



**tirant
lo blanch**

MÁSTER IBEROAMERICANO EN POLÍTICAS ANTICORRUPCIÓN

Trabajo Fin de Máster

El delito de colusión en la legislación peruana: de la “defraudación por pacto entre el funcionario público y el tercero interesado” a las formas de “concierto para defraudar” y “defraudación patrimonial”.

Autor

LAURENCE CHUNGA HIDALGO

Director

PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO

Piura, 2020

El delito de colusión en la jurisprudencia peruana: de la “defraudación por pacto entre el funcionario público y el tercero interesado” a las formas de “concierto para defraudar” y “defraudación patrimonial”

RESUMEN: La colusión desleal es un delito contra la administración pública que, desde la aparición del Código Penal peruano en 1991 hasta la fecha se ha modificado hasta en cinco oportunidades. Tres de éstas para configurar la conducta típica y definir el bien jurídico tutelado. Los vaivenes legislativos son reflejo de las oscilaciones de la jurisprudencia penal nacional. Se ha requerido de la intervención del Tribunal Constitucional para alcanzar un texto normativo adecuado a las exigencias de la normatividad internacional de lucha contra la corrupción y, ésta, a su vez, ha facilitado, en los últimos tiempos la definición del bien jurídico que se pretende proteger con este delito. Este estudio pretende definir el derrotero histórico de la interpretación ofrecida a los distintos tenores del tipo penal, con incidencia en el reconocimiento del bien jurídico que se intenta proteger y los principios éticos constitucionalmente reconocidos.

PALABRAS CLAVE: Corrupción, colusión, jurisprudencia peruana, bien jurídico protegido, ética pública

Índice

Abreviaturas	4
Introducción: ética y responsabilidad en la función pública.....	5
1. Contratación pública y corrupción	11
1.1 Corrupción: definición y contrasentido en la administración pública	13
1.2 La contratación pública como actividad de riesgo.....	16
2. El objeto de protección de la norma penal.....	19
2.1 ¿Los principios éticos sociales son bienes jurídicos?	20
2.2 Discusión nacional sobre la corrupción en la contratación pública como objeto de regulación penal.....	23
3. El delito de colusión	28
3.1 Colusión: adelantamiento de la barrera punitiva y exigencias probatorias	30
3.2 Los vaivenes del tipo penal: ¿colusión desleal o fraude colusorio?.....	33
3.3 La jurisprudencia en la interpretación y configuración delictiva	36
3.4 La posición del Tribunal Constitucional y las nuevas modificaciones penales.....	41
Conclusiones	45
Fuentes bibliográficas	48

Abreviaturas

AI	Acción de inconstitucionalidad
Art.	Artículo
Cas.	Casación
D. Leg.	Decreto Legislativo
HC	Habeas corpus
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
PCM	Presidencia de Consejo de Ministros
R.N.	Recurso de nulidad
SERVIR	Autoridad Nacional del Servicio Civil
SUNAT	Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria
TC	Tribunal Constitucional
TUPA	Texto Único de Procedimientos Administrativo

Introducción: ética y responsabilidad en la función pública

Si la corrupción en la administración pública afecta la administración de los recursos económicos, entonces también afecta al sistema democrático en tanto que expone a riesgo el bien común, a las instituciones mismas y motiva desaliento moral respecto de la clase política de los Estados. Si la Convención de la Naciones Unidas contra la corrupción defiende que “la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones que sean eficaces” es el estandarte sobre el que se construyan las relaciones contractuales de los Estado, entonces corresponde modificar el paradigma cultural sobre el que se construyen las relaciones sociales.

Dice AMARTYA SEN que el desarrollo humano debe ser entendido como “la expansión de libertades individuales o de capacidades humanas”¹, entonces, solo en la medida en que las relaciones contractuales públicas, se construyan desde la base del respeto de los derechos de todos, en esa medida es posible asegurar el máximo potencial de todos los individuos. La consecución del bienestar social, desde esa perspectiva, no solo responde a formas institucionales y tecnicismos de la ley, sino que exige una verdadera práctica de valores y principios que aseguren la justicia y bienestar de todos. Así, cuando la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado recoge, en el art. 2, un catálogo de principios, los enuncia para cumplimiento material de los instrumentos y compromisos supranacionales, pero también los expone, primero, como reglas de conducta, y segundo, como verdaderos “criterios de interpretación” desde los que se evalúan los hechos que se pretenden regular y se definen las conductas de los intervinientes.

Las exigencias de libre acceso y participación de proveedores, la equivalencia de oportunidades para formular ofertas, el requerimiento de transparencia en la información, la igualdad de condiciones de competencia, el cumplimiento de las exigencias de sostenibilidad ambiental, la integridad de las conductas de los participantes y la proscripción de “prácticas indebidas” se convierte en el catálogo de principios sobre los que se debe construir el comportamiento de los ciudadanos y de los funcionarios. Si revisamos la propuesta legislativa de la Ley 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, podemos advertir como exposición de motivos el genérico reconocimiento de las consecuencias nefastas de la corrupción y la expresión de la necesidad de conducir la administración pública desde las exigencias de la transparencia de la gestión de los bienes colectivos. El asunto es que, probablemente, como expresión de formulario se anota que *“la aplicación de la presente iniciativa no representa mayor costo para el Estado, brinda un beneficio general al contar con un nuevo instrumento para combatir actos corrupción”* no se hace más que minimizar la importancia del nuevo modelo que se pretende implantar. Una de las formas de evitar la corrupción es conociendo con precisión que se pretende alcanzar: evitar las millonarias pérdidas de las que Contraloría de la República da cuenta en sus informes anuales. Si le ponemos rostro a los números entonces, se interiorizará de mejor forma el compromiso de prevenir y combatir a la corrupción.

No es lo mismo enunciar, como aparece en el art. 3 de la Ley 27815, que la función pública pretende mejores niveles de eficiencia del aparato estatal y mejor atención a la ciudadanía como fines últimos del comportamiento ético funcional, sino que calza mejor en la pretensión de la modificación de comportamiento, conocer los resultados específicos de la corrupción. De tal modo que, por ejemplo, si decimos que en el Ministerio de Transporte se ha

¹ SEN, Amartya: Desarrollo y libertad. Editorial Planeta, Madrid, 2000, p. 198.

perdido en un determinado periodo la cantidad x de millones por corrupción y que con ese dinero se pudo construir tantos kilómetros de carretera, que pudieran mejorar el transporte del tal lugar a tal otro lugar, entonces el ciudadano, en razón a esa pérdida –que ahora puede visualizar- estará en la disposición de comprometerse en la lucha contra la corrupción. La visualización de la corrupción permite también entender el grado de afectación de los valores que son defendidos por el sistema democrático y, la tipificación de tales conductas no hace más que evidenciar que es por la ética profesional de los funcionarios que se asegurará la transparencia en la gestión pública². Las reglas éticas, por tanto, se convierten en un tema de importancia capital para gestionar suficientemente los mecanismos de prevención y control de la corrupción.

La ética pública, conforme a lo que se dispone en el art. 3 del Reglamento del Código de Ética de la Función Pública, aprobado por Decreto Supremo 033-2005-PCM, se entiende como el “desempeño de los empleados públicos basado en la observancia de valores, principios y deberes que garantizan el profesionalismo y la eficacia en el ejercicio de la función pública”. Se trata de una definición operativa que, presupone –respecto de los funcionarios públicos- el conocimiento del contenido de esos valores, principios y deberes que subyacen en las conductas exigidas. En todo caso, nosotros preferimos definirla como el conjunto de principios, criterios y guías que inspiran la actuación del poder público de cara al desarrollo del bienestar ciudadano. Se realiza a través del derecho y posibilita la racionalidad del ejercicio del poder, de modo tal que, el funcionario asume que la única forma de ejercer sus competencias es a través de la ética. La ética, por tanto, debe ser el sustento de la cultura organizacional pública, de tal modo que, el acumulado de convicciones, creencias y sentimientos que se recogen en el conjunto de funcionarios públicos incluya un “entorno ético”³ que asegure los valores del servicio colectivo y que a su vez es la fuente de la legitimidad del poder ejercido. De hecho, se asume que el límite de ejercicio discrecional del poder se encuentra en la interiorización de dichos principios éticos.

El asunto es encontrarle sentido a dichos principios, o mejor: definirlos desde la posibilidad y pluralidad de opciones teóricas. ¿Cuáles serían los valores éticos que impulsan la función pública nacional? El hecho mismo de reflexionar y de sujetar nuestra actuación –o de no sujetarla- a los mandamientos de la ética nos remite no sólo a la dignidad humana como su fundamento sino también a la libertad humana como su explicación. No se puede hablar de ética sin libertad, dado que no puede haber acto humano sin voluntad libre y, en ese sentido, se es ético porque hay una decisión personal que lo justifica. Se asumen conductas porque nuestra capacidad de reflexión nos permite deducir la bondad de las mismas, su congruencia con nuestra dignidad humana.

El anuncio de los derechos humanos como exigencia y fundamento de la ética pública, nos remite a la vieja discusión acerca de la interdependencia de la moral y el derecho, sin embargo, más allá de ella, de la contraposición ideológica de iusnaturalistas y positivistas, lo que no se puede negar es la existencia de “lo moral” como realidad. Es un hecho que los hombres admiten verdades morales, así como se admite la existencia de verdades matemáticas, físicas, religiosas y filosóficas⁴. La capacidad de aprobación y de censura nos

² RAMON RUFFNERJeri Gloria: “Corrupción, ética y función pública en el Perú” en Quipucamayoc, Revista de la Facultad de ciencias contables, Vol. 22, Nro. 41, Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 2014, p. 61.

³ GARCIA MEXIA, Pablo: “La ética pública. Perspectivas actuales” en Revista de Estudios Políticos Nueva Época, Nro. 114, Octubre-Diciembre 2001, p. 133.

⁴ LECLERCQ, Jacques: Las grandes líneas de la filosofía moral. 2ª edición, Biblioteca Hispánica de Filosofía, Editorial Gredos, Madrid, 1956, p. 09. Una de las materias de discusión es la validez de los posibles sistemas éticos, pero más allá de las disquisiciones, cada persona está en aptitud de hacer valoraciones aprobatorias o de descalificación, tanto de su propia actuación como de las actuaciones ajenas.

obliga al reconocimiento de una relación con un punto de referencia que justifica dicha valoración. Así como el derecho tiene su espejo en la justicia, la ética tiene su referente en la bondad⁵, la que a su vez le impone parámetros, por lo que es precisa la reflexión teórica sobre los fundamentos o principios en los que se inspiran las normas morales concretas⁶.

El punto de partida es uno mismo: la conciencia de sí mismo es el punto de partida y, al trasladarse al lenguaje jurídico, se traduce en el concepto de dignidad. De tal modo, adquiere relevancia, que cuando se desatiende contra una pauta ética o moral se afecta la dignidad humana, que al fin de cuentas es el fundamento de los derechos humanos. En ese espacio, interactúan preceptos morales y derechos humanos.

La ética ciudadana, en consecuencia, es una reflexión teórica con alcances normativos respecto de aquellos ámbitos de ideas y de conductas en las que todos debemos coincidir, independientemente de nuestras diferencias. Es la universalización de pautas comunes para el comportamiento social de los seres humanos. Así, es un deseo colectivo que las relaciones interpersonales se guíen por criterios de justicia o solidaridad, aunque no todas las conductas humanas de trascendencia social sean así de diáfanas en su contenido. ARREDONDO RAMÍREZ afirma que le corresponde a la ética ciudadana “establecer con claridad las conductas a las que todos estamos obligados. Es la agenda común que debemos cumplir para poder ser miembros activos y reconocidos de una comunidad plural” para cuya materialización se hace necesario que se defina “los derechos que todos debemos exigir, y las obligaciones que en conjunto debemos cumplir, sin importar nuestro sexo, raza, religión, partido político, capacidad económica, profesión, actividad, y cualquier otro aspecto que nos diferencie”⁷. La precisión del autor es válida justamente porque suele ocurrir que las diferencias culturales, se han convertido para algún sector académico, en el pretexto suficiente para negar la universalidad de un proyecto de ética ciudadana⁸.

Una propuesta que parta de la idea de la dificultad de arribar a consensos nos remite a la búsqueda de mínimos necesarios para vivir humanamente. Esos mínimos necesarios, ordinariamente, se formulan como derechos y deberes y, en la experiencia permitida por la historia, a partir del concepto de dignidad humana se está en la posibilidad de mostrar un conjunto de principios éticos universalizables que aseguren el respeto de la dignidad y garanticen la libertad de los individuos de la colectividad. Esta perspectiva expone, en realidad, una maduración ética y democrática de la sociedad porque pone en el tapete el sentido de respeto de las diferencias y la necesidad de establecer condiciones básicas (léase, derechos humanos) que comprende las tres o cuatro generaciones de derechos humanos⁹.

⁵ El precepto moral se corresponde con las exigencias de la vida buena o recta, que permite el integral desarrollo humano. Cfr. LECLERCQ, Las grandes líneas... o.c. p. 11

⁶ Acerca de las diferencias entre ética y moral, los estudiosos no se han puesto de acuerdo; sin embargo, para los efectos de este trabajo, se entenderá que la ética es el estudio reflexivo de los fundamentos y principios de las normas morales, mientras que la moral sería el conjunto de normas concretas que llevan a la práctica real la reflexión ética. SIMON, por ejemplo, identifica ambos conceptos, y define a la ética como la ciencia normativa de los actos humanos a la luz de la razón. Cfr. SIMON, Rene: Moral. Curso de filosofía tomista, Herder, Barcelona, 1968, p. 37.

⁷ ARREDONDO RAMÍREZ, Vicente: “*Es posible una ética ciudadana*” en <https://bit.ly/34IdYxP>, consultada el 17 de septiembre de 2009.

⁸ Las tesis a las que se hace referencia se reúnen bajo la denominación de “relativismo ético”. Se parte de la idea de que no hay nada en común entre los hombres, por tanto, no puede haber ningún principio de acción aplicable a todos, de lo que se deduce que no existe una sola ética, sino varias, tantas como hombres hubieren. Cfr. LECLERCQ, Las grandes líneas... o.c. p. 54.

⁹ Aun cuando la teoría aparece como muy entendible, la realidad es más cruel de lo que se preferiría. En Chile el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del punto 3.3. de la Sección C de las normas que ordenan al sistema público de salud aconsejar y distribuir los métodos de “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”, lo que ha puesto en debate el tema de la ética de mínimos y la necesidad de

La pretensión de esta ética de criterios básicos¹⁰ es asegurar no sólo la convivencia pacífica sino también el máximo de justicia, la que se materializa justamente en la posibilidad que se le permita al ciudadano ejercer el conjunto de derechos contenido en las declaraciones de derechos humanos: los derechos civiles y políticos, los económicos, sociales y culturales y, aquellos otros que se conocen con el nombre de derechos de la solidaridad (derecho a la paz, a un medio ambiente sano, el derecho al desarrollo, etc.). Desde esta premisa como punto de partida y, reconociendo lo expresado por el Tribunal Constitucional, que anuncia que la Constitución es una norma jurídico-política sui generis, en la que el Estado, “organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es encarnación de los valores comunitarios” es que ha de concluir que es en la Constitución donde debemos identificar los principios fundamentales con los que se ha de construir la ética pública funcional, pues, al fin de cuentas, la carta fundamental es “expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como grupo colectivo”¹¹. De los enunciados que se relacionan directamente con la función pública, podemos anotar algunas proposiciones que nos ayudan a entender las razones sobre las que se construyen la ética de la función pública. El primer tema es el del reconocimiento del funcionario al servicio del ciudadano: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación” y si esta está conformada por el conjunto de ciudadanos, entonces el funcionario público debe sujetar su actuación a ofrecer un servicio eficiente en favor de la persona. Si queremos anotar las expresiones del primer artículo del texto constitucional que la función pública tiene como objeto “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. El segundo principio de actuación es el de obediencia a la ley: “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos” y, el tercero se relaciona con la transparencia, la objetividad y publicidad: no se puede desempeñar más de un empleo público, las remuneraciones de los funcionarios son de interés de la colectividad, los bienes y rentas de los funcionarios se sujetan al escrutinio público, incluyéndose los procesos judiciales que ventilan su responsabilidad por el ejercicio del cargo. El cuarto pilar de la ética pública: es el del servicio eficiente: “La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto aprobado anualmente” y, “su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización”. Sin embargo, si queremos resumirlo a muy pocas palabras, la ética pública se reconduce hacia el servicio del ciudadano y en favor de la expansión de sus derechos humanos¹².

Desde otra perspectiva, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 9, establece que los Estados deben adoptar “las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios

establecerla desatendiendo a imperativos religiosos. Cfr. ROBLEDO H, Paz: “*Imposición de una ética de mínimos*” en Revista chilena de pediatría V. 79, Nro 04, Santiago de Chile, agosto, 2008, p. en <https://bit.ly/3msDpLM>

¹⁰ También denominada “ética de mínimos” y su objetivo es asegurar la justicia en las relaciones humanas, la ética de máximos, en cambio, pretende garantizar la felicidad. La primera está dirigida a la persona en cuanto ciudadano, la segunda, en cuanto persona. Cfr. CORTINA, Adela: *Ética mínima*, Tecnos, Madrid, 1986. También: POLO SANTILLAN, Miguel Ángel: *La morada del hombre. Sobre la vida ética*. Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 2004, p. 133-138

¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: sentencia, expediente 014-2003-AI/TC, Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos, fundamento jurídico 2.

¹² GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La ética en la Administración pública*, Civitas, Madrid, 1996, p. 33-40. También: HURTADO POZOS sostiene que “El funcionamiento del Estado necesita un sistema de servidores públicos eficaces e íntegros. Entre las reglas básicas aplicables a estos servidores se encuentran la obediencia a las instrucciones, la neutralidad e imparcialidad, el deber de confidencialidad, la moderación en la manifestación pública de opiniones políticas, la prohibición de ejercer otras actividades, la lealtad y honestidad”. Véase: HURTADO POZO, José: “*Corrupción y derecho penal*”, p. 3, en <https://bit.ly/3jOdnB9> (revisado en 19 de septiembre de 2020)

objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas”, en muchas oportunidades, dichos mecanismos de control administrativos son superados, dando paso al derecho penal, como mecanismo de control, para que sancione tales conductas.

Desde las distintas conductas reprochables en temas de corrupción, nos fijamos en el delito de colusión. Desde la dación de nuestro Código Penal peruano, en el año 1991, el delito de colusión ha sufrido cinco modificaciones, desde las que, la jurisprudencia se ha visto precisada a moldear sus interpretaciones con el afán de asegurar sanción para aquellas personas que desatendiendo su deber funcional traicionan al Estado: Si bien en el texto original se exigía como conducta específica única “defraudar al Estado (...) concertándose con los interesados”, luego de un largo debate -incluso a nivel constitucional por la interposición de una demanda de inconstitucionalidad- se alcanzó una diferenciación que en la actualidad se encuentra vigente: la distinción de la colusión simple, que sanciona “el concierto de voluntades con el ánimo de defraudar” y, de otro la colusión agravada que tipifica “la defraudación patrimonial lograda mediante el concierto”. En esta discusión se parte de la necesidad de identificar un resultado específico como efecto del pacto anómalo del funcionario y el tercero. El problema es ¿se requiere conforme al texto original que la defraudación sea necesariamente patrimonial? La jurisprudencia penal parece tener una interpretación distinta a la que exige la Constitución misma.

El Tribunal Constitucional, en la Acción de Inconstitucionalidad 0017-2011 /AI-TC, de 03 de mayo de 2012, reconociendo que la transparencia de las operaciones contractuales, la imparcialidad de la gestión, la libre competencia entre los postores y el trato justo e igualitario frente a los posibles proveedores son los principios que traslucen la actividad contractual pública precisa que al existir un mandato constitucional –art. 39 de la Constitución que dispone que todos “los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la nación”, entonces precisa el deber de éstos de proteger el interés general en cuyo contenido se encuentra la “buena administración” la que exige que se sancione los actos colusorios independientemente de su resultado, puesto que atentan contra los principios constitucionales que “informan la contratación pública”. En otras palabras, parecería que, la distinción de colusión simple (de actividad) y la colusión agravada (de resultado) no tiene sentido más allá de la diferencia penalógica, en tanto que con el texto original cualquier tipo de pacto ilícito entre funcionario responsable de la contratación y tercero interviniente en la contratación es posible sea sancionado desde el derecho penal.

El presente trabajo tiene como objeto exponer los vaivenes de la lucha contra la corrupción en la definición del tipo penal de colusión analizando las posiciones de la doctrina jurisprudencial en la larga etapa de modificaciones del tipo de colusión, pero la vez atendiendo los conceptos que se encuentran detrás de las discusiones legislativas para la transformación del citado artículo penal de colusión o el discurso público respecto de lo que subyace en una actuación corrupta. El interés, por lo demás, posibilitará una adecuada aplicación de las normas derogadas en aquellos casos en que debe ser estudiada por el principio de irretroactividad de la ley; es decir en el juzgamiento de aquellos casos del pasado que aún sin sentencia requieren de la aplicación de una norma penal modificada en más de una oportunidad. Desde este propósito, viene bien que se conozca, mínimamente, el tenor del texto original y el actualmente vigente. En su versión de 1991, art. 384 del Código Penal peruano:

“El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, concentrándose 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”

En la actualidad, modificado por D. Leg. 1243 del 22 de octubre de 2016, el artículo a la letra expone:

“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 concertada 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.”

Nos avocamos a la tarea y, con esa intención, ilustrativa, consideramos pertinente esbozar la realidad, los conceptos, para luego abordar lo que corresponde al ámbito jurídico penal.

1. Contratación pública y corrupción

La contratación pública es el instrumento por el que los Estados se relacionan con los particulares con el propósito de asegurarse bienes y servicios que le permitan el bienestar de sus ciudadanos. En el cumplimiento de estos objetivos y metas, dicha contratación ha de asegurarse por normas substantivas y de procedimiento que intentan garantizar, además, unos fines mediatos que responden a los principios en los que se inspira. Entre otros: la transparencia, la igualdad de trato, la eficacia, la eficiencia y la competitividad. El contrato de administración, su preparación, suscripción y ejecución, sin embargo, muchas veces se consigue atentando contra las reglas de procedimiento previsto por la ley generando perjuicios en contra de la gestión estatal, tanto en el ámbito administrativo y social como en materia económica.

En el Perú, aproximadamente, el 20% de presupuesto nacional del presente año está destinado a la consecución de bienes y servicios, como se advierte del Decreto de Urgencia 014-2019, Presupuesto del sector público para el año fiscal 2020 y; el mayor problema es el riesgo de corrupción y el aumento persistente de la percepción ciudadana respecto de alguna “actuación irregular” que posibilite beneficios personales a favor del funcionario público responsable de dichas contrataciones y/o de proveedor seleccionado. “Ojo Público”, un portal de periodismo de investigación, señala que entre los años 2015 y 2018, del total de contrataciones estatales, 110 000 de éstas fueron entregadas a proveedores que no cumplían con las exigencias mínimas con las que la ley pretende asegurar la transparencia y la competitividad. Este número de contratos equivale a 57 000 millones de soles sobre los que, es altamente probable, haya existido alguna corruptela. Esta cifra, a su vez, equivale al 40% del total de los dineros destinados a obras y servicios dentro del periodo evaluado por la citada institución. La forma ordinaria de salirse del estándar mínimo es la utilización de mecanismos que la ley prevé como excepcionales, por ejemplo, modos de exoneración y/o contratación directa que posibilitan que la entidad elija a una empresa específica sin el requisito del concurso administrativo previo, pero también hay de aquellos otros casos en los que la exigencia de la competencia queda salvada a partir de requerimientos insalvables que sólo son cumplidos por el proveedor de la preferencia del funcionario y, finalmente, un tercer grupo de actuaciones permiten identificar la exclusión del competidor exponiendo plazos muy breves que hacen que los otros probables proveedores no tengan el tiempo suficiente para conseguir los requisitos exigidos. En cualquier caso, queda asegurada la realización de contrataciones públicas con procesos en los que el denominador común es la inexistencia de la competencia¹³.

El Estado, frente a la corrupción, tiene un grave problema: se enfrenta a un monstruo de dos cabezas. Si bien, por un lado, la persistente sospecha de corrupción deriva en un permanente estado de desconfianza del ciudadano para con la autoridad y las instituciones; de otro lado, ese mismo ciudadano está en la disponibilidad de realizar conductas corruptas o de soportarlas con el ánimo de asegurar la satisfacción de una necesidad. A pesar de la dicotomía, es necesario que el Estado y la ciudadanía sumen esfuerzos conjuntos para hacer frente a la corrupción. La “XI Encuesta nacional anual sobre percepciones de corrupción”¹⁴-realizada entre el 31 de octubre y el 12 de noviembre del 2019, en la que se entrevistó a 1857 personas,

¹³ OJO PÚBLICO: “*Funes: 40% de las contrataciones con el Estado Peruano tienen riesgo de corrupción*”, en <https://bit.ly/3jV5fP4> (revisado en 06 de septiembre de 2020).

¹⁴ PROÉTICA: “*XI Encuesta nacional anual sobre percepciones de corrupción*” en <https://bit.ly/3i978qK> (consultado en 07 de septiembre de 2020). Con similares resultados, COMPAÑÍA PERUANA DE ESTUDIOS Y MERCADOS Y OPINIÓN PÚBLICA: “*Indicadores del grado de corrupción en el Perú - Personajes políticos e instituciones*”. Encuesta realizada del 25 al 28 de enero de 2017, en <https://bit.ly/3h9V6w2> (consultado en 07 de septiembre de 2020).

de distintas regiones del país- reconoce que el segundo más grave problema del país es la corrupción, después de los problemas de inseguridad ciudadana y seguido del desempleo y la falta de trabajo. El tema no queda allí, pues a pesar de las constantes campañas de información, facilitación de denuncia, programas de recompensas, el 78% de encuestados considera que, en los últimos 5 años, el problema ha aumentado. Uno de los graves problemas de corrupción, menos tolerados por la ciudadanía, es el de que una autoridad elegida entregue contratos de grandes obras públicas a empresarios que financiaron su campaña. A la vez, los encuestados consideran que no es un acto de corrupción el no pagar impuestos desde las economías particulares, por ejemplo, no presentar las declaraciones de ingresos a SUNAT o no exigir la entrega de comprobantes de pago por servicios cotidianos, dígase, la boleta de venta luego del servicio de restaurant o en la gasolinera después de llenar combustible al vehículo. Aún con ese reconocimiento, tan solo el 13% de encuestados reconoció haberse involucrado en algún acto de corrupción: dádivas a favor de autoridades para conseguir un servicio, vinculándose con las siguientes instituciones estatales: Policía Nacional del Perú (8%), Municipalidades (5%), servicio de salud (4%), administración de justicia (3%), servicio de educación (3%).

En el ámbito de las contrataciones estatales, en los últimos tiempos las denuncias a distintas autoridades, regionales o nacionales, vinculadas a la empresa ODEBRECHDT ha generado una discusión pública respecto de lo que debe hacerse frente al problema. La citada encuesta recoge el sentimiento de rechazo de la ciudadanía, pero también su interés por mejorar los sistemas de gestión y transparencia a partir de la rendición de cuentas funcional y la entrega de información institucional. Se suma la necesidad de garantizarle al ciudadano la posibilidad de mecanismos eficientes de denuncia, puesto que el 91% de los que dicen haber conocido actos de corrupción afirman no haber denunciado en razón a que hay muy poca efectividad de las instituciones encargadas de los controles. Debe precisarse también el desconocimiento social de los mecanismos de participación y control, puesto que en la misma encuesta así viene reconocido: lo más visible para el encuestado como mecanismo de lucha es la labor efectuada por los fiscales del sistema anticorrupción en el conocido caso Lava Jato y los discursos presidenciales sobre la materia. El conocimiento de la actuación de la Contraloría General de la República, apenas es anunciado por un escaso 16%, precisándose que el 40% de las personas (las que afirman que no denuncian los hechos) señalan o su desconfianza o su desconocimiento de las instituciones y mecanismos de control y denuncia¹⁵.

En la memoria colectiva reciente, los actos de corrupción de gran escala compromete a todos los presidentes de la República de los últimos 30 años: todos ellos con investigaciones penales, a los dos últimos alcaldes de Lima –la ciudad capital-, a cuando menos 7 gobernantes regionales, y según la Defensoría del Pueblo, en un informe del año 2017, el 92% de los alcaldes (1699 de un total de 1841) eran investigados por delitos contra la administración pública, entre otros: peculado en cualquiera de sus modalidades, malversación de fondos,

¹⁵ Con ocasión del préstamo N.º L1132 al Banco Interamericano de Desarrollo, Perú ha incorporado, para el control de obras, el denominado “Programa de Mejora del Sistema Nacional de Control para la Gestión Pública Eficaz”, en el que, desde el 2013, se ha conseguido una plataforma electrónica para que cualquier ciudadano puede tener acceso a información, destacando el aplicativo “InfObras” (<https://apps.contraloria.gob.pe/ciudadano/>), lo que a su vez activa la posibilidad de asegurar auditorías, mecanismo de control interno desde distintas instituciones del ejecutivo, denuncias públicas, sea en medios de comunicación o ante el Ministerio Público. Dice el Banco Interamericano de Desarrollo que, el resultado de este programa le ha permitido a la Contraloría General de la República una mayor cobertura de control, “con un incremento del 120% en el número de entidades auditadas y mejora de la efectividad de la labor” posibilitando “103.393 recomendaciones de las cuales 40.586 fueron implementadas”. Cfr. JARQUIN, María José, CRUZ VIEYRA, Juan, HARO GONZALEZ, Ana: Rindiendo cuentas. La agenda del Banco Interamericano de Desarrollo en transparencia y anticorrupción (2009-2015). Documento para discusión N° IDB-DP-528, BID, Setiembre, 2017.

