

LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE SEGÚN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PERUANA: CUATRO CUESTIONES DOGMÁTICAS EN DISCUSIÓN

Ronald Vilchez Chinchayán

Universidad de Piura

ronald.vilchez@udep.edu.pe

Recibido: 27/03/2024

Aceptado: 21/04/2024

Resumen

Los actos de corrupción dentro del marco de la contratación pública, sin importar las condiciones, afectan por igual a todos: tanto a los ciudadanos como a la propia Administración pública. Si lo que se pretende es continuar con la represión a través del derecho penal, su puesta en marcha no debe pasar solo por un aumento de penas o la implementación de nuevas medidas de sanción, sino más bien por la revisión de aquellos elementos que inciden especialmente en la configuración de los tipos penales. Esto es lo que ha resaltado la Corte Suprema de Justicia en recientes fallos sobre los delitos de negociación incompatible y colusión, aunque no sin cierta controversia. Aprovechando este escenario, se propone volver la mirada sobre cuatro aspectos fundamentales sobre esos delitos que afectan a la administración pública: bien jurídico protegido, clasificación como delitos de peligro, posibilidad de la responsabilidad en comisión por omisión y la intervención delictiva.

Palabras clave: funcionario público, corrupción, gestión, delito, peligro, delegación.

The Collusion and Incompatible Negotiation Offenses According to the Peruvian Supreme Court of Justice: Four Dogmatic Topics Under Discussion

Abstract

Acts of public corruption affect everyone equally, regardless of the conditions: both citizens and the public administration itself. If what is intended is to continue with repression through criminal law, its implementation should not only involve an increase in penalties or the

implementation of new ones, but rather a review of those elements that especially affect the configuration of these offenses. This is what the Supreme Court of Justice has highlighted in incompatible negotiation and collusion offenses, although not without some controversy. Against this backdrop, a proposal is made to focus on four essential topics of offenses against the public administration: the legal interest protected, classification as endangerment offenses, possibility of liability in commission by omission, and criminal intervention.

Key words: public officer, corruption, management, offense, danger, delegation.

1. Introducción

Pese a que la referencia a la corrupción, incluso dentro de un estudio científico, suele generar desasosiego —por el gran perjuicio y repetición de las conductas— y, hasta cierto punto, hartazgo —parece que esto es de nunca acabar—, lo cierto es que no siempre son todas malas noticias. Y esto se debe básicamente a que frente a un gran desafío, también grandes son los esfuerzos por superarlos. Es en esta línea en la que se ubica el desarrollo práctico y doctrinal que se viene dando, en estos últimos años, dentro del tratamiento de los delitos contra la Administración pública. No son pocos los fallos de la Corte Suprema peruana, por ejemplo, en los que se han ido solucionando problemas de este grupo de delitos que van desde cuestiones de configuración específica (parte especial) hasta asuntos que inciden en la teoría del delito (parte general). También, por parte de la doctrina, se han publicado distintos trabajos que abordan cuestiones realmente muy interesantes y valiosas (como muestra de esto, puedo señalar los de Guimaray Mori (2021, *passim*) y Núñez Seminario y Caballero Zavala (2024, *passim*)). Sin embargo, en este contexto llaman la atención algunas singularidades que presentan los delitos de gestión (Vélchez Chinchayán, 2021, pp. 197-201), cuyo esquema y desarrollo ya ha sido empleado, por ejemplo, en Corte Suprema, Casación N° 468-2019-Lima, de 25 de noviembre de 2021 y, de modo más específico, los delitos de negociación incompatible y colusión.

Por eso, en este trabajo propongo analizar cuatro temas sobre la base de cuatro sentencias de la Corte Suprema expedidas en 2023 y lo que llevamos de 2024, con la finalidad de volver sobre conceptos, figuras y establecer precisiones al respecto. Específicamente, sobre los argumentos expuestos por la Corte Suprema, Casación N° 1877-2021-Lima, de 19 de diciembre de 2023, deseo volver sobre la problemática alrededor del bien jurídico protegido en los tipos contra la Administración pública, deteniéndome en un detalle concreto (apartado 2) y revisaré la calificación como delitos de peligro (apartado 3). A propósito de las sentencias de la Corte Suprema, Casaciones N° 2587-2021-

Lima Norte, de 26 de abril de 2023 y Nº 3490-2022-Arequipa, de 5 de enero de 2024, abordaré la discusión sobre la comisión por omisión en la colusión (apartado 4). Finalmente, sobre la sentencia de la Corte Suprema, Casación Nº 1584-2021-Callao, de 30 de marzo de 2023, me referiré a la intervención delictiva en el delito de negociación incompatible (apartado 5). Se culminará este trabajo con la presentación de las conclusiones (apartado 6).

2. Bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública: ¿el correcto funcionamiento?

En el fundamento jurídico 13 de la Casación Nº 1877-2021-Lima, la Corte Suprema sostiene —siguiendo una amplia línea jurisprudencial— que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es el correcto funcionamiento de la Administración pública. Esto no solo es aceptado por los tribunales, sino también por la doctrina (por ejemplo, con mayores referencias Salinas Siccha (2019, p. 6)), aunque suele complementarse —con mayor o menor fortuna— afirmando que en cada delito hay un “bien jurídico específico” que termina afectado. En mi opinión, la mera referencia al correcto funcionamiento de la Administración pública, si bien tiene un uso frecuente, no por eso convence o es suficiente. Aunque de este asunto ya se ha ocupado la doctrina (Vilchez Chinchayán, 2021, pp. 67-76), me parece conveniente volver a enfatizar un aspecto concreto.

Pienso que no es adecuado el punto de partida que entiende que la Administración pública (o su correcto funcionamiento) es una entidad (objeto) material y que se debe proteger como se hace tradicionalmente con la vida o la integridad física. En este mismo enfoque, creo que tampoco es idónea esa complementación del bien jurídico genérico con el bien específico, no solo porque revela que no se sabe bien qué está en juego, sino porque, tal como está planteada hoy en día, no brinda mayores criterios de delimitación¹ ni de interpretación (si no está determinado por qué se activa el derecho penal, no se sabrá qué se puede hacer ni cómo).

Frente a los puntos que he expuesto, un sector doctrinal podría responder que todo esto es así porque no estamos frente a un bien jurídico “personalí-

1 No se comprende —más allá de una mera decisión legislativa—, por ejemplo, por qué delitos con configuraciones muy particulares que están ubicados en distintas secciones del Código Penal peruano terminan protegiendo el mismo bien jurídico específico. Esto es lo que sucede en el caso del delito de concusión (art. 382), ubicado en la sección 1ª. del capítulo II del Título XVIII, y en el delito de cohecho (art. 393), ubicado en la sección 4ª. del capítulo II del mismo título).

simo”, sino a uno “supraindividual” que exige que se adapte todo a la nueva situación o contexto. La cuestión, sin embargo, no pasa solo por advertir que se trata de un bien jurídico supraindividual o por definirlo, sino por recordar que la puesta en marcha del derecho penal no se hace para proteger un objeto o una cosa (Jakobs, 2012, p. 26), sino para mantener/devolver la vigencia normativa de una expectativa de comportamiento.² En consecuencia con lo expuesto, la referencia al (correcto) funcionamiento de la Administración pública —si es que se quiere mantener esa nomenclatura arraigada y utilizada por la doctrina hispanohablante—, debería partir del reconocimiento como una “condición imprescindible para el ejercicio de distintos derechos y para la satisfacción de una serie de necesidades sociales” (Guimaray Mori, 2021, p. 107) y, como consecuencia, penalmente protegible en tanto forma parte de la identidad normativa de la sociedad. Estoy convencido de que el reconocimiento de la vinculación que se genera entre la institución (Administración pública) y los funcionarios es la base para la puesta en marcha del derecho penal.³ A partir de aquí, y junto con los contextos de prevalimiento y de desobediencia que se propone en la doctrina (Vilchez Chinchayán, 2021, pp. 195 y ss.), pueden superarse los escollos de falta de delimitación y contar con criterios de interpretación.

