

Módulo 2: delitos de corrupción de funcionarios

Cohecho y colusión



Armando Sánchez-Málaga

Doctor en Derecho Penal



CONTENIDO

01

Colusión

02

Negociación incompatible





1

Colusión

Artículo 384 del Código Penal



■ Clases de colusión

Simple

“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; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.

Agravada

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

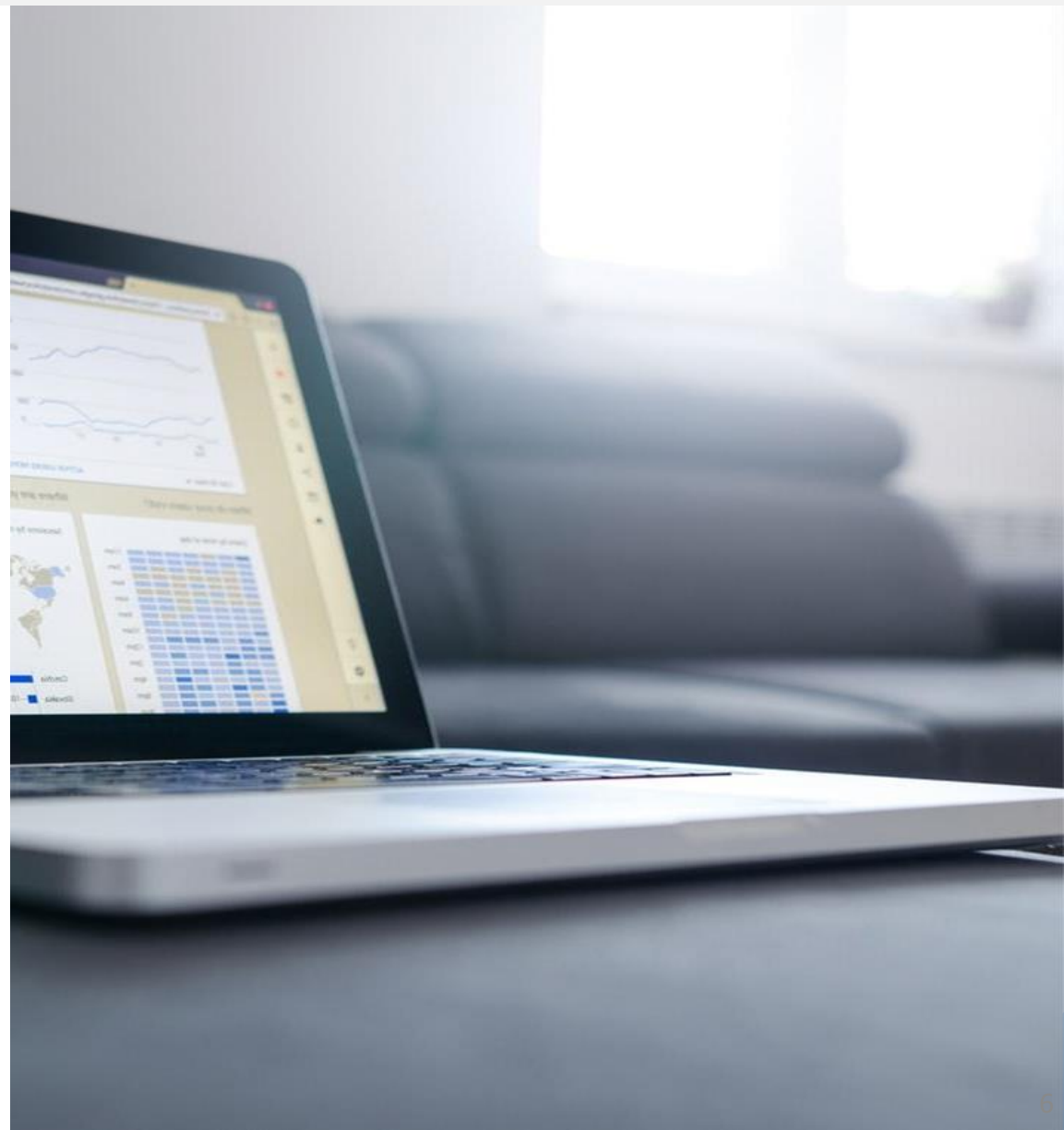


■ Elementos del delito de colusión

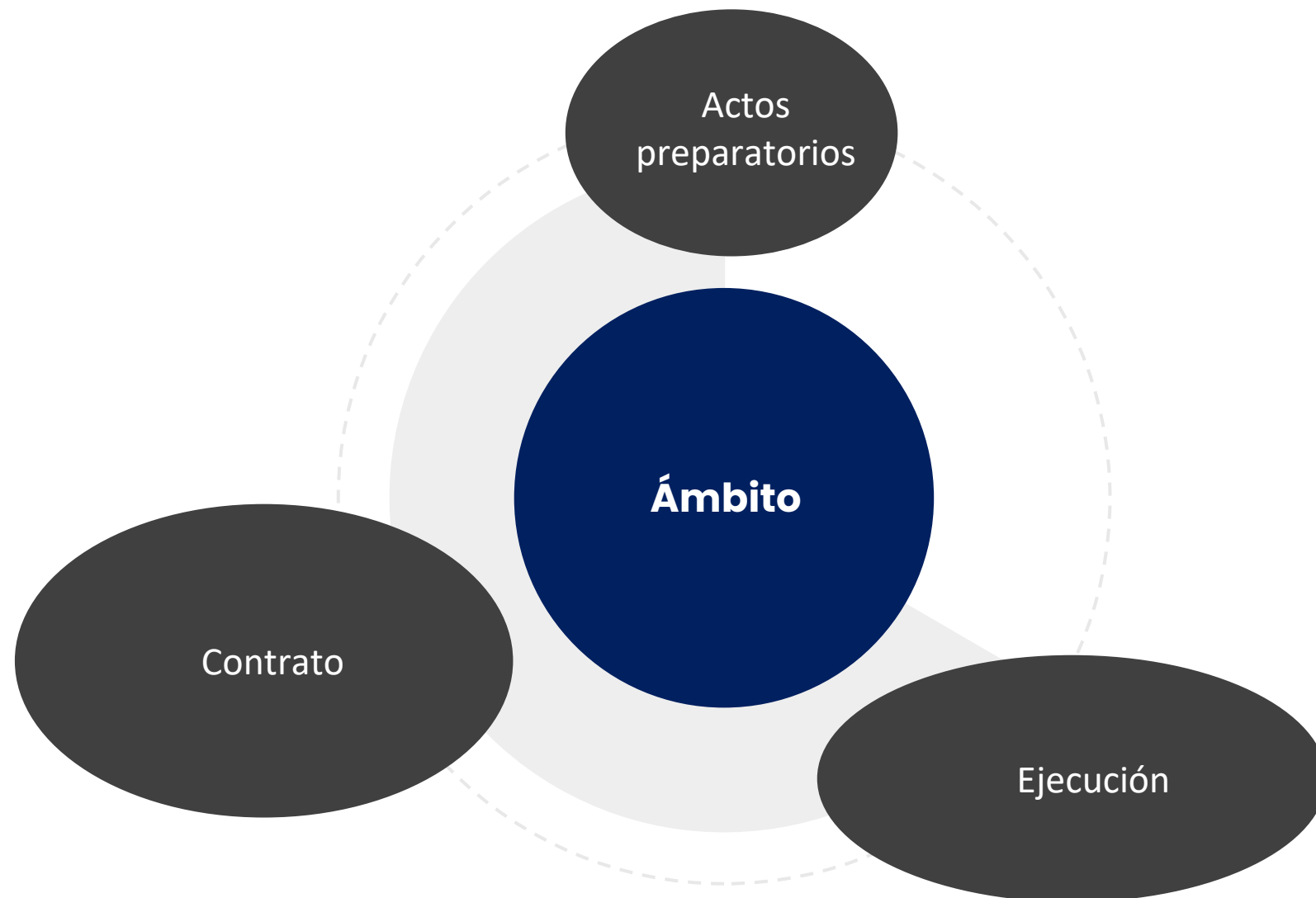


Concertación

- ▶ Ilegal
- ▶ Concepto normative de acto



■ Ámbito de la contratación



■ Clases de contratos

Contratación pública

- Marco de principios
- Deberes de funcionarios públicos

APP

- Concesiones



■ Elementos del delito de colusión



■ Prueba del delito de Colusión (Idehpucp)