negociación incompatible y colusión¹⁶. Con información de la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción, al 31 de diciembre del 2016, se contaba con 32 925 casos en trámite ante el Ministerio Público y el Poder Judicial vinculados a delitos contra la administración pública. Si bien las formas de actuación son abundantes¹⁷, el contubernio entre el funcionario público y el proveedor para defraudar a la administración pública equivale al 14% de casos; en los que se ven involucrados, de ordinario, los gobernadores regionales y los alcaldes. Si, a este delito de colusión, le sumamos otro en el que están de por medio los caudales del Estado, dígame el delito de peculado, el porcentaje se eleva al 50% del total de expedientes tramitados por la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción. En el 2018, la carga procesal se eleva correspondiendo un total de 40 759 casos de corrupción, 13 947 corresponde al delito de peculado y 5 838 procesos son tipificados como delito de colusión, con lo que el nivel porcentual si bien llega al 14.3%, el número sigue siendo mayor¹⁸.

Si ponemos la lupa en el 14% de casos de corrupción que corresponden al delito de colusión, en la retina ciudadana resaltan los casos relacionados a la empresa ODEBRECHT¹⁹. Empero, si lanzamos la pregunta al ciudadano de qué entiende por colusión, las respuestas se reconducen hacia generalizaciones que no pueden ser explicadas más que con expresiones muy amplias en su contenido que pueden comprender expresiones como la asignación de “contratos de grandes obras públicas a empresarios que financian las campañas electorales de las autoridades políticas” y con la necesidad imperiosa de “meter presos” a los responsables, reconociéndose como tales tanto a la autoridad corrupta como al empresario corruptor²⁰.

1.1 Corrupción: definición y contrasentido en la administración pública

El término “corrupción”, desde la perspectiva social, supone una anomalía, una contrariedad de la norma. El ciudadano identifica una suerte de “cooptación del Estado”, en la que se presume que el político hace carrera para aprovecharse de la administración de la “cosa pública” en su propio beneficio antes que a favor de la ciudadanía. Por eso es que es posible las tres opciones más votadas: conceder la ejecución de las obras públicas al financista de la campaña electoral, asignar los puestos públicos más importantes y de confianza a simpatizantes, amigos y conocidos de la autoridad sin importar la calificación para el cargo²¹ y

¹⁶ DEFENSORIA DEL PUEBLO: Radiografía de la corrupción en el Perú. Reporte de corrupción Nro. 1. Ediciones MCF Soluciones Integrales, Lima, mayo de 2017, p. 9.

¹⁷ Se reconocen como formas típicas de corrupción: utilización de terceras personas para contratar con el Estado, el uso de empresas conformadas ex profeso para la ocasión, contratación de personal inexistente para puestos de confianza, manipulación de expedientes, solicitudes de coimas para tramitar con celeridad las causas, sustracción de combustible de vehículos públicos, documentación falsa para sustentar gastos, etc.

¹⁸ DEFENSORIA DEL PUEBLO: “Casos de corrupción de funcionarios en trámite por departamento en el 2016 y 2018”, Cuadros elaborados por la institución sobre la base de los informes estadísticos de la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción del 2017 y 2019, en <https://bit.ly/2GEOiCh> (consultado en 07 de septiembre de 2020).

¹⁹ Para mayor detalle de los casos más relevantes en los que se encuentran involucrados políticos de la esfera nacional en asuntos de corrupción con dicha empresa ODEBRECHT puede revisarse: OJO PUBLICO: “Los millonarios pagos de Odebrecht en Perú” en <https://bit.ly/3iaxAAC> (revisado en 06 de septiembre de 2020). Este reportaje anota 16 casos ofreciendo detalle del modo como se han realizado las operaciones; empero según información de la Defensoría Pública, dicha empresa se encuentra involucrada en 46 procesos penales, a mayo de 2017. DEFENSORIA DEL PUEBLO: Radiografía de la... o.c. p. 18.

²⁰ Compárese las ilustraciones 12 y 36 de PROÉTICA: “XI Encuesta nacional...” o.c. en <https://bit.ly/3i978qK> (consultado en 07 de septiembre de 2020).

²¹ En la encuesta de percepción de la corrupción del año 2017, por ejemplo, se reconoce como corrupción el hecho de poner a familiares y amigos en puestos públicos, pero el 71% de los encuestados reconoce tolerancia hacía esa práctica. En el año 2019, esa tolerancia aumