James Reátegui Sánchez

DELITOS EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

Análisis dogmático y jurisprudencial

LEGALÍA JURÍDICA

Instituto Pacífico

AUTOR

Prof. Dr. h. c.
JAMES REATEGUI SANCHEZ

Doctor por la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Diplomado como experto en victimología, por la Universidad de Sevilla (España).

Participante en el curso sobre destrezas en litigación oral de la California Western School of Law, San Diego, California, U.S.A.

Doctor *honoris causa* por la Universidad la Barra Interamericana de Abogados, México.

Miembro honorario de los ilustres colegios de abogados de Huancavelica, Huaraz, Puno, Cañete, Cusco, Tacna, Ucayali y Madre de Dios.

Profesor de la Maestría en Derecho con Mención en Derecho Penal de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, y de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa

Actual fiscal adjunto superior (p) del Equipo Especial de Fiscales contra la Corrupción del Poder, del Ministerio Público.

Ha sido magistrado del Poder Judicial de la Corte Superior de Justicia de Junín, de Cañete y de Lima Sur.

Autor de una treintena de libros y de artículos vinculados al estudio del derecho penal y del derecho procesal penal.

FICHA TÉCNICA

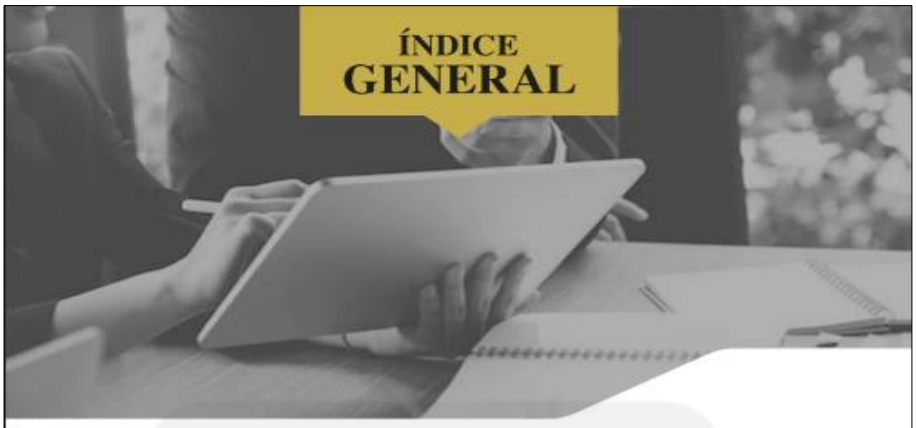
Edición	:	2023
Formato	:	24 x 17 cm
Encolado	:	hot melt
Cosido	:	hilo vegetal
Papel	:	bond 75 g
Carátula	:	tapa dura lomo redondo
N.° pág.	:	576

SOBRE LA OBRA

La contratación pública es el instrumento estatal llamado a asegurar la gestión eficiente de los servicios públicos o para atender oportunamente las demandas sociales. Sin embargo, dicha labor se ve obstaculizada, si no impedida, por intereses particulares ajenos. La contratación pública resulta sumamente atractiva para la comisión de actos corruptos y defraudatorios, debido a las altas cantidades de dinero destinadas, las facilidades para adquirirlo y las altas probabilidades de que dichas conductas queden en la impunidad ante las autoridades. En ese sentido, todos debemos estar de acuerdo en que una de las prácticas corruptas más perniciosas en una sociedad se da en el marco de las contrataciones del Estado, allí donde un funcionario se concierta con los postores o contratistas para defraudar los intereses del Estado.

En el catálogo de delitos que presenta el Código Penal peruano, se prevén dos delitos contra la administración pública vinculados con la obstaculización del correcto desenvolvimiento de los procesos de contratación con el Estado. Se trata de los delitos de colusión (art. 384 del Código Penal) y de negociación incompatible (art. 399 del Código Penal).

Desde esta óptica, el libro aborda el análisis dogmático de estos dos tipos penales en su relación con los procedimientos de contratación pública y los problemas a los que se enfrentan los operadores del derecho en su tratamiento.



ÍNDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

EL DELITO DE COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Capítulo Primero

Consideraciones generales sobre el delito de colusión

I. Ubicación sistemática del delito de colusión
II. Definición del delito de colusión

Capítulo Segundo

Desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre el bien jurídico tutelado en el delito de colusión

I. Sobre la perspectiva dualista de los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra la administración pública: el caso del delito de colusión
   1. Desde la perspectiva de los bienes jurídicos genéricos.
   2. De la perspectiva de los bienes jurídicos en forma específica
      2.1. La protección de la imagen institucional
      2.2. Afectación a los intereses patrimoniales de la Administración Pública
      2.3. Sobre la tesis de garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la Administración Pública
      2.4. Sobre la pluriofensividad de las afectaciones
      2.5. Deberes de imparcialidad, lealtad y probidad
      2.6. Eficiencia en la asignación de los recursos públicos
II. Toma de posición

Capítulo Tercero

Análisis sobre la tipicidad básica del delito de colusión simple (art. 384, primer párrafo, del Código Penal)

I. Descripción legal
II. Análisis de la tipicidad objetiva vinculada al delito de colusión simple
1. Aspectos problemáticos en torno al sujeto activo en el delito de colusión
1.1. Sobre el poder de decisión del funcionario público vinculado al proceso de contratación pública
1.2. Sobre la fundamentación del autor en el delito de colusión
1.2.1. Tesis sobre delitos de infracción del deber
1.2.2. Tesis sobre el delito especial propio
1.3. °Sobre los ámbitos de delegación de funciones en el marco de los procesos de contratación pública
2. Presupuestos necesarios para acreditar la concertación en el delito de colusión
2.1. El concepto de concertación
2.2. Algunos requisitos objetivos (concurrentes y necesarios) para acreditar la concertación
2.2.1. La concertación debe ser bilateral: entre el funcionario y el sujeto-interesado
2.2.2. La concertación tiene que ser en un entorno clandestino
2.2.3. La concertación tiene que ser defraudatoria y no permitido por ley
2.2.4. La concertación entre las partes deberá realizarse dentro del proceso de contrataciones con el Estado
2.2.5. La concertación —en la colusión simpe— debe ser idónea con la finalidad de causar perjuicio
2.2.6. La concertación puede ser en cualquier fase del proceso de contratación con el Estado
2.2.7. La concertación solo se puede realizar a través de actos positivos: ¿y la omisión impropia?
2.2.8. La concertación ilícita y su probanza mediante indicios: sobre la acreditación de las irregularidades administrativas de carácter sustanciales

3. La vinculación funcional del funcionario/servidor público
   - 3.1. Aspectos generales
   - 3.2. Exposición jurisprudencial
   - 3.3. Exposición doctrinal
   - 3.4. Exposición legal
   - 3.5. Sobre la expresión legal "interviniendo directa o indirectamente, por razón del cargo"
4. Objeto material del delito: análisis del proceso de contratación pública y su vinculación con el delito de colusión
   - 4.1. Apuntes preliminares
   - 4.2. Modalidades de la contratación pública
     - 4.2.1. Contratación pública de bienes
     - 4.2.2. Contratación pública de obras
     - 4.2.3. Contratación pública de servicios
     - 4.2.4. Concesión
     - 4.2.5. Cualquier otra operación a cargo del Estado
   - 4.3. Etapas del proceso de contratación pública y la intervención de personas en dichas etapas, y el delito de colusión
5. Grados de desarrollo del delito

Capítulo Cuarto

Aspectos de la tipicidad subjetiva en el delito de colusión

I. Aspectos relevantes sobre el contenido del dolo en el delito de colusión
II. ¿En el delito de colusión se exige la probanza de algún elemento subjetivo distinto del dolo?

Capítulo Quinto

Relaciones concursales

I. Con el delito de negociación incompatible
II. Con el delito de cohecho
III. Con el delito de peculado

Capítulo Sexto

Algunos temas problemáticos vinculados al delito de colusión

I. El delito de colusión está dentro de la categoría de los delitos de participación necesaria: tipo penal de encuentro
   1. Aspectos generales
   2. Exposición de las dos líneas jurisprudenciales respecto a la identificación del sujeto particular en un delito de colusión

II. La problemática de la intervención del sujeto interesado (extraneus) en el delito de colusión cometido por funcionario/servidor público. Especial mención al "administrador de hecho" como interesado
III. El rol de las pericias para acreditar el perjuicio económico en el delito de colusión

SEGUNDA PARTE

EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Capítulo Primero

Aspectos político-criminales, probatorios y de dogmática penal del delito de negociación incompatible

I. Aspectos generales
II. ¿El interés particular del funcionario público debe ser simplemente "incompatible" a la administración pública?
III. La negociación incompatible como delito de infracción del deber
IV. Sobre el derecho penal comparado
V. La participación del tercero en el delito de negociación incompatible
VI. La prescripción de la acción penal en el delito de negociación incompatible
VII. La prueba en el delito de negociación incompatible

Capítulo Segundo

Sobre el bien jurídico tutelado

I. Explicación doctrinal y jurisprudencial sobre el análisis del bien jurídico en el delito de negociación incompatible
    1. El bien jurídico genérico
    2. El bien jurídico específico
        2.1. Sobre la legalidad en el ejercicio de la función pública
        2.2. Sobre la tesis de los deberes de imparcialidad de los funcionarios públicos
        2.3. Sobre la tesis de la actividad prestacional o de servicio a los ciudadanos
        2.4. Sobre la tesis de la transparencia de los actos administrativos
        2.5. Sobre la tesis del buen resguardo del patrimonio estatal

2.6. Sobre la tesis que destaca los deberes de probidad, honestidad y lealtad del funcionario público
2.7. Toma de posición

Capítulo Tercero

Análisis de la tipicidad objetiva del artículo 399 del Código Penal

I. Antecedentes legales
II. Tipicidad objetiva
1. Descripción legal
2. Sujeto activo
3. Sujeto pasivo
4. Conducta típica
4.1. El verbo rector "interesarse"
4.1.1. El interés del funcionario o servidor público debe ser de manera indebida
4.2. Las modalidades específicas, según el Código Penal, de negociación incompatible
4.2.1. El interés, indebido, del funcionario o servidor público de manera directa sobre contratos u otra operación
4.2.2. El interés, indebido, del funcionario o servidor público de manera indirecta sobre contratos u otra operación
4.2.3. El interés, indebido, del funcionario o servidor público, por acto simulado, sobre los contratos u otra operación
4.3. Los negocios jurídico-públicos sobre el que recae la acción del agente especial: los contratos u operaciones
4.3.1. Aspectos generales
4.3.2. Contrato público
4.3.3. Operación pública
4.3.4. El procedimiento de contratación pública
4.4. La intervención del funcionario o servidor público, en los contratos u otra operación, tiene que ser por razón de su cargo
4.4.1. Sobre la competencia funcional como requisito para configurar por "por razón del cargo"
4.5. La responsabilidad de los funcionarios en función a sus prerrogativas
4.5.1. Los funcionarios que tienen poder de decisión
4.5.2. Los funcionarios que emiten actos de asistencia

III. ¿Se puede cometer el delito de negociación incompatible mediante conducta omisiva, por parte del funcionario público?

Capítulo Cuarto

El elemento subjetivo en la negociación incompatible

I. El dolo como comportamiento subjetivo en el agente público
II. Sobre la relevancia de la acreditación del provecho económico propio o de tercero en el delito de negociación incompatible

Capítulo Quinto

Grados de desarrollo del delito de negociación incompatible

I. Cuestiones previas
II. ¿El delito de negociación incompatible se trata de un delito de peligro abstracto o concreto?
    1. Toma de posición
III. ¿En qué momento de las relaciones contractuales comienza a ser punible el delito de negociación incompatible?

Capítulo sexto

Problemas de aplicación concursal entre el delito de negociación incompatible y otros delitos conexos

I. Con el delito continuado
II. Con el delito de cohecho
III. Con el delito de tráfico de influencias
IV. Con el delito de patrocinio ilegal de intereses
V. Con el delito de colusión

APÉNDICE:
Jurisprudencia seleccionada en materia de colusión y negociación incompatible

BIBLIOGRAFÍA