

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



3

**Delitos de corrupción
específico en las
contrataciones
públicas: colusión y
negociación
incompatible**

DELITO DE COLUSIÓN

Colusión simple y agravada

“Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; **inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36**; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

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, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36**; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”

Sujetos del delito de colusión

Sujeto activo

- Funcionario o servidor público que concierta con un particular para defraudar al Estado o que defrauda al Estado a causa de tal concertación.
- Este funcionario debe poder intervenir de manera directa o **indirecta**, por razón de su cargo, en alguna etapa de las adquisiciones, contrataciones o cualquier operación a cargo del Estado.

El sujeto pasivo es el Estado

Conductas típicas

Colusión simple

- La concertación del funcionario público con otro sujeto para defraudar al Estado.

Colusión agravada

- La concertación que efectivamente defrauda patrimonialmente al Estado.

Es posible la colusión mediante omisión (comisión por omisión).

Contexto de contratación

Esta conducta puede cometerse en cualquiera de las etapas de la contratación estatal regular: actos preparatorios, fase de selección y fase de ejecución.



El **contexto de contratación** estatal no se limita a lo mencionado en la Ley de Contrataciones del Estado, sino que engloba a todos los contratos y operaciones (tanto bilaterales como unilaterales) administrativas y civiles en los que el Estado intervenga

Consumación del delito de colusión

Colusión simple

Se consuma con la concertación o pacto colusorio para defraudar al Estado

No es exigible un resultado posterior

Colusión agravada

Cuando se genera un perjuicio patrimonial efectivo en contra del Estado

No se requiere entrega o promesa de dádiva, beneficio o ventaja a funcionario

R.N. N° 77-2012, de agosto de 2012

Colusión cometida por omisión

“(…) en un ámbito de organización complejo el obligado principal, por dirigir la estructura global, tiene dentro de sus deberes el de delegar funciones de tal manera que la entidad pueda alcanzar sus fines, siendo que **el deber del delegante respecto de la salvaguarda de bienes jurídicos, no desaparece, sino que se transforma en un deber residual de control, supervisión y vigilancia de aquello que también responsablemente, realizan los delegados** (...) siendo esto así emerge una posición de garante sobre los riesgos, generados por la administración pública, sin embargo, el superior no puede ser responsable de evitar todo tipo de actuación riesgosa de sus subordinados, sino que **se hace responsable de evitar aquellos eventos lesivos vinculados al giro de la empresa**. En el presente caso correspondía al Presidente Regional del Cusco velar por el patrimonio de la entidad pública de la que era titular (...) sin embargo, pese a tener conocimiento de las subcontrataciones realizadas (...) y que ninguno de los funcionarios o servidores del Gobierno Regional (...) asumían medidas correctivas al respecto, emitió a Resolución Ejecutiva Regional que aprobó a intervención económica la obra, con el que **consentía el actuar ilícito del contratista y sus socios** (...) **permitiendo** que estos se apropiaran indebidamente de los fondos públicos

R.N. N° 2587-2011, Cusco.

Colusión no puede ser cometida por omisión

“La norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de Contratación Administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados. **esto es que, la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo**, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. De modo tal que, si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de Colusión Ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa”.

Colusión, EIA y conducta de abogados

Corte Suprema:

- Casación 525-2022-Nacional
- Casación 526-2022-Nacional
- Casación 1095-2021-Nacional

Proceden las EIA para evaluar “conductas neutrales”
(prohibición de regreso)

Conducta de abogados en el marco de la emisión de informes jurídicos están fuera de alcance de tipo penal de colusión

Casación 661-2016-Piura (fundamentos vinculantes)

- **DÉCIMO SEXTO:** Además, es de precisar que la colusión simple exige para su concurrencia dos elementos típicos: a) la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y b) el **peligro potencial** para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Así, la modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta -«para defraudar»-. Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto. **En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta.**

Casación 661-2016-Piura (fundamentos vinculantes)

CLÁUSULA ABIERTA: «CUALQUIER OPERACIÓN A CARGO DEL ESTADO»:

engloba a todo tipo de **operación bilateral o unilateral** (civil, administrativa, mercantil, etcétera) de **naturaleza económica** en los que intervenga el Estado (negociación de deudas, confiscaciones, expropiaciones, operaciones tributarias, entre otros)

¿Se requiere siempre pericia contable para comprobar perjuicio patrimonial?

