

# MÓDULO 3: El rol de las personas jurídicas en los delitos de colusión en contrataciones públicas



**Mg. Rafael Chanjan Documet**

Docente PUCP y AMAG



# CONTENIDO

01

Aproximación a la corrupción  
en las contrataciones del  
Estado

02

El delito de colusión

03

Responsabilidad penal de  
personas jurídicas en el delito de  
colusión



1

# Aproximación a 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. N° 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?

# 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)





2

# El delito de colusión



# 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)



PGE

Procuraduría General  
del Estado

Centro de  
Formación y  
Capacitación



Gobierno del Peru



BICENTENARIO  
DEL PERÚ  
2021 - 2024

## COLUSIÓN SIMPLE Y AGRAVADA

### “Artículo 384. Colusión simple y agravada

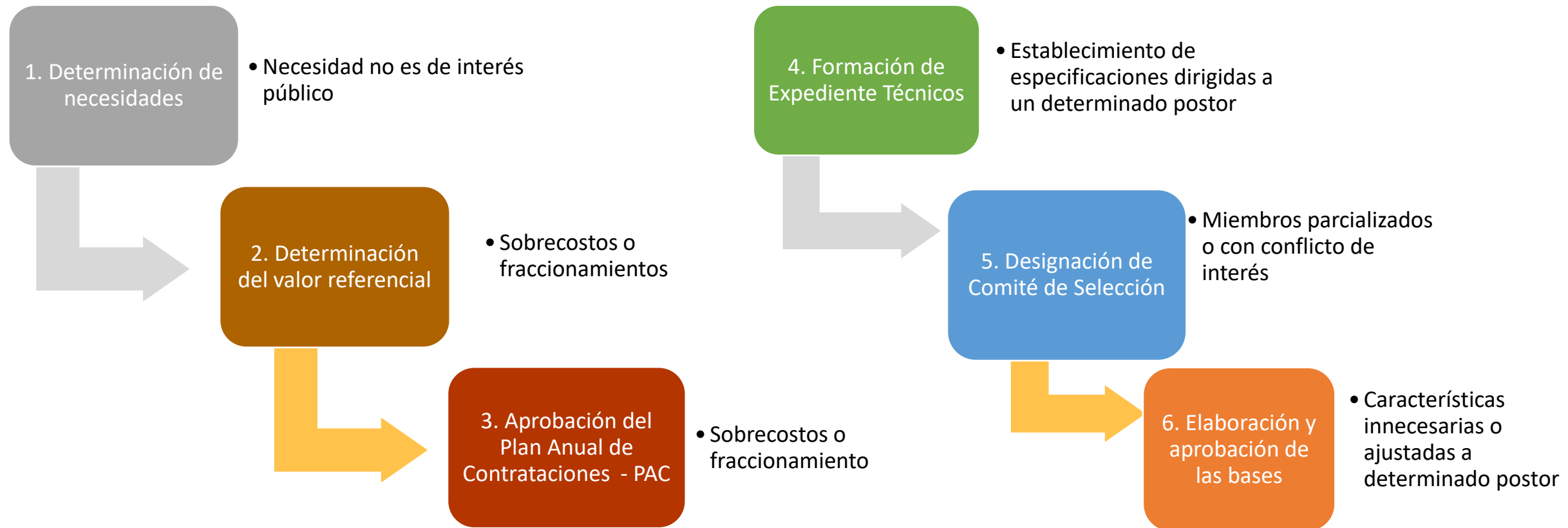
El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar 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.”