Con esta precisión respecto al bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública, a continuación se dará cuenta de la clasificación como delitos de peligro que reciben la mayoría de los tipos previstos en el Título XVIII del Código Penal peruano (CP): delitos contra la Administración pública, incluidos la negociación incompatible y la colusión.

3. ¿Importa que un delito contra la Administración pública se clasifique como de peligro abstracto o concreto?

Esta pregunta con la que inicio el presente apartado es una que suele encontrarse muchas veces en los trabajos que abordan la materia sobre la anticipación penal.⁴ No puedo negar que esa pregunta volvió a aparecer al profundizar en el estudio de los delitos contra la Administración pública, en tanto no son pocos los que se catalogan como de peligro.

Antes de continuar con el desarrollo de ese punto, es conveniente realizar la

2 Postura ampliamente desarrollada en Perú, por ejemplo, por García Cavero (2019, p. 97).

3 En este sentido, entiendo que se puede ubicar parcialmente el planteamiento de Vásquez-Portomeñe Seijas (2003, pp. 390-391) y su plano procedimental como bien jurídico protegido.

4 Véase, por ejemplo, Vilchez Chinchayán (2018, *passim*).

siguiente precisión. El modelo clásico de intervención y sanción penal ha sido el de la realización de una conducta ilícita y que esta produzca un resultado prohibido. Sin embargo, ese modelo ha ido perdiendo protagonismo ante otro donde se hace posible la sanción con la sola realización de la conducta delictiva (contribuyendo a que el derecho penal adelante su puesta en marcha). Hasta aquí existe acuerdo en la doctrina, pero no en lo concerniente a la manifestación y subclasificación que esta anticipación penal ha traído consigo (Vílchez Chinchayán, 2018, pp. 49-84). Aquí quiero analizar cómo ese segundo modelo ha ido “conquistando territorio”. Concretamente, el grupo de los delitos contra la Administración pública ha sido un espacio que ha ido admitiendo cada vez más la anticipación penal. Esto no sorprende en tanto, en la actualidad, los Estados orientan sus esfuerzos a combatir la corrupción pública utilizando tal recurso de adelantamiento. Sin embargo, sí se ha convertido en un espacio que, en no pocas ocasiones, con la excusa de ser un delito de peligro o, en general, de una forma de intervención penal anticipada, se le atribuyan —tanto por los tribunales como por los autores— ciertas características controvertidas. Así, por ejemplo, en la Cas. N° 1877-2021-Lima se afirma que:

[El delito de negociación incompatible] es uno de peligro abstracto; es decir, el comportamiento descrito en el tipo penal denota una conducta cuya realización, se presume, crea un peligro para el bien jurídico; se sanciona un comportamiento por una valoración ex ante, en cuya virtud el legislador presume, sin prueba en contrario, que la consecuencia de la conducta típica es la afectación del bien jurídico. (f.j. 7)

En este escenario puede verse la dificultad para determinar los límites y características de los delitos de peligro en el contexto del “ataque” a la Administración pública. Dicha dificultad se acentúa no solo por las peculiaridades propias de la redacción legal en un código penal, sino principalmente porque el enfoque doctrinal y de los tribunales que suele acompañar al análisis de los delitos de peligro se concentra —en no pocas ocasiones— en clasificarlos como de peligro concreto o abstracto (o cualquier variante, dentro de esta escala, que se estime conveniente.⁵ Todo esto no tendría ningún inconveniente si no fuera porque dicho ejercicio, en algunos casos, no presenta un desarrollo claro, o sí, pero mínimamente y casi siempre incompleto; en otros casos, no encuentra

5 Basta señalar, por ejemplo, la propuesta de Zieschang (1998, pp. 197 y ss.) o también la sugerente clasificación de Wohlers (2000, pp. 281 y ss.). En nuestro idioma pueden consultarse, con mayores referencias, los trabajos de Mendoza Buergo (2001), Vargas Pinto (2007) y Vílchez Chinchayán (2018).

ni conexión ni repercusión (incluso, ni coherencia) con los argumentos posteriormente presentados que sirven para subsumir los hechos como un delito de peligro contra la Administración pública. Finalmente, no faltan desarrollos que emplean esquemas antiguos ya superados o se asumen no pocas licencias en su configuración. Lamentablemente, esto no parece preocupar ni ser impopular en tanto toda la puesta en marcha del aparato punitivo estatal termine en un castigo penal. La situación, sin embargo, es preocupante, ya que se está poniendo en juego la libertad de una persona. Como no se trata de activar al derecho penal de cualquier forma, se hace necesario volver a revisar la relación con los delitos de peligro y su adaptación al subsistema de los delitos contra la Administración pública.

Hasta aquí, todo lo que se ha señalado en este apartado podría parecerle al lector solo una cuestión doctrinal “sin importancia”, sin embargo, sí la tiene y con mucho peso. Esto, esencialmente porque la Corte Suprema peruana asume la —cuestionada— clasificación dual de los delitos de peligro abstracto y concreto y todo el esquema doctrinal que lleva consigo. Así, por ejemplo, se clasifican como tales la concusión, la colusión “simple” prevista en el art. 384.I (según la Casación N° 661-2016-Piura y la Casación N° 2587-2021-Lima Norte; con matices: la Casación N° 1648-2019-Moquegua), la negociación incompatible, los cohechos y el tráfico de influencias, entre otros. Lo interesante, si cabe, es que los tribunales han ido variando —en no pocas ocasiones— la calificación de los delitos de peligro, pasando de clasificarlos como concretos a abstractos y viceversa. Dicha variación no solo ha significado un relajamiento probatorio, sino también alteraciones en la esencia típica. Todo esto se ha dado principalmente en los delitos de gestión de negociación incompatible y colusión, generando así un escenario propicio para ser visitado.

No desconozco que han sido muchas las líneas que se han desarrollado para superar el binomio de los delitos de peligro y que, pese a todo, ese modelo tradicional vuelve a flote. Precisamente por eso pienso que un enfoque sobre el asunto es necesario, concretando en el grupo de delitos que ahora analizo.

Partiendo de la base de la clasificación de los delitos contra la Administración pública que se presentó un tiempo atrás (Vilchez Chinchayán, 2021, pp. 191-209) —a saber: delitos de abuso (que sancionan conductas de prevalimiento), de gestión y de oportunidad (que sancionan ambas conductas de desobediencia)— y de la revisión de los delitos de peligro que también he analizado,⁶

6 Cuyo resultado fue la propuesta de dos modelos: anticipación y vinculación, de los cuales se derivan los delitos de puesta en peligro y elusión, para el primer modelo, y de desvinculación, para el segun-

creo que existen suficientes elementos para proponer una interpretación coherente y una aplicación que permita no solo tomar en cuenta los conceptos tanto de los delitos de peligro como de los delitos contra la Administración pública, sino también que dé lugar a la predictibilidad del sistema penal (como se propone, por ejemplo, en el caso de la imprescriptibilidad.⁷ En esa línea, estimo conveniente iniciar el análisis rompiendo un paradigma: la Administración pública no se puede poner en peligro.

Si nos remitimos únicamente al peligro, éste se entiende como la probabilidad de lesión.⁸ Y a esta última figura le ha acompañado el sentido de alteración, de destrucción, de menoscabo, de cambio físico (por eso existe peligro para la vida y se castiga, por ejemplo, como un delito la conducción en estado de ebriedad). Si relacionamos ese concepto con el ataque a la Administración pública, no parece adecuado referirse ni a una lesión ni a una puesta en peligro. Si tomamos como válida esta proposición, habría que emplear un término específico y exacto que sirva para describir la esencia del ataque a la Administración pública. En otras palabras, que permita medir la conducta no (solo) en términos cuantitativos, sino (también) cualitativos.