- Siempre se requiere: R.N. 881-2018-Pasco
- No es indispensable: R.N 556-2019-Ancash

Casación 661-2016-Piura
(fundamentos vinculantes)

- **DÉCIMO SÉPTIMO:** Así también, en la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado - desvalor de resultado-. **Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica.** La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia de la Corte Suprema; así, se estableció en la Casación N° 1105- 2011/SPP -fundamento jurídico N° 7- que señala: “la necesidad de una prueba directa como el Informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión”.

Prueba Indiciaria

Es un método probatorio que tiene como objeto un hecho distinto al delictivo, pero que permite llegar a este por medio del razonamiento lógico

Indicios

Deben estar plenamente probados

Deben ser plurales y en caso de ser único debe tener una singular fuerza acreditativa

deben estar vinculados al hecho que se trata de probar

Deben estar interrelacionados, de tal manera que se refuercen entre sí

**Acuerdo
Plenario 1-
2006/ESV-
22**

Colusión y prueba indiciaria

Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima recaída en el exp. n° 185-2011 del 11 de abril de 2013

“En cuanto al elemento concertación, lo constituye el acuerdo colusorio entre los funcionarios y los interesados, que no necesariamente deriva de la existencia de pactos ilícitos, componendas o arreglos, acuerdo clandestino entre dos o más partes para lograr un fin ilícito o acuerdo subrepticamente —incluso puede ser conocida [sic] o pública dentro de la entidad estatal o el circuito económico— sino de factores objetivos tales como la simulación de la contratación pública, esto es, dando una apariencia del cumplimiento u omitiendo los requisitos legales, debiendo considerarse entre otros:

- Concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos.
- Precios sobrevaluados o subvaluados.
- Inexperiencia comercial de los postores.
- Plazo de la garantía de los postores.
- Admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores respectivamente a los requeridos.
- Celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección.
- Falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta.
- La no correspondencia de calificación técnica-económica con la experiencia o especialización del postor.
- Inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas.
- La no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas.
- Apariencia de ejecución de la contratación.
- Reintegro a los terceros interesados.
- Ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia.

¿Se debe probar circunstancias de modo, tiempo y lugar de la concertación?

Sí para el R.N 2264-2011-Piura

Casación 673-2018-Ayacucho (Aspectos probatorios de la colusión)

“- La precisión del acto colusorio no debe ser confundida con su acreditación, dado que por su clandestinidad tal comportamiento no queda registrado en audio, video o acta que den cuenta de la manifiesta predilección algún o algunos funcionarios por algún interesado en la contratación pública, salvo el registro consentido de alguna de las partes.

El acto de concertación es un elemento esencial en el tipo penal de colusión, el cual se podrá deducir de las irregularidades administrativas - anormales- que en determinada entidad se producen para la no realización de procesos de contratación legalmente establecidos. Por ello, **el análisis que este tipo demanda debe ser efectuado de modo contextual, y desde luego resultaría arbitrario que se exija la acreditación del modo, tiempo y lugar en que el o los funcionarios públicos llevaron a cabo el acto colusorio** o concretaron en un procesos de contratación pública”.

