

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**

Julio César Tapia Cárdenas.

Noviembre -2023



1

Intervención del Derecho Penal en la corrupción en las contrataciones del Estado

¿QUÉ ES LA CORRUPCIÓN?

Transparencia Internacional

La corrupción es el abuso de un poder encomendado para obtener beneficios particulares (económicos o no) que viola la norma en perjuicio de intereses generales o del interés público.



ANTINORMATIVIDAD: Todo acto de corrupción transgrede normas penales, administrativas y/o éticas.

Sweitzer: normas universalistas vs. Normas particularistas



INTERÉS PRIVADO: Todo acto de corrupción busca obtener un beneficio privado, el cual puede estar destinado al corrupto, a una persona cercana o a un tercero.



ABUSO DE FUNCIÓN: Todo acto de corrupción implica el abuso de una función.

¿Qué es la corrupción?

D.S. Nº 092-2017-PCM Política
Nacional de Integridad y Lucha
contra la corrupción

DEFINICIÓN DE LA CORRUPCIÓN

“El **mal uso del poder público o privado** para obtener un **beneficio indebido**; económico, no económico o ventaja; directa o indirecta; por agentes públicos, privados o ciudadanos; vulnerando principios y deberes éticos, normas y derechos fundamentales”.

CORRUPCIÓN Y CONTRATACIÓN ESTATAL

Fórmula de KLITGAARD

$$C = M + D - A$$

C: Corrupción

M: Monopolio de la decisión

D: Discrecionalidad

A: Rendición de cuentas (Accountability, en inglés)

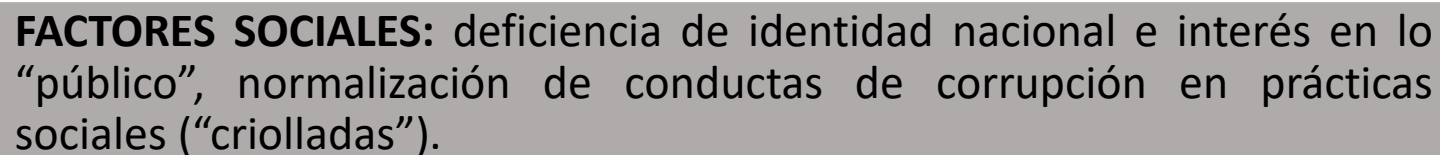
▪ **OCDE (2007):** “La contratación estatal es el espacio gubernamental con mayor vulnerabilidad a la corrupción”.

- Altas sumas de dinero.
- Contacto ente sector público y sector privado.
- Márgenes de discrecionalidad en la contratación.

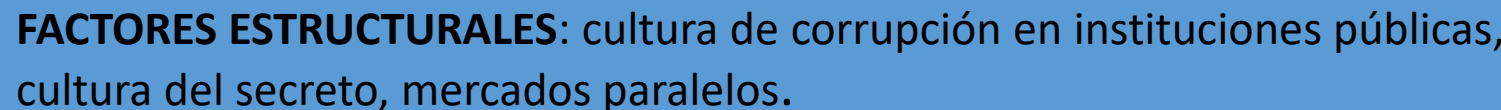
¿CUÁLES SON LAS CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN?



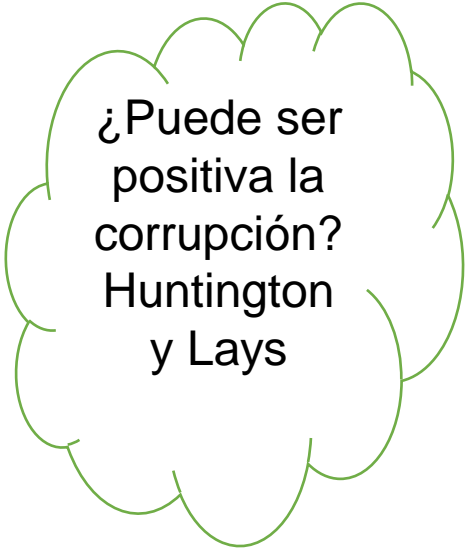
FACTORES PERSONALES: ética privada, aspectos psicológicos.



FACTORES SOCIALES: deficiencia de identidad nacional e interés en lo “público”, normalización de conductas de corrupción en prácticas sociales (“criolladas”).



FACTORES ESTRUCTURALES: cultura de corrupción en instituciones públicas, cultura del secreto, mercados paralelos.



¿Puede ser positiva la corrupción?
Huntington
y Lays

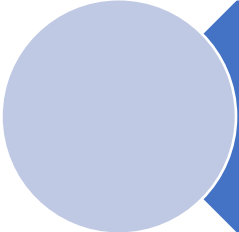
¿CUÁLES SON LAS CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN?

Teoría de las actividades rutinarias
(Felson y Cohen):

3 factores para
aparición del delito:

- 1. **delincuente motivado:** análisis costo-beneficio (económico) de la corrupción: recompensas de la corrupción
- 2. **objetivo apropiado - oportunidad:** patrimonio público en situación de vulnerabilidad y amplia discrecionalidad en funcionarios (Klitgaard)
- 3. **ausencia de vigilancia:** deficiencia de labor de Contraloría, OCIs, Oficinas de integridad. Deficiente vigilancia ciudadana (“sociedad de cómplices”)

CONSECUENCIAS DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL



ECONÓMICAS: perjuicio patrimonial al Estado (sobrecostos)



