, una conducta previa al fraude a la Administración pública.” ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 506.

<sup>683</sup> FRISANCHO APARICIO, M., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 315.

Sin embargo, la necesidad político criminal de proteger la actividad contractual del Estado, ha llevado a legislaciones como la peruana a sancionar penalmente diversos aspectos del desvío de poder realizado por funcionarios públicos, tanto individualmente como en acuerdo con particulares.

De esta manera, se pretende combatir la corrupción como fenómeno que ha copado los procedimientos de contratación estatal y que consideramos ejercerá un efecto preventivo general óptimo que, con la identificación de los elementos típicos de cada delito y su configuración, aportarán en la lucha contra la corrupción.

Ahora bien, debe mencionarse que el Código penal español de 1822 y el de 1973 tipificaron un tipo base y agravado del delito de fraude, que se corresponden con la negociación incompatible y la colusión respectivamente. En efecto, el artículo 400º del Código penal español sancionaba al “funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contrata, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, provincia o municipio”. Por su parte, el artículo 401º sancionaba al “funcionario público que, directa o indirectamente, se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo”.<sup>684</sup>

A partir de ello, se entendió que el comportamiento base del delito de fraude consistía en *interesarse* en cualquier clase de contrato u operación en que intervenga, sea en forma directa o indirecta; mientras el tipo agravado, en

---

<sup>684</sup> Al respecto se ha señalado que “bajo el concepto de «fraude» incluimos todos los delitos contenidos en el cap. XI, a excepción de las «exacciones ilegales» previstas en el art. 402. Son preceptos de honda raigambre en nuestras leyes, donde se encuentran ya en el C. p. 1822 (1). La redacción actual procede del C. p. 1848 (2), sin variaciones sustanciales en las sucesivas reformas de 1850 (3), 1870 (4), 1932 (5) y 1944, ni tampoco en 1928 (6) o en los proyectos (7)”. RODRÍGUEZ DEVESA J. Y A., SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, op. cit., pág. 1190.

que su concreción ha de ser de *concierto* con los interesados o especuladores o de *cualquier otro artificio* para defraudar.<sup>685</sup>

En la actualidad ambos tipos penales se mantienen en el ordenamiento español, con la diferencia que han sido reubicados pues se ha considerado que el delito de fraude protege el patrimonio público, mientras las negociaciones prohibidas han sido ubicadas en un capítulo que lleva el mismo nombre y que protegería la imparcialidad de la Administración pública<sup>686</sup>.

Bajo nuestra concepción de bien jurídico, sin embargo, se trataría de dos conductas que colocan en peligro abstracto a la actividad contractual del Estado. En el caso de la colusión, el bien jurídico se pone en peligro mediante la concertación parcializada entre el funcionario y el particular con el fin de defraudar al Estado; cuando estemos frente a la negociación incompatible se tratará de actos de interés parcializado para favorecer intereses particulares.

## **II. Los elementos típicos comunes de los delitos de colusión y negociación incompatible**

### **1. Los procedimientos de contratación estatal como el ámbito de aplicación de los delitos de colusión y negociación incompatible**

Los delitos de colusión y negociación incompatible son los tipos penales comprendidos en el Capítulo XVIII de nuestro Código Penal “Delitos contra la

---

<sup>685</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 380. En el mismo sentido, CUELLO CALÓN, A., *Derecho penal. Parte especial*, T. II, 14<sup>º</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1980, pág. 466.

<sup>686</sup> CUGAT MAURI, M., “Lección N<sup>º</sup> 16. Negociaciones prohibidas”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, F. (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial. III. Delitos contra la Administración pública y de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 586.

Administración Pública”, cuyo ámbito de aplicación recae en los procedimientos de contratación que celebra el Estado<sup>687</sup>.

Ciertamente, el artículo 384° del Código Penal peruano exige que la conducta típica se cometa en *cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación del Estado*; mientras el artículo 399° del Código Penal se refiere a *cualquier contrato u operación en que intervenga el funcionario o servidor público por razón de su cargo*.

La descripción que realiza el legislador acerca del ámbito de aplicación de estos delitos no ha sido la más adecuada. Sin duda, su intención ha sido sancionar la conducta de los funcionarios públicos encargados de los diversos procedimientos de contratación que realiza el Estado en cada uno de los regímenes de contratación que ha implementado.

De ahí que, cuando en el delito de colusión se habla de *modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios* parece intentar comprender al Régimen General de Contratación Pública normado, en la actualidad, por la Ley N° 30225 y su Reglamento. Cuando el tipo penal menciona a las *concesiones*, se refiere a uno de los Regímenes Especiales de Contratación, entre los que se comprende a los contratos de Concesión de Obras de Infraestructura Pública y Servicios Públicos, regulados actualmente por el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento. Con la cláusula abierta *cualquier operación del Estado*, el delito abarca el resto de los Regímenes Especiales de Contratación.

En el caso del delito de negociación incompatible, el legislador ha colocado también una cláusula abierta al referirse a *cualquier contrato u operación en que intervenga el funcionario o servidor público por razón de su*

---

<sup>687</sup> Esto no significa que en el marco de un procedimiento de contratación no puedan cometerse otros delitos como el cohecho, la malversación o el peculado. Por lo demás, como especificamos en el Capítulo 2, la actividad contractual del Estado se constituye en bien jurídico protegido por ambos delitos.

*cargo*. Si se toma en cuenta que el funcionario o servidor público en ejercicio de su cargo realizará contratos u operaciones de índole pública, comprende entonces todos los Regímenes de Contratación que el Estado puede realizar a través de sus respectivos procedimientos.

Como vimos en el Capítulo 1, estos procedimientos otorgan orden y transparencia a las contrataciones que realiza el Estado pero además se constituyen en barreras de contención o filtro jurídico frente a actos de corrupción. En esa medida, tal como hemos determinado en el Capítulo 1, el procedimiento puede direccionarse en sus diversas fases o etapas; por ello, ninguna es más importante que otra.

Esto, sin embargo, no ha sido comprendido por algunos juzgadores que parecen entender que las conductas típicas de los delitos de colusión y negociación incompatible sólo pueden cometerse en determinadas fases o etapas del procedimiento. En el caso del Régimen General de Contrataciones, por ejemplo, suelen centrarse en la fase de selección que inicia con la convocatoria hasta el otorgamiento de la buena pro y la firma del contrato.

Existen, por ello, pronunciamientos que limitan el campo de acción de los delitos bajo estudio a “todos los procedimientos de un proceso de contratación pública que concluye con el consentimiento y otorgamiento de la buena pro”<sup>688</sup>. De hecho, en el Informe Defensorial N° 168 se da cuenta de la preocupación de ciertos fiscales en cuanto a que, para algunos jueces, la conducta delictiva de colusión sólo puede ser cometida por el Comité Especial o el encargado de compras, es decir, los funcionarios que llevan a cabo la fase de selección del procedimiento de contratación<sup>689</sup>.

El problema para delimitar el ámbito de aplicación de estos delitos parte, a nuestro parecer, de la diversidad, dispersión y complejidad de los Regímenes

---

<sup>688</sup> RN N° 661-2009, en: NAKASAKI SERVIGÓN, C., *Los delitos contra la Administración pública en la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, págs. 443-447.

<sup>689</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N° 168*, op. cit., pág. 58.

de Contratación estatal que operan en nuestro sistema jurídico. Como señalamos en el Capítulo 1, existe un Régimen General de Contratación sistematizado en la Ley N° 30225 “Ley de Contrataciones” y su Reglamento. Este régimen comprende la actividad de todas las entidades públicas para proveerse de bienes, servicios u obras, y por las cuales el Estado desembolsa un pago proveniente de fondos públicos.

A la vez, existen Regímenes Especiales de Contratación estatal. Estos están comprendidos en diversas normas dispersas en nuestro ordenamiento jurídico, responden a las particularidades de la materia contractual y en ciertos casos, no implican desembolsos de dinero público (o por lo menos, no de forma total). Un ejemplo de estos regímenes son los Contratos de Concesión de Obras de Infraestructura Pública y Servicios Públicos, en los que un privado invierte en la realización de determinada obra o servicio para la cual el Estado no se abastece y este compensa al particular permitiéndole el cobro de tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de inversiones.

Como vimos en el Capítulo 1, los Contratos de Concesión de Obras de Infraestructura Pública y Servicios Públicos están regulados por el Decreto Legislativo N° 1012 “Ley marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada”, el Decreto Supremo N° 127-2014-EF “Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012” y el Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su Reglamento; sin embargo, estas normas serán derogadas cuando se apruebe el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 “Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos”.

Así como los Contratos Concesión de Obras de Infraestructura Pública y Servicios Públicos, existen otros Regímenes Especiales de Contratación regulados en distintas normas y a distintos niveles de gobierno: nacional, regional o local. Por ello, urgen esfuerzos de revisión, organización y sistematización en este campo. Mientras tanto, el operador de justicia debe

remitirse a las normas pertinentes de cada régimen y detenerse en la revisión de los procedimientos establecidos para la contratación.

Ahora bien, la estructuración de los procedimientos administrativos varía según cada régimen, siendo que algunos resultan más claros que otros. Si bien no se plantea una sobrerregulación en este campo, consideramos que debe hacerse el esfuerzo de sistematizar sus fases, etapas y funcionarios encargados, a fin de brindar mayor estabilidad a la contratación entre el Estado y el particular, pero también, permitir que los procedimientos eviten –en la medida de lo posible- actos de corrupción.

En ese camino, la nomenclatura que utilice el legislador debe también ser un referente para la interpretación de los operadores de justicia. En el caso del procedimiento del Régimen General de Contratación, por ejemplo, la nomenclatura utilizada lleva a las confusiones reseñadas párrafos arriba, es decir, considerar que sólo en la fase de selección pueden cometerse actos de corrupción.

Explicamos en el Capítulo 1 que a fin de resguardar el correcto funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito de la contratación estatal, el Régimen General de Contratación ha establecido un procedimiento dividido en tres fases: la fase preparatoria, la fase de selección y la fase de ejecución, cada una de ellas, dividida a su vez en etapas.

En la fase de selección se han establecido, además, modalidades para la elección del postor, pues esta fase termina con el otorgamiento de la buena pro y la firma del contrato con el ganador. De acuerdo a la Ley N° 30225 y su Reglamento, los siguientes métodos de elección del postor son los siguientes: licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, contratación directa, selección de consultores individuales, comparación de precios y subasta electrónica inversa.

Estas modalidades han sido denominadas por Ley N° 30225 y su Proyecto de Reglamento como “procedimientos de selección” o “métodos de



contratación”. A partir de ello, la nomenclatura utilizada lleva a entender que el procedimiento de contratación sólo se desarrolla en la fase de selección y no comprende la fase preparatoria y de ejecución contractual, a las que en ningún momento se les antepone el término “procedimiento” o “proceso”.

Sin embargo, debe tenerse claro que el procedimiento de contratación del Régimen General comprende las tres fases, siendo que todas ellas revisten la misma importancia y en las tres pueden cometerse actos de corrupción. Por estas razones y a fin de evitar confusiones, hemos propuesto denominar a los “procedimientos o procesos de selección” como “métodos de selección”, término que comprenderá las distintas modalidades reguladas para la elección de un postor durante la fase de selección del procedimiento de contratación.

De esa manera, pretendemos hacer notar lo que la nomenclatura de la Ley de Contrataciones lleva a confundir, es decir, que el procedimiento comprende las actuaciones que se realicen en las tres fases ya mencionadas. Con ello, queda claro además, que en las tres fases pueden cometerse actos de corrupción.