RN 2463-2018, Lima Norte

- Esta puede referirse a diversos ámbitos de la contratación pública, en los que se demuestran ciertas irregularidades que permiten inferir una concertación.
- **Primero**, se ha de revisar si el procedimiento de contratación pública fue **irregular** en sus aspectos fundamentales (**celeridad inusitada, elaboración deficiente, falta de sustento técnico–financiero, conformación irregular del comité, entre otros**).
- **Segundo**, es menester constatar si la **calificación de los postores** fue arbitraria y/o careció de rigor y objetividad (criterios subjetivos y favorecimiento a determinados participantes).
- **Por último**, es necesario examinar si el valor referencial ofertado (y aceptado) fue **sobrevalorado** o si los servicios no corresponden con los requisitos o fundamento de la licitación

Individualización del *extraneus* en delito de colusión

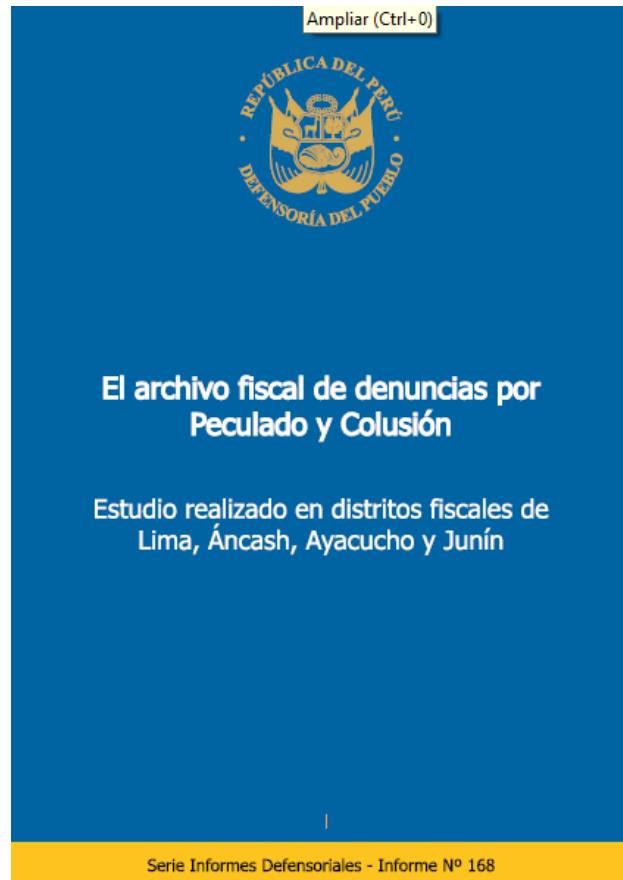
- **R.N. 1318-2012/LIMA**

Que el delito de colusión ilegal constituye un tipo penal de intervención necesaria en la modalidad de delito de encuentro por la participación de un tercero interesado en la contratación, pero el representante del Ministerio Público omitió considerar a la empresa ganadora de la buena pro “CONSTRUCTORA NUEVO PERU CONTRATISTAS GENERALES” Sociedad de Responsabilidad Limitada como *extraneus*. No obstante, del análisis efectuado (...) se determinó irrefutable e indiscutiblemente la concertación entre los funcionarios públicos y el interesado para defraudar al Estado. Dentro de ese contexto, la negligencia del Fiscal carece de relevancia típica en el caso concreto y no ocasiona vicio a la sentencia, pues esta consideración no fue decisiva y relevante para resolver el caso judicial a favor de los inculpados y enervar las pruebas de cargo que se actuaron en su contra —esto no significa que el extraneus no exista (esto sería una cuestión distinta), sino que preexistiendo no fue considerado formalmente en el proceso como sujeto procesal—. Por tanto, no existe interés jurídico para declarar la nulidad de la sentencia por dos motivos: [I] no se afectó el derecho de defensa de los acusados, [II] la omisión no es de tal entidad que prive al fallo de motivo suficiente para justificar la condena de los imputados (...) por el delito de colusión ilegal —se trata de una irregularidad parcial, pues sólo está circunscrita a un punto particular—, en tanto, se sustentó en elementos de juicio suficientes y válidos que son bastantes para fundamentarla legítimamente e impedir su descalificación como acto jurisdiccional.

Si bien la Ley ordena la consideración del tercero interesado, no obstante la nulidad sólo será procedente cuando la omisión sea esencial para decidir el fallo, de suerte que justifique una decisión contraria a la adoptada.

