

CURSO DE ESPECIALIZACIÓN “NUEVAS MODALIDADES DE CONTRATACIONES PÚBLICAS EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN Y ORGANIZACIÓN CRIMINAL”

 **Módulo 2 : Corrupción en las
contrataciones con el Estado**

Rafael Chanjan Documet.

Noviembre -2023



2

Parte general de los delitos de corrupción y los delitos de cohecho

Concepto penal de funcionario público

Artículo 425. Funcionario o servidor público: 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 ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
- **4.** Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
- **5.** Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
- **6.** Los 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.

Art. 55° Const.: Tratados internacionales

Concepto penal de funcionario público

Artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción

“A los efectos de la presente Convención:

a) Por “funcionario público” se entenderá:

i) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, **ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario**, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;

ii) **toda otra persona que desempeñe una función pública**, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte;

Concepto penal de funcionario público

a) Alcance del concepto de funcionario público

- Artículo 425^o no ofrece definición de funcionario público, sino lista extensa de quienes poseen dicha condición (Cláusula abierta: inciso 7).
- 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. Cada concepto responde a los fines perseguidos por la materia que los comprende.

❖ Artículo 425^o incisos 2 y 3

❖ Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo N^o 276)

"Artículo 2. No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable.

No están comprendidos en la Carrera Administrativa ni en norma alguna de la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica."

Concepto penal de funcionario público

Artículo I de la CICC

- Para los fines de la presente Convención, se entiende por:
 - "Función pública", toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.
 - "Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido **seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades** o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

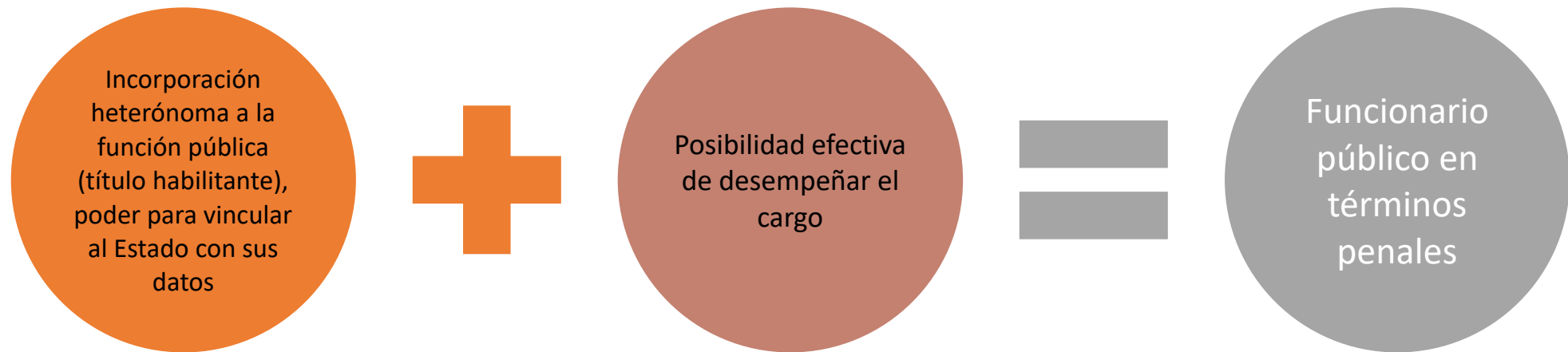
TÍTULO HABILITANTE DE INCORPORACIÓN DE UN FUNCIONARIO PÚBLICO (INCORPORACIÓN HETERÓNOMA)

- Selección
- Designación
- Elección



Para desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado

Concepto penal de funcionario público



Concepto penal de funcionario público

Funcionario de facto



- Existe algún problema jurídico con el título o la incorporación formal a la función pública de la persona

STC 2758-2004-HC/TC (Caso Bedoya de Vivanco)

“(...) 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 públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal”.⁸¹

Casación 442-2017-ICA (concepto restringido y de D. Adm.)

“A ello se agrega que el funcionario de hecho es aquella persona física o natural que, con un nombramiento nulo o irregular —aunque para ella el nombramiento sea válido y lo ejerza de buena fe—, ejerza funciones de un cargo público de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica o continuada”.