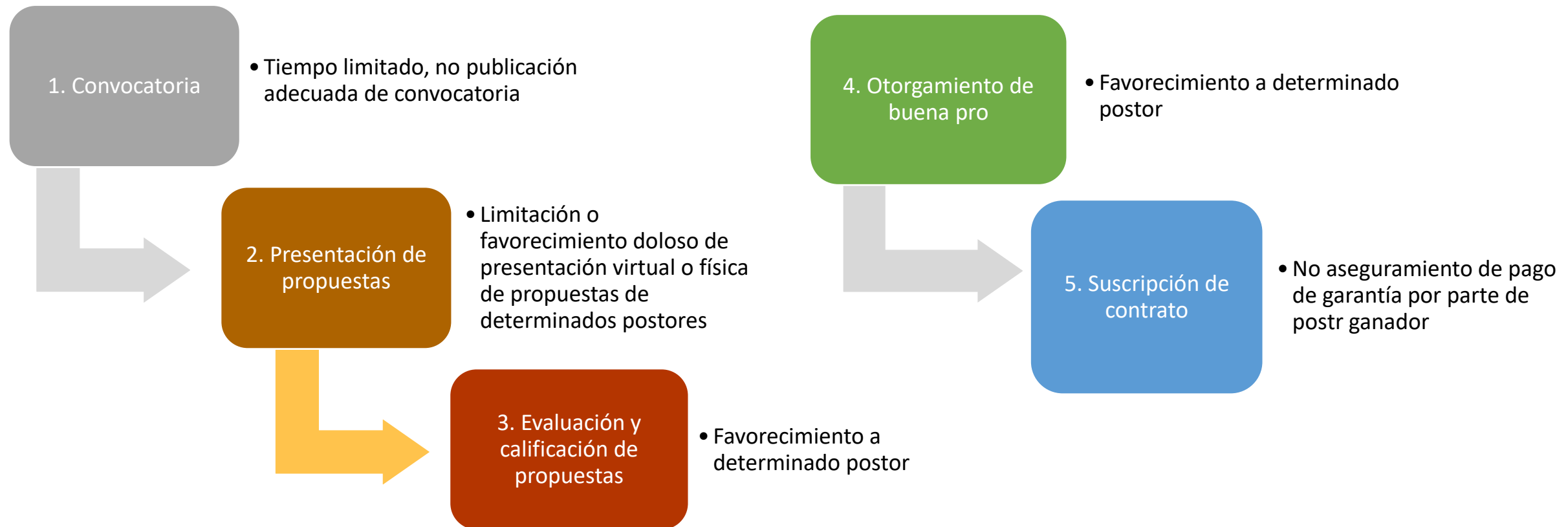
Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012 (bien jurídico protegido en la colusión)

«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**».

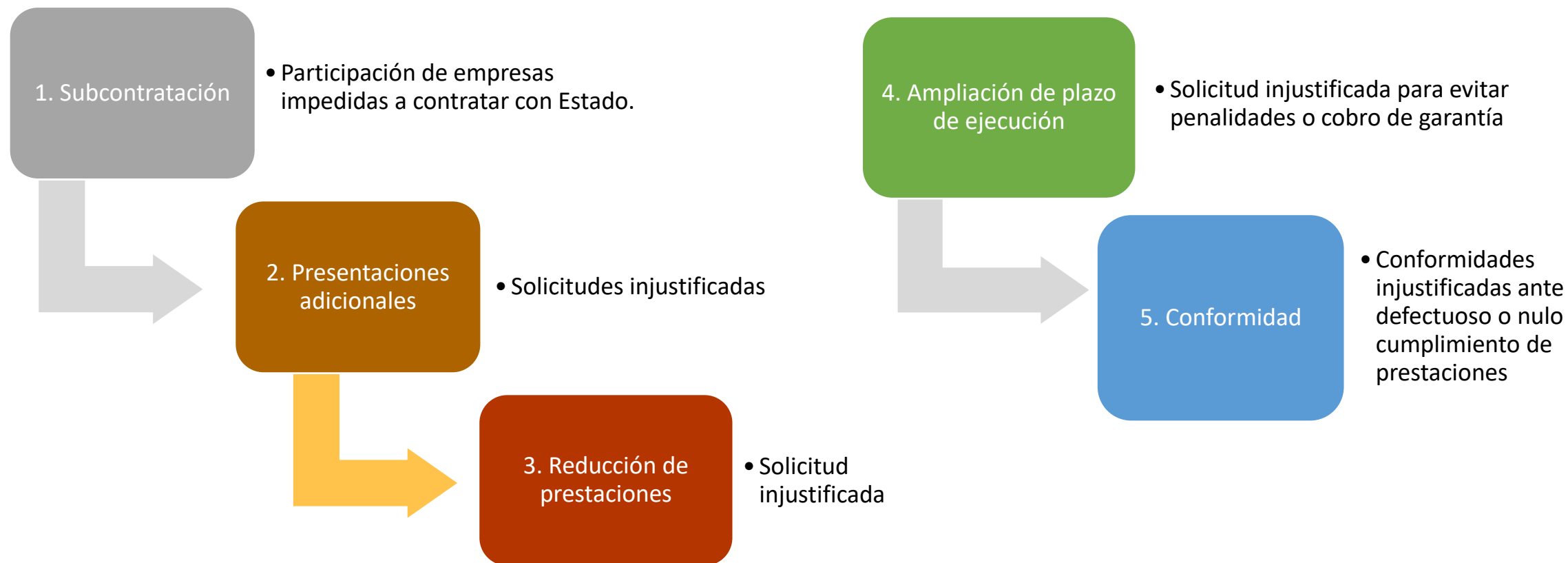
# POSIBLES PRÁCTICAS COLUSORIAS EN FASE PREPARATORIA DE CONTRATACIÓN



# POSIBLES PRÁCTICAS COLUSORIAS EN FASE DE SELECCIÓN DE CONTRATACIÓN



# POSIBLES PRÁCTICAS COLUSORIAS EN FASE DE EJECUCIÓN DE CONTRATACIÓN



# 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.

## SUJETO PASIVO

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.

# 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)

# 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

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

## COLUSIÓN AGRAVADA

Cuando se genera un perjuicio patrimonial efectivo en contra del Estado



**PGE**

Procuraduría General  
del Estado

Centro de  
Formación y  
Capacitación



Gobierno del Perú



BICENTENARIO  
DEL PERÚ  
2021 - 2024

# 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?

# 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 PERÚ 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.

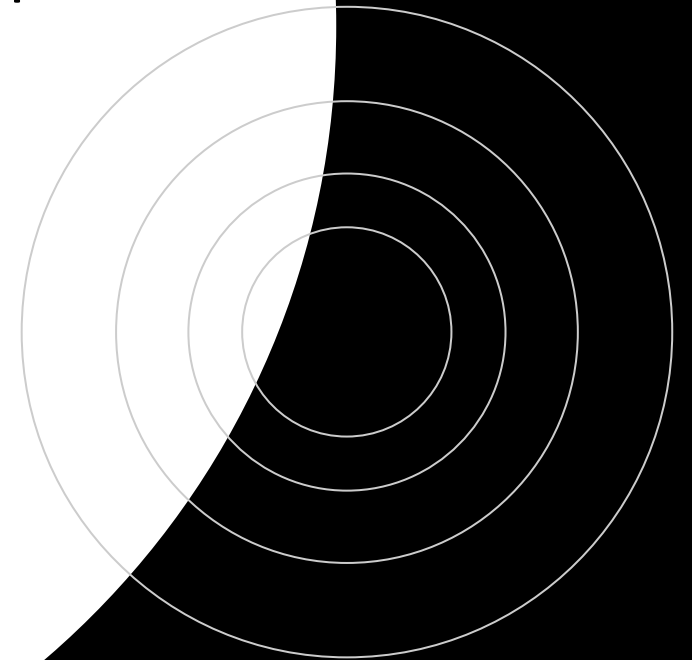
Que aún admitiendo hipotéticamente la consideración formal del extraneus como sujeto procesal, el resultado de los elementos de prueba acopiados —documentales y objetivos— no anularía el sentido de la decisión final adoptada en la sentencia de condena de acuerdo a la sana crítica racional —se mantendría 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.



3

## Responsabilidad penal de personas jurídicas en el delito de colusión

---





# CRIMINALIDAD DE EMPRESA

- Empresas como escenario e instrumento para cometer delitos (Caso Enron en EEUU, Parmalat en Italia y Lava Jato en Sudamérica).
- Criminalidad de empresa vs. Criminalidad en la empresa
- **Beneficios** de delinquir a través de estructuras empresariales:
  - Difuminación de responsabilidades individuales (irresponsabilidad organizada)
    - Difícil delimitación de competencias individuales
    - Ignorancia deliberada
  - Deslizamiento hacia abajo (Chivos expiatorios)
  - Aseguramiento de réditos económicos del delito



# La nueva regulación de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

**RAZONES POLÍTICO  
CRIMINALES QUE  
PROMUEVEN LA  
RPPJ**



Dificultades que presenta la persecución y castigo de las personas físicas que obran en contexto empresarial

Reducido efecto preventivo de sanciones penales en personas que se integran en organizaciones y jerárquicas

Protagonismo de la empresa en la comisión de ciertos delitos

Insuficiencia del Derecho Administrativo Sancionador y del sistema de consecuencias accesorias (Art. 105 CP)

Compromisos internacionales (OCDE)



PGE

Procuraduría General  
del Estado

Centro de  
Formación y  
Capacitación



Gobierno del Peru



BICENTENARIO  
DEL PERÚ  
2021 - 2024

## CASACIÓN 864-2017/NACIONAL DE MAYO DE 2018

No hay duda de la comisión de un acto de lavado de activos con el inmueble “Cervatel”, pero lo que debe dilucidarse es si la adquisición del inmueble por Inmobiliaria Santa Clara –y, antes, por la empresa Shamrock– importó o no un negocio jurídico realizado bajo la pauta de un “defecto de organización”. Es decir, si se incorporó al patrimonio de la empresa un bien que se sabía que era delictivo o que, por la forma y circunstancias de su adquisición, estaba en condiciones de advertir su origen delictivo, todo lo cual fue posible porque la persona jurídica no tenía incorporado mecanismos internos de control, protocolos de seguridad en el ámbito de sus negocios con terceros o modelos de prevención adecuados e idóneos.

La determinación de tal defecto de organización se examina a partir de la existencia de estos programas –si legalmente están impuestos, como en el caso de las disposiciones sobre responsabilidad administrativa de personas jurídicas (Ley número 30424, de veintiuno de abril de dos mil dieciséis, y Decreto Legislativo número 1352, de siete de enero de dos mil diecisiete)–. En todo caso,

# INSTRUMENTOS JURÍDICOS TRADICIONALES PARA HACER FRENTE A LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA

## Consecuencias accesorias a PJ

### Art. 105 CP

- Son sanciones penales especiales
- Fundamento: peligrosidad objetiva de la Organización (empresa)
- Finalidad: preventivo general (refuerza finalidad preventiva de la pena dirigida a PN)
- Es una responsabilidad subsidiaria a la responsabilidad individual (**AP 7-2009**)

### • Presupuestos:

1. Que se haya cometido un hecho punible o delito,
  2. Que la PJ haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento,
  3. **Que se haya condenado penalmente al autor físico.**
- Tipos de penas: 1) clausura temporal o definitiva de locales, 2) disolución de PJ, 3) suspensión de actividades de PJ, 4) prohibición de realizar actividades futuras.

**OJO:** No se exige probar ningún elemento de culpabilidad propia de la PJ (*compliance*)  
No se afecta el *societas delinquere non postest*



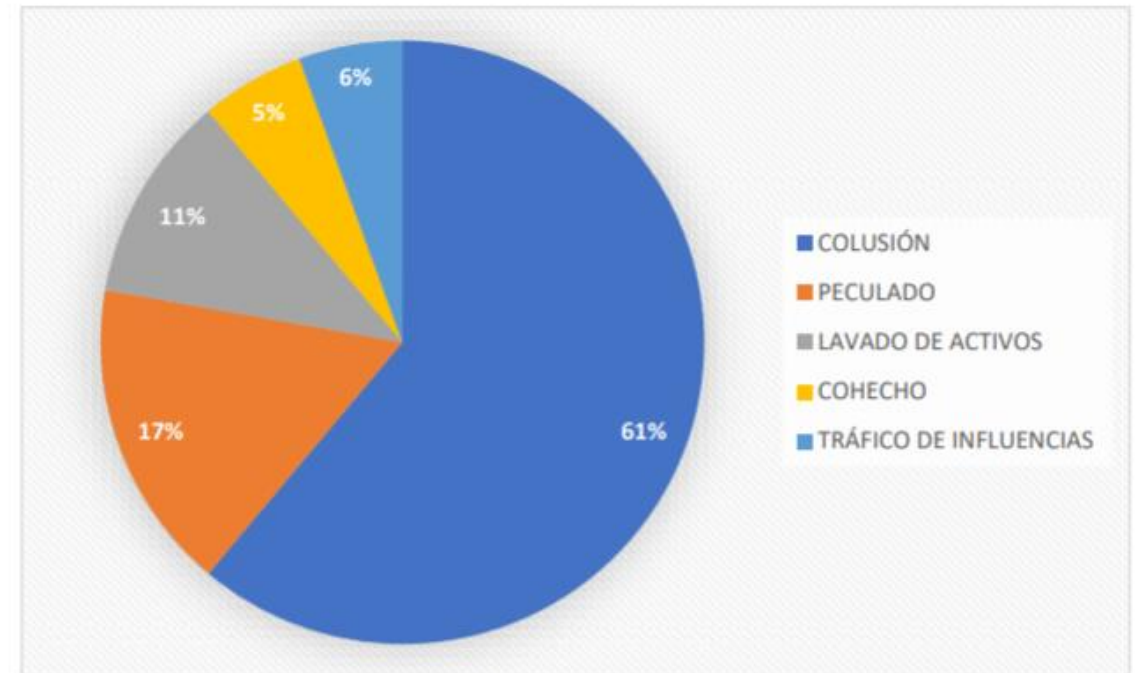
# APLICACIÓN DE CONSECUENCIAS ACCESORIAS

## Información de legajos en giro en Procuraduría Anticorrupción hasta diciembre de 2018

### Casos con PJ incorporadas

REGIÓN	CANTIDAD DE CASOS
ÁNCASH	3
HUAURA	3
LA LIBERTAD	1
LAMBAYEQUE	1
LIMA	5
MOQUEGUA	3
<b>TOTAL</b>	<b>16</b>

Fuente: PPEDC  
 Elaboración: PPEDC



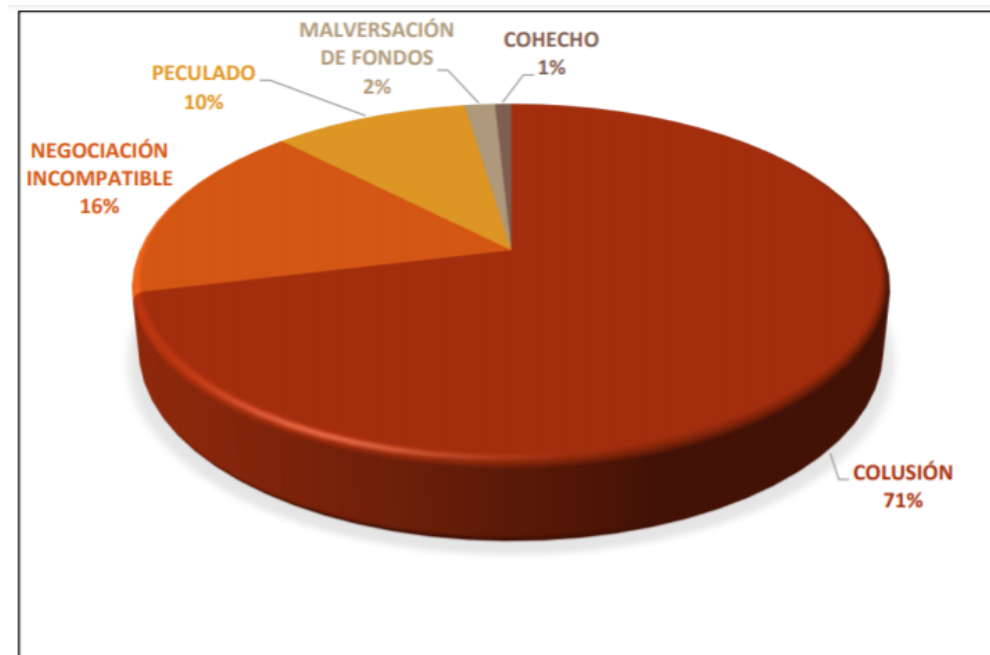
Fuente: PPEDC  
 Elaboración: PPEDC

# APLICACIÓN DE CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Casos en los que los representantes de las personas jurídicas tienen la condición de imputados:

ETAPA PROCESAL	CANTIDAD DE CASOS
DILIGENCIAS PRELIMINARES	359
INVESTIGACIÓN FORMALIZADA	457
ETAPA INTERMEDIA	400
JUICIO ORAL	148
APELACIÓN	35
RECURSO DE NULIDAD	1
CASACIÓN	5
EJECUCIÓN DE SENTENCIA	26
<b>TOTAL</b>	<b>1431</b>

Fuente: PPEDC  
 Elaboración: PPEDC



Fuente: PPEDC  
 Elaboración: PPEDC

## Penas aplicables a las Personas Jurídicas (ley 30424)

**Regulación:** Ley 30424 y modificatorias, vigente desde el 1.1.2018. Reglamento, D.S. No. 002-2019-JUS.

**Ámbito de aplicación:** solo algunos delitos.

**Fundamento:** indirectamente finalidades preventivas.

Presuponen un hecho típico, antijurídico (hecho de conexión) y culpable (**culpabilidad por defecto de organización**).

# La RPPJ en la Ley N° 30424 y modificatorias

## Factores de atribución de RPPJ:

1. Administradores (representantes)
  2. Subordinados (actúan bajo orden o por falta de control de superiores)
- Incluye administradores de hecho y de derecho.

## Autonomía de la RPPJ respecto de responsabilidad individual (Art. 4)

- No es necesaria la existencia de investigación, procesamiento o condena de persona natural.
- No es necesario probar circunstancias de tiempo, modo y lugar, basta acción típica y antijurídica (prueba indiciaria).



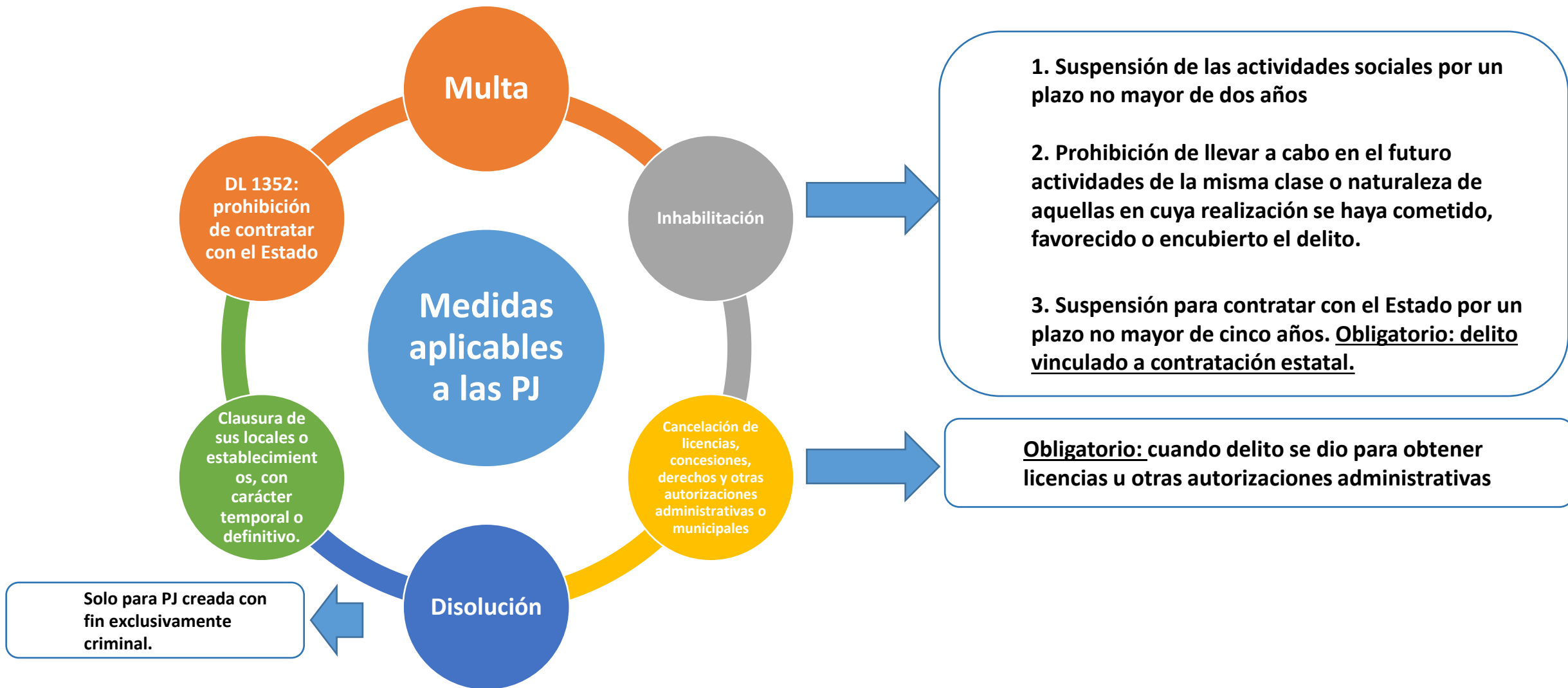
## PENAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Ley 30434 y modificatorias (Ley 31740 última modificación en 2023): “LEY QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL PROCESO PENAL”

Únicos delitos en los que se aplica esta ley:

- Cohecho activo, cohecho activo transnacional
- Lavado de activos y delitos periféricos
- Tráfico de influencias
- **Colusión**
- Terrorismo y financiamiento del terrorismo
- Delitos Aduaneros
- Delitos Tributarios
- Delitos de contabilidad paralela, delitos contra el patrimonio cultural

# LA RPPJ EN LA LEY N° 30424 Y MODIFICATORIAS



# PERSONA JURÍDICA Y PROCESO PENAL

## Artículo 90.- Incorporación al proceso

- Las personas jurídicas, siempre que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en los artículos 104 y 105 del Código Penal, deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso, a instancia del Fiscal.

Aplica para consecuencias accesorias, pero también para el sistemas de responsabilidad penal de PJ según Ley 30424 y modificatorias.

La solicitud de incorporación la hace el fiscal y la dirige al MP.

El juez debe resolver la incorporación de la PJ previa audiencia oral pública.

Procuraduría puede solicitar al fiscal que incorpore a PJ

¿Se requiere fundamentar peligrosidad objetiva de PJ para incorporar?

No: Art. 91 CPP: Será necesario que se indique la identificación y el domicilio de la persona jurídica, la relación sucinta de los hechos en que se funda el petitorio y la fundamentación legal correspondiente

# IMPACTOS DE COMPLIANCE EN CRIMINALIDAD EMPRESARIAL

Firma de abogados Hogan Lovells (2017)

A nivel principales empresas multinacionales del mundo, el 45% de los empresarios del sector transportes y el 30% de los del sector energía y minerales sostuvo en un estudio que las medidas anticorrupción no son prioritarios para sus CEO

Estudio a nivel mundial de *Price Waterhouse Cooper* : **12%** menos criminalidad de empresas en PJ con **normas éticas y compliance**



**Gracias**

---