- **Prueba de indicios del acuerdo colusorio**

Un último punto relevante sobre el acuerdo colusorio, justamente por su naturaleza subrepticia o clandestina, necesita de diversos indicios para poder ser probado judicialmente. Algunos aspectos sintomáticos que deberían ser tomados en cuenta para sospechar de la posible comisión de un delito de colusión son la regularización posterior al contrato, elegir sin justificación el monto más alto que el Estado deba pagar a cambio de la prestación de bienes y/o servicios, la sobrevaluación desproporcionada de bienes, la aceptación de bienes o servicios en mal estado, la multiplicidad de normas de contratación estatal infringidas, etc.

Casuística para análisis



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE CASACIÓN N.º 111-2020
HUÁNUCO**

Delito de colusión

a. El Tribunal Superior interpretó erróneamente el artículo 384 del Código Penal debido a que no solo se incurre en el presunto delito de colusión cuando los contratos celebrados por el Estado se realizan en el marco de contrataciones y adquisiciones del Estado, sino en cualquier tipo de contratos, independientemente de si son contratos privados o públicos.

b. El hecho de que el patrimonio inmobiliario de las sociedades se rija por las normas del Código Civil no los exime de responsabilidad penal; no los aparta de sus deberes y obligaciones de cautelar los bienes e intereses del Estado. Así también, no convierte al funcionario público en un particular; no lo despoja de sus funciones y deberes.



PGE

Procuraduría General
del Estado

Centro de
Formación y
Capacitación



Gobierno del Peru



BICENTENARIO
DEL PERÚ
2021 - 2024

Casuística para análisis

RECURSO CASACIÓN N.º 526-2022/CORTE SUPREMA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título. Excepción de improcedencia de acción. Imputación objetiva. Acto neutral

Sumilla. 1. La referida excepción permite enjuiciar o valorar, de un lado, si el hecho imputado es un injusto penal, esto es, una conducta típica y antijurídica, y, de otro lado, si el hecho imputado es punible, o sea si se cumple una condición objetiva de punibilidad o no se presenta una excusa legal absolutoria. Esta concepción relativamente amplia de la presente excepción, en función a las categorías del delito y que solo excluye la categoría culpabilidad, siempre ha de respetar el relato o *factum* introducido por el Ministerio Público, de suerte que no es posible negar los mismos o extremos del relato o introducir hechos alternativos que modifiquen la situación fáctica planteada por la Fiscalía. La indicada excepción no suscita un objeto procesal nuevo y es meramente procedimental, en tanto en cuanto se refiere a la falta de un requisito procesal legalmente estipulado para la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria o, en su caso, en la acusación (ex artículos 336, apartados 1 y 2, literal 'b', y 349, apartado 1, literales 'b' y 'f', del CPP): hecho que constituye delito punible. 2. También tiene admitido este Tribunal Supremo que es absolutamente viable cuestionar, desde la propia inculpación o acusación, si se está ante una conducta típica en sentido objetivo, es decir, cuando el agente despliega un riesgo relevante en el sentido del tipo delictivo. En esta perspectiva, para imputar el comportamiento del agente se requiere que el sujeto realice una conducta que cree un riesgo penalmente prohibido, para lo cual ha de tener competencia por ese riesgo, lo que es negado cuando la conducta se encuadra dentro del principio de confianza, de la prohibición de regreso y de la autotutela de la víctima. Asimismo, para imputar el resultado, en delitos de resultado, ésta debe poder ser objetivamente atribuido al autor a partir del criterio de fin de protección de la norma. 3. Debe analizarse, desde el Derecho penal material, si en el presente caso, los hechos atribuidos al investigado Monroy Gálvez constituyen un injusto penal. No hace falta invocar necesidad de actividad investigativa o probatoria para poder resolver si es viable o no una excepción de improcedencia de acción. Debe acudirse al relato del Ministerio Público, a la forma cómo presenta los hechos y cómo realiza el juicio jurídico penal, para dilucidar si cabe estimar la aludida excepción. Los hechos que afirma el fiscal forman parte del objeto procesal y éstos deberán probarse, lo cual es independiente del anclaje típicamente antijurídico de la conducta atribuida al imputado. La prueba –en sentido amplio– finalmente acreditará o no el hecho inculpado o acusado, y es éste el que es materia de calificación jurídico penal y, por tanto, de debate en vía de excepción de improcedencia de acción. El fiscal tiene la carga de precisar los hechos, fijarles un contexto y plantear su relevancia jurídico penal, no se requiere de ulterior actividad investigativa o probatoria para su “apreciación integral”; no se puede confundir hechos o *factum* del relato inculpatario o acusatorio con su ulterior acreditación o con su calificación jurídica por el fiscal. 4. Según el *factum* inculpatario se pidió al investigado varios informes legales en momentos determinados; él era ajeno a la organización y actividades de PROINVERSIÓN y, en lo puntual, al concurso o licitación que dicha institución ya había llevado a cabo, así como al atribuido pacto colutorio de varios funcionarios públicos con la firma Odebrecht –como cuestión fáctica no se afirma tal hecho–. Internamente se cuestiona la oportunidad de los informes y sus conclusiones valorativas, lo que no es de recibo. El motivo de la consulta fue pronunciarse acerca si la prohibición legal resaltada por la Contraloría General de la República era procedente desde el Derecho procesal civil. Esto último, en todo caso, no es un hecho, sino una valoración. 5. El investigado Monroy Gálvez no tenía posición de garantía alguna y su prestación profesional no contenía, en sí misma, un riesgo especial de continuación delictiva: él se movió en el ámbito de lo estrictamente profesional –el informe legal se emitió en ese marco, cumplió los requisitos de su prestación profesional–. El recurrente no era garante de evitar la realización conductas delictivas de sus clientes –no estaba vinculado a lo que ellos hicieron, con anterioridad o con posterioridad a su emisión; no hubo un reparto de trabajo que le produjo una vinculación con los autores–. Cabe aclarar que la causalidad es un requisito necesario para afirmar la tipicidad objetiva de la aportación del cómplice, pero no es el único, desde que al Derecho penal solo le interesan los resultados causados por acciones u omisiones desvaloradas jurídicamente. Su acto fue neutral.



2

Negociación incompatible

Artículo 399 del Código Penal



■ Artículo 399 del Código Penal

- ▶ “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”.



PGE

Procuraduría General
del Estado

Centro de
Formación y
Capacitación



Gobierno del Peru



BICENTENARIO
DEL PERÚ
2021 - 2024

“

“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 (...)”.

Recurso de Nulidad 1318-2012

■ Elementos

Objetivos

- Sujeto activo: funcionario público.
- Conducta típica: “interesarse”.
- Carácter del interés: “económico”.
- Objeto de la conducta: contratos u operaciones.
- Temporalidad.

Subjetivos

- Dolo: ¿dolo directo?
- ¿Elementos subjetivos distintos del dolo?



Delimitación (Idehpucp)

CUADRO 8

Delito de negociación incompatible y de colusión. Resolución del concurso

DELITO	SIMILITUDES	DIFERENCIAS	¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO?
Negociación incompatible	<ul style="list-style-type: none"> El marco contextual de ambos delitos está referido a cualquier operación económica en la que el Estado participe como parte. Los dos delitos reflejan y desvaloran el conflicto entre intereses privados y públicos. 	<ul style="list-style-type: none"> La conducta típica en la colusión es la concertación subrepticia por la cual se busca defraudar al Estado. La colusión tiene un carácter bilateral (concertación entre el funcionario público y el privado interesado). En la negociación incompatible la conducta típica es el solo interesarse. La negociación incompatible tiene un carácter unilateral. 	<ul style="list-style-type: none"> Por el principio de especialidad, la conducta tipificada en el delito de negociación incompatible es más genérica. Por el contrario, al ser la colusión un delito más específico, este sería el que subsuma de manera más completa la conducta delictiva. Entonces, en aquellos casos donde no pueda probarse la existencia de un acuerdo colusorio o no existan indicios para suponer que el interés indebido privado se mostró de manera bilateral, será el delito de negociación incompatible el que subsidiariamente sea aplicado.
Colusión			



REPÚBLICA DEL PERÚ

PGE

Procuraduría General del
Estado

MUCHAS GRACIAS