Fundamento material de los delitos especiales

Teoría de la infracción de un deber

- Roxín: distinción del criterio de dominio del hecho para fundamentar autoría (infracción de un deber extrapenal).
- Jakobs: delitos por competencia institucional (infracción de un deber positivo)

R.N. 615-
2015
(Diarios
Chicha)

“En doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas. Es delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados –en este caso, de funcionario y servidores públicos-, pero, al mismo tiempo, se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente. En este sentido, en esta clase de delito rige el principio de autor único, por el cual el quebrantamiento de un deber institucional, o de una competencia institucional funcional concreta, se ha realizado mediante acción u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista fáctico pudieran admitir la posibilidad de una graduación y diferenciación, pues el obligado especial responde siempre como autor único de un delito de infracción de deber, con independencia de la diferenciación fenomenológica de las clases de autoría o participación, que más bien pertenecen a la clasificación de los delitos de dominio o de una competencia por organización”.

Teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico:

Fundamento material de los delitos especiales

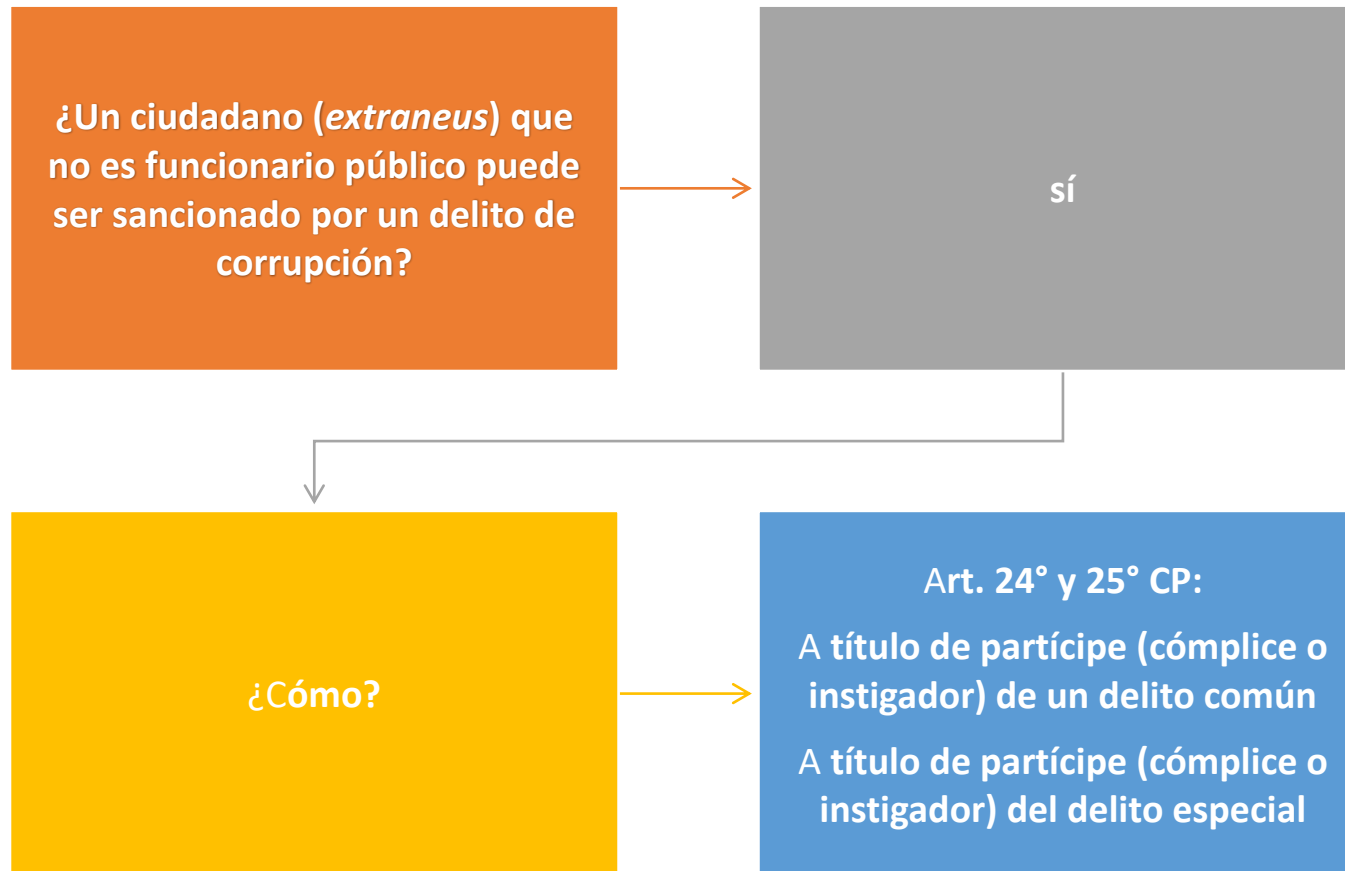
- No desconoce infracción de deber
- Relación especial entre sujeto activo y bien jurídico (posición especial del autor)
- Útil para sujetos activos con funciones de facto
- Permite apreciar todas las formas de autoría delictiva: autoría mediata, autoría directa y coautoría (R.N. N 3181-2009 y Pleno Jurisdiccional Superior de Trujillo de 2004)