POLÍTICAS: deslegitimación de las instituciones públicas



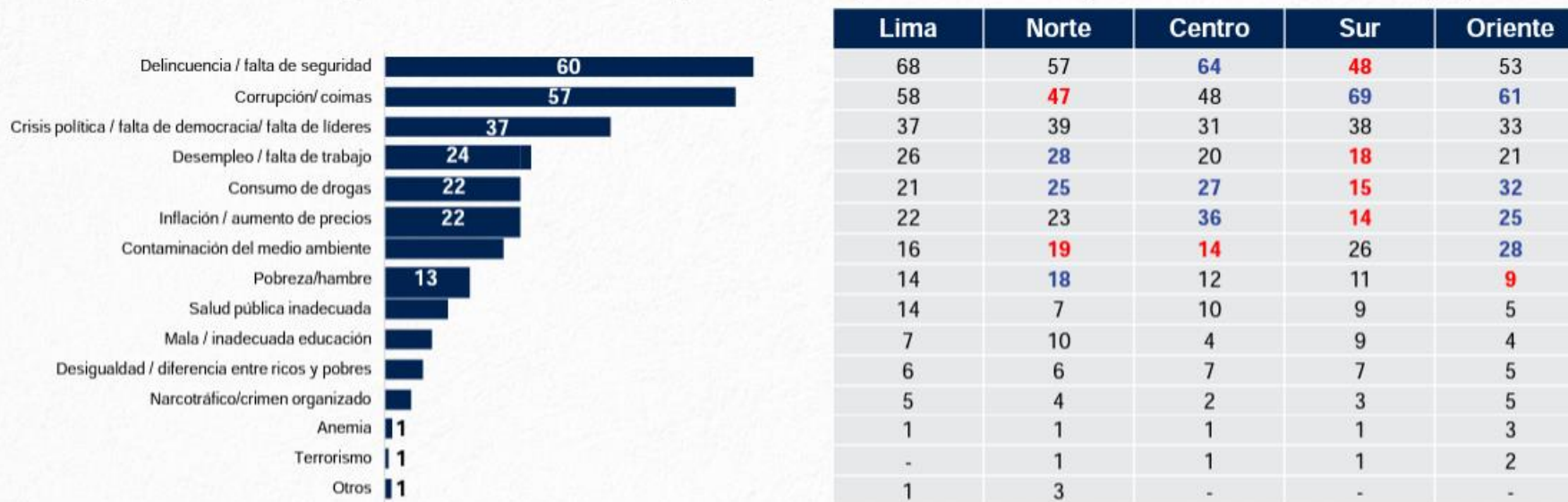
SOCIALES Y DD.HH: no provisión eficiente de servicios públicos (poblaciones vulnerables)

PRINCIPALES PROBLEMAS DEL PAÍS



En las macrorregiones sur y oriente, la corrupción es el problema más importante, desplazando a la delincuencia y falta de seguridad.

¿Cuáles de los siguientes son los tres principales problemas del país en la actualidad? (%)



P1. ¿Cuáles de los siguientes son los **tres** principales problemas del país en la actualidad?

Total de entrevistados: 1882

15 – Encuesta nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú

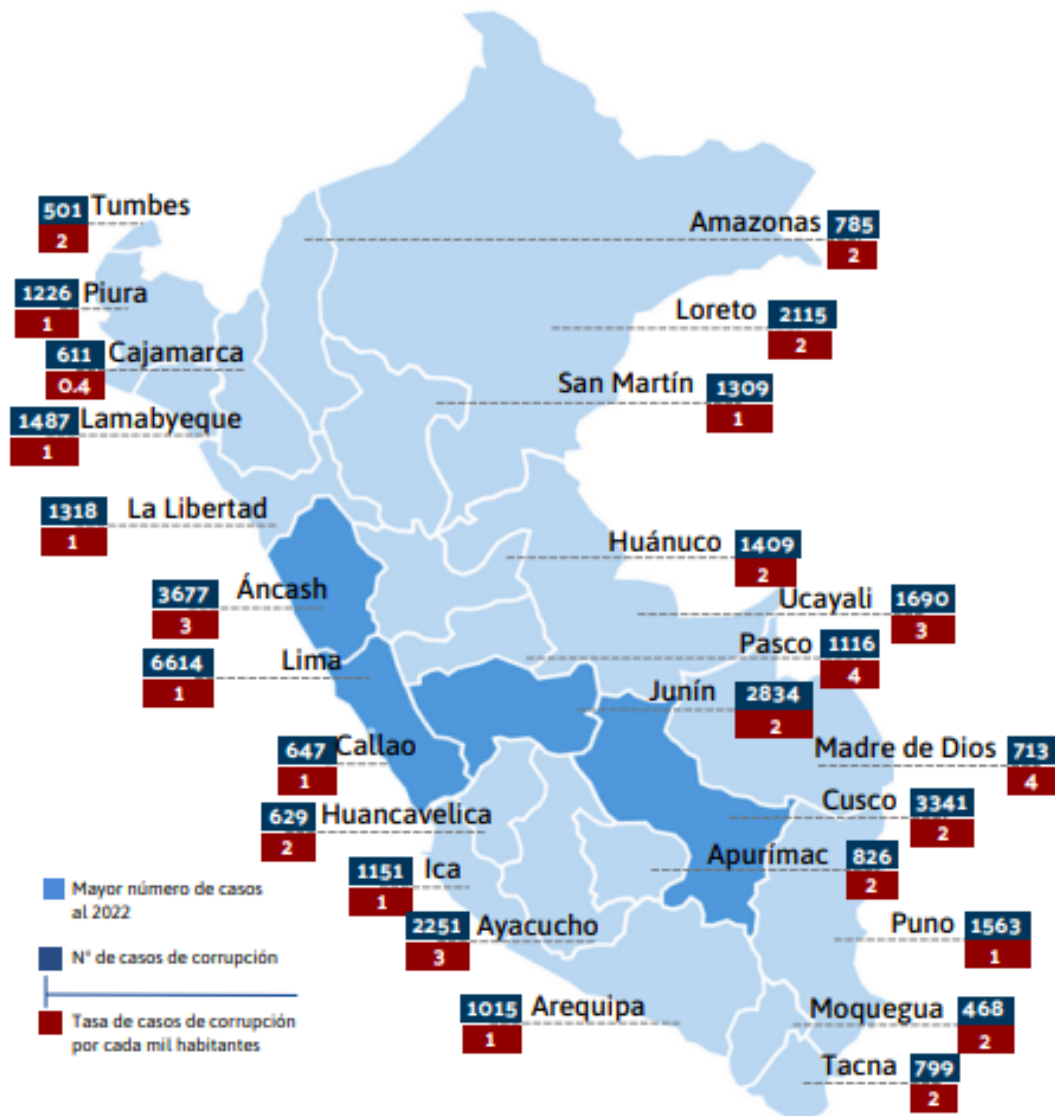
● Porcentaje significativamente **menor**