Hace un tiempo atrás se propuso que el término sea “desvinculación” (Vilchez, 2018, p. 243). Trasladando esta figura al contexto de los delitos contra la Administración pública, propongo entender la *desvinculación* como un juicio de constatación sobre conductas que generan un desequilibrio, en tanto representan una forma de neoinstitucionalización porque contradicen precisamente los roles especiales que surgen por una institución social elemental (como es la Administración pública), que relaciona de una manera especial a una persona (a un funcionario público o a un ciudadano con un encargo por parte de la Administración) con otra o con una situación especialmente deseable (que cumpla con sus funciones públicas). De un modo más específico, puedo señalar que se castiga entonces a aquel funcionario que, a través de una conducta de prevalimiento (como la del abuso de autoridad o la concusión) o de desobediencia (como la de colusión o negociación incompatible), manifiesta así un comportamiento que va en contra de aquellas relaciones institucionalizadas básicas para el funcionamiento de la sociedad. Así, se protege una institución cuya desprotección penal daría lugar a reacciones disfuncionales (Vilchez, 2018, p.

do (Vilchez Chinchayán, 2018, pp. 199 y ss.).

7 Al respecto, se puede revisar Vilchez Chinchayán (2023, pp. 129 y ss.).

8 Con mayores precisiones, véase, por ejemplo, Mendoza Buergo (2001, pp. 25 y ss.).

252) en tanto la Administración pública es un instrumento al servicio de los ciudadanos (Ortiz de Urbina, 2021, p. 374). Cuando la sanción recae sobre el ciudadano que, por ejemplo, estorba o usurpa una función pública, el castigo también supone “preservar el necesario respeto que el administrado debe guardar por la función que [el funcionario] está desempeñando [en cumplimiento de sus competencias públicas]” (Villada, 2019, pp. 7-8). Con el castigo penal, se devolvería la vigencia a esa expectativa normativa defraudada, castigando al ciudadano que pone en entredicho la actuación estatal de ese funcionario público que lleva el encargo de la Administración pública.

En este orden de ideas, la puesta en marcha del derecho penal no se da porque haya una destrucción o una puesta en peligro de la Administración pública (aunque no se niega ni se descarta la relevancia que, por la configuración o formulación del propio tipo penal, pueda tener la realización de un perjuicio concreto, como sucede, por ejemplo, al patrimonio estatal), sino por el cuestionamiento que genera ese funcionario público —en lo que aquí interesa, por ahora— al no cumplir con una prestación derivada de sus deberes positivos especiales (genéricos: dar órdenes, dirigir; o específicos: intervenir en la contratación pública, administrar bienes públicos) que tienen relación con el mantenimiento de esa institución que se encuentra preformada, consolidada (no está sometida a la libre configuración que cada individuo le quiera dar) y es “vital para la interrelación entre el Estado y la sociedad” (Villada, 2019, p. 17).

Con la precisión anterior, debe también ajustarse su inclusión dentro de la lista de los delitos de peligro. No creo conveniente mantener un esquema (actual) que solo responda a la idea de peligro (así sea concreto o abstracto, de peligrosidad concreta, de peligro hipotético, de peligro idóneo...) ni tampoco a uno que se construya sobre la base de presunciones de peligrosidad (*iuris et de iure*, para los de peligro abstracto; *iuris tantum*, para los de peligro concreto) o que renuncie a establecer límites (como sería el caso de los *Verhaltensdelikte*, conocidos en nuestro idioma como “delitos de comportamiento” o “de conducta”. Al respecto, puede revisarse a Stratenwerth (2012, pp. 237-247). En cualquiera de estos esquemas, pienso que estaría abierta la puerta para cuestionar seriamente el funcionamiento y la legitimidad de esta clasificación y, con ello, del derecho penal (en tanto, por ejemplo, el uso de las presunciones genera más inseguridades y altera el sistema). Por todo esto, me parece que es recomendable alejarse de la dinámica de los delitos de peligro y reclasificarlos como los delitos que denomino “de desvinculación”, que tienen como pieza central a la figura anteriormente explicada.

Así, nos encontramos frente a un grupo de delitos por los que se sanciona esa conducta del funcionario público que contradice el núcleo de la sociedad, en cuanto crea inestabilidad en el sistema o entorpece el control del Estado debido al rompimiento de la vinculación que existe entre él (como sujeto agente que lleva y permite ejecutar la voluntad pública) y la Administración pública. A partir de esta propuesta, puede añadirse también que los delitos contra la Administración pública son delitos de desvinculación que, a su vez, pueden subclasificarse en delitos de abuso, de gestión y de oportunidad. La desvinculación en los primeros se manifestaría a través del prevalimiento de su cargo mediante el uso de violencia, amenaza, engaño u otras formas de afectar la voluntad de las víctimas (como sucede en el abuso de autoridad). En los delitos de gestión se manifestaría a través de una conducta de desobediencia,⁹ que se materializa en la infracción de deberes positivos especiales específicos que se concretan en la posibilidad de intervenir en la contratación u operaciones públicas (como en la colusión o negociación incompatible) y en la administración de bienes públicos (como en el peculado y la malversación). Finalmente, en los delitos de oportunidad se manifestaría también a través de una conducta de desobediencia, pero en cuanto al no cumplimiento de los deberes positivos especiales genéricos o específicos (distintos a los de gestión), aprovechándose de su posición sin necesidad de violentar o amenazar a las víctimas (como sucede en los cohechos o en el tráfico de influencias). Es más, en no pocas ocasiones contaría con la venia y colaboración de los administrados para perpetrar el hecho ilícito.

4. La comisión por omisión

Con lo expuesto sobre los delitos contra la Administración pública en cuanto al bien jurídico protegido y su clasificación como delitos de desvinculación (de abuso, de gestión y de oportunidad), conviene continuar en el análisis y descender a dos cuestiones que tienen que ver con la configuración típica y la forma de intervención delictiva. En este apartado me ocuparé del primer tema, específicamente de si es posible la comisión por omisión en el acuerdo colusorio (o, en otras palabras, para la concertación requerida en el delito de colusión previsto en el art. 384 del Código Penal peruano), dejando para el último apartado el tratamiento de la participación en el delito de negociación incompatible.

⁹ Que, según Sánchez-Ostiz (2020, p. 53), sería un paradigma de realización de los delitos y que supondría que el “sujeto agente no llev[e] a cabo el comportamiento esperado”.

4.1 Cuestiones previas

Es necesario comenzar reconociendo que el alto tribunal de justicia de Perú sostiene que los delitos contra la Administración pública son —más allá de las particularidades conceptuales que señalan, con razón, por ejemplo, Montoya Vivanco y Rodríguez Vásquez (2018, pp. 90 y ss.)— de infracción de un deber.¹⁰ Seguidamente, también la Corte Suprema ha afirmado que el funcionario público se encuentra en posición de garante y, por eso, la omisión de sus deberes hace posible que se fundamente su responsabilidad en comisión por omisión.¹¹ Dicha solución también ha sido ratificada y desarrollada por la doctrina,¹² aunque hay otro sector que entiende que no es posible la comisión por omisión específicamente ya en el delito de colusión.¹³ Si bien el tratamiento anterior, en cuanto a la calificación de los delitos contra la Administración pública como delitos de infracción de deber y la existencia de la posición de garantía, no es incorrecto, pienso que para valorar la posibilidad de la responsabilidad en comisión por omisión es necesario no olvidar las particularidades que los tipos penales en cuestión presentan. Así, por ejemplo, lo reconoce García Caveró (2019) al señalar que en la configuración de los delitos de infracción de deber no es suficiente la infracción de deber institucional, sino que debe atenderse a la particular estructura del tipo penal, esto es, “debe producirse por medio de una conducta que reúna las exigencias del tipo penal, como el mismo Jakobs lo ha precisado claramente” (pp. 758-759).

En otras palabras, la configuración o no de la omisión exige atender a la estructura de los delitos, en este caso, de gestión. Debo advertir que no se está incurriendo en un error ni defendiendo la diferencia naturalística entre acción y omisión. Ya he señalado que, en mi concepción, lo que interesa es que se tenga en cuenta si el agente (en este caso, el funcionario público) infringe su competencia (ya sea por una modalidad comisiva u omisiva), pero esto no puede llevar a dejar de lado las particularidades que la redacción legal prevé. Así, en opinión de Silva Sánchez (2010, p. 157), puede hablarse de una comisión u omisión perfectamente delimitada solo después de determinar, sobre la base del tipo penal, qué es aquello que se tiene que interpretar.

10 Al respecto, pueden revisarse, solo como una pequeña muestra de lo afirmado, las siguientes sentencias: Cas. N° 753-2022-Callao, Cas. N° 1095-2021-Nacional, Cas. N° 1566-2019-Moquegua, Cas. N° 1135-2019-Huancavelica y Cas. N° 392-2019-Ancash).

11 Por ejemplo, en Cas. N° 2587-2021-Lima Norte y Cas. N° 2981-2021-Cajamarca.

12 Por ejemplo, Guimaray Mori (2021, pp. 312 y ss.) y Martínez Huamán (2019, pp. 200-206).

13 Así, se encuentra García Navarro (2022, p. 702), Álvarez Yaguillo (2021, pp. 118 y ss.) y Rojas Vargas (2021, pp. 566-567).

En lo que sigue se podrá observar cómo es que la Corte Suprema realiza el análisis sobre la comisión por omisión y qué es exactamente lo que dice, aunque —como se verá— no concreta el estudio sobre el tipo penal y la redacción específica, dejando abiertas algunas posibilidades y generando no pocas dudas. Tomaré como referencia dos de las recientes sentencias que he mencionado en la introducción de este trabajo.

4.2 Dos casos de responsabilidad penal en comisión por omisión según la Corte Suprema peruana

En la Casación N° 2587-2021-Lima Norte (2023), se sostiene lo siguiente:

Cabe precisar que los delitos de infracción de deber son la mayoría de [los] delitos que se tipifican en nuestro Código Penal con el título “delitos contra la administración pública”. En esta línea enunciativa, es la infracción al deber, y no el dominio del hecho, lo que marca la pauta para determinar si la conducta atribuida tiene contenido penal; desde esta perspectiva, existen *deberes positivos*, que obligan un actuar de parte del agente al servicio al Estado; en ese caso, la infracción a ese deber puede desplegar una conducta omisiva, un “no hacer” o “no cumplir” el deber a que está obligado; como también *deberes negativos*, que prohíben o impiden al agente al servicio del Estado actuar o hacer un determinado acto; en ese caso, la infracción a este tipo de deberes es comisiva, puesto que, para incumplir la prohibición o el impedimento, el *intransigente* tendrá que desplegar un hacer. Y, por último, existen *deberes mixtos*, que exigen al agente al servicio del Estado tanto un hacer como un no hacer, en ese caso, la infracción a este particular tipo de deberes será al mismo tiempo comisiva por omisión. (f.j. 3)¹⁴

Más adelante, en la misma casación se afirma, corroborando el sentido que la propia doctrina nacional ha reconocido:

[E]l ilícito de colusión es uno de infracción del deber, de esta forma, el funcionario que se encuentra vinculado funcionalmente con la contratación estatal, cuyo deber positivo y general es resguardar los intereses patrimoniales del Estado, en su comportamiento en las diferentes etapas de las modalidades contractuales, es susceptible de incurrir en cualquier delito de infracción del deber expresando una conducta comisiva, omisiva o de comisión por omisión del deber. Ahora bien, para la materialización del tipo penal concreto se tendrá que verificar si además de ello, se configura el verbo rector del delito de que se trate. (f.j. 4)

14 Cursivas en el original.

Todo lo anterior sirve como base para condenar a un gerente municipal que aprobó las bases administrativas de una licitación pública (sin considerar las especificaciones técnicas de los equipos, sin el informe técnico previo requerido y otras irregularidades), habiéndose concertado —siempre en palabras de la Corte Suprema— en comisión por omisión. Sobre esta situación, según la casación que se viene comentando, se tiene que

[...] por medio de un razonamiento indiciario, se acreditó tanto este cúmulo de irregularidades como que el procesado [...] incurrió en infracciones de deber omisivas y comisivas por omisión; además, permiten inferir el pacto colusorio para beneficiar a las empresas y sus representantes, que obtuvieron la buena pro, pese a las irregularidades advertidas, las que no son menores ni meramente administrativas. (f.j. 10)

El razonamiento anterior se mantiene y se desarrolla en Casación N° 3490-2022-Arequipa (2024), aunque con un contexto distinto y específico:

[...] ante una delegación —sin cadena de competencias expresamente contempladas en el acto de delegación [...]— [...] (i) solo corresponde al alcalde como órgano delegante un deber residual de evitación de un desempeño delictivo del órgano delegado (el gerente [m]unicipal) y de sus demás funcionarios subordinados —posición de garante residual y, por tanto, solo puede responder del mismo hecho delictivo en comisión por omisión por no evitar el delito e infringir la vigilancia y control, y nunca por encima de lo tolerable. [...]. (f.j. 5)

Con todo, puede comprobarse cómo es que la máxima instancia de Justicia reconoce que el delito de colusión es uno de infracción de deber, que el funcionario público es garante y que es importante observar lo requerido por el tipo penal (no obstante, vale señalarlo, esta exigencia no siempre se ha cumplido en todos los casos). Adicionalmente, se pueden distinguir al menos dos escenarios. El primero, el de un funcionario público que responde —aunque en la exposición de los hechos en la Cas. N° 2587-2021-Lima Norte no queda claro cómo se dio la concertación— en comisión por omisión por el delito de colusión. El segundo, el del contexto de delegación de competencias y la posibilidad de que el delegante responda en comisión por omisión —aunque lo resuelto en la Cas. N° 3490-2022-Arequipa da cuenta de su absolución por falta de pruebas— por el delito de colusión.

4.3 Ideas clave

En el desarrollo anteriormente expuesto se puede observar cómo el punto de partida que asume la Corte Suprema, siendo en mi opinión correcto, no termina de cerrar en tanto no presenta un esquema que dé cuenta cómo es que el funcionario público puede realizar una concertación en comisión por omisión y, por eso, responder penalmente. No parece que sea convincente, ni suficiente ni legítimo recurrir solo a razones de necesidad de castigo aunque no se cumplan (o no se deje claro el camino) con los elementos típicos. Por eso, es necesario volver a examinar las cuestiones dogmáticas. Específicamente, la comisión por omisión y la configuración de la concertación.

En cuanto a la revisión de los elementos de la comisión por omisión, tenemos que estos son: (a) la posición de garante; (b) la omisión de impedir la realización del hecho punible (en este caso, la concertación defraudando o para defraudar a la Administración pública); y (c) la cláusula de correspondencia.

Para continuar con la línea propuesta en esta contribución, creo conveniente señalar que el art. 13 del CP castiga la conducta omisiva de aquel —en este caso, funcionario público con competencias de gestión— que no impide la producción de un hecho punible,¹⁵ como si ese se hubiera causado de manera comisiva.

El primer requisito (a) para que se pueda configurar la comisión por omisión (dicho esto, de modo general) es que el agente se encuentre en una posición que lo obligue a impedir la realización del hecho punible. Dicha posición se configura, según el art. 13 del CP, de dos modos: ya sea porque el sujeto tiene el deber jurídico de impedir la realización del delito o cuando se crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo. De este primer requisito puedo afirmar que, si bien se diferencian dos casos, el segundo —esto es, la creación de un peligro inminente (que se lo llama “injerencia”)— no es más que un supuesto particular del primero que también da origen a un deber de impedir el delito. En consecuencia, se podría resumir afirmando que la esencia de este primer elemento es que al omitente le alcance el deber de impedir la realización del delito, sin más. A ese deber le corresponde una naturaleza jurídica (García Cavero, 2019, p. 577) y el fundamento jurídico, según la posición dominante,

15 Esto contrasta, de ahí que no pueda trasladarse por completo al sistema peruano el esquema español de comisión por omisión, en tanto el art. 11 del CP español requiere de la producción de un resultado (lesivo). Así también lo desarrolla la doctrina española. Por ejemplo, Mir (2015, p. 338) y Sánchez-Ostiz e Íñigo (2017, p. 110). Expresamente, Silva (2010, p. 439) señala que, en el sistema español, un delito de mera actividad no puede configurarse en comisión por omisión.

de ese deber de impedir la realización de un hecho punible se lo denomina como posición de garante. Es cierto que se debate en la doctrina cuál es el criterio para afirmar dicha posición, sin embargo, en lo que aquí corresponde, se parte de que esa posición no se determina por una asunción fáctica de una posición de dominio, sino por la vinculación formal establecida en función de una institución social específica, como son los deberes estatales de los funcionarios públicos.