Que aún admitiendo hipotéticamente la consideración formal del *extraneus* como sujeto procesal, el resultado de los elementos de prueba acopiados —documentales y objetivos— no anularía el sentido de la decisión final adoptada en la sentencia de condena de acuerdo a la sana crítica racional —se mantendría incólume por la suficiente cimentación legal—. Admitir lo contrario, en el caso concreto, sería recoger un rígido formalismo para anular procesos sobre la base de irregularidades que no la afectan en sus condiciones esenciales.

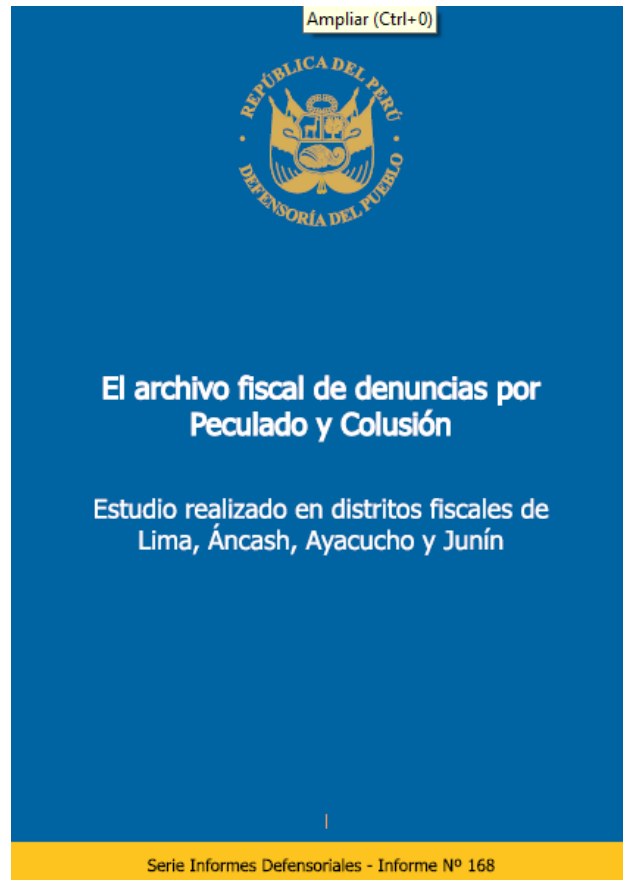
Informe Defensorial N. 158 (2014)



Infracciones identificadas en fase preparatoria:

- Adecuación de bases de contratación a postor específico
- Fraccionamiento para evitar procesos de selección por concurso
- Manipulación de TDRs para contratación de personal
- Generación de falsas necesidades

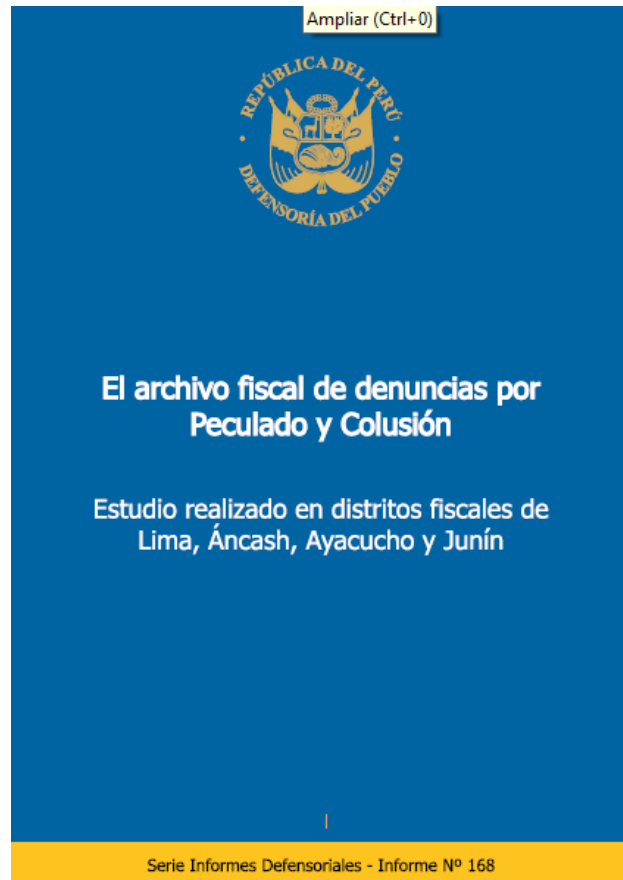
Informe Defensorial N. 158 (2014)



Infracciones identificadas en fase de selección:

- Exclusión arbitraria de empresa postora para beneficiar a otro postor
- Suplantación de funcionario que integra comité de selección
- Presentación de documentación incompleta por postor ganador
- Irregularidades en carta fianza de postor
- Otorgamiento de buena pro con documentación fraguada o falsa
- Otorgamiento de buena pro a empresas ligadas a funcionarios salientes
- Postores ligadas a una misma empresa o grupo empresarial

Informe Defensorial N. 158 (2014)



Infracciones identificadas en fase de ejecución:

- Cobro de servicios sin entregarlo o ejecutarlo en su totalidad
- Ejecución de obras ficticias
- Acuerdo con ejecutores de servicios u obras para no cobrar penalidades ante incumplimientos
- Pago en exceso a proveedores

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES COLUSIÓN SIMPLE Y AGRAVADA (ABRIL 2021)

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.
3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares

Artículo 386.- Las disposiciones de los Artículos 384 y 385 son aplicables a los **Peritos, Arbitros y Contadores Particulares**, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los **tutores, curadores y albaceas**, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarías.

ART. 399 CP

«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».

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y SUJETO ACTIVO

Sujeto activo: delito especial.
Funcionario público con
especiales competencias.

R.N. 2068-2012/LIMA (Bien jurídico)

“**El delito de negociación incompatible es uno de peligro**, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal – importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública-. **Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, la imparcialidad de los funcionarios** en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la Administración Pública”.

TIPICIDAD

Conducta típica: “interesarse” por cualquier contrato u operación en beneficio personal o de tercero.

- ¿Qué tipo interés es sancionado? “indebidamente”
 - Cualquier actuación que demuestre voluntad de privilegiar intereses privado en desmedro del interés público.

TIPICIDAD

Delito unilateral (diferencia con colusión). Suele ser usado como delito subsidiario de la colusión (imputación alternativa)

Art. 349.3 CPP de 2004:

(...)

3. En la acusación, el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado.

TIPICIDAD

3 formas de “interesarse”:

1. Interesarse de forma directa implica que el funcionario personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares sobre el contrato u operación, por lo cual lleva a cabo todos los actos necesarios para alcanzar el resultado deseado.

2. Interesarse de manera indirecta significa que el funcionario se vale o hace uso de intermediarios, que pueden ser particulares u otros agentes estatales, para lograr la ejecución de su interés sobre el contrato u operación.

3. El acto simulado se da cuando el funcionario actúa aparentando defender los intereses de la Administración Pública, pero en realidad estos son personales o particulares. Esto se da, por ejemplo, cuando el Estado negocia con empresas que aparentan tener una titularidad o representatividad distinta o cuando en realidad son propiedad del funcionario; asimismo, cuando se celebran actos ficticios con empresas inexistentes.

¿Es posible la modalidad omisiva de la negociación incompatible?

- **No (Casación 67-2017-Lima)**

“es un tipo subsidiario, de peligro, no cabe la modalidad omisiva respecto al elemento normativo “interesarse directamente”, por cuanto, en el caso concreto, significaría reprimir penalmente la conducta del imputado por el solo incumplimiento de normativa de carácter administrativo, de ahí que dicho tipo penal debe interpretarse en función de los principios de ultima ratio del Derecho Penal (subsidiariedad y fragmentariedad).”