● Porcentaje significativamente **mayor**

Elaborado por:



Casos de corrupción en trámite por departamento



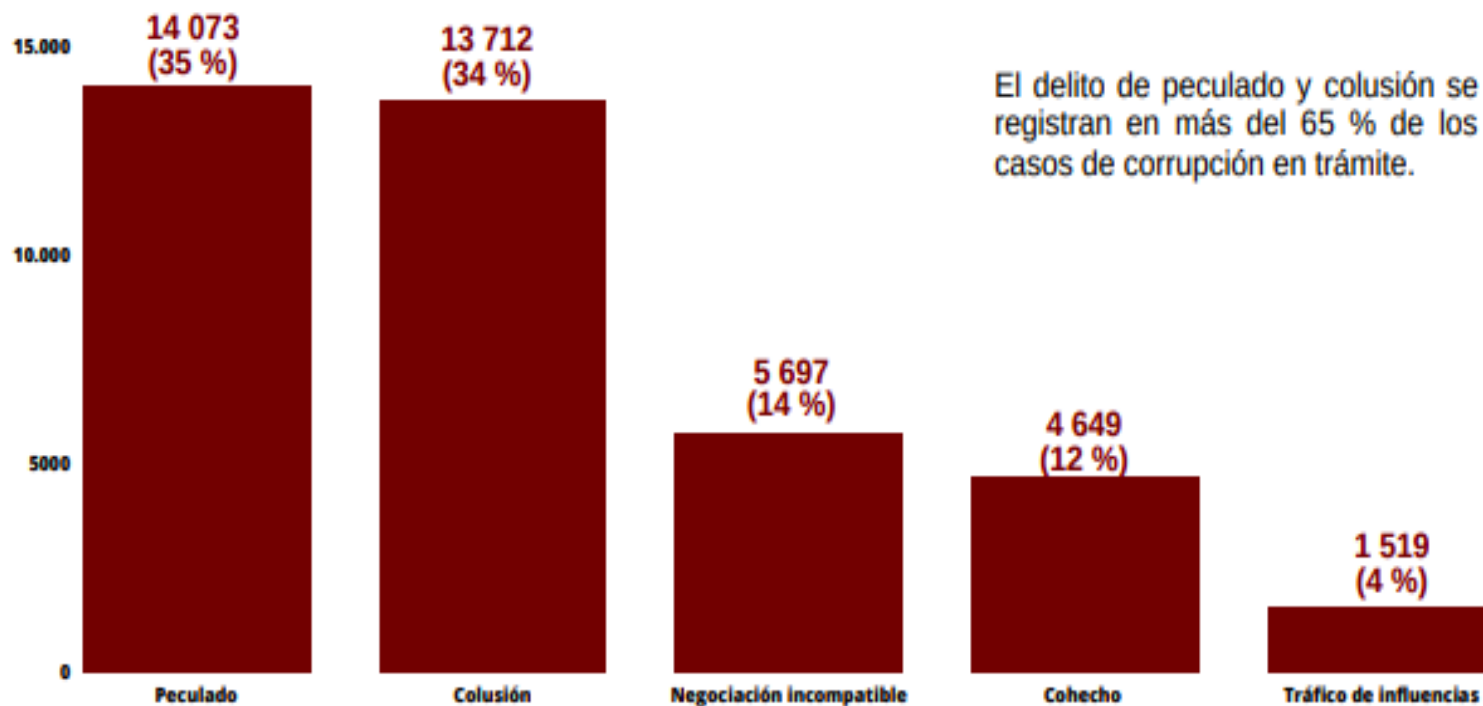
40 095
casos de corrupción

Hasta diciembre de 2022

- Lima concentra el 16 % (6 614 de 40 095) de los casos de corrupción en trámite, seguida por Áncash con el 9 % (3 677) y Cusco con el 8 % (3 341).
- Los casos de corrupción en trámite presentan un incremento de más del 1 500 % entre el 2012 y 2022.

Fuente: PPEDC. Reporte de la Defensoría del Pueblo:
<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/08/Reporte-Mapas-de-la-Corrupci%C3%B3n-n.%C2%B0-01-2023-vfinal.pdf>

Delitos registrados con mayor incidencia



Nota: Un caso puede presentar más de un delito y un delito puede presentarse en más de un caso.