El segundo elemento (b) implica que, por un lado, hay que anotar los elementos que configuran el tipo penal y, por otro, la omisión del funcionario público. En cuanto a lo primero, la configuración de la conducta típica prevista en el art. 384 del CP supone que el funcionario público que tiene competencia para intervenir en la contratación pública concierte —según el primer párrafo— con los interesados para defraudar a la Administración pública o concierte —según el segundo párrafo— con los interesados para defraudar patrimonialmente a la Administración pública. En cuanto a lo segundo, supone —según la discusión vigente— que el funcionario público no cumple con evitar que otro funcionario público se concierte. Esta situación, vale reconocerlo desde ahora, es justamente la que desata todo el problema. Sobre esto volveré más adelante.

Finalmente, está claro que no es suficiente la omisión de impedir la realización del hecho punible (c). La omisión del garante debe además corresponderse con la realización del tipo mediante un hacer. A esto se lo conoce como la cláusula de correspondencia. Se trata de la exigencia de una identidad normativa (material) con la realización activa del delito. Esto es, de que la omisión del garante presente los mismos elementos objetivos y subjetivos que normalmente fundamentan la imputación penal en caso de una realización activa del correspondiente tipo penal (García Caveró, 2019, p. 585). Por eso se exige, en cuanto a la imputación objetiva, que se determine si la actuación del omitente ha creado un riesgo penalmente prohibido o, como en el grupo de casos que ahora interesa, que exista una infracción de un deber positivo especial (específico) y, de requerirlo el tipo penal, la materialización de un resultado imputable a la infracción del obligado institucionalmente (por ejemplo, el perjuicio patrimonial que se requiere en la colusión prevista en el art. 384.II del CP). En cuanto a la imputación subjetiva, la exigencia legal es, mayoritariamente, de una conducta dolosa (que entiendo como conocimiento de que está omitiendo cumplir con su deber de ser garante). Como los tipos penales que comentaré solo tienen una modalidad dolosa, dejaré la formulación de la imputación subjetiva aquí.

Sobre la concertación, afirma la doctrina que es el “acuerdo ilegal entre el

particular interesado y el agente público que representa los intereses contractuales del Estado” (Pariona Arana, 2017, p. 42); que se trata de “pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio. [...] El acuerdo ilegal puede ser un acto como también un conjunto de actos dirigidos a plasmar una decisión [...]” (Castillo Alva, 2017, p. 231); que es doloso y “generalmente clandestino o subrepticio” (Rojas Vargas, 2021, p. 567); que se trata de “un proceso comunicativo de asertividad o afirmación de peticiones o las pretensiones del funcionario defraudador y del particular interesado” (García Navarro, 2022, pp. 682-683). Así pues, el acto que sirve para configurar el delito de colusión requiere de la convergencia de las voluntades de ambas partes (de los funcionarios que actúan, en razón de su cargo, en la contratación y los particulares interesados) y lo importante es que se haya llegado al acuerdo ilícito. Aunque hay coincidencia doctrinal en que la forma de realizar este acuerdo siempre es uno directo, serio y claro, un sector defiende la posibilidad de que se configure a través de actos concluyentes. Por ejemplo, según Castillo Alva (2017),

[p]ese a que la doctrina y la jurisprudencia peruana —hasta donde alcanzamos a ver— no han abordado aún técnicamente este problema, queda claro que no existe ningún inconveniente dogmático ni político criminal para admitir la posibilidad de concertación por medio de esta clase de actos. (p. 263)

4.4 Escenarios

En este estado de la exposición, puede entenderse que, en general, la situación de un funcionario público que omite cumplir con sus competencias institucionales podría tener responsabilidad penal. El contexto, sin embargo, adquiere unos matices distintos dentro del análisis del delito de colusión y la requerida concertación. Para ordenar la exposición, a continuación presentaré dos escenarios abordados por la doctrina y los tribunales.

El primero es aquel donde un funcionario como miembro de un comité de selección no evita/no hace nada frente a la concertación que conoce y que han realizado los otros dos miembros con los contratistas (A). El segundo escenario es el de un funcionario público que delega sus competencias —por ejemplo, para la contratación pública— en otro funcionario (B). A partir de aquí, surgen tres supuestos: (i) el funcionario delegante coloca al funcionario delegado justamente para que no sea tan evidente que estaba detrás de todo acto ilícito; así, el delegado actúa en coordinación con el delegante, toma la decisión o ejecución del delito; (ii) el funcionario delegante conoce los actos ilícitos (concertar con

los contratistas) que realiza el delegado, pero no hace nada para impedirlo; (iii) el funcionario delegante no conoce los actos ilícitos del delegado.

Sobre los elementos que se encuentran en el escenario (A), señala García (2019) que las competencias del especialmente obligado se determinan “en función de la institución específica que vincula al autor especialmente con otras personas o con cierta situación socialmente deseable” (p. 587) y su infracción se imputa atendiendo a lo dispuesto en el tipo penal concreto. Por eso, en palabras de García Cavero (2020),

[p]ara expresarlo de la mano de un ejemplo más concreto: ¿Puede equipararse la omisión del funcionario público perteneciente al comité de selección que no hace nada ante licitación amañada por otros miembros del comité, a la concertación realizada por este funcionario público con el particular interesado? La respuesta parece ser negativa, pues en dicha omisión no hay nada equiparable a una concertación con los interesados. El funcionario omitente podrá ser hecho responsable por omisión de denuncia u omisión de deberes funcionariales, pero no por un delito de colusión desleal. (p. 185)

En el mismo sentido de negar la posibilidad de una responsabilidad penal en comisión por omisión del funcionario público —en un plano horizontal— que es miembro del comité de selección que no hace nada frente a la concertación de los otros miembros, se encuentran las posturas de Abanto Vásquez (2003): “La ‘concertación’ solamente puede realizarse de manera *comisiva*” (p. 311) y de Salinas Siccha (2019): “El guardar silencio no equivale a concertar, desde el punto de vista normativo y estructural, que exige el tipo penal” (p. 355). También, aunque con una formulación no referida al delito que ahora se analiza, sino a un contexto de la empresa, se encuentra la posición de Robles Planas (2020), pero que pienso se puede trasladar “en la medida en que pueda afirmarse que los miembros se han desvinculado del ámbito especializado, no recaerían sobre ellos deberes de vigilancia con respecto a ese ámbito” (p. 140). Una opinión contraria para el mismo supuesto es defendida por Martínez Huamán (2019): “[Si] a pesar de ello vota a favor o en blanco, de tal forma que permite el otorgamiento de la buena pro, será responsable del delito de colusión, debido a que su conducta se encuentra enmarcada a favorecer dicho pacto” (p. 205). Así también, Rojas Vargas (2021) sostiene que ese escenario hace posible una responsabilidad penal por “el delito de colusión con base en una omisión impropia o comisión por omisión” (p. 536).

En mi opinión, me parece mucho más adecuado sostener que el funcionario

público que nada hace al conocer la conducta ilícita de sus otros compañeros integrantes del comité de selección no debe responder penalmente por el delito de colusión. Como dice Silva (2010),

[...] parece innegable que, si tal inactividad absoluta se produce de forma inconsciente y no controlable por la voluntad, surgirá un supuesto de ausencia de conducta. En cambio, si la citada pasividad es consciente y voluntaria, constituirá un algo “interpretable” al que cabe atribuir un contenido de sentido, también un contenido de sentido típico. (p. 164)

Es claro que esa pasividad consciente y voluntaria del funcionario público que no hace nada es algo interpretable y que puede adquirir un sentido jurídico, pero su pasividad no puede interpretarse como una concertación (no hacer nada o no informar sobre esa conducta de los otros miembros ni siquiera es un acto concluyente de concertación). Alguien podría entender en este desarrollo que, cuando el funcionario votó y, con ello, se logró cerrar la contratación, se tiene una forma de concertar. Sin embargo, pienso que hay que resaltar que, según el derecho positivo peruano, en primer lugar, no es posible abstenerse y, en segundo lugar, aunque sí puede votar en contra (voto discrepante, según el art. 46.1. del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado), aun con ello continuaría el proceso en tanto las decisiones se pueden tomar por mayoría (todo esto, según el art. 46.2.b. del mencionado reglamento) y no por eso se podría considerar que formó parte de la concertación. La situación del funcionario (no concertado) que haya votado en el mismo sentido que los otros funcionarios (sí concertados), aunque dogmáticamente no cumpliría con lo exigencia típica de la concertación, probatoriamente podría generar alguna complicación. Por otro lado, que se descarte la intervención penal por colusión no significa que se excluya también la eventual responsabilidad penal por omisión de denuncia.

Pasando al segundo escenario (B), específicamente al primer supuesto (i) en el que el superior jerárquico (funcionario delegante) interviene en la toma de decisión y ejecución del delito a través del funcionario subordinado, puede afirmarse su responsabilidad a título de autor del delito. Esto, básicamente porque la delegación ha sido simplemente una figura que encubre lo que hay atrás (Guimaray Mori, 2021, p. 378). Este autor asume que el título de intervención para el delegante sería de autor y complicidad primaria para el delegado. Aquí no interesa si no hay una actuación directa (de propia mano), en tanto el funcionario público delegante conoce y actúa junto con el delegado para

producir una conducta de desvinculación a través de la concertación con los contratistas, defraudando a la Administración pública. La responsabilidad penal del “delegante” es posible en tanto esa concertación (esto es, ese acuerdo ilícito) se ha realizado a través del (también responsable penalmente) delegado.

En el segundo supuesto (ii), el superior jerárquico se limita a no impedir la realización que ha decidido y ejecutado su subordinado. Doctrinalmente, esto ha dado pie a que se sostenga, por ejemplo, que el funcionario delegante es autor en comisión por omisión de lo que ha realizado el delegado en tanto ha infringido su deber institucional y conocía lo que estaba pasando.¹⁶

Por esta situación expuesta, no falta razón para afirmar que este es el escenario más controvertido. La clave para llegar a una propuesta de solución no se encuentra en cuestionar o no la posición de garante de los agentes delegantes (que sí tienen esa calidad), sino más bien en revisar las cuestiones referidas a la infracción (omisión) de la competencia especial (y su falta de supervisión) y lo que conoce el agente delegante. Respecto a esto último, la Cas. N° 3490-2022-Arequipa hace la siguiente precisión:

[...] ante una delegación —sin cadena de competencias expresamente contempladas en el acto de delegación [...]— [...] (ii) [...] no se trata de imputar al órgano delegante un conocimiento de determinada irregularidad sino de que conoció la existencia tanto de (1) un concierto entre el funcionario delegado y demás subordinados, como de (2) la comisión de actos fraudulentos en perjuicio del tesoro municipal. (f.j. 5)

Con esto, queda claro que la Corte Suprema peruana se ocupa con detalle sobre el conocimiento imputable al funcionario: si no hay, en el supuesto planteado, duda de que el funcionario delegante sabe que el delegado se ha concertado y comete actos fraudulentos que perjudican a la Administración, entonces se cumple con la exigencia de la imputación subjetiva. La doctrina también defiende esa posición, incluso dando pie a que se afirme la responsabilidad penal en comisión por omisión. Así, Peña Cabrera Freyre (2021) sostiene que “[Hay] una posible perpetración del injusto [en] ‘comisión por omisión’ [...] cuando conocen que otro funcionario está ejecutando actos defraudatorios con los particulares y no hace nada para evitarlo” (p. 382-383). También Guimaray Mori (2021) defiende esta posibilidad y califica como el escenario más común que “el

16 En este sentido, Silva Sánchez (2000) señala que es “aquel en cuya esfera de competencia se hallaba la evitación directa del hecho” (p. 53).

delegado delinca con la anuencia, no acordada previamente, de su delegante” (p. 379), resultando ambos, en ese caso, responsables penalmente: el primero, por la comisión del delito, y el segundo, en comisión por omisión “de un hecho que pudo evitar en virtud de sus superiores facultades de reconfiguración competencial, principalmente, el poder de revocación de la delegación” (p. 379). Aunque también puede encontrarse una posición contraria. Por ejemplo, para García Cavero (2022),

[s]i la inactividad proviene de los funcionarios supervisores o de otros funcionarios concedores de la concertación de los otros funcionarios, se entenderá no como el acto principal de intervención concertadora, sino como el aporte omisivo relevante (complicidad primaria) de no evitar la concertación (facilitar la colusión). En todo caso, la identificación de una posición de garantía institucional sobre la indemnidad de los principios administrativos solo conllevaría a que la inactividad comprometa otros intereses jurídicos de protección y, por ende, se configuren otros delitos, como por ejemplo, la omisión de denuncia [...] o el incumplimiento de funciones [...]. (pp. 702-703)

En el mismo sentido puede enmarcarse también —aunque en un contexto entre privados— la posición de Robles Planas (2003) cuando señala que

el ministro que, habiendo delegado determinadas funciones a un director general, llega a saber (por un conocimiento causal) que el director general va a dictar una resolución injusta en el ámbito de esa competencia delegada, no responde por el delito de prevaricación si no hace nada por impedirlo. (p. 244)

En mi opinión, me parece asumible la idea de tener especial cuidado en cuanto a la imputación del conocimiento que se le hace a ese funcionario delegante. Sin embargo, pienso que es insuficiente para atribuirle responsabilidad por colusión como autor (aun cuando no reasuma la función). Esto, básicamente porque si bien no ha hecho nada pese a saber que el delegado ha realizado un hecho delictivo, la infracción sancionada por el delito de colusión —esto es, la falta a su competencia de gestión que es concertarse— no se ha realizado.¹⁷ Por ello, se puede afirmar que el delito de colusión tiene una clara limitación a una actuación comisiva.

En el tercer supuesto (iii) se abre la puerta para considerar una responsabilidad residual del funcionario delegante por no haber cuidado que la delegación

17 En el mismo sentido, también puede observarse la opinión de García Cavero (2019, p. 490).

sea adecuada (por ejemplo, porque el delegado no contaba con la capacitación, conocimientos o aptitudes) o no facilitar los medios necesarios para realizar la tarea. En este caso, el funcionario delegante responde penalmente, pero no lo hace por el delito de colusión (Guimaray Mori y Rodríguez Vásquez, 2015, p. 295).¹⁸ El punto clave está en que, en el caso de la delegación, rige el contexto de desconfianza (Silva Sánchez, 2016, p. 213). Así incluso lo reconoce la Cas. N° 952-2021-Puno (2022), Corte Suprema de la República (30 de mayo de 2022):

[...] en materia de delegación rige el principio de desconfianza, más aún cuando cada funcionario tiene asignado una competencia determinada y ésta ha de ser cumplida debidamente, [...] cada competencia merece ser observada y establecerse su corrección técnica y legal. (f.j. 5)

Sin embargo, que el delegante establezca y mantenga un proceso de vigilancia (por ejemplo, con inspecciones periódicas) ha llevado a que un sector de la doctrina sostenga que “una vez establecido un procedimiento de vigilancia, la desconfianza pasa a ser reemplazada por la confianza” (Silva Sánchez, 2016, p. 217). Robles Planas (2020) desarrolla esta línea y afirma que

[...] han merecido poca atención por parte de la doctrina las situaciones en las que tras (o mejor: con) la delegación el delegante no conserva una posición de supremacía frente al delegado, sino todo lo contrario: es precisamente el delegado quien tiene mayores capacidades, aptitudes, etc., que el delegante para desempeñar correctamente la actividad. De hecho, puede afirmarse que en multitud de ocasiones el delegado tiene una especial capacidad de la que carece el delegante, de forma que entonces la delegación es precisamente la forma idónea de mantener o disminuir los riesgos en la empresa. La no-delegación constituiría, por el contrario, una forma incorrecta de ejercer las funciones. En tales casos resulta en buena medida extraño afirmar la existencia de deberes de vigilancia y control *específicos* por parte del delegante sobre la actividad del delegado. (p. 137)

En este escenario —de confianza—, el análisis de responsabilidad penal, sostiene Guimaray Mori (2021), “debería concentrarse en el delegado, aparcando totalmente la relevancia del deber vigilar su desempeño” (p. 380). Dicho de otro modo, terminaría con la no sanción penal para el delegante que ha cumplido con su función de vigilar.

18 Para una opinión distinta, puede consultarse Martínez (2019, p. 204).

5. La intervención delictiva: los partícipes

Un último supuesto que deseo abordar es la posibilidad de la participación en los delitos contra la Administración pública. Quisiera concentrar mi atención en el delito de negociación incompatible (art. 399 del CP). Básicamente, porque ha generado en los últimos años un especial interés tanto de los tribunales como de la doctrina. De hecho, la Corte Suprema del Perú, en la Cas. Nº 1584-2021-Callao (2023) se ocupa de este supuesto, pero, en mi opinión, generando más dudas que certezas. Para presentar de un modo idóneo la cuestión, lo que haré será detallar las principales ideas abordadas en dicha sentencia. No obstante, conviene aclarar que me limitaré al uso de los hechos y argumentos tal y como han sido recogidos en la mencionada casación.

En la mencionada casación se discute la acusación de Luis Felipe Polo Gálvez y otros como autores y a Henry Tello Godoy y otros como cómplices en el delito de negociación incompatible. Específicamente, se imputa a Polo Gálvez que habría intervenido en su calidad de jefe del área usuaria y requirente de las necesidades de personal de INDESTA-SUNAT (Administración pública) favoreciendo a los otros sujetos que se investigan. Por otro lado, Tello Godoy sería el interesado en ingresar a INDESTA-SUNAT y por eso, según lo expuesto en la casación,

habría colaborado con Luis Felipe Polo Gálvez para que este se interesara de manera directa en el proceso de contratación de su persona, e incluso intervenga durante el mismo, todo ello con la finalidad de ser favorecidos con su ingreso a la entidad. (f.h. 7.2)

Debo reconocer, en este punto, que tanto la doctrina (Abanto Vásquez, 2003, p. 499) como los tribunales peruanos (R.N. 296-2014-Pasco, f.j. 3.6; R.N. 666-2016-Ancash, f.j. 9; Cas. Nº 18-2017-Junín, f.j. 10) aceptan la participación en los delitos contra la Administración pública, discutiendo principalmente si solo cabe la complicidad o también es posible la instigación (Rosales Artica, 2019, p. 225). Por mi parte, pienso que, previamente, cabe resaltar que se puede diferenciar, dentro del grupo de los delitos contra la Administración pública, entre delitos de infracción de deber que denominaría “puros” y otros delitos de infracción de deber “impropios” o con componentes de dominio. En los primeros, se encontraría que —siguiendo el planteamiento de Robles Planas y Riggi (2014)— la conducta del *extraneus* sería “cualitativamente distinta de la del *intraneus*, razón por la cual debe apartársela de un hipotético injusto común y exigirse su tipificación expresa en la Parte Especial para ser considerada puni-

ble” (p. 80)¹⁹. Dicho de otra forma, en los delitos de infracción de deber (o, en la terminología de Robles Planas (2003, p. 241), delitos especiales de deber) no sería posible establecer la sanción de un partícipe (ni aquel que le “ayuda” a infringir su deber ni aquel que se ve beneficiado con el interés indebido), al menos no sobre la base del mismo tipo penal.²⁰ Podría pensarse, en esa línea, en desarrollar tipos para castigarlos, al igual que se hace en el delito de cohecho. En los segundos, es decir, en los delitos de infracción de deber con componentes de dominio, el autor (en este caso, el funcionario público) no solo infringe un deber institucional, sino que también lleva a cabo una conducta de organización. Es sobre esta que puede vincularse una participación punible (Silva Sánchez, 2014, p. XX). En consecuencia, los delitos de infracción de deber con un elemento de dominio u organización dan lugar a que “se plantee la cuestión de la participación entendida como ‘intervención conjunta’, organización común” (Silva Sánchez, 2005, p. 69).

En mi opinión, el delito de negociación incompatible es uno de infracción de deber con componente de dominio,²¹ en tanto que para su configuración se requiere la existencia de un sujeto con la condición de funcionario público que infrinja su deber institucional (especial específico: con competencias para intervenir en la contratación u otra operación pública) y de actos concretos de organización (cómo es que él se interesa indebidamente). Es en este último elemento en el que entraría la ayuda o facilitación²² de otro.

Habiendo señalado que el delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber con componente de dominio, es posible —reitero— que se dé la participación. En esto concuerdo con lo expuesto en la Corte Suprema peruana (que varía su posición respecto a la Cas. N° 841-2015-Ayacucho, f.j. 33, en donde expresamente la Sala Penal Permanente afirmaba que no era posible la participación en este delito). No obstante, pienso que la máxima instancia de justicia no termina de dar cuenta del problema por completo, al menos no según lo expuesto, pues, según lo descrito, el interesado colabora con el funcionario público. Para mantener la lógica de la participación en el delito de

19 Cursivas en el original.

20 De modo muy contundente, Robles Planas (2003) afirma: “De hecho, ésta debería ser la solución coherente a adoptar por los partidarios de la teoría del delito de infracción de deber” (p. 242).

21 Entiendo que, para Robles Planas (2003), el delito de negociación incompatible sería un delito que denomina “de posición”, “en los que la restricción a ciertos sujetos activos obedece a que se hallan en una posición idónea para lesionar el bien jurídico” (p. 240).

22 Dice la redacción legal que el funcionario público puede interesarse indebidamente de manera indirecta.

negociación incompatible o también llamado “aprovechamiento indebido del cargo”, la colaboración debe darse dentro de una misma parte (por ejemplo, del funcionario público competente que se sirve de otro funcionario no competente o de un particular para mostrar ese interés indebido). Si viene de la otra (el interesado), entonces eso ya no sería negociación incompatible. Esto ya saldría de la lógica de ese delito y configuraría más bien el delito de colusión.

6. Conclusiones

A lo largo de este trabajo me he encargado de dar cuenta de las distintas preocupaciones que surgen alrededor de los delitos contra la Administración pública, específicamente debido a los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema peruana sobre los delitos de negociación incompatible y colusión. Pese al tiempo transcurrido y a las cuestiones desarrolladas, siguen apareciendo problemas tanto de la parte general (sobre lo protegido —bien jurídico-penal— y la calificación como delitos de peligro) como de la parte especial (sobre el desarrollo de la responsabilidad en comisión por omisión y la intervención delictiva). Es cierto que la doctrina y los argumentos empleados por los tribunales han avanzado mucho y es digno de destacar el esfuerzo. En lo que aquí corresponde, también he querido sumarme a esos esfuerzos, presentado una propuesta de interpretación sobre aquellos temas.

Utilizando la lógica de la figura de la desvinculación, he propuesto reinterpretar el bien jurídico-penal protegido en los delitos contra la Administración pública, insistiendo en la idea de la necesidad de mantener el nexo entre la Administración y el funcionario en tanto forman parte de ese núcleo o identidad normativa de la sociedad. En consecuencia, esto me llevó a plantear un cambio en la clasificación de los delitos. Dejando de calificarlos como de peligro (abstracto o concreto), es posible avanzar en tanto se consideran como de desvinculación, que se especifican según sea uno que se produce por prevalimiento (como sucede en la concusión, exacción ilegal o abuso de autoridad), o de desobediencia de competencias institucionales especiales específicas para administrar bienes públicos (como en el peculado o la malversación), o intervenir en la contratación pública (como en la negociación incompatible o colusión) o desobediencia de competencias institucionales especiales genéricas o distintas a las mencionadas anteriormente (como en los cohechos, tráfico de influencias o enriquecimiento ilícito). Con esto, los delitos de negociación incompatible y de colusión serían clasificados como delitos de desvinculación por gestión.

Los dos últimos temas tratados incidieron en un desarrollo específico del delito de colusión y de negociación. Así, en cuanto al primero, se abordó la problemática de la posibilidad de configuración en comisión por omisión del acuerdo colusorio. En cuanto al segundo, de la participación en el delito de negociación incompatible. Sobre la comisión por omisión se han distinguido distintos escenarios que permiten dar criterios y formas para la imputación o no de la responsabilidad penal. Sobre la participación en la negociación incompatible, he creído conveniente hacer referencia a los delitos de infracción con componentes de dominio para aclarar confusiones y plantear una solución.

Si he logrado o no sumar en este contexto de desarrollo científico, lo dejo a su consideración, estimado lector.

Bibliografía

- Abanto Vásquez, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Palestra Editores.
- Álvarez Yaguillo, M. (2021). La conducta omisiva en el delito de colusión. *Revista de Derecho Yachaq*, (12), 107-125.
- Castillo Alva, J. (2017). *El delito de colusión*. Instituto Pacífico.
- García Caveró, P. (2019). *Derecho penal. Parte General* (3ª ed.). Ideas Editores.
- García Caveró, P. (2020). El delito de colusión desleal. En García Caveró, P. y Vilchez Chinchayán, R. (Dirs.), *Delitos contra la Administración pública* (pp. 161-199). Ideas Editores.
- García Caveró, P. (2022). *Derecho penal económico. Parte General* (4ª ed.). Instituto Pacífico.
- García Navarro, E. (2022). *Delitos contra la Administración pública cometidos por funcionarios y servidores públicos*. Editorial Iustitia.
- Guimaray Mori, E. (2021). *Delitos contra la Administración pública y corrupción: Criterios de imputación al superior jerárquico*. Reus Editorial.
- Guimaray Mori, E. y Rodríguez Vásquez, J. (2015). Colusión por comisión por omisión: El caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales. *Ius et veritas*, (51), 286-296. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15664>.
- Jakobs, G. (2012). *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*. Ferdinand Schöningh.
- Martínez Huamán, R. (2019). *Delito de colusión. Doctrina y Jurisprudencia*. Editores del Centro.
- Mendoza Buergo, B. (2001). *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Editorial Comares.
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho penal. Parte General* (10ª ed.). Editorial Reppertor.
- Montoya Vivanco, Y. y Rodríguez Vásquez, J. (2018). ¿Jurisprudencia penal en disputa?: sobre la peligrosa irrupción de una dogmática irracional y desafortunada en la jurisprudencia en materia de corrupción. *Actualidad Penal*, (47), 81-109.

- Núñez Seminario, I. y Caballero Zavala, F. (2024). El verbo “recibir” en el cohecho pasivo y el medio corruptor en el tráfico de influencias. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 175, 265-279.
- Ortiz de Urbina Gimeno, I. (2021). Delitos contra la Administración pública. En Silva Sánchez, J. (Dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte Especial* (pp. 373-403). Atelier.
- Pariona Arana, R. (2017). *El delito de colusión*. Instituto Pacífico.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2021). *Delitos contra la Administración pública*. Lex & Iuris Grupo Editorial.
- Robles Planas, R. (2003). *La participación en el delito: Fundamentos y límites*. Atelier.
- Robles Planas, R. (2020). Tema 5. Imputación del delito económico a personas físicas (I). Tipo objetivo. En Silva Sánchez, J. (Dir.), *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial* (pp. 121-165). Atelier.
- Robles Planas, R. y Riggi, E. (2014). El extraño artículo 65.3 del código penal. En Robles Planas, R. (Dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad* (pp. 59-97). BdeF.
- Rojas Vargas, F. (2021). *Delitos contra la Administración pública* (5ª ed.). Gaceta Jurídica.
- Rosales Artica, D. (2019). El delito de negociación incompatible en la ley penal peruana. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 122, 211-226.
- Sánchez-Ostiz, P. (2020). *A vueltas con la Parte Especial (Estudios de Derecho penal)*. Atelier.
- Sánchez-Ostiz, P. e Íñigo, E. (2017). *Delictum 2.0* (4ª ed.). Editorial Eunsa.
- Salinas Siccha, R. (2019). *Delitos contra la Administración pública* (5ª ed.). Iustitia Editores.
- Silva Sánchez, J. (2000). La responsabilidad penal por contagio hospitalario. *DS*, 8, 47-58.
- Silva Sánchez, J. (2005). *El nuevo escenario del delito fiscal en España*. Atelier.
- Silva Sánchez, J. (2010). *El delito de omisión. Concepto y sistema* (2ª ed.). BdeF.
- Silva Sánchez, J. (2016). *Fundamentos del Derecho penal de la empresa* (2ª ed.). BdeF.
- Stratenwerth, G. (2012). Sobre la legitimación de los “delitos de conducta” (Trad. R. Ragués i Vallès). En Robles Planas, R. (Ed.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (pp. 237-247). Atelier.
- Vargas Pinto, T. (2007). *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Editorial Aranzadi.
- Vásquez-Portomeñe Seijas, F. (2003). *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general*. Instituto Nacional de Administración pública.
- Vílchez Chinchayán, R. (2018). *Aproximación a la intervención penal anticipada. Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*. Palestra Editores.
- Vílchez Chinchayán, R. (2021). *Delitos contra la Administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro.
- Vílchez Chinchayán, R. (2023). Los delitos de corrupción pública más graves: una revisión al art. 41 de la Constitución Política del Perú. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 19, 109-136. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/696/1026>.
- Villada, J. (2019). La protección penal de la función pública. En Basílico R. y Terradillos Basoco, J. (Dirs.), *Delitos contra la Administración pública* (pp. 1-44). BdeF.
- Wohlens, W. (2000). *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – Zur Dogmatik «moderner» Gefährdungsdelikte*. Duncker & Humblot.
- Zieschang, F. (1998). *Die Gefährdungsdelikte*. Duncker & Humblot.

Jurisprudencia citada

- Casación 1095-2021-Nacional (2023, de 27 de marzo). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/4bzsngH>.
- Casación 1135-2019-Huancavelica (2022, de 2 de febrero). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/3xM6SuQ>.
- Casación 1566-2019-Moquegua (2022, de 25 de febrero). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://www.gob.pe/institucion/pj/normas-legales/2910229-1566-2019-moquegua>.
- Casación 1584-2021-Callao (2023, de 30 de marzo). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/3XR9a6x>.
- Casación 1648-2019-Moquegua (2021, de 31 de agosto). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/3zDzDKC>.
- Casación 18-2017-Junín (2019, 24 de julio). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2020/01/Casación-18-2017-Junín-LP.pdf>.
- Casación 1877-2021-Lima (2023, de 19 de diciembre). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/3xTqc9p>.
- Casación 2587-2021-Lima Norte (2023, de 26 de abril). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/3XM39rP>.
- Casación 2981-2021-Cajamarca (2023, de 3 de febrero). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/3zvaFNH>.
- Casación 3490-2022-Arequipa (2024, de 5 de enero). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/4cL1KGb>.
- Casación 392-2019-Ancash (2020, de 30 de noviembre). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/3XP5tOI>.
- Casación 468-2019-Lima (2021, de 25 de noviembre). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/12/Casacion-468-2019-Lima-LPDe-recho.pdf>.
- Casación 661-2016-Piura (2017, 11 de julio). Corte Suprema de Justicia del Perú. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Cas-661-2016-Piura-Legis.pe_.pdf.
- Casación 753-2022-Callao (2023, de 25 de julio). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/3RWfINg>.
- Casación 841-2015-Ayacucho (2016, 24 de mayo). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/4ePx3l2>.
- Recurso de Nulidad 296-2014-Pasco (2014, 4 de septiembre). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resultado.xhtml#no-back-button>.
- Recurso de Nulidad 666-2016-Ancash (2017, 29 de mayo). Corte Suprema de Justicia del Perú. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/R.N.-666-2016-Ancash-Legis.pe_.pdf.