De hecho, como ya señalamos en el Capítulo 1, en un reciente trabajo que analiza las redes de corrupción en el sector Transportes y Comunicaciones (Provías), se ha concluido que “gran parte de los actos de corrupción se dan en la etapa de los actos preparatorios pues es en la determinación de las obras que se ejecutarán cada año y en la elaboración de los expedientes técnicos donde se producirán las principales coordinaciones entre los actores a fin de consolidar los actos de corrupción”<sup>690</sup>.

En esa medida, guiándonos de las etapas que hemos identificado en el procedimiento de contratación del Régimen General a las que pueden agregarse más o menos dependiendo del método de selección que se siga, como en razón de otros factores que deberán analizarse en el caso concreto, los delitos de colusión y negociación incompatible podrán ser cometidos en

---

<sup>690</sup> HERNÁNDEZ DIEZ, S. (2014), *Estructura de las redes de corrupción*, op. cit., pág. 31.

todas las etapas y particularidades de las fases preparatoria, de selección y de ejecución, que enumeramos de manera enunciativa en lo que sigue:

- Determinación de necesidades
- Determinación del valor estimado o referencial
- Plan Anual de Contrataciones
- Expediente técnico
- Designación del Comité de Selección
- Elaboración de las Bases
- Aprobación de las Bases
- Convocatoria
- Registro de participantes
- Formulación y Absolución de Consultas
- Formulación y Absolución de Observaciones
- Integración de las Bases
- Presentación de propuestas
- Evaluación y calificación de propuestas
- Otorgamiento de la Buena Pro
- Firma del Contrato
- Subcontratación
- Prestaciones adicionales
- Reducción de prestaciones
- Ampliación del plazo

- Recepción y Conformidad
- Liquidación

En esa misma línea, cuando se analicen los Regímenes Especiales de Contratación, los delitos de colusión y negociación incompatible podrán ser cometidos en cualquiera de sus fases o etapas. Si nos detenemos, por ejemplo, en los Contratos Concesión de Obras de Infraestructura Pública y Servicios Públicos, el operador de justicia deberá analizar en lo que hemos denominada fase preparatoria del procedimiento de promoción de la inversión privada por iniciativa estatal, –entre otras que considere convenientes- las siguientes etapas:

- Informe de Evaluación de Proyecto de Inversión.
- Incorporación del Proyecto de Inversión al Procedimiento de Promoción de la Inversión Privada.
- Diseño del Proyecto de Inversión.
- Proyecto de Inversión.
- Opinión del Ministerio de Economía y Finanzas respecto del otorgamiento de garantías/ responsabilidad fiscal y capacidad presupuestal.

En cuanto a la fase preparatoria del procedimiento de promoción de la inversión privada por iniciativa privada autosostenible, deberá analizarse –entre otras que se considere convenientes-:

- Admisión a trámite de Propuesta de Iniciativa Privada.
- Opinión favorable de la Entidad respecto a la Propuesta de Iniciativa Privada.
- Introducción de ampliaciones o modificaciones a la Propuesta de Iniciativa Privada.

- Aprobación de las ampliaciones y modificaciones propuestas por parte de la Entidad.
- Evaluación de Propuesta de Iniciativa Privada.
- Propuesta de Declaración de Interés.
- Declaración de Interés.
- Opinión favorable respecto de garantías por parte del Ministerio de Economía.
- Opinión favorable respecto de tarifas por parte del Organismo Regulador.

Por su parte, en lo que respecta a la fase preparatoria del procedimiento de promoción de la inversión privada por iniciativa privada cofinanciada, el operador de justicia deberá analizar –entre otras que se considere convenientes- las siguientes etapas:

- Admisión a trámite de Propuesta de Iniciativa Privada.
- Opinión favorable de la Entidad respecto a la Propuesta de Iniciativa Privada.
- Viabilidad del Proyecto.
- Introducción de ampliaciones o modificaciones a la Propuesta de Iniciativa Privada.
- Aprobación de las ampliaciones y modificaciones propuestas por parte de la Entidad.
- Evaluación de Propuesta de Iniciativa Privada.
- Propuesta de Declaración de Interés.
- Declaración de Interés.

- Opinión favorable respecto de garantías por parte del Ministerio de Economía.
- Opinión favorable respecto de tarifas por parte del Organismo Regulador.
- Informe de la Contraloría General de la República.

Conviene señalar que la determinación de las etapas de lo que podría denominarse fase de selección y ejecución del contrato de concesión de infraestructura pública y servicios públicos, dependerá de las normas que en materia de concesión dicten las entidades que lleven a cabo el procedimiento contractual y de los lineamientos establecidos en las bases, pues el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento no han sido específicas en este punto.

En todo caso, el Decreto Legislativo N° 1224 parece dotar de mayor especificidad a las fases del procedimiento de contratación por concesión de obras de infraestructura pública y servicios públicos, en tanto su artículo 14° numeral 1) establece que las Asociaciones Público Privadas, independientemente de su clasificación y origen, se sujetan a las siguientes fases:

- Planeamiento y programación: comprende la planificación de proyectos y compromisos, pudiendo también incluir las necesidades de intervención mediante la modalidad de Asociaciones Público Privadas, bajo responsabilidad del Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local, las cuales se materializan en el Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas, a más tardar el 16 de febrero de cada año. La presentación de las iniciativas privadas no se limita al contenido del referido informe.
- Formulación: comprende el diseño del proyecto y/o evaluación del mismo, a cargo del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, o Proinversión en el marco de sus competencias. En caso de Asociaciones

Público Privadas cofinanciadas que contengan uno o más proyectos de inversión pública, la formulación se sujeta a la normativa del Sistema Nacional de Inversión Pública. Todos los estudios requeridos para la formulación de los proyectos pueden ser elaborados por una entidad privada conforme a la normatividad vigente o el proponente de una iniciativa privada, de corresponder.

- Estructuración: comprende el diseño del proyecto como Asociación Público Privada, incluida su estructuración económico financiera, mecanismo de retribución en caso corresponda, asignación de riesgos y el diseño del contrato a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada, quien debe coordinar con el Ministerio, organismo regulador de corresponder y el Ministerio de Economía y Finanzas.
- Transacción: comprende la apertura al mercado del proyecto. El Organismo Promotor de la Inversión Privada recibe y evalúa los comentarios de los postores, determina el mecanismo aplicable, el cual podrá ser la licitación pública, concurso de proyectos integrales u otros mecanismos competitivos. Tratándose de iniciativas privadas esta fase se inicia con la publicación de la Declaratoria de Interés.
- Ejecución contractual: comprende el periodo de vigencia del contrato de Asociación Público Privada, bajo responsabilidad del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local. Asimismo, comprende el seguimiento y supervisión de las obligaciones contractuales.

A partir de lo anterior, entonces, debe quedar claro que la concertación para defraudar al Estado entre un particular y un funcionario público o el interés indebido que este denote respecto de *cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación del Estado o de cualquier contrato u operación en que intervenga el funcionario o servidor público por razón de su cargo* comprende a los procedimientos de todos y cada uno de los Regímenes de Contratación

estatal existentes en nuestro ordenamiento jurídico y con ello, a cada una de las fases o etapas que dichos procedimientos comprendan.

Como nota final, conviene revisar una objeción que, indirectamente, se planteó a la delimitación del ámbito de aplicación de los delitos de colusión y negociación incompatible que aquí defendemos. En el año 2011, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República emitió Dictamen respecto del Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ que proponía modificar, entre otros, el delito de colusión.

El Poder Judicial, ente que presentó el proyecto, propuso respecto al ámbito de aplicación del delito de colusión que se acogiera una fórmula amplia, según la cual, se sancionaba al funcionario o servidor público que se concertara para defraudar al Estado *en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública*<sup>691</sup>.

Frente a esta modificación, el Dictamen emitido por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República determinó que “ampliar la criminalización de los actos de colusión para comprender como delictivos actos que -incluso- se inicien en el momento de la generación de la necesidad, el requerimiento, la convocatoria, la presentación de propuesta, la evaluación, etc. implicaría una injerencia punitiva que dejaría sin piso a los ámbitos de relevancia administrativa regulados por el organismo de control supervisor de las contrataciones del Estado (OSCE)”<sup>692</sup>.

---

<sup>691</sup> Corte Suprema de Justicia de la República, Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ, pág. 8. (Disponible en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc\\_expdig\\_2006.nsf/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc\\_expdig\\_2006.nsf/Agenda/EAE68C8783425F54052578AE007123E4?opendocument](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_expdig_2006.nsf/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_expdig_2006.nsf/Agenda/EAE68C8783425F54052578AE007123E4?opendocument); fecha de consulta: 07.02.2012).

<sup>692</sup> Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ que propone modificar los artículos 376°, 384°, 387°, 388°, 389°, 400° y 401° del Código Penal, reforma de los Delitos contra la Administración Pública, pág. 4. (Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc\\_expdig\\_2006.nsf/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc\\_expdig\\_2006.nsf/Agenda/EAE68C8783425F54052578AE007123E4?opendocument](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_expdig_2006.nsf/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_expdig_2006.nsf/Agenda/EAE68C8783425F54052578AE007123E4?opendocument); fecha de consulta: 07/02/2012).

A partir de ello, aunque la fórmula legal planteada por el dictamen sancionaba los actos de concertación entre funcionarios públicos y particulares *en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos*, tal parece que estos no comprenderían la fase preparatoria del procedimiento contractual y se restringirían más bien, al otorgamiento de la buena pro y la firma del contrato, pues de la fase de ejecución no se emitió opinión.

El argumento para dicha interpretación radica, según el referido dictamen, en que los actos preparatorios de un procedimiento de contratación estatal y las incidencias que en ella se produzcan, deben reservarse a los organismos administrativos como el OSCE, incluso si se trata de actos de corrupción que revisten índole penal. Lo contrario, es decir, remitir estos casos al Ministerio Público y al Poder Judicial, implicaría según el dictamen, una injerencia irrazonable en el ámbito administrativo.

Al respecto, conviene señalar que la argumentación esbozada por el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República desconoce varios puntos. En primer término, que en la fase preparatoria o en los actos preparatorios de los procedimientos de contratación estatal, se producen graves actos de corrupción que permiten direccionar toda la contratación.

De otro lado, no se puede diferenciar la intervención del Derecho Administrativo Sancionador y del Derecho Penal a partir de la fase del procedimiento de contratación de la que se trate. Es decir, no existe fundamento para determinar que en la fase de preparación no intervenga el Derecho Penal y en ciertas etapas de la fase de selección, sí.

En realidad, la intervención del Derecho Administrativo Sancionador y del Derecho Penal viene determinada, como vimos en el Capítulo 1, por la gravedad del ataque al bien jurídico que se manifiesta en los elementos exigidos en la infracción administrativa o el delito.



Efectivamente, el alcance de lo prohibido en sede administrativa es menor a lo prohibido en sede penal; y es que, debido a la gravedad que este importa la exigencia para su aplicación debe ser mayor. En esa medida, mientras la configuración de la infracción administrativa no requiere más que la acreditación de la conducta descrita, la gravedad del ataque al bien jurídico y su consecuente sanción penal, necesitan de la realización y verificación de otros elementos.

Ciertamente, los tipos penales exigen una afectación mayor al bien jurídico que se extrae de la descripción típica y de la interpretación de esta respetando el sentido literal posible de los términos. Por estas razones, García-Cobián enfatiza que el análisis para distinguir una infracción administrativa de un delito, debe comprender entre otras cosas: la gravedad de los hechos; la realización dolosa de la conducta y cuando sea requerido, la presencia de un elemento de tendencia interna trascendente; la ausencia de una causa de justificación penal o la adecuación social de la conducta<sup>693</sup>.