Hasta diciembre de
2022

Fuente: PPEDC. Reporte de la Defensoría del Pueblo:
<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/08/Reporte-Mapas-de-la-Corrupci%C3%B3n-n.%C2%B0-01-2023-vfinal.pdf>

Instrumentos Convencionales en Materia de Prevención y Represión de la Corrupción

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

- Adoptada el 29 de marzo de 1996
- En vigor para Perú desde el 04 de junio de 1997

CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

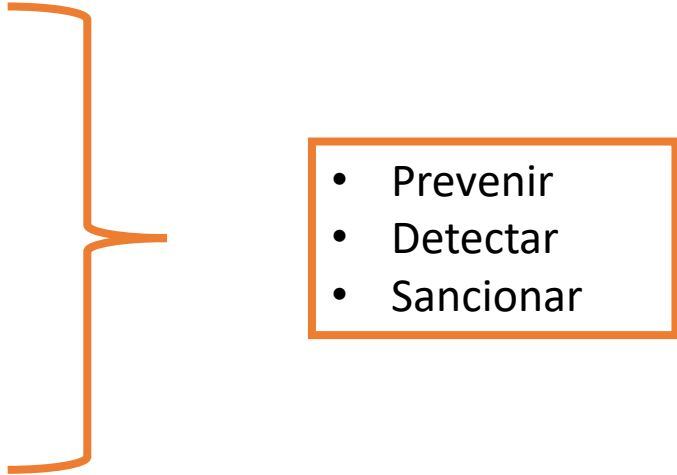
- Adoptada el 31 de octubre de 2003
- En vigor para Perú desde el 16 de enero de 2004

Finalidad de las Convenciones

1. Desarrollar
mecanismos

2. Fomentar la
cooperación -
Detectar entre
Estados

3. Promover la
obligación de rendir
cuentas y la debida
gestión de los
asuntos y bienes
públicos

- 
- Prevenir
 - Detectar
 - Sancionar

Convenciones Internacionales Contra la Corrupción

- No se da una definición expresa de “corrupción”
- Mal uso del **poder público** con el propósito de obtener ventajas y beneficios indebidos.

- Noción amplia de corrupción: Beneficio propio o de tercero / beneficio directo o indirecto / Beneficio económico o de otra naturaleza.

- Noción amplia de funcionario público (art. 2.a de la CUNCC y I de la CICC).

- No se requiere perjuicio patrimonial (art. 2 de la CUNCC y XII de la CICC).

- Participación y tentativa (art. 27 de la CUNCC y VI.1.e de la CICC).

Otras medidas importantes de la CNUCC

Implementar un **plazo de prescripción amplio** (Plazo mayor o interrupción cuando el presunto delincuente haya eludido la justicia (art. 29).

Gravedad del delito como criterio a tomar en cuenta al momento de conceder libertad anticipada o condicional (30.5).

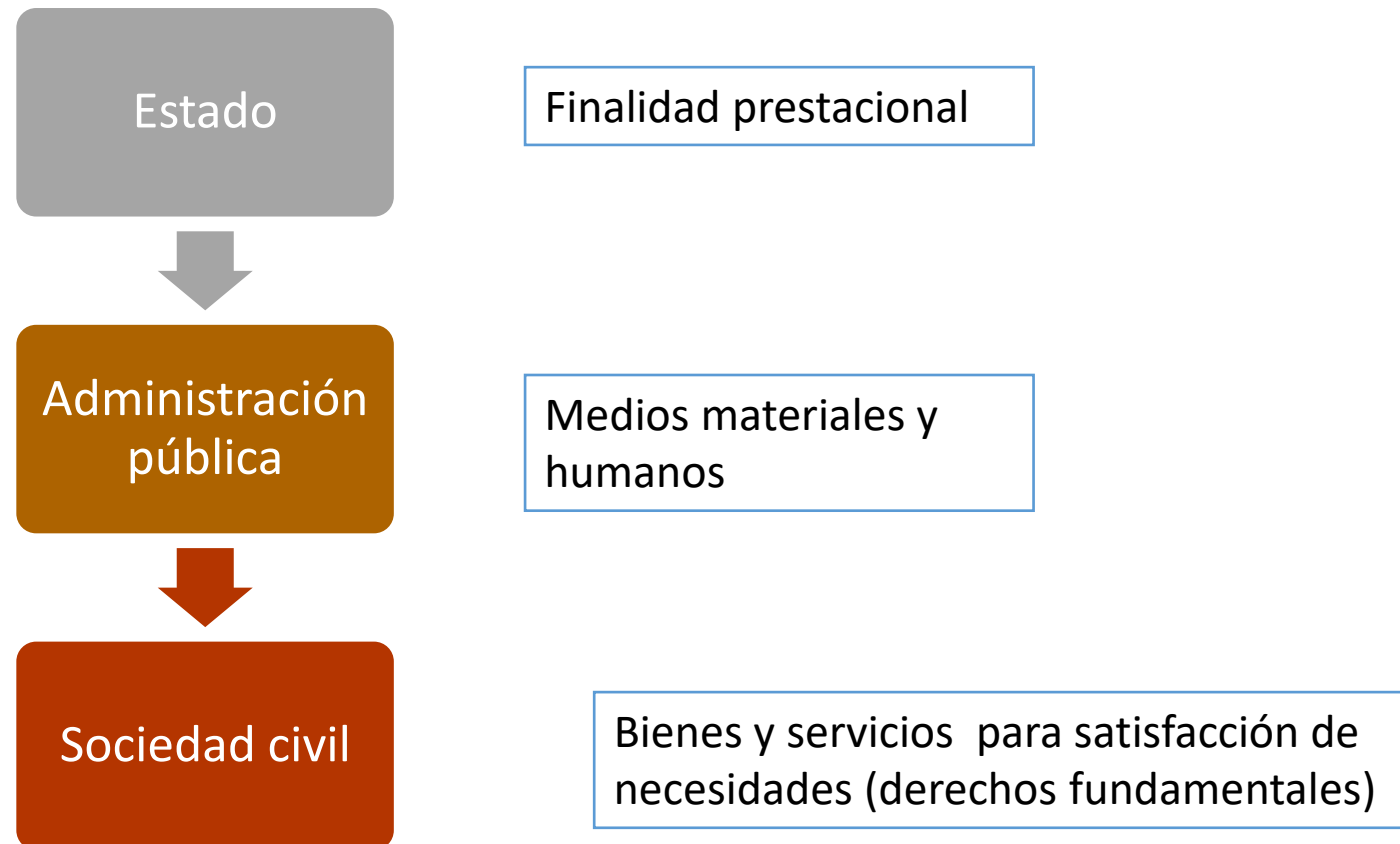
Responsabilidad de **personas jurídicas**

Gravedad del delito como criterio a tomar en cuenta para establecer procedimientos de inhabilitación a personas condenadas (art. 30.7).

Equilibrio entre **inmунidades y eficacia de la investigación** (art. 30.2).

Adopción de **medidas para protección a testigos, víctimas y denunciantes** (art. 32 y 33).

Fundamento de Intervención del DP en los delitos contra la administración pública



Fundamento de Intervención del DP en los delitos contra la administración pública

- **FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL**

- Art. 39 de la Const.:

“Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”.

- Art. 41 de la Const.:

Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

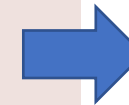
La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

El bien jurídico protegido en los delitos de corrupción

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00017-2011 de 3 de mayo de 2012

“La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho Penal en el “correcto funcionamiento de la administración pública”. A su vez, este tribunal entiende que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. La intervención en derechos fundamentales que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal “De la Función Pública”. Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que “...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...”, subyace el principio de “buena administración.”



Concepto objetivo de la “administración pública” (función pública)

Bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública

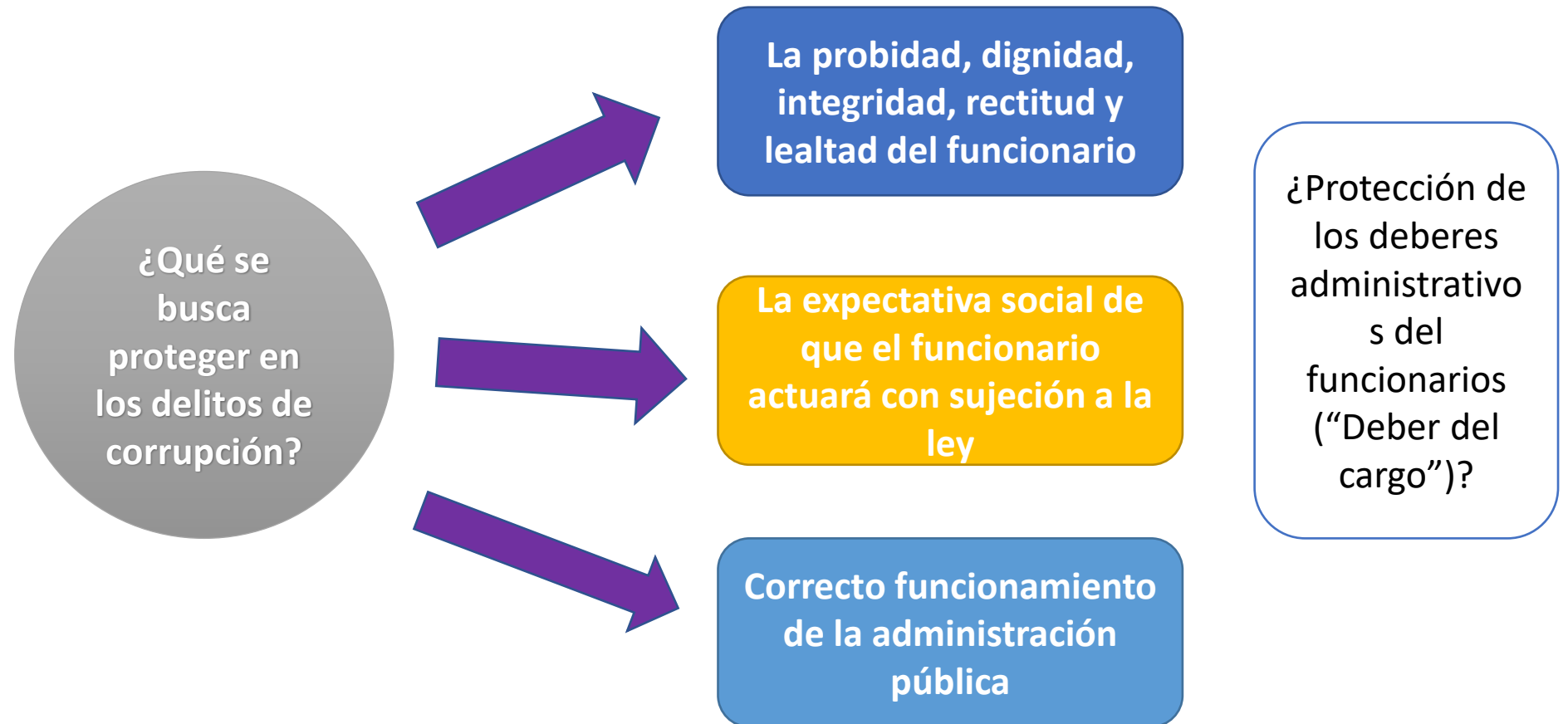
- **BIENES JURIDICOS COLECTIVOS o SUPRAINDIVIDUALES**

- Cumplen una función preminentemente social
- Aprovechamiento colectivo, no exclusividad ni divisibilidad.

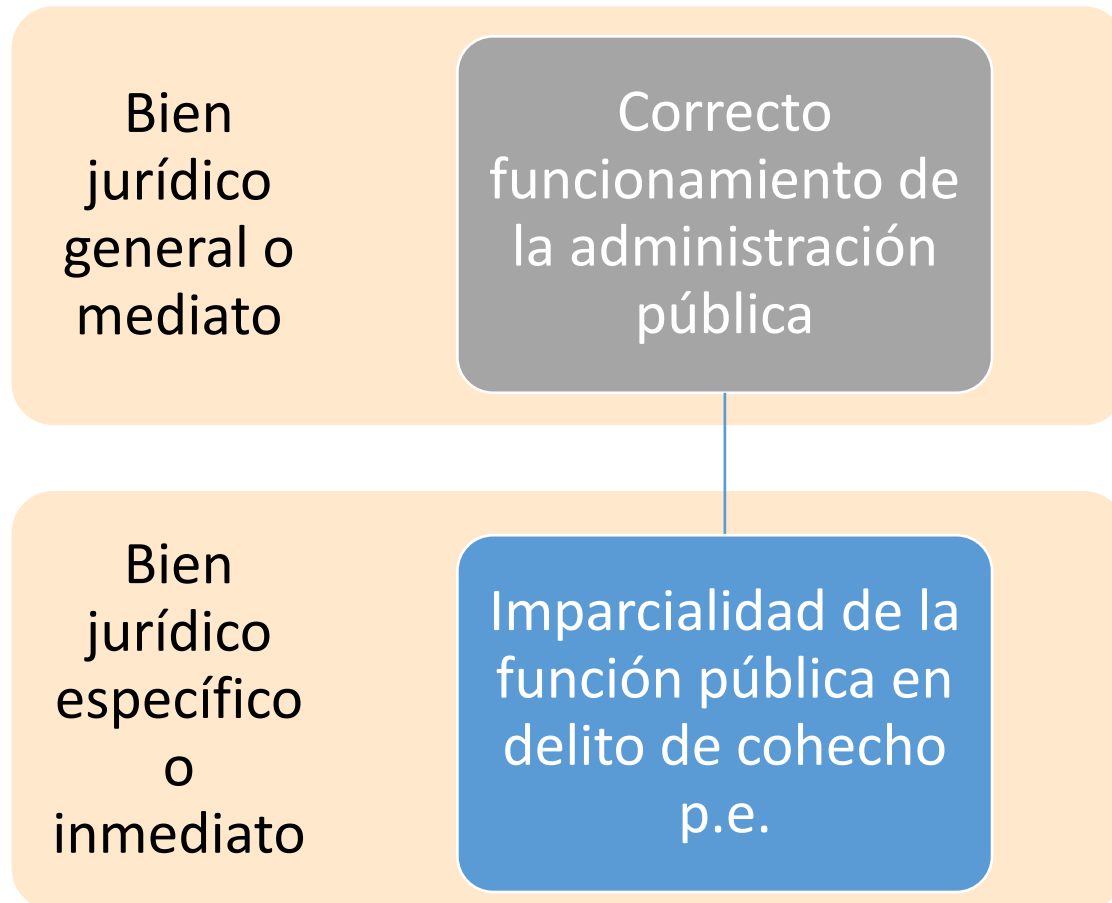
Bien jurídico
supraindividual o
coletivo

- Le pertenece a la sociedad en su conjunto.
- No es válido el consentimiento de un funcionario para su lesión.

El bien jurídico protegido en los delitos de corrupción



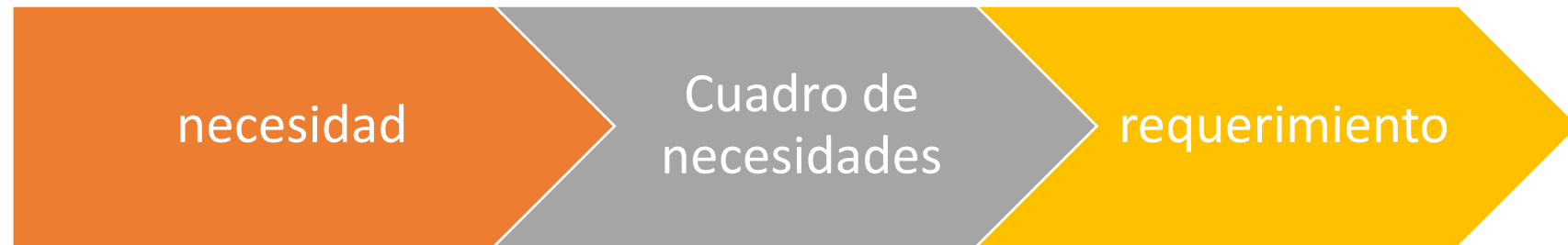
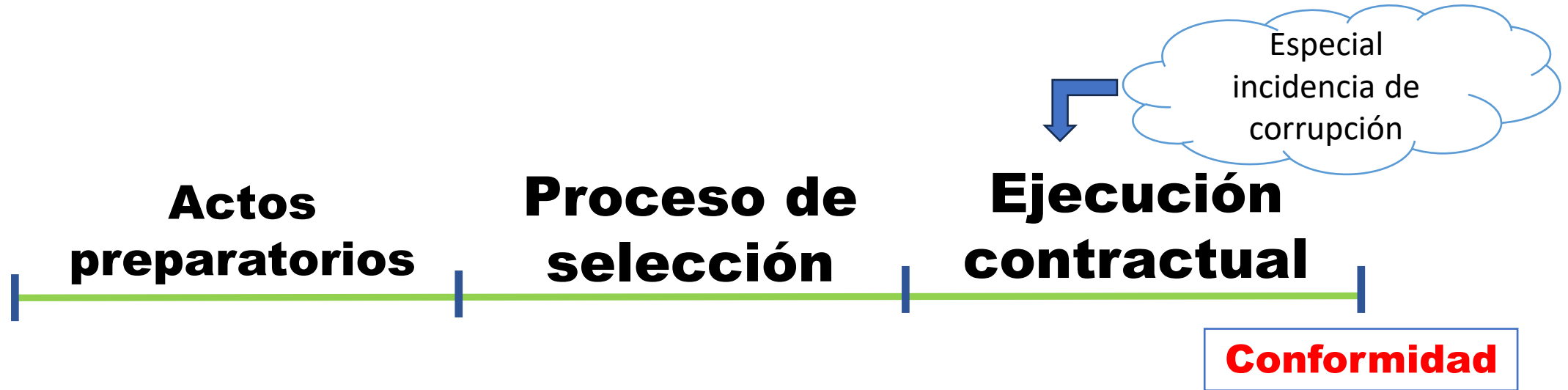
El bien jurídico protegido en los delitos de corrupción