- **Abre la posibilidad de que sí se pueda (R.N. 661-2009)**

“Que para decidir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es de establecer si cabe la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos a través de la omisión”

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE (Casación 841-2015/Ayacucho)

Vigésimo: En ese orden de ideas, **los defectos administrativos que pueden ser subsanados vía regularización administrativa, carecen –por sí solos– de relevancia para el Derecho penal.** Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son pasibles de ser subsanados.

La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones del Estado, es que –en el marco de una contratación en una situación de emergencia– sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contratación como la única que admite la regularización administrativa.

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

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE (Casación 841-2015/Ayacucho)

- **Trigésimo cuarto:** El delito de negociación incompatible presenta dos elementos típicos: A. El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. Este elemento típico sintetiza la tipicidad objetiva. B. Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. **Este elemento típico pertenece a la tipicidad subjetiva y se constituye como un elemento subjetivo de trascendencia interna.**
- **Trigésimo quinto:** Con relación al primer elemento típico, el elemento central es el interés. Es posible que existan dos tipos de intereses que puede tener el funcionario: uno debido y uno indebido. En el primer caso, el funcionario exterioriza su deseo de un cabal cumplimiento de sus funciones en el segmento del poder que se encuentra administrando, por lo que su idea es en todo momento beneficiar a la administración pública.
- El segundo tipo de interés es el que forma parte de la conducta incriminada: **el interés indebido. Por interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él.** Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés (propio o de un tercero).
- La vía a través de la cual este interés indebido se manifiesta es de forma directa, indirecta o a través de un acto simulado. El objeto sobre el cual ha de recaer el interés indebido es el contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo.

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE A TRAVÉS DE OMISIÓN

Casación N° 67-2017

- Quincuagésimo tercero. Al respecto, el delito de negociación incompatible abarca tres modalidades: el interesarse directa, indirectamente o mediante acto simulado. Al procesado se le imputó la primera modalidad; esto es, interesarse directamente y en provecho de terceros; supuesto que se configura mediante un acto comisivo, no pudiendo configurarse dicho delito a través de una conducta omisiva; la que sería posible solo en los casos de interés simulado, dependiendo del caso concreto, sin embargo, el procesado fue denunciado por esta modalidad.

Casación 396-2019- Ayacucho (Delito de peligro abstracto)

- El delito de negociación incompatible es tanto un delito especial propio cuanto un delito de infracción de deber –el agente oficial ha de haber actuado en el proceso de contratación pública con base a un título habilitante y con capacidad de decisión (facultades y competencias para intervenir en ese proceso), por lo que se trata de una situación de prevalimiento–. **Solo se requiere que el agente oficial actúe interesadamente, por lo que se está ante un delito de peligro abstracto.** Luego, el logro de un beneficio económico, propio o de un tercero, no forma parte del tipo penal, no se exige un resultado de lesión o un resultado de peligro, solo ha de probarse la tendencia final del mismo hacia ese logro no solo se exige el dolo sino además un elemento subjetivo de tendencia: búsqueda de un provecho propio o de un tercero (sentencia casatoria 23-2017)-. **Puede calificarse, incluso, como un delito preparatorio en relación con el delito de colusión** ambos tienen su fundamento en deberes especiales atribuidos a los agentes oficiales y están vinculados con contratos u operaciones estatales-, **pero protege el mismo bien jurídico** bajo la infracción de normas de flaqueo no de las normas principales en relación al mismo bien jurídico. **Es un injusto parcial en relación con el delito de colusión**

Casación 396-2019-Ayacucho (Delito de peligro abstracto)

- Que, ahora bien, es patente que el entendimiento del tipo delictivo de negociación incompatible fue equivocado. **No hace falta, como ya se anotó, que se ocasione un perjuicio económico o un daño inminente a la administración municipal, pues no se está ante un tipo delictivo de resultado de lesión o de peligro -es un delito de peligro abstracto-**. El otorgamiento de la buena pro importó, de parte de los imputados, un acto de interés indebido en un contrato u operación con el fin de obtener un provecho o para tercero (...).

Participación delictiva

Casación N° 841-2015

Sí es posible
apreciar
participación
delictiva, pero no
con el *extraneus*

Trigésimo: (...) la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria”.

Negociación incompatible y principio de confianza (Caso Oscorima – Casación 23-2016-ICA)

”No se puede afirmar que únicamente el estatus de Presidente Regional genera en quien lo ostenta el deber de garante sobre toda la información a detalle que le es alcanzada, incluso aquélla que es de mero trámite. Al encontrarnos dentro de una organización de la complejidad de un Gobierno Regional, se puede advertir mediante la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales Ley N° 27867, que existen diversos funcionarios que previamente a la intervención del Presidente Regional tienen una intervención. Así, se cuentan con diversas gerencias especializadas -por lo: infraestructura, desarrollo social, económico, etc., que tienen como jefe inmediato superior al Gerente Regional. A su vez, **éste tampoco es la persona encargada de determinar si es o no necesaria la declaratoria de la situación de emergencia, sino que son los técnicos especializados en la materia, quienes hacen dicha determinación sobre la base de esos criterios. Advirtiendo el despliegue de funciones, se puede afirmar que en caso concreto los informes -técnicos y legales- que arriben al Presidente Regional, al Gerente Regional y a los Consejeros, serán documentos que reflejen una necesidad real de la declaratoria en situación de emergencia. Ninguno de los funcionarios antes señalados, de propia iniciativa, puede decidir la existencia o no de una situación de emergencia, pues ellos se amparan necesariamente en los informes técnicos. **Por tanto, su conducta se enmarca dentro del principio de confianza.**”**

Negociación incompatible y principio de confianza (Caso Oscorima – Casación 23-2016-ICA)

Tradicionalmente se suele considerar que la máxima autoridad de una institución tiene una posición de garante que lo hace responsable por todo acto que cometan sus subordinados. En un sentido normativo, sobre la base de las consideraciones esbozadas previamente, dicha consideración es manifiestamente incorrecta. **Los deberes funcionariales de la persona que lidera una institución, por ejemplo, que ostente la titularidad del pliego, no son distintos a los deberes del resto de funcionarios; si bien por ejercer el liderazgo tiene un mayor poder de decisión y una mayor injerencia en la actividad de la institución pública, pero sus deberes funcionariales también se rigen por el marco normativo de la institución que delinea la esfera de competencia de cómo debe conducirse en el ejercicio del cargo.** Por tanto, si es del caso exigírsele un deber especial de supervisión, dicho deber debe estar normativamente establecido y formar parte de sus competencias. Naturalmente, ello podría colisionar con funcionarios que, precisamente, tienen determinado dicho deber de supervisión, como son los encargados del control interno (...)

Negociación incompatible y principio de confianza (Caso Oscorima – Casación 23-2016-ICA)

“La exigencia del deber de supervisión al titular de una institución, sin más fundamento que por ser el titular de la misma, **podría menoscabar el desempeño de las funciones de la institución**, pues dedicaría más tiempo a controlar al resto de funcionarios -incluso de muy menor rango- que a desempeñar sus propias funciones. Esta postura haría ineficaz la división del trabajo, sobretodo en órganos donde existen personas especializadas a función. Y, **si la atribución de responsabilidad penal sólo se basa, sin más fundamento, en que por ser la máxima autoridad de la institución, responder por los actos de cualquiera de sus subordinados, entonces estaríamos ante una flagrante vulneración del principio de culpabilidad**, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que proscribe la responsabilidad objetiva

(...)

De otro modo: **el funcionario que se encuentre en dicho nivel no tiene deber jurídico alguno de ejercer un férreo y pormenorizado control de cada una de las tareas** que son de exclusiva incumbencia de los niveles funcionariales subordinados a los que, en clave de reparto funcional, **plasmados en el MOF y en el ROF**, les son delimitadas sus competencias. **A dicho funcionario le asiste la posibilidad de confiar en quien se ubica en un nivel jerárquico inferior**, más aún si éste posee conocimientos especializados, razón por la cual precisamente forma parte de dicho nivel funcional.”

Negociación incompatible y principio de confianza



Caso Oscorima (Casación 23- 2016 ICA)

La necesidad de acudir al principio de confianza es más evidente cuando hablamos de organizaciones complejas, como son las instituciones públicas, en las cuales la persona tiene que interactuar con muchos otros funcionarios día a día. Por ende, si el funcionario público tuviera como exigencia permanente verificar que otro funcionario ubicado en un nivel jerárquicamente inferior o en un nivel horizontal al suyo cumple o no su función, no le quedaría lugar para cumplir sus propias labores. De ahí que se parte de una presunción: todo funcionario con el que se interactúa obra en cabal cumplimiento de sus funciones.

Cabe mencionar que el principio de confianza encuentra ciertos límites por ejemplo, cuando una persona sobre quien se tiene una ascendencia funcional no tiene capacidad para cumplir de manera responsable un rol designado⁹. Asimismo, el principio de confianza se restringe cuando existe un deber de garante¹⁰ que impone la obligación de verificar el trabajo realizado. Por último, no se puede invocar el principio de confianza cuando se evidencie la falta de idoneidad de la persona en que se confiaba¹¹. Entonces, toda conducta desplegada en el marco laboral dentro de una organización con división de roles, deberá ser analizada

Casación 1549-2019- PIURA

SÉPTIMO. Que se afirma, como punto impugnativo, que el encausado More López, alcalde de la Municipalidad agraviada, no creó un riesgo penalmente prohibido pues medió el principio de confianza en atención a la actuación de terceros, en este caso del Gerente Municipal.

∞ El análisis de la aplicación del principio de confianza exige, desde luego, que no se presenten determinadas circunstancias que la excluyen, tales como, entre otras, cuando resulta evidente que uno de los intervinientes en el hecho realizó una conducta que defrauda las expectativas de su actuación conforme a Derecho [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal – Parte General, Segunda Edición*, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 420]. No se trata de los títulos o competencias profesionales de los delegados, sino de su concreta actuación en asuntos puntuales.

∞ El encausado More López conocía el interés de la empresa Shazky SAC en el usufructo del camal municipal –incluso su coencausado Pacheco Custodio recomendó tal procedimiento para el camal [Informe de fojas cuarenta y ocho, de veinticuatro de junio de dos mil nueve]– y, mediando Acuerdo del Concejo Municipal, autorizó el inicio del concurso público [véase: fojas cincuenta y nueve, de treinta de junio de dos mil nueve]. Además, fue él quien aprobó las bases del concurso público. De igual manera, no era ajeno a su conocimiento la crisis del camal y las irregularidades en el procedimiento de concurso y ulterior ejecución, al punto que se formó una Comisión Especial de Regidores para investigar lo que venía ocurriendo con el camal municipal [Acuerdo de Concejo 090-2009-MDC, que él presidía]. El contrato de usufructo no respetó las bases del concurso público y, antes de la carta notarial enviada por el Gerente Municipal a la referida empresa, el citado encausado conoció de los incumplimientos de ésta y que, previamente, debía concederse un plazo para la subsanación respectiva –Informe de la Gerencia de Asesoría Jurídica de dieciséis de octubre de dos mil nueve–. Sobre este punto, sencillamente, pudiendo hacerlo, no realizó conducta de supervisión y corrección alguna y, antes, no cuidó de controlar la marcha de la concesión con la efectiva rendición de cuentas a los funcionarios competentes, pese a la crisis que ésta atravesaba, es decir, quebrantó dolosamente su deber o competencia funcional.

∞ En tal virtud, no es de recibo el principio de confianza. Su deber de garantía, como consecuencia, de su cargo rector, se afirma contundentemente.

¿Principio de desconfianza en la adm. púb.?

- Casación 952-2021-PUNO

*“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. Lo anteriormente expuesto hizo más patente un control más riguroso de las funciones y tareas de los subordinados.”*

- Generaría inversión de carga de la prueba

- funcionario debería probar que podía confiar en el otro funcionario