Por estas razones, en la fase preparatoria o actos preparatorios, en la fase de selección o las etapas para elegir al postor ganador y en la fase de ejecución del contrato estatal pueden cometerse infracciones administrativas o delitos como el de colusión y negociación incompatible. La diferencia no está en la fase del procedimiento sino, como se ha enfatizado, en la intensidad de la agresión al correcto funcionamiento de la Administración Pública.

## **2. Los delitos de colusión y negociación incompatible como delitos funcionariales**

De la descripción típica de los delitos de colusión y negociación incompatible se desprende que son delitos especiales, es decir, sólo podrán ser autores de ellos quienes posean la cualificación requerida en el tipo

---

<sup>693</sup> GARCÍA COBIÁN CASTRO, E., "Control gubernamental del gasto público en el Estado constitucional", op. cit., pág. 472.

penal<sup>694</sup>. En el caso de los delitos bajo análisis, esta cualificación exige que el autor sea un funcionario o servidor público.

A partir de ello, podemos señalar que se trata de delitos funcionariales, por lo que conviene determinar qué se entiende por funcionario o servidor público a efectos penales. Al respecto, el artículo 425° del Código Penal peruano señala que:

*“Son 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 cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ellos 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 designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.*
- 7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.”*

---

<sup>694</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal*, op. cit., pág. 338.

Como puede observarse, el Código Penal no ofrece una definición de funcionario o servidor público; en realidad, establece una lista extensa de quienes pueden poseer dicha cualidad. Esta extensión radica, sobre todo, en la cláusula abierta contenida en el numeral 7) del artículo 425° que permite considerar funcionario público a efectos penales a todos los indicados por la Constitución y la ley.

A partir de la lista expuesta, lo que queda claro y es opinión dominante en la doctrina es que la definición penal de funcionario público o servidor público no coincide con las ofrecidas por otros campos del derecho como el administrativo o el laboral. En realidad, cada concepto responde a los fines perseguidos por la materia que los comprende, de ahí que no exista necesaria coincidencia entre estos.

Si nos detenemos en los numerales 2) y 3) del artículo 425°, por ejemplo, se considera funcionario o servidor público a efectos penales a quien desempeñe cargo político o de confianza, como al que posea vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial estatal. Sin embargo, cuando el artículo 40° de la Constitución peruana define a los comprendidos en la carrera administrativa, excluye a estas personas<sup>695</sup>.

---

<sup>695</sup>

El artículo 40° de la Constitución Política del Perú establece que:

*“Artículo 40°.- La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.”*

Conviene señalar que, a diferencia del criterio sostenido unánimemente en la actualidad, alguna sentencia no observó la diferencia entre el concepto penal y administrativo de funcionario público. Al respecto, en la Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente N° 1888-94 se sostuvo que “el segundo párrafo de la Constitución política vigente establece que no están comprendidos en la función pública los

Como explica Abanto, “la intención del legislador con estas disposiciones legales específicas sobre el concepto de funcionario público radica en que quiere indicar al intérprete que no debe entender solamente al funcionario público administrativo como sujeto activo o pasivo del delito, sino a aquellos otros que ejercen funciones públicas”<sup>696</sup>.

A partir de lo anterior, la jurisprudencia peruana ha ido definiendo quienes ejercen funciones públicas, en qué condiciones y desde cuándo. En ese contexto, ha considerado funcionario público a “la persona que, jurídica, jerárquica o disciplinariamente se haya integrado a un organismo o entidad pública, sea cual fuere su régimen laboral, siempre que este tenga funciones de gobierno nacional, regional, local, legislativo, ejecutivo, jurisdiccional, electoral, de control fiscal o la de servicio público a la Nación”<sup>697</sup>.

A su vez, ha comprendido a “toda persona que en virtud de designación o investidura otorgada por elecciones populares o autoridad competente, dentro de un contexto de normas y condiciones establecidas, se encarga de declarar o ejecutar la voluntad del Estado para realizar un fin público”<sup>698</sup>.

Posteriormente, la jurisprudencia ha entendido que los funcionarios de facto poseen también la cualificación de funcionario público. En ese sentido, quienes realizan determinados actos con la aquiescencia o por la negligencia de órganos superiores, a pesar de no poseer la competencia legal o formal para su realización, son considerados sujetos activos de delitos funcionariales.

---

trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, con lo cual se abroga el inciso tercero del artículo 425° del Código Penal”. ROJAS VARGAS, F., *Jurisprudencia Penal*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pág. 625.

<sup>696</sup> ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 34.

<sup>697</sup> Expediente N° 1556-96, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 37.

<sup>698</sup> Expediente N° 429-96, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 37.

Esta línea jurisprudencial fue la base para condenar por el delito de peculado<sup>699</sup> a un funcionario que formalmente ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, cuando en realidad, ejercía como Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional y disponía del dinero público asignado para corromper políticos, dueños de canales de televisión, etc.

La condena de la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, basada en el criterio de la Corte Suprema de Justicia<sup>700</sup> y el Tribunal Constitucional<sup>701</sup>, interpretó que el artículo 425° no hacía una distinción expresa entre funcionario de derecho o de hecho; como

---

<sup>699</sup> El delito de peculado se encuentra regulado en el Código Penal peruano de la siguiente manera:

*“Artículo 387.- El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (...).*

*Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.”*

<sup>700</sup> Al respecto, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema señaló que “el procesado Montesinos, al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado; por lo que al financiar la campaña política de su co-procesado Bedoya de Vivanco, incurrió en el delito de peculado en calidad de autor”. R.N.1813-2003, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 39.

<sup>701</sup> El Tribunal Constitucional dejó establecido a propósito de la demanda de habeas corpus presentada por el procesado Montesinos Torres contra la sentencia condenatoria emitida el 14 de noviembre del 2003 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia que “si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos público, por lo que puede considerarse sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387° del Código Penal”. Expediente N° 2758-2004-HC/TC, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 39.

consecuencia de ello, “el requerimiento legal no está circunscrito a una formal y legal competencia de administrador o custodio, sino más bien de manera amplia a la posibilidad cierta, real y concreta de disponibilidad que tenga un funcionario, respecto de bienes públicos, vale decir, que la responsabilidad no gira en torno a la atribución legal formal que tiene el funcionario”<sup>702</sup>.

A su vez, la jurisprudencia ha considerado como funcionarios públicos a los miembros de entidades públicas que no perciban una remuneración, como es el caso de los bomberos. La Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima arribó a dicha conclusión señalando que según el artículo 1º de la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita y ratificada por el Perú, es funcionario público todo aquel que desempeñe actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos e incluso sin percibir remuneración<sup>703</sup>.

Sumado a lo anterior, los tribunales han comprendido como funcionario público a aquel que habiendo sido electo o designado, no ejerce oficialmente sus funciones. Ciertamente, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia condenó por el delito de cohecho pasivo propio a un Congresista de la República que luego de ser elegido pero antes de juramentar al cargo, cometió actos de corrupción.

Al respecto, la Corte Suprema consideró que debido a que el artículo 93º de la Constitución establece que los congresistas tienen derecho al antejuicio desde que son elegidos, entonces, desde el momento de su elección tienen las obligaciones propias de su cargo y son pasibles de cometer un delito funcional.

---

<sup>702</sup> Expediente N° 045-2001. (Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/etiqueta/proyecto-anticorrupcion/>; fecha de consulta 20.01.2012)

<sup>703</sup> Expediente N° 032-2006, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 37.

En el fondo, las sentencias reseñadas han delimitado el concepto penal de funcionario o servidor público a partir de dos elementos: su incorporación a la actividad pública y el ejercicio de la función pública. La incorporación a la actividad pública puede realizarse de diversas formas, de la revisión del artículo 425° del Código Penal, estas pueden resumirse en tres: por mandato de ley, por elección y por nombramiento de persona competente.

Con ello se abarca a los comprendidos en la carrera administrativa, los que desempeñan cargos políticos o de confianza, los que mantienen vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

A estos supuestos, el numeral 4) del artículo 425° del Código Penal añade el caso de particulares a los cuales expresamente les asigna la cualidad de funcionario público. Este es el caso de los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente.

El fundamento de la responsabilidad penal, en este caso, radica en “la respuesta del legislador penal a la necesidad de romper la rígida distinción entre el funcionario y el particular colaborador de la función pública, para dar cabida a supuestos intermedios en los que el interés público exige, por un lado, la incorporación de elementos profesionales con sus propias características (organización, competencia, iniciativa, etc.), pero de otro exige también su sometimiento a un orden general y al control penal cuando su actuación sea lesiva para aquel interés”<sup>704</sup>.

---

<sup>704</sup> VALEIJE, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública””, en: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 62, 1997, pág. 495.

El segundo elemento para adquirir la calidad de funcionario público, consiste en que la persona incorporada a la actividad pública realice funciones públicas. En esa medida, resulta vital asumir una definición de estas.

Sobre el particular, Valeije recuerda que han existido diversas formas de conceptualizar la función pública. Una primera posición la define a partir de los objetivos que esta debe perseguir, entre ellos, el bien común, el interés social, etc. (criterio teleológico); una segunda posición la define como los actos realizados mediante Derecho Público (criterio formal); y una tercera combina el criterio teleológico con el formal<sup>705</sup>.

En ese marco, explica la autora que el criterio teleológico no puede ser de recibo por cuanto la decisión de perseguir determinados fines constituye una cuestión política que varía en el tiempo, de país a país y depende de cada gobierno; por tanto, su naturaleza coyuntural resulta incompatible con el principio de taxatividad propio del Derecho Penal<sup>706</sup>.

La autora tampoco es partidaria del criterio formal toda vez que este desconoce que cotidianamente la Administración promueve la inversión privada y con ello, el régimen de los actos que pone en marcha no sólo se vale de las reglas del Derecho Público, sino también del Derecho Privado<sup>707</sup>.

Por ello, para Valeije “la expresión función pública es sinónima del conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación, o lo que es lo mismo, función pública es toda aquella actividad material o jurídica que directa o indirectamente le es imputable. Lo esencial, pues, es la titularidad de

---

<sup>705</sup> VALEIJE, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público”, op. cit., págs. 464-465.

<sup>706</sup> VALEIJE, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público”, op. cit., págs. 466-467.

<sup>707</sup> VALEIJE, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público”, op. cit., pág. 467.



la actividad o función, siendo por el contrario un dato accidental la forma concreta de gestión a través de la cual este se desempeñe”<sup>708</sup>.

Sumado a los elementos anteriores, Valeije pero más nítidamente Abanto, considera que en la cualidad de funcionario público a efectos penales debe concurrir un elemento adicional. Este viene determinado por las propias especificaciones que realice el tipo penal.

En ese sentido, “en los tipos penales que señalan como autor a un funcionario público no basta con el mero hecho de tener dicha cualidad y haber realizado la conducta típica. Esta conducta típica deberá, además, significar siempre una violación del deber especial que tiene el funcionario público en relación con el objeto específico.”<sup>709</sup>

En esa medida, cuando se analice al sujeto activo de los delitos de colusión y negociación incompatible no sólo deberá requerirse que se trate de una persona incorporada a la actividad pública y que realice funciones públicas, sino que sus competencias impliquen una participación en los procedimientos de contratación.

Ciertamente, el artículo 384° del Código Penal peruano sanciona al funcionario o servidor público que, interviene 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 del Estado. A su vez, el artículo 399° del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene *por razón de su cargo*.

A manera de ejemplo, en el marco de un procedimiento de contratación propio del Régimen General de Contrataciones, podrán ser sujetos activos del delito todos o algunos de los siguientes funcionarios públicos, sin dejar de tener

---

<sup>708</sup> VALEIJE, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público”, op. cit., pág. 473.

<sup>709</sup> ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 32.

en cuenta lo que establezcan las Bases como el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad:

- Los integrantes del área usuaria encargados de la determinación de necesidades de la entidad.
- Los miembros del Órgano encargado de las contrataciones respecto a la determinación del valor estimado o referencial del bien, servicio y obra.
- El Titular de la entidad o el funcionario encargado a tal fin en la aprobación del Plan Anual de Contrataciones.
- El Órgano encargado de las contrataciones respecto de la elaboración del Expediente Técnico.
- El Titular de la entidad o el funcionario encargado a tal fin respecto a la designación del Comité de Selección.
- El Comité de Selección o el Órgano encargado de las Contrataciones respecto a la elaboración de las bases.
- El Titular de la entidad o el funcionario encargado a tal fin respecto a la aprobación de las Bases.
- El Comité de Selección respecto a la convocatoria al método de selección, el Registro de participantes, la Absolución de Consultas y Observaciones, la Integración de las Bases, la Evaluación y calificación de propuestas, el Otorgamiento de la Buena Pro y la Firma del Contrato.
- El Órgano de Administración o, en su caso, el órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la entidad respecto a la recepción y conformidad del bien o servicio. A su vez, el funcionario responsable

del área usuaria respecto al informe que deberá elaborar con la verificación del cumplimiento de las condiciones contractuales.

- En el caso de las obras, el Residente de Obra respecto a lo que indique en el Cuaderno de Obras. El Inspector o Supervisor de la Obra respecto a la ratificación del contenido del Cuaderno de Obras. El Comité de Recepción sobre la conformidad del fiel cumplimiento de las condiciones contractuales.

En cuanto al Régimen de los contratos de concesión de obras de infraestructura y servicios públicos, se puede identificar a manera de ejemplo, a los funcionarios pasibles de la comisión de los delitos de colusión y negociación incompatible que participan en lo que vendría a ser la fase preparatoria del procedimiento pues la identificación de los demás funcionarios dependerá de la regulación que se maneje para la fase de selección y ejecución del contrato.

En ese contexto, en la fase preparatoria del procedimiento de promoción de la inversión privada por iniciativa estatal interviene:

- El órgano designado por la entidad para la elaboración y aprobación del Informe de Evaluación de Proyecto de Inversión.
- El Organismo Promotor de la Inversión Privada mediante la incorporación del Proyecto de Inversión al Procedimiento de Promoción de la Inversión Privada como en el diseño preliminar y final del Proyecto de Inversión

En cuanto a la fase preparatoria del procedimiento de promoción de la inversión privada por iniciativa privada autosostenible, podrán ser sujetos activos de los delitos de colusión y negociación incompatible:

- El Organismo Promotor de la Inversión Privada para la Admisión a trámite de Propuesta de Iniciativa Privada, la Evaluación de Propuesta de Iniciativa Privada y la elaboración de la Propuesta de Declaración de Interés.

- El órgano máximo del Organismo Promotor de la Inversión Privada respecto a la aprobación de la Declaración de Interés.
- El órgano competente del Ministerio de Economía y Finanzas u Organismo Regulador respecto de los informes que les correspondan elaborar.

Finalmente, en la fase preparatoria del procedimiento de promoción de la inversión privada por iniciativa privada cofinanciada, podrán ser sujetos activos del delito de colusión y negociación incompatible:

- El órgano competente de PROINVERSION respecto de Admisión a trámite de Propuesta de Iniciativa Privada, la Evaluación de Propuesta de Iniciativa Privada, la elaboración de la Propuesta de Declaración de Interés y la aprobación de la Declaración de Interés.
- El órgano competente del Ministerio de Economía y Finanzas, Organismo Regulador o Contraloría General de la República respecto de los informes que les correspondan elaborar.

### **3. La participación del extraneus en los delitos de colusión y negociación incompatible**

Hemos señalado en el punto anterior, que los delitos de colusión y negociación incompatible constituyen delitos especiales, es decir, cualquiera no puede ser autor de aquellos sino sólo quienes cumplan con la cualificación establecida en el tipo.

Conviene señalar, al respecto, que existen delitos especiales que encuentran correlato en un delito común, es decir, “se trata de delitos en los que la calidad personal del sujeto (su condición de funcionario público, por

ejemplo) no es determinante puesto que el comportamiento tiene correspondencia con un delito común”<sup>710</sup>.

Este es el caso del delito de peculado, cuya conducta típica sanciona al *funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo*. Dicho comportamiento es similar a la conducta típica sancionada por el delito de hurto, según la cual, *el que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno* será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años<sup>711</sup>.

En el fondo, en los delitos especiales impropios “la cualidad solamente equivale a un elemento adicional que agrava (o eventualmente atenúa) el injusto ya existente en un delito común, de tal manera que si el sujeto activo no tuviera la cualidad exigida por el tipo especial, siempre podrá serle de aplicación el tipo penal común”<sup>712</sup>.

Por el contrario, “los delitos especiales propios están dotados de una especial característica cual es una determinada condición del sujeto activo, es decir, si éste no reúne los requisitos exigidos en el tipo el hecho deviene atípico por la falta de correspondencia del comportamiento con un delito común”<sup>713</sup>.

---

<sup>710</sup> REBOLLO VARGAS, R., “Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura”, en: *ADPCP*, V. LIII, 2000, pág. 135.

<sup>711</sup> Artículo 185º.- El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura de Embarcación.

<sup>712</sup> ABANTO VÁSQUEZ, M., “Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción de deber””, en: *Revista Penal*, N° 4, Julio, 2004, pág. 4.

<sup>713</sup> REBOLLO VARGAS, R., “Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales”, op. cit., pág. 135.

Este es el caso de los delitos de colusión y negociación incompatible, pues las conductas típicas del artículo 384° y 399° del Código Penal no se corresponden con algún delito común y la cualidad de funcionario o servidor público no agrava un comportamiento ya sancionado, sino que determina la autoría en razón de la relación o deber específico que estos poseen con el correcto funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito de los procedimientos de contratación que contemplan los diversos Regímenes de Contratación incorporados al ordenamiento jurídico peruano.

Ahora bien, debido a que estos delitos sólo podrán ser cometidos por los funcionarios o servidores públicos con la competencia descrita, conviene preguntarse cómo debe responder el Derecho Penal respecto a la participación de quienes intervengan en el hecho delictivo y no posean la cualificación requerida por los tipos penales bajo estudio<sup>714</sup>.

Este tema, vale decir, la autoría y participación en los delitos especiales propios (e impropios también), ha sido y sigue siendo materia de arduo debate. La doctrina penal intentó solucionar esta controversia a través de la Teoría del Dominio del Hecho<sup>715</sup>, según la cual, es autor “quien domina el hecho, esto es, quien con su actuación decide o tiene en las manos el sí y el cómo del acontecer típico, del proceso que desemboca en la producción del delito”<sup>716</sup>; mientras es partícipe quien colabora o instiga en el hecho pero no tiene el dominio del mismo.

---

<sup>714</sup> A partir del planteamiento realizado, queda claro que no asumimos el concepto unitario ni extensivo de autor por cuanto para aquellos, todo interviniente en el hecho delictivo debe ser considerado autor. Nos adherimos más bien al concepto restrictivo de autor.

<sup>715</sup> Nuestro análisis partirá desde la Teoría del Dominio del Hecho; sin embargo, conviene señalar que esta surgió luego de que la doctrina diera por insatisfactorias otras teorías, tales como, la Teoría subjetiva de la autoría, la Teoría del acuerdo previo, las Teorías objetivo-materiales y la Teoría objetivo-formal.

<sup>716</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Autoría y Participación”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 10, Santiago de Chile, 2008, pág. 19.

Bajo esta tesis, cuando se califique la autoría y participación en los delitos especiales propios podrán asumirse, a su vez, dos criterios o teorías. Según la Teoría de la Ruptura del Título de Imputación, responderá como autor del delito especial propio únicamente el sujeto cualificado (intraneus) mientras el sujeto no cualificado (extraneus) que participe en el delito, no será punible en ningún caso.

Ciertamente, esta teoría permite la sanción del extraneus como partícipe del delito común que se asemeje al delito especial, pero como ya hemos mencionado, esto sólo ocurre con los delitos especiales impropios, entre los que no se encuentran ni la colusión ni la negociación incompatible.

Frente a este vacío de punibilidad, se recurrió a la Teoría de la Unidad del Título de Imputación. Según esta, el extraneus que participe en la comisión del delito especial propio en ningún caso podrá ser autor del mismo; sin embargo, sí podrá ser cómplice o instigador de aquel.

El fundamento de lo anterior, radica en que “también al extraneus se dirigiría la norma subyacente al tipo penal, pues se trataría de proteger un interés determinado (un bien jurídico) y la protección no solamente sería de interés para todos, sino crearía también el deber, dirigido a todos, de no atentar contra esta protección”<sup>717</sup>.

Ahora bien, a pesar que esta última teoría aparenta cubrir los vacíos de punibilidad de su predecesora, resulta especialmente problemática para un supuesto no poco frecuente en los delitos especiales propios (e impropios). Se trata del supuesto en que el sujeto cualificado (intraneus) utiliza a un sujeto no cualificado (extraneus) para la comisión del delito, pero este último actúa voluntaria y conscientemente.

En otras palabras, no estamos propiamente frente al caso de una autoría mediata en la que el intraneus realiza el hecho típico a través de otra persona

---

<sup>717</sup> ABANTO VÁSQUEZ, M., “Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción de deber””, op. cit., pág. 6.

que actúa como instrumento, pues para ello, este último debería actuar mediante coacción, error, inimputabilidad o pertenecer a un aparato organizado de poder.

En realidad, el extraneus domina el hecho, en sus manos se encuentra el sí y el cómo del acontecer típico y por ello, no puede ser calificado como partícipe del hecho delictivo, sino como su autor. Sin embargo, en los delitos especiales propios es requisito indispensable que quien domine el hecho posea la cualificación especial requerida por el tipo; por ello, la conducta del extraneus es atípica y consecuentemente, la del intraneus también.

Este nuevo vacío de punibilidad, hizo que la doctrina replanteara la conveniencia de la Teoría del Dominio del Hecho para determinar la autoría y participación de los delitos especiales. Surgió así, de la mano de Claus Roxin, la Teoría de la Infracción del Deber.

Esta teoría comprendió que “existen tipos penales que per se no precisan de ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición del autor en el mundo de los deberes. Es decir, tipos penales que —dicho en términos más directos— sólo son imaginables mediante la infracción de un deber especial del actuante, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de funcionarios, en los que sólo el intraneus puede ser autor. En estos delitos no es la calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la administración pública”<sup>718</sup>.

El deber propio de este segundo grupo “no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes

---

<sup>718</sup> CARO JHON, J. (2003), “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en: Anuario de Derecho Penal, Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano, Friburgo, pág. 3, [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_06.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf), (20/05/2015).



extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho”<sup>719</sup>.

A partir de lo señalado, existirán “delitos de dominio” y “delitos de infracción de deber” y a cada uno le corresponderá reglas distintas para la determinación de la autoría y participación. Mientras a los primeros se les aplicará la Teoría del Dominio del Hecho; en los segundos dicho dominio no será trascendente para distinguir entre autor o partícipe. Como explica Abanto, “lo único que interesaría, para determinar la autoría, sería verificar que se haya producido la infracción del deber por parte del intraneus. Y cualquier extraneus que haya colaborado - de cualquier manera (o sea con dominio o no, antes o durante la ejecución de los hechos)- con el intraneus, será partícipe de este tipo de delitos”<sup>720</sup>.

Esta teoría ha sido mayoritariamente asumida por la jurisprudencia penal peruana para distinguir la autoría y participación en los Delitos contra la Administración Pública, entre ellos, la colusión y la negociación incompatible. Según el Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116, por ejemplo, “existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor – característica intrínsecas de los delitos cometidos por los funcionarios o servidores públicos”<sup>721</sup>.

En esa línea, la jurisprudencia ha sostenido que en los delitos de infracción de deber será “autor quien infrinja el deber, aunque no tenga el

---

<sup>719</sup> CARO JHON, J., “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, op. cit., pág. 6.

<sup>720</sup> ABANTO VÁSQUEZ, M., “Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción de deber””, op. cit., pág. 7.

<sup>721</sup> (Disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2ad295804bb381439e9adf40a5645add/Bolet%C3%ADn%20Jurisprudencial%20N%C2%B0%201.pdf?MOD=AJPERES>; fecha de consulta:3.10.2015)

dominio del hecho que finalmente ocasiona la lesión del objeto protegido. A su vez, serán partícipes los que, sin infringir el deber, tomen parte en el hecho. El hecho de los partícipes, en consecuencia, será referido a la acción del infractor del deber”<sup>722</sup>.

Debido a que la tesis propuesta por Roxin ha sido desarrollada con mayor profundidad por Jakobs, la jurisprudencia peruana ha asumido también sus lineamientos para la determinación de la autoría y participación en los delitos de infracción de deber. Cabe anotarse, sin embargo, que los puntos de partida de este autor son distintos a los del funcionalismo moderado, motivo por el cual conviene se tengan en cuenta al momento de su uso.

Para Jakobs, la responsabilidad jurídico-penal se fundamenta en la infracción de deberes propios de la competencia personal. Estos deberes pueden ser de dos tipos: los deberes generales que incumben a todos los ciudadanos por igual, cuya expresión más genérica recae en el deber de no dañar a los demás; y los deberes especiales que nacen del estatus asumido por una persona. A los primeros, Jakobs les ha denominado deberes en virtud de competencia de organización y a los segundos, deberes en virtud de competencia institucional<sup>723</sup>. Estos últimos son los que fundamentan los delitos de infracción de deber, mientras que los deberes generales fundamentan los delitos de dominio o delitos de organización, en términos jakobsianos.

A partir de esta terminología nuestra jurisprudencia ha señalado, por ejemplo, que el fundamento de los delitos de infracción de deber, subyace “no en el dominio sobre el riesgo típico sino en la infracción de deberes especiales positivos, deber de garante de los funcionarios o servidores en virtud de una competencia institucional, pues dichos deberes especiales, atribuciones, funciones o competencias funcionales no se encuentran al interior del tipo

---

<sup>722</sup> Expediente N° 085-2008, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 33.

<sup>723</sup> CARO JHON, J., “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, op. cit. pág. 4.

penal, sino en normas extrapenales, constituyendo así los deberes especiales”<sup>724</sup>.

A su vez, se ha establecido que mientras en un delito de dominio “el infractor quebranta su rol general de ciudadano con el correspondiente deber negativo “neminem laede” o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general; un delito de infracción de deber está integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional”<sup>725</sup>.

El desarrollo realizado por Jakobs ha complementado la tesis original de Roxin permitiendo la identificación de autores y cómplices en los Delitos contra la Administración Pública, entre ellos la colusión y la negociación incompatible.

La jurisprudencia ha reconocido que el delito de colusión se constituye en delito de infracción de deber en cuanto este delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público<sup>726</sup>. En ese marco, se ha señalado que los deberes o roles funcionales del autor se encuentran previstos no al interior del Código Penal sino en normas extrapenales (leyes, reglamentos, estatutos, manuales de organización, directivas, etc.)<sup>727</sup>, como sería la Ley de Contrataciones del

---

<sup>724</sup> Expediente N° 00111-2011, en GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 34.

<sup>725</sup> RN 4098-2009, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 35.

<sup>726</sup> RN N° 2368-2011, en: NAKASAKI SERVICÓN, C., *Los delitos contra la Administración pública en la jurisprudencia*, op. cit., págs. 103-109. En el mismo sentido, RN N° 3139-2011, en: NAKASAKI SERVICÓN, C., *Los delitos contra la Administración pública en la jurisprudencia*, op. cit., págs. 148-155.

<sup>727</sup> Resolución N° 5 del Expediente N° 054-2011, en: CASTAÑEDA OTSU, S., “Nuevo Código Procesal Penal. Jurisprudencia seleccionada”, en: CASTAÑEDA OTSU, S. (coord.), *Nuevo proceso penal contra la administración pública*, Jurista Editores, Lima, 2014, pág. 462.

Estado, el Reglamento de Organización de Funciones de la entidad o el Manual de Organización de Funciones de la misma.

Sobre el delito de negociación incompatible, la jurisprudencia ha sostenido que su consideración como delito de infracción de deber “se sustenta en que los roles funcionales se encuentran previstos no al interior del Código Penal o Ley penal especial sino en normas extrapenales genéricas o específicas, y su concepto penal de deberes o funciones se construye a partir del tipo penal remitiéndose a dichas normas, ya que tiene la finalidad de delimitar los parámetros de las funciones públicas y administrativas”<sup>728</sup>.

En esa medida, en los delitos de colusión y negociación incompatible serán autores del delito aquellos funcionarios públicos que posean un deber específico por razón de su cargo en el marco del procedimiento contractual y serán partícipes quienes intervengan en la concertación o la realización de actos de interés.

Ahora bien, cabe señalar que la incursión del razonamiento de Jakobs, útil a nuestro parecer para distinguir autores de partícipes en los delitos de infracción de deber, ha llevado a considerar que el fundamento o fin de protección de los Delitos contra la Administración Pública, y en general, del Derecho Penal, radica en los deberes impuestos por la norma y no en el bien jurídico.

Ciertamente, si bien el desarrollo realizado desde el funcionalismo sistémico complementa la teoría de Roxin en cuanto tesis aplicable para distinguir autor de partícipe en los delitos de infracción de deber; la asunción de los puntos de partida del primero terminan estableciendo que los deberes no sirven únicamente para esta distinción sino que se convierten en el fundamento mismo del Derecho Penal.

---

<sup>728</sup> Expediente N° 92-2011, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 36.

Por ello, Caro Jhon explica -con razón- que “en la lesión del deber radica para Jakobs el fundamento de la imputación jurídico-penal, a diferencia de Roxin, para quien la lesión del deber es sólo un criterio que determina la autoría del hecho”<sup>729</sup>.

La confusión de los puntos de partida de cada autor ha llevado a que sus lineamientos se entremezclen y en algunas ocasiones, la alusión al deber especial del funcionario o servidor público no sólo se asume como criterio para distinguir la autoría y participación en los delitos especiales, sino en algunos casos como fin de protección del delito. Sin embargo, debe quedar establecido que los delitos de colusión y negociación incompatible protegen el correcto funcionamiento de la Administración pública y que la infracción del deber o el dominio del hecho se constituyen en criterios para distinguir autores de cómplices.

---

<sup>729</sup> CARO JHON, J., “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, op. cit., pág. 5.



## CAPÍTULO 5

### CONCLUSIONES

La presente tesis doctoral ha tenido como objeto el establecimiento de criterios para la determinación del tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible. Han sido prioridades de este trabajo la identificación del bien jurídico protegido y a partir de él, el establecimiento de la relación de lesividad requerido a las conductas propias de los delitos bajo estudio, como la determinación de sus elementos típicos y su configuración.

Como preámbulo, nos detuvimos en la necesidad político-criminal de estos delitos, ya que, si medidas menos lesivas a la penal podían afrontar el problema de la corrupción en el ciclo de la contratación estatal, el estudio de la colusión y la negociación incompatible no hubiera tenido fundamento.

Haremos en lo que sigue un recuento de las principales ideas que resumen el sentido de esta tesis doctoral. Para ello, dividiremos las conclusiones en dos bloques. En el primero nos referiremos a la necesidad político-criminal de los delitos y en el segundo grupo abordaremos las ideas referidas a su tipo de injusto.

- A. *La insuficiencia de medios menos lesivos al Derecho Penal para lucha contra la corrupción en la contratación estatal: la necesidad político-criminal de los delitos de colusión y negociación incompatible.*
- La contratación estatal constituye la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción, según la OCDE y Transparencia

Internacional. Ello se debe a la conjunción de dos factores: las grandes sumas de dinero que se invierte en los contratos del Estado y el espacio de interacción que estos propician entre el sector público y privado.

- Los efectos nocivos de la corrupción en este ámbito inciden en lo económico pero también en lo político y social. Los malos manejos del dinero público generan cuantiosas pérdidas económicas para el Estado; pero al mismo tiempo, deslegitiman la labor de las autoridades públicas y recortan los derechos de los ciudadanos, que no podrán acceder a servicios públicos de calidad.
- Frente a la gravedad del problema, el Estado peruano ha asumido medidas preventivas y de combate en el ámbito administrativo. Entre las primeras se encuentra la implementación de regímenes de contratación estatal; mientras entre las segundas, tenemos al régimen de responsabilidad administrativo-funcional.
- Los regímenes de contratación estatal pueden ser clasificados en dos: el Régimen General de Contrataciones o Contrataciones Públicas, que comprende la adquisición de bienes, servicios u obras a través del desembolso directo de dinero público; y los Regímenes Especiales de Contratación que responden a las particularidades de la materia contractual, como sucede con la Concesión de Obras de Infraestructura Pública y Servicios Públicos.
- Cada régimen posee su normativa y su propio procedimiento contractual. Este último tiene por objeto establecer reglas claras para obtener la contratación más ventajosa a los fines públicos y consecuentemente, debería ser garantía de una elección transparente e imparcial. Sin embargo, los actos de corrupción en cualquiera de los regímenes de contratación, abundan.
- Ello es así porque las ganancias que pueden obtenerse del ciclo de la contratación, propician que funcionarios públicos y particulares intenten



eludir las normas preventivas. En algunos casos, la elusión podrá ser evidente pero en muchos otros, los operadores aprovecharán su experticia para encubrir sus acciones.

- Frente a la realización de estos favorecimientos indebidos, el Estado peruano cuenta con un Régimen de Responsabilidad Administrativo-Funcional. Este consiste en la imposición de sanciones administrativas como la suspensión temporal en el ejercicio de las funciones o la inhabilitación para el ejercicio de la función pública hasta por cinco años.
- A pesar de haberse establecido un catálogo de infracciones administrativas y de haberse delegado su investigación y juzgamiento a la Contraloría General de la República, este régimen presenta problemas al momento de su aplicación, por dos motivos: primero, no se han establecido reglas claras para distinguir las infracciones de los delitos; y, existe por lo menos una infracción (Contra el deber de neutralidad) que sanciona una conducta más gravosa que uno de los delitos materia de investigación, el delito de negociación incompatible.
- Con ello se trastoca el límite entre Derecho Penal y Derecho Administrativo, ya complicado en un escenario como el peruano, en el que el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia permiten la acumulación de la sanción administrativa y penal en el ámbito funcional, por considerar que responden a la protección de bienes jurídicos de naturaleza diferente.
- Más allá de que esto pueda corregirse legislativamente o mediante la interpretación de los tribunales, sostenemos que existe una diferencia entre estos campos del derecho en cuanto a la intensidad requerida de la conducta en relación al bien jurídico. En esa medida, por ejemplo, mientras los delitos de colusión y negociación incompatible requieren de elementos subjetivos adicionales, las infracciones administrativas no.

- Por estas razones, incluso con el buen funcionamiento del sistema administrativo de sanción, el Derecho Penal sigue haciendo falta para afrontar los graves efectos que genera la corrupción en el ciclo de la contratación.

*B. El fundamento de la prohibición penal: el tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible*

- Los delitos de colusión y negociación incompatible han traído múltiples problemas al momento de su aplicación. Existen criterios diversos e incluso contradictorios acerca de la configuración de estos delitos, a nuestra consideración, debido a que no se cuenta con un criterio definido respecto del bien jurídico que protegen.
- De ello se ha derivado el análisis formal de su configuración. Si se revisa la jurisprudencia nacional, la acreditación de los delitos de colusión y negociación incompatible pasa por determinar la existencia de la concertación entre funcionario público y particular o por la presencia de actos que denoten un interés indebido. Sin embargo, nada se dice de la relación entre la conducta y el bien jurídico, situación que impide dotar de materialidad a la prohibición penal.
- Por estas razones, en el Capítulo 2 nos avocamos a la identificación y definición del bien jurídico protegido por los delitos de colusión y negociación incompatible, que desde nuestro punto de vista, es la actividad contractual del Estado.
- Esta comprende toda la actividad que despliega la Administración pública para concretar cualquiera de los contratos estatales reconocidos en las diversas normas que recoge el ordenamiento jurídico peruano. De acuerdo a la clasificación propuesta en este texto, abarca el Régimen

General de Contratación estatal o Contratación Pública y todos los Regímenes Especiales de Contratación.

- En ese marco, quedan incluidas todas las fases previstas por los procedimientos administrativos de cada régimen: desde la formación de la voluntad contractual (etapa preparatoria y de selección) hasta la ejecución de la misma. Ello es así porque la sola firma del contrato no permite que las necesidades de la población se vean satisfechas. Como resulta evidente, esto depende de toda la actuación del Estado a lo largo del ciclo de la contratación, desde la propia identificación de la necesidad a satisfacer hasta la ejecución de todas las condiciones contractuales.
- La relevancia de un bien jurídico colectivo de esta naturaleza radica en la importancia de la actividad contractual estatal como mecanismo para la satisfacción de necesidades sociales a las que cada institución del Estado debe responder. Esta relevancia ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional peruano, que interpretando el artículo 76° de la Constitución ha considerado que la contratación estatal debe asegurar que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica.
- La relevancia social de la contratación estatal se ha visto mellada, sin embargo, por la decidida incursión de la corrupción, cuya pretensión es favorecer intereses particulares por sobre los públicos. En ese contexto, la intervención del Derecho Penal pretende proteger que cada decisión, acuerdo, modificación o negociación consustancial a la contratación estatal esté libre de actos de corrupción.
- Para ello, el Derecho Penal presta especial atención al respeto de ciertos principios reconocidos por el Tribunal Constitucional, para que el ciclo de la contratación no se desvíe de su objeto primordial. Entre estos principios se encuentran la transparencia en las operaciones, la

imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores.

- De entre ellos, consideramos que la protección penal puede ser reconducida a través del principio de imparcialidad, encargado de orientar la actuación administrativa a satisfacer los intereses generales de la comunidad, excluyendo cualquier interés distinto en la intervención del funcionario público. Por tanto, si los funcionarios actúan imparcialmente, propiciarán la libre competencia, la transparencia en las operaciones y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores, con lo cual la actividad contractual del Estado no se desviará en la búsqueda de su fin.
- En esa medida, la sanción de estos delitos no se sustenta, en la eficacia u obtención del interés público, sino más bien, en que la actividad contractual que por definición debe servir para la satisfacción de necesidades públicas persiga este fin y no sea utilizada para satisfacer intereses privados.
- La sanción de la concertación para defraudar al Estado y del interés indebido en un contrato u operación, por tanto, toma como base la vulneración del principio de imparcialidad, que anteponiendo intereses privados a los públicos, atenta contra la objetividad de la actividad contractual del Estado, colocándola en peligro abstracto.
- Ese peligro abstracto, desde nuestro punto de vista, debe ser acreditado en el proceso penal toda vez que la peligrosidad de la conducta se constituye en elemento esencial del tipo de injusto de los delitos de peligro abstracto. En el caso del delito de colusión, no basta señalar que producida la concertación entre el funcionario público y el particular, el delito se habrá consumado, o mejor, que la conducta habrá colocado en peligro abstracto la actividad contractual del Estado. En el caso del delito de negociación incompatible sucede lo mismo, no basta la realización de

la conducta interesada para poner en peligro el ciclo de la contratación estatal.

- En ambos casos resulta necesario que esa concertación o ese interés estén dirigidos a favorecer intereses particulares por sobre los públicos, de tal forma que la parcialidad del funcionario o servidor público afecte la objetividad de la actividad contractual del Estado y con ello, dicha actividad se vea en riesgo. Esto se desprende de la propia redacción de los tipos penales pues, mientras la colusión hace referencia a la concertación *para defraudar al Estado*, la negociación incompatible se refiere al interés indebido *en provecho propio o de tercero*.
- La configuración de los delitos de colusión y negociación incompatible requiere, por tanto, que esa concertación o ese interés tenga la capacidad de colocar en peligro abstracto una actividad que permite, ulteriormente, la satisfacción de necesidades de la comunidad.
- En ese contexto, la concertación propia del delito de colusión se refiere al pacto parcializado del funcionario público a favor de intereses propios o del particular. Más que de una concertación ilícita debe hablarse de una concertación parcializada, que no exige ser realizada de manera clandestina ni implica maniobras de engaño.
- Por su lado, partiendo de nuestra definición de bien jurídico protegido en el tipo base de colusión, debe entenderse por defraudación, a la obtención de un beneficio de cualquier índole en favor del funcionario o el particular. De ese modo, a través de la concertación parcializada los involucrados persiguen obtener un beneficio propio a costa de una actividad llamada a satisfacer necesidades públicas.
- La consecución de ese fin, que el tipo no exige, es justamente el que determina la distinta configuración entre el delito de colusión y las infracciones administrativas. Ciertamente, el delito no sanciona meros incumplimientos que vulneran el principio de imparcialidad, sino aquellos

acuerdos parcializados que afectan la objetividad de la actividad contractual del Estado. En el caso de la agravante del delito, además de la puesta en peligro a la actividad contractual del Estado, se exige el perjuicio al patrimonio público.

- Con el delito de negociación incompatible, la situación es similar, se sanciona el acto o actos del funcionario que exteriorizan un interés parcializado con el que busca favorecerse o favorecer a terceros. Es ese fin que persigue el interés el que coloca en peligro a la actividad contractual del Estado. Por ello, la configuración del delito requiere la acreditación del interés parcializado del funcionario público que persiga un provecho propio o de tercero.
- En cuanto a los aspectos comunes a estos delitos, el primero de ellos se refiere el ámbito de su aplicación: el ciclo de la contratación. En ese marco, el juzgador deberá analizar las reglas y procedimientos de cada régimen de contratación para poder determinar la responsabilidad penal. Los delitos de colusión y negociación incompatible pueden cometerse en cualquiera de los regímenes de contratación como en todas las etapas que estos comprendan.
- Los delitos de colusión y negociación incompatible son delitos funcionariales; por ello, cuando se determine al sujeto activo no sólo deberá requerirse que se trate de una persona incorporada a la actividad pública y que realice funciones públicas, sino que sus competencias impliquen una participación en los procedimientos de contratación.
- Finalmente, los delitos de colusión y negociación incompatible constituyen delitos especiales, es decir, cualquiera no puede ser autor de aquellos sino sólo quienes cumplan con la cualificación establecida en el tipo. Con el fin de poder sancionar a quienes no poseen dicha cualidad, la determinación de la autoría y participación sigue los criterios de la Teoría de la Unidad de la Imputación.

## BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 4° edición, Lima, Palestra, 2003.

“Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción de deber””, en: *Revista Penal*, N° 4, Julio, 2004.

“Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”, *Revista penal*, N° 18, Lima, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada, 2000, pág. 44.

AGUADO CORREA, T., “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. y M., RUSCONI (eds.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.

ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Barcelona, Atelier, 2003.

ALCÓCER POVIS, E., “El engaño y el perjuicio en el delito de colusión desleal ¿elemento del tipo?” (Disponible en <http://www.oreguardia.com.pe/index.php?mod=documento&com=documento&id=13>).

ALFONSO, R., “Infiltrazione della criminalità organizzata e condizionamento dell’attività della pubblica amministrazione”, FERRÉ OLIVÉ, J. (ed.),

*Fraude y Corrupción en la Administración Pública*, Vol. III, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

ALONSO, J. y C., GARCIMARTÍN, “La corrupción: definición y criterios de medición”, ALONSO, J. y C., MULAS-GRANADOS (dirs.), *Corrupción, Cohesión Social y Desarrollo*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2011.

“Causas y consecuencias de la corrupción: una revisión de la literatura”, (Dirs.) Alonso, J. y C., Mulas-Granados, *Corrupción, Cohesión Social y Desarrollo*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2011.

ALVAREZ CIVANTO, O., *Las claves del buen gobierno en la Administración Pública*, Comares, Granada, 2010.

AMBOS, K., “100 años de la “teoría del delito” de Beling ¿renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?”, en: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-05, 2007, págs. 1-9, (Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>).

AMELUNG, K., “El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

ANARTE BORRALLA, E., “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en: FERRÉ OLIVÉ, J. y E., ANARTE BORRALLA (edits.), *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

ARIEL REZZOAGLI, B., *Licitaciones Públicas, Corrupción y Control Fiscalizador*, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2004.



*Corrupción y contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Ratio Legis, Salamanca, 2005.

ARNONE, M. y E., ILIOPULOS, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e social*, Vita e Pensiero, Milano, 2005.

ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración, cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, ASÚA BATARRITA, A. (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración pública, Bilbao, 1997.

BAIGÚN, D., *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, BdeF, Buenos Aires, 2007.

BACIGALUPO, E., *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Akal-IURE, Madrid, 1991.

*Derecho Penal. Parte General*, 2º ed., Hammurabi, Argentina, 1999.

BARBERO SANTOS, M., Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “Revisión sobre el contenido del bien jurídico honor”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984.

*Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Praxis, 1996.

*Curso de Derecho penal. Parte general*, Experiencia S.L., Barcelona, 2004, pág. 195.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y E., FABIÁN CAPARRÓS, “Corrupción y Derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas”, en: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Nº 81, 2009.

BOEHM, F. y J, GRAF, “Corrupción y anticorrupción: Una perspectiva neo-institucional”, *Revista de Economía Institucional*, Vol. II, Nº 21, 2009.

- BOERSMA, M., *Corruption: A violation of Human Rights and a Crime under International Law?*, Interesentia, UK, 2012.
- BOLDOVA PASAMAR. *Estudios del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*. Comares. Granada. 2000.
- BREGAGLIO, R., “La lucha contra la corrupción en el Ordenamiento Internacional”, en: *Aproximación multidisciplinar para el procesamiento de casos de corrupción en el Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, págs. 115- 138.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., “Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código penal de 1932)”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° 11, 1986.
- “Los delitos de peligro”, en: BUSTOS RAMÍREZ, J. (ed.), *Control Social y Sistema Penal*, Editorial PPU, Barcelona, 1987.
- “Consideraciones en torno al injusto”, en: BUSTOS RAMÍREZ, J. (ed.), *Control Social y Sistema Penal*, Editorial PPU, Barcelona, 1987.
- Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Ariel, Barcelona, 1991.
- Control social y Sistema penal*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1998.
- BUSTOS RAMIREZ, J. y H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Trotta, Madrid, 2006.
- CALDERÓN CEREZO, A. y J., CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, T. II, Bosch, Barcelona, 1999.

- CAMPOS MONGE, C., “Contratación Pública y Corrupción (Un análisis particular de los principios rectores de la contratación administrativa)”, en: *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nº 112 (171-218), 2007.
- CANCIO MELIA, M., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, 1º reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.
- CARO JHON, J., “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en: *Anuario de Derecho Penal*, Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano, Friburgo, 2003, (Disponible en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_06.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf)).
- CARRILLO DEL TESO, A., “Derecho Penal del Riesgo y Corrupción”, en: CARRILLO DEL TESO, A. y A., MYERS GALLARDO (coords.), *Corrupción y Delincuencia económica. Prevención, Represión y Recuperación de Activos*, Ratio Legis, Salamanca, 2015.
- CASTAÑEDA OTSU, S., “Nuevo Código Procesal Penal. Jurisprudencia seleccionada”, en: CASTAÑEDA OTSU, S. (coord.), *Nuevo proceso penal contra la administración pública*, Jurista, Lima, 2014.
- CASTILLO ALVA, J., “Colusión ilegal”, en: GARCÍA CAVERO, P. Y J., CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Grijley, Lima, 2008.
- “Negociación incompatible”, en: REYNA ALFARO, L. (coord.), *Delitos contra la Administración pública*, Jurista, Lima, 2009.
- CASTRO CUENCA, C., *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2009.
- CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios en el nuevo Código penal (Doctrina y jurisprudencia)*, Bayer, Barcelona, 1999.

- CEREZO MIR, J., “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en: *Revista de Derecho penal y criminología*, 2º época, Nº 10.
- COCCIOLO, E., “Las mutaciones del concepto de corrupción. De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad de la época del Estado regulador y de la sociedad del riesgo”, *Revista de Llengua i Dret*, Nº 50, 2008.
- COLOMBO, M. y P, HONISCH, *Delitos en las contrataciones públicas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012.
- CORCOY BIDASOLO, M, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia [sic] y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2º ed., B de F, Buenos Aires, 2008.
- CORCOY BIDASOLO, M. y otros, *Manual práctico de Derecho penal. Parte especial*, 2º ed., Tirant le Blanch, Valencia, 2004.
- CÓRDOBA PALACIOS, F., *El delito de interés indebido en la celebración de contratos especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido*, Tesis para optar el título de magister, (Disponible en [https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/1363/CordobaPalacios\\_FranklindeJesus\\_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/1363/CordobaPalacios_FranklindeJesus_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y)).
- COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo. Parte general*, ed. 21º ed., Aranzadi, Pamplona, 2010
- CUELLO CALÓN, A., *Derecho penal. Parte especial*, 14º ed., Bosch, Barcelona, 1980.

CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997.

“Lección N° 16. Negociaciones prohibidas”, en: Álvarez García, F. (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial. III. Delitos contra la Administración pública y de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DANÓS ORDÓÑEZ, J., “Panorama general del Derecho Administrativo en el Perú”, en: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (dir.), *El Derecho administrativo iberoamericano*, N° 9, Granada, 2005.

“El régimen de los contratos estatales en el Perú”, en: *Revista de Derecho Administrativo*, Año 1, N° 2, 2006.

DE ALMEIDA CABRAL, J., “A Administracao Pública e a Corrupcao”, en: Ferré Olivé, J. (ed.), *Fraude y Corrupción en la Administración Pública*, v. III, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N° 168. El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín*, Lima, 2014.

DEMETRIO CRESPO, E., “Corrupción y delitos contra la Administración pública”, en: FABIÁN CAPARRÓS, E. (coord.), *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000.

“Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública”, Ferré Olivé, J. (ed.), *Fraude y Corrupción en la Administración Pública*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.

*Un sistema de Derecho penal en evolución*, en: *Revista de Derecho penal y criminología*, UNED, Julio, 1998.

“Incremento de la respuesta penal frente a la corrupción en el Proyecto de reforma del Código Penal: el delito de cohecho”, en: *Revista Galega de Seguridade Pública. Retos de la Política Criminal Actual*, N° 9, 2006.

“Autoría y Participación”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 10, Santiago de Chile, 2008.

DIEZ RIPOLLÉS, J., “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, en: *Jueces para la democracia*, N° 30, 1997.

“De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 07-01, 2005, (Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>).

La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

ESCRIVA GREGORIO, J., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., “Fraudes y exacciones ilegales”, en: ASUA BATARRITA, A. (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración pública, Bilbao, 1997.

FABIÁN CAPARRÓS, E., “La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (Anotaciones para un Derecho Penal Globalizado)”, en: FERRÉ OLIVÉ, J. (ed.), *Fraude y Corrupción en la Administración Pública*, v. III, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

FARRE TREPAT, E., *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1986.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, Colex, Madrid, 1997.

“Delitos contra la Administración pública en el Código penal español de 1995: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas”, en: *Revista Peruana de ciencias Penales*, Año IV, N° 7/8, Lima, 1999.

“Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización el peligro”, en: AAVV, *Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourillo*, Civitas, Madrid, 2005.

“Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. Recensión a Roland Hefendehl (ed.): “La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?””, en: *Indret Penal*, N° 2, 2008, (Disponible en <http://www.indret.com/pdf/526.pdf>).

“Funcionalismo y teoría del bien jurídico”, Fernández Bautista, S. (coord.), *Constitución y principios del Derecho penal: Algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

FERNÁNDEZ CABRERA, M., *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos tras la LO 5/2010*, en: PÉREZ ÁLVAREZ, F. (coord.), *Memorias del III Congreso de Jóvenes investigadores en Ciencias penales*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013.

FERRÉ OLIVÉ, J., “Corrupción y delitos contra la Administración Pública”, en: FERRÉ OLIVÉ, J. (ed.), *Fraude y Corrupción en la Administración Pública*, v. III, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

FRIEDRICH, C., “Corruption Concepts in Historical Perspective”, en: HEIDENHEIMER, A., JOHNSTON, M. y V. LE VINE (edits.), *Political Corruption. A Handbook*, Transaction Publishers, New Jersey, 1989.

FRISANCHO APARICIO, M., *Delitos contra la Administración pública*, 4º ed., Fecat, Lima, 2011.

- FUENTES OSORIO, J., "Formas de anticipación de la tutela penal", en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N° 08-08, (Disponible en [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_08-08.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_08-08.html). 2006).
- GAEDE, K., "Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo del fraude de subvenciones", en: HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- GAMERO CASADO, E. y otro, *Manual básico de Derecho Administrativo*, 7° ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- GANZENMÜLLER ROIG, C., *Delitos contra la Administración Pública; contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1998.
- GARCÍA ARÁN, M., "Los delitos de tráfico de influencia en el Código penal de 1995, en: MUÑOZ CONDE, F. (coord.), *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1997.
- GARCÍA CAVERO, P., "Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal", en: GARCÍA CAVERO, P. y J., CASTILLO ALVA (edits.), *El delito de colusión*, Grijley, Lima, 2008.
- GARCÍA COBIÁN CASTRO, E., "Control gubernamental del gasto público en el Estado constitucional: reflexiones a propósito de la aprobación de las facultades sancionadoras de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativa funcional", en: *Derecho PUCP*, N° 71, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.



- GARCÍA ENTERRÍA, E. y otro, *Curso de Derecho administrativo I*, 4º ed., Civitas, Madrid, 1987.
- GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Atelier, Barcelona, 2007.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Centro de Estudios Areces, Madrid, 1996.
- Prólogo a Alcácer Guirao, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier, Barcelona, 2003.
- GÓMEZ- BENÍTEZ, J., “La teoría del “bien jurídico” (aproximación al ilícito penal)”, en: GÓMEZ- BENÍTEZ, J. (coord.), *Estudios Penales*, Colex, Madrid, 2001.
- GONZALES CUSSAC, J., “Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal”, en: *Poder Judicial*, Nº 28, 1992.
- GONZÁLEZ-RUIZ, S. y otros, “Corrupción y Delincuencia Organizada. Un estrecho vínculo”, en: *Revista Universitaria*, Nº 76, 2002.
- GONZALEZ RUS, J., *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Madrid, 1983.
- GORJÓN BARRANCO, M., “Apuntes sobre la investigación y la respuesta penal a la corrupción”, FABIÁN CAPARRÓS, E. y A., PÉREZ CÉPEDA (coords.), *Estudios sobre corrupción*, Ratio Legis, Salamanca, 2010.
- GRACIA MARTÍN, L., “Nuevas perspectivas del Derecho penal tributario (Las “funciones del tributo” como bien jurídico)”, en: *Anuario penal*, Nº 10, 1994.

*Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GRECO, L., ““Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato. Uma introducao ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, RBCCRIM, N°49, 2004, págs. 89-147.

“Existem criterios para a postulacao de bens jurídicos colectivos?”, en: *Revista de concorrência e regulação*, Ano II, Números 7/8, Año II, julio – diciembre, 2012, págs. 349-374.

GUEREZ TRICARICO, P., “Estudio comparado de la antijuricidad en la Unión Europea. Algunas reflexiones previas a la construcción de un sistema de causas de justificación europeo”, en: BACIGALUPO, S. y M., CANCIO MELIA (coords.), *Derecho Penal y Política Transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.

GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado: Prevención de la corrupción y justicia penal*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.

“Teoría del delito y delitos de corrupción de funcionarios”, en: *Aproximación Multidisciplinaria para el Procesamiento de Casos de Corrupción en el Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015.

GÜNTHER, H., La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal, en: *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, M., *Fraude informático y estafa (Aptitud del tipo de estafa en el Derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- HASSEMER, W., "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T.45, F.1, 1992.
- HEFENDEHL, R., "El bien jurídico como eje material de la norma penal", HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- "¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 04-14, (Disponible en [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-14.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.html). 2002).
- HEGGLIN, M., "La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la capital federal", en: MAIER, J. (coord.), *Nueva doctrina penal 2000/A*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- HERNÁNDEZ DIEZ, S., *Estructura de las redes de corrupción en los procesos de selección de obras públicas en el sector Transportes y Comunicaciones entre los años 2005 y 2010*, 2014, pág. 31, (Disponible en [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5546/HERNANDEZ\\_DIEZ\\_SANDRO\\_ESTRUCTURA.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5546/HERNANDEZ_DIEZ_SANDRO_ESTRUCTURA.pdf?sequence=1)).
- HIRSCH, H., "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", en: AAVV, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001.
- HORMAZABAL MALAREE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Nexis, Santiago de Chile, 2006.
- HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1984.

“Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios”, en: ROMEO CASABONA, C., GRACIA MARTIN, L. y J., HIGUERA GUIMERÁ (edits.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003.

HUGO ALVAREZ, J., *Delitos cometidos por funcionarios públicos. Análisis sistemático de los delitos*, 2º ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

JAREÑO LEAL, A., *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2011.

JAKOBS, G., “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en: MONTEALEGRO LYNETT, E. (coord.), *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

JESCHECK, H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 2002.

KINDHAUSER, U., “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en: ARROYO ZAPATERO, L. (ed.), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1995.

“Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, *InDret*, N° 1, 2009, pág. 14, (Disponibles en <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>).

KISS, A., *El delito de peligro abstracto*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

KLITGAARD, R., *Addressing corruption together*, OCDE, París, 2015.

KUNDMÜLLER CAMINITI, F., “Las contrataciones y adquisiciones públicas: La transparencia en sus procedimientos”, en: *Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado. Estudios sobre la Corrupción y la*

- Criminalidad Organizada Transnacional*, Consejo de Defensa Jurídica del Estado, Lima, 2011.
- KÜHN, S. y L. SHERMAN, *Curbing Corruption in Public Procurement. A Practical Guide*, Transparencia Internacional, Berlín, 2014.
- LARRAURI, E., “Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad”, en: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, F. 3, 1995.
- LASCURAÍN SANCHEZ, J., “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, en: *Revista chilena de derecho*, vol. 22, N° 2, 1995.
- LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho penal*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.
- LUZÓN PEÑA, M., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Universitas, Madrid, 1996.
- MALEM SEÑA, J., *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- MANNOZZI, G., “Combatir a la corrupción. Un recorrido entre criminología y derecho penal”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, V. XLII, N° 125, 2009.
- MAQUEDA ABREU, M., “La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de CP de 1992”, en: AP, N° 26/27, 1994.
- MARCA ROMERO, E., “Análisis dogmático-normativo del delito de colusión”, en: *Gaceta Penal*, N° 26, 2011.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del BIG CRUNCH en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en: Portilla Contreras, G. (coord.),

*Mutilaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005.

*Derecho penal económico de la empresa. Parte general*, 3º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

*El contenido de la antijuridicidad: (un estudio a partir de la concepción significativa de acción)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍNEZ ZAMORA, M., “Los supuestos de inaplicación del régimen de contratación pública”, en: *Revista Jurídica del Perú*, T. 77, 2007.

MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Administrativo*, 5º ed., Instituto de estudios de Administración local, Madrid, 1981.

MATA Y MARTÍN, R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 1997.

MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Medio ambiente y funcionarios públicos. Análisis del tipo objetivo del artículo 329 del Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2000.

MAYO CALDERÓN, B., “Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 17, 2003.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Universidad Complutense de Madrid, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid, 1993.

“Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionario públicos en el ejercicio de sus cargos”, en: AAVV, *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Ramón Casabó Ruiz*, Universitat de Valencia, Valencia, 1998.

MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001.

“Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo”, en: Da Agra, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003.

MERCADO, E. y F., ABUSADA, “Asociaciones público privadas (APP): entre lo público y lo privado: el empresario como gobernante”, en: *Derecho & Sociedad*, Lima, 2015.

MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2000.

MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, en: *Estudios penales y criminológicos*, XIV (1989-1990), Barcelona, 1994

“Bien jurídico y bien jurídico penal como límite del *ius puniendi*”, en: MIR PUIG, S. (coord.), *El derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

“La perspectiva “ex ante” en Derecho penal”, en: MIR PUIG, S. (coord.), *El derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

“Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 47, 1994.

“Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 05-05, 2003, (Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>).

“Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 06-02, 2004, (Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf>).

*Derecho Penal. Parte general*, 8º ed., Reppertor, Barcelona, 2008.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., “El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito”, en: *Revista chilena de Derecho*, Vol. 22, N° 2, 1995.

*Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001.

MONTOYA VIVANCO, Y., “Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384° del Código Penal peruano”, en: *Actualidad Jurídica*, N° 171, 2008.

(coord.) *Manual sobre delitos contra la Administración pública*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015.

MORALES PRATS, F, y M., RODRÍGUEZ PUERTA, “Delitos contra la Administración pública”, en: QUINTERO OLIVARES, G. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 6° ed., Aranzadi, Navarra, 2007.

MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Administración pública (VIII) Fraudes y exacciones ilegales”, en: COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 2° ed., Dykinson, Madrid, 2005.

MORÓN URBINA, J., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 9° ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y Control social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985.

*Derecho penal. Parte especial*, 15° ed., Tirant Le Blanch, Valencia, 2004.

MUÑOZ CONDE, F. y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8° ed., Tirant le Blanch, Valencia, 2010.

MUSCO, E., “I delitti di corruzione nel código penale italiano”, en: Ferré Olivé, J. (ed.), *Fraude y Corrupción en la Administración Pública*, v. III, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.



- NAKASAKI SERVIGÓN, C., *Los delitos contra la Administración pública en la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- NEVADO-BATALLA MORENO, P., “Reflexiones sobre una posible etiología de las malas prácticas y la corrupción en el ámbito de las Administraciones Públicas”, en: ROMERO GUZMÁN, J., RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y J., OLIVARES TRAMÓN (edits.), *Buen gobierno y Corrupción. Algunas perspectivas*, Derecho UC, Santiago de Chile, 2009.
- NIETO, F., “Desmitificando la corrupción en América Latina”, en: *Nueva Sociedad*, N° 194, 2004.
- NOVOA CURICH, Y., “El buen gobierno como bien jurídico categorial de los delitos de corrupción”, en: *Boletín Anticorrupción y Justicia Penal*, N° 18, págs. 14-21. (Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Bolet%C3%ADn-3-IDEHPUCP-2-PAG.pdf>)
- OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995”, en: MUÑOZ CONDE, F. (dir.), *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1997.
- OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- “Los delitos contra la Administración Pública”, en: MIR PUIG, S. Y M., CORCOY VIDAZOLO (dirs.), *Nuevas Tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, REUS, Madrid, 2006.
- ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la Administración pública”, en: Vives Antón, T. y otros (edits.), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ORTS BERENGUER, E. y otros, *Derecho Penal. Parte General*, T. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

PADOVA, E., “La corruzione in ámbito pubblico: Profili di diritto interno e comparato”, en: STEFANI, L., RAPPA, G. y A., CHIARA CAROBOLANTE (coord.), *Analisi storica, giuridica e sociológica del fenómeno corruttivo*, Libreria Editrice Università di Padova, Palermo, 2012.

PAREDES CASTAÑÓN, J., *El riesgo permitido en Derecho penal: (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995.

“Riesgo y política criminal: la selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico”, en: De Agra, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003.

PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo*, Ariel Derecho, España, 2003.

POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.

PORTILLA CONTRERAS, G., “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en: PORTILLA CONTRERAS, G. (coord.), *Mutilaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales.*, Akal, Madrid, 2005.

“Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, en: Cuadernos de Política Criminal, N° 39, 1989.

PORTOCARRERO HIDALGO, J., *Delitos contra la Administración pública*, Portocarrero, Lima, 1996.

PRADO SALDARRIAGA, V., *Criminalidad Organizada*, IDEMSA, Lima, 2006.

QUINTERO OLIVARES, G., “Delitos contra intereses generales o derechos sociales”, en: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N° 6, 1983.

Parte General del Derecho Penal, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

*Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 5º ed., Aranzadi, Navarra, 2005.

REBOLLO VARGAS, R., “Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura”, en: *ADPCP*, V. LIII, 2000.

REYES ALVARADO, Y., *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Setiembre-Diciembre, 1992.

REYNA ALFARO, L., “Estructura típica del delito de colusión”, en: *Actualidad Jurídica*, T. 130, Lima, 2004.

“El bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública”, en: REYNA ALFARO, L. (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Jurista, Lima, 2009.

RIVERO ORTEGA, R., “Corrupción y Contratos Públicos”, en: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y E. FABIÁN CAPARRÓS (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado*, Ratio Legis, Salamanca, 2004.

RODRÍGUEZ DEVESA J. y A., SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 17º ed., Dykinson, Madrid, 1994,

RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., “Aspectos penales de la corrupción en la Administración Pública”, en: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y E. FABIÁN CAPARRÓS (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado*, Ratio Legis, Salamanca, 2004.

RODRÍGUEZ HURTADO, M., “La concertación en el delito de colusión y la imputación objetiva”, en: *Revista de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, V. 64, N°1- N°2, Lima, 2007.

RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid- Centro de Estudios Judiciales (Ministerio de Justicia), Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ PUERTA, M., *El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración Pública*, 4° ed., Lima, Grijley, 2007.

*Jurisprudencia Penal*, T. I, Gaceta Jurídica, 1999.

ROXIN, C., “El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual”, en: ROXIN, C., *La teoría del delito en la discusión actual*, Grijley, Lima, 2007, pág., 101.

“¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, HEFENDHEL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

*Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 2008.

“El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, págs. 17-18, 2013, (Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>).

SALAZAR CHÁVEZ, R., “La contratación de la Administración Pública en función a los intereses involucrados en cada contrato”, en: *Derecho & Sociedad*, N° 23. (Disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/09/10/la-contratacion-de-la-administracion-publica-en-funcion-a-los-intereses-involucrados-en-cada-contrato/>)

SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la administración pública*, 3º ed., Grijley, Lima, 2014.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M., *El Moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretariado de publicaciones e intercambio científico de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.

*La Criminalidad Organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005

SÁNCHEZ VELARDE, PABLO, “Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal: La Colaboración Eficaz”, en: *La Reforma del Proceso Penal Peruano*, Anuario de Derecho Penal, Friburgo, 2004.

SANCINETTI, M., “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. 39, F. 3, 1984.

SANTANA VEGA, D., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid. 2000.

SANTOFIMIO GAMBOA, J., “Contratación indebida. Proscripción a la violación y desconocimiento de los principios generales de la contratación estatal. Corrupción y delito en la contratación estatal”, en: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., SANZ RUBIALES, I. y M., SENDÍN GARCÍA (dirs.), *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Junta de Castilla y León, Castilla y León, 2008.

SERRANO GÓMEZ, A y A. serrano maillo, *Derecho Penal. Parte especial*, 10º ed., Dykinson, Madrid, 2005.

SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Instituto nacional de Administración pública y Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.

SCHÜNEMANN, B., “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

“La función de delimitación de injusto y culpabilidad”, en: SILVA SÁNCHEZ, J. (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995.

SILVA FORNÉ, D., “Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador”, en: ROMEO CASABONA, C., GRACIA MARTIN, L. y J., HIGUERA GUIMERÁ (edits.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J., “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?”, en: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.

*La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2º reimpresión, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008.

SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, T. II, Thomson-Civitas, La Coruña, 2003.

TERRADILLOS BASOCO, J., “Peligro abstracto y garantías penales”, en: QUINTERO OLIVARES, G. Y F., MORALES PRATS, *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001.

*Cuestiones actuales de derecho penal económico y de la empresa*, Ara, Lima, 2010.

TORÍO LÓPEZ, A., “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 34, 1981.

“Función político criminal de las teorías del injusto. Ejemplificación de lege ferenda sobre el homicidio preterintencional”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Granada* (Homenaje al profesor Sainz Cantero), 1987.

TORRES PACHAS, D., *Delitos de corrupción en las contrataciones con el Estado: algunos aspectos a tomar en cuenta*, en: Boletín Proyecto Anticorrupción N° 50, Junio, 2015. (Disponible en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-david.pdf>)

VALLE MUÑIZ, J., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Promociones y publicaciones universitarias SA, Barcelona, 1994.

VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública””, en: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 62, 1997.

VAN KLAVEREN, J., “Corruption as a Historical Phenomenon”, en: HEIDENHEIMER, A., JOHNSTON, M. y V. LE VINE (edits.), *Political Corruption. A Handbook*, Transaction Publishers, New Jersey, 1989.

VARGAS VALDIVIA, L., “Tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: Especial referencia a la prueba indiciaria”, en: MONTOYA VIVANCO, Y. (ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú IDEHPUCP, Lima, 2011.

- VASSALLO MAGRO, J., *Asociación Público-Privada en América Latina: Aprendiendo de la experiencia*, CAF Banco de Desarrollo de América Latina, Bogotá, 2015.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Derecho penal. Parte general*, 2° ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1995.
- VIRTO LARRUSCAIN, M., “El delito de prevaricación del funcionario público”, en: ASÚA BATARRITA, A. (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración pública, Instituto Vasco de Administración pública, Bilbao, 1997.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración pública: Estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003.
- VON HIRSCH, A., “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, HEFENDEHL, R. (ed), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- WILENMANN, J., “Injusto, justificación e imputación. La teoría de la antijuridicidad en la dogmática penal”, en: AAVV, *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, BdeF, Buenos Aires, 2013.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J., “¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?”, en: VON LISZT, F. (coord.), *La idea de fin en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1995.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador ¿Hacia una "Administrativización" del Derecho Penal o una "Penalización" del Derecho Administrativo Sancionador?”, en: NIETO MARTÍN, A. (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Vol. I, Universidad de Castilla- La Mancha y Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.



“Criminalidad de Empresa, Criminalidad Organizada y Modelos de Imputación”, en: FERRÉ OLIVÉ, J. y E. ANARTE BORRALLA (edits.), *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones Universidad de Huelva, Huelva, 1999.