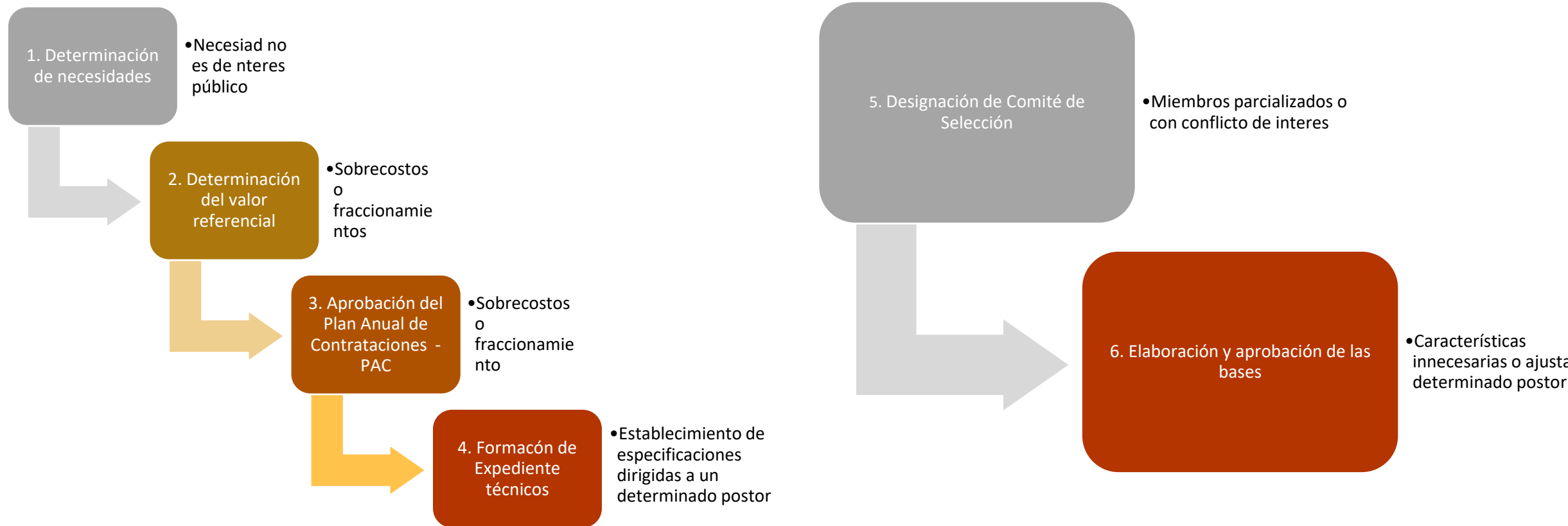
Fundamento político criminal (Ratio legis)

Bien jurídico en estricto

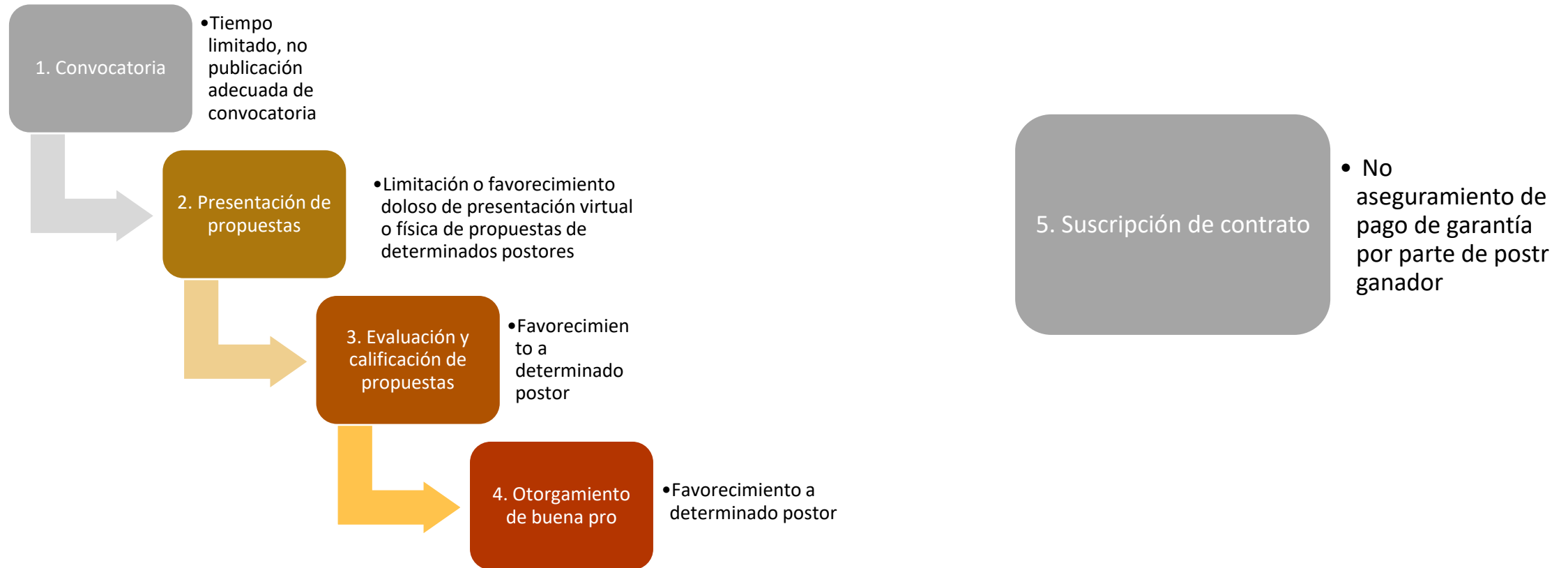
Fases de contratación pública



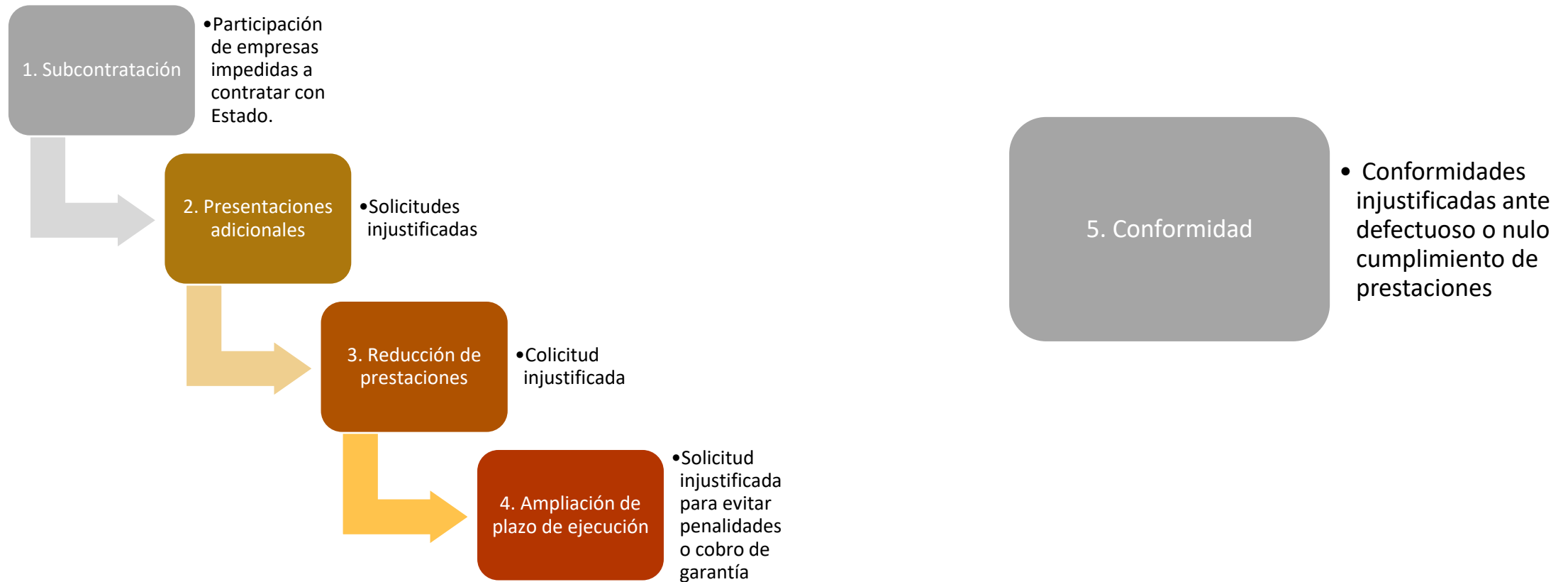
POSIBLES PRÁCTICAS COLUSORIAS EN FASE PREPARATORIA DE CONTRATACIÓN



POSIBLES PRÁCTICAS COLUSORIAS EN FASE DE SELECCIÓN DE CONTRATACIÓN



POSIBLES PRÁCTICAS COLUSORIAS EN FASE DE EJECUCIÓN DE CONTRATACIÓN



Bien jurídico protegido en el delito de colusión

Bien jurídico

- Proteger la imparcialidad con la que el funcionario o servidor público representa los intereses del Estado en una contratación u operación económica.
- ¿patrimonio público? Colusión simple
 - Debate con la anterior regulación normativa.

Redacción anterior (vigente hasta julio de 2011)

"Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial **defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados** en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012 (bien jurídico protegido en la colusión)

- «La eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis [artículo 76 de la Constitución]. En este sentido, la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal (artículo 384 del Código Penal) **tiene por objeto proteger estas condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores**».

Casación 661-2016-Piura (FUNDAMENTOS VINCULANTES)

- **DÉCIMO QUINTO:** Asimismo, la diferencia que existe entre colusión simple y agravada, estriba en que: “si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada”. [2] Así, **la colusión simple se consuma con la sola concertación**, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. **Mientras que para configurarse la colusión agravada es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal.**

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Bien jurídico protegido: el mismo que en la colusión: imparcialidad en las contrataciones estatales

- Delito de peligro abstracto/mera actividad
- Se busca evitar conflicto de intereses.

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”.