Fundamento material de los delitos especiales

- Acuerdo 1° del Tema 5° del Pleno Jurisdiccional Superior Penal Nacional 11 diciembre de 2004

“Considerar que la mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el **dominio social que tienen respecto del bien jurídico tutelado**, sin que ello signifique que los aportes a la realización de la conducta delictiva de los extranei, no sean desvalorados a efectos punitivos, en la medida que coadyuvaron a la lesión del bien jurídico protegido, por parte del sujeto cualificado.”

Autoría y participación en los delitos de corrupción



Autoría y participación en los delitos de corrupción

Participación del *extraneus* en delitos especiales

Teoría de la
ruptura del título
de a imputación

Teoría de unidad
del título de la
imputación

Antecedente
negativo:

Casación
782-2015 EL
SANTA

10. El artículo 26 del Código Penal⁵ recoge la tesis de la ruptura del título de imputación⁶. Esto significa que en los delitos especiales, el *status* del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.

11. Así las cosas, el artículo 25 del Código Penal⁷ que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; u no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con *status* puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción.

Autoría y participación en los delitos de corrupción

Teoría de la Responsabilidad y de la Unidad del título de la imputación Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 2-2011 de 6 de diciembre de 2011

- “11°. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del “*extraneus*” que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del “*extraneus*”. Esta posición, sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial”.

Autoría y participación en los delitos de corrupción

- **Art. 25 CP 3er párrafo (modificación de enero de 2017)**

“El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.”

Injusto omisivo (comisión por omisión)

- Tesis moderna (Schunemann, Demetrio Crespo)
 - Político criminalmente conveniente por no necesitar de gran actividad probatoria (no plan común ni contacto con ejecutor).
- Posición de garante del superior: “dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico” (deber de vigilancia sobre fuentes de peligro para casos de **delegación de funciones**)
 - 1.dominio fáctico sobre elemento o procedimiento peligrosos de la organización (dominio material) y
 - 2.dominio sobre el comportamiento de subordinados (dominio personal)

En delitos de corrupción, también:

Posición de **garante de protección** del “correcto funcionamiento de l adm. Pub” (mayor exigencia de actuación para el funcionario superior en comparación de empresario)

- Empieza como una asunción voluntaria (asume voluntariamente el cargo), pero luego sólo puede asumir sin condicionamiento alguno todas las responsabilidades que le otorga la Constitución, las normas administrativas y éticas de su función pública.
- POSICIÓN DE GARANTE INSTITUCIONAL: INSTITUCIÓN “Función pública” en beneficio social de asignación de bienes y servicios públicos.

Diferente a ámbito de actividad empresarial p.e. en donde existe posibilidad de condicionamiento de las responsabilidades que se asumen (contrato civil o laboral).

Responsabilidad penal del superior jerárquico

- Existe una “cotitularidad” de la posición de garantía de protección del bien jurídico entre superior y subordinado (Schunemann).
 - El superior tiene un ámbito de competencia de protección más amplio y general que involucra varios departamentos, áreas y funcionarios.
 - El subordinado tiene un ámbito de competencia de protección más reducido

Responsabilidad penal en estructuras jerarquizadas

EN LOS SUPUESTOS ESPECÍFICO DE LA **DELEGACIÓN** DE FUNCIONES DEL SUPERIOR AL INFERIOR (p.e. delegación de firma):

Superior retiene “deberes de control” en la delegación de funciones:

- 1. deber de correcta elección y
- 2. deber de vigilancia.

Superior puede responder a título de **autor** en comisión por omisión por hechos delictivos cometidos por sus subordinados:

- Cuando se dan en el ámbito de competencia normativa que se le asigna al superior (ámbito de garante).

Generalidades de los delitos de cohecho

También denominados
corrupción de
funcionarios en
estricto

A grandes rasgos
suponen la
compraventa de la
función pública

Tipificado en la CNUCC
como “soborno de
funcionarios” (Art. 15)

Bilateralidad, Delitos
de participación
necesaria

Cohecho pasivo y
cohecho activo

Cohecho pasivo propio (Art. 393 CP)

- **"Artículo 393. Cohecho pasivo propio**

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho 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.

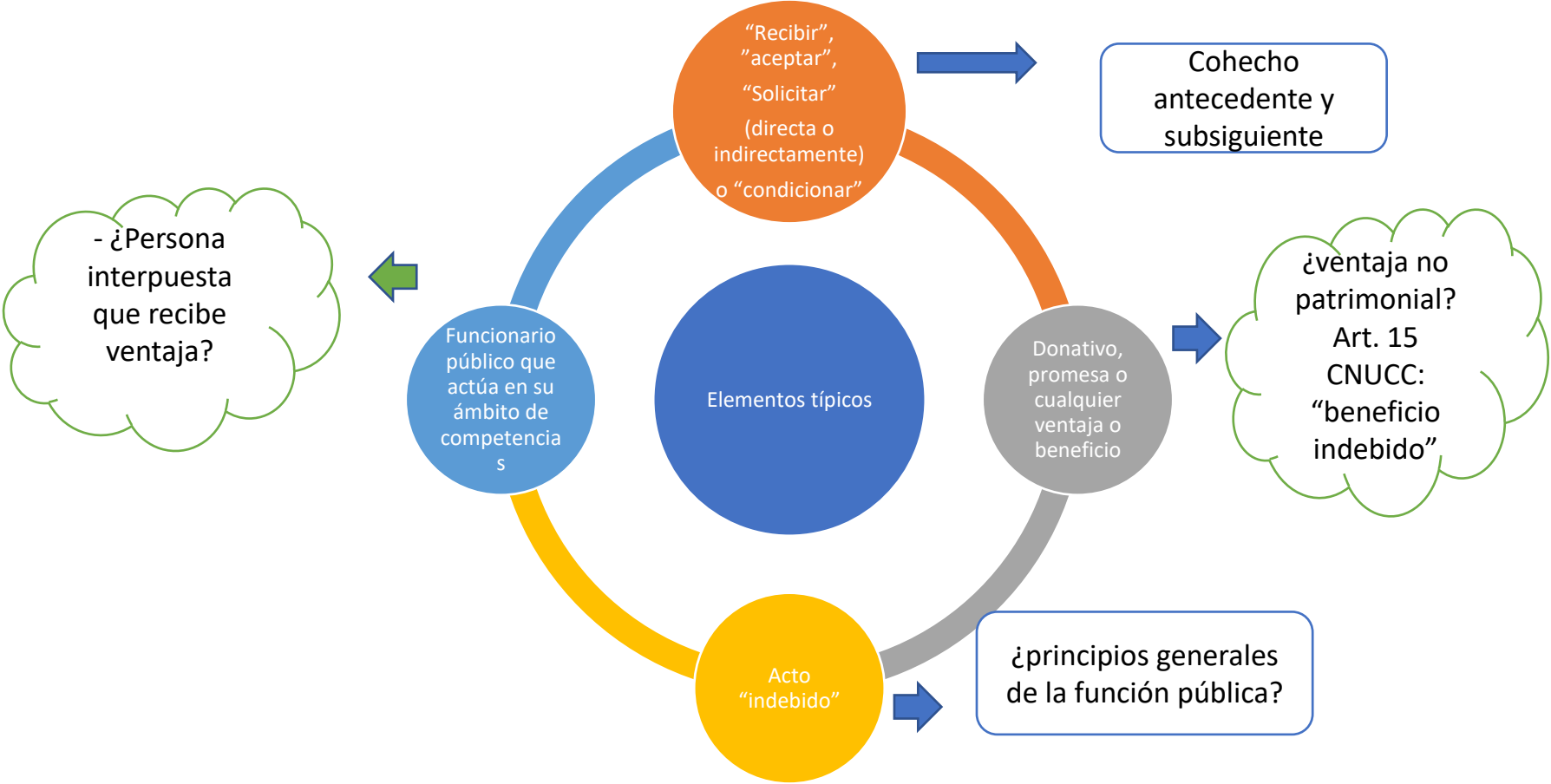
El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia en el Exp. N° 038-2006 del 5 de julio de 2011 (bien jurídico en cohecho pasivo propio)

- “El interés a cuya protección se ha tipificado el delito in comento, en términos genéricos, es el ‘funcionamiento normal de la administración’, que puede verse amenazado por la sola existencia [...] de la venalidad, aún ejercida con relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento. **En el cohecho pasivo propio, el objeto específico de tutela es el principio de imparcialidad (...)**”.

Cohecho pasivo propio (Art. 393 CP)



R.N. 5134-2006 (conducta típica del delito de cohecho)

- «El delito de cohecho pasivo propio requiere no solo una entrega concreta de dinero a un funcionario público, sino que el dinero se vincule causalmente con una solicitud o aceptación indebida para realizar un acto funcional ilegal (infracción de deberes funcionales), en consecuencia, debe probarse que el agente solicitó o aceptó dinero y que la dádiva persiga un acto funcional indebido —el funcionario debe pretender violar sus deberes o debe haberlos violado a través de un acto cualquiera»

Cohecho pasivo impropio (Art. 394° CP)

"Artículo 394. Cohecho pasivo impropio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, 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.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

Cohecho pasivo impropio (Art. 394° CP)

- Mismos elemento típicos que cohecho pasivo propio, salvo una particularidad:

“acto indebido”: el acto vendido es un acto legítimo, que no contraviene deberes funcionales.

Menor penalidad que
cohecho pasivo propio

Mayor penalidad en conducta
de “solicitar” (5-8 ppl)

¿recepción de regalos
genéricos (regalos de navidad,
arreglos florales)?
Código de ética de la función
pública: prohibición de
obtener ventajas indebidas.

Exp. 00086-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima el 18 de septiembre de 2012 (conducta típica de cohecho pasivo impropio)

“Acto propio del cargo es el que por ley, reglamento o delegación legal y superior le compete al agente en el desarrollo de su rol funcional dentro del marco general de la administración pública. El acto propio del cargo puede ser único o múltiple, estar expresamente reglado o hallarse sujeto a la actividad discrecional del sujeto público. Sin faltar a su obligación alude a la posibilidad negada que los actos propios del cargo practicados o por practicar, del sujeto activo del delito puedan generar una infracción o menoscabo a sus roles especiales, circunstancia bajo la cual se configuraría cohecho pasivo propio”.

Cohecho activo genérico (Art. 397° CP)

“Artículo 397. Cohecho activo genérico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; **inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;** y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; **inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;** y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”(*)

Cohecho activo genérico (Art. 397° CP)

Delito común

Tipificación específica de una forma de complicidad en delito de cohecho pasivo

No siempre cohecho activo supone sanción de funcionario

Conducta típica: ofrecer, dar o prometer

¿"Aceptar" ofrecimiento de funcionario?

donativo, promesa, ventaja o beneficio: ¿De cualquier tipo?

Elemento subjetivo especial: finalidad de que funcionario realice "acto indebido"

No se sanciona "cohecho activo subsiguiente"

"acto indebido": acto que vulnera deberes funcionales como también actos legales.

Consumación de los delitos de cohecho

Cohechos Pasivos

Con el simple hecho de aceptar o recibir el donativo, promesa o ventaja con la finalidad de actuar conforme o en contra de sus obligaciones

No será necesario que efectivamente esta finalidad se produzca

Cohecho Activo

Cuando se ofrece, entrega o prometa donativo o cualquier ventaja al funcionario

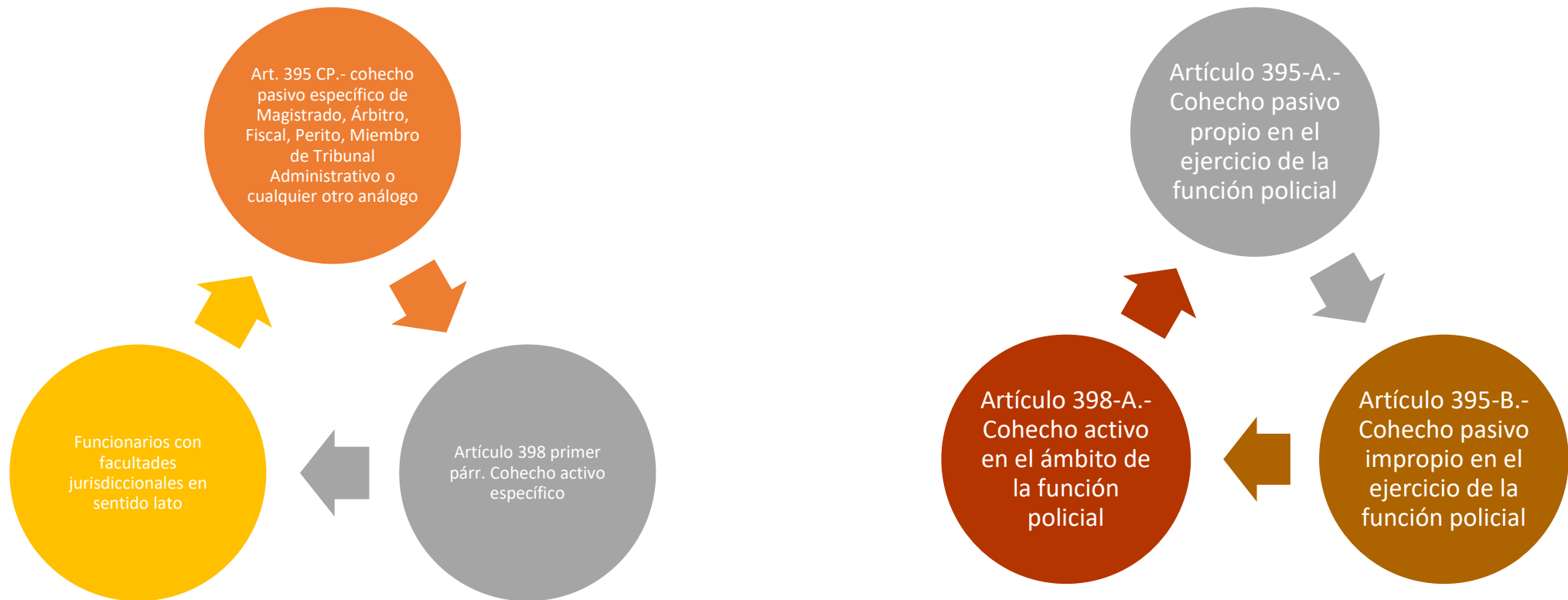
No es necesario que el funcionario acepte o realice el acto esperado

Delitos de cohecho pasivo y concusión (Art. 382 CP)

Delito de concusión y cohechos pasivos: diferencias y semejanzas

DELITO	DIFERENCIAS	SEMEJANZAS
Concusión	<ul style="list-style-type: none">• Uso de violencia, amenaza o engaño que vicia la voluntad del particular.• El particular sobre el que recae la violencia, amenaza o engaño no responde penalmente.	<ul style="list-style-type: none">• El sujeto activo es un funcionario público.• Existe abuso de poder del funcionario.• Existe beneficio para el autor.
Cohechos pasivos	<ul style="list-style-type: none">• Existe libertad contractual entre el funcionario y el particular.• No existen medios que vicien la voluntad del particular.• El particular que interviene puede responder penalmente.	

Figuras penales específicas de cohecho



Figuras penales específicas de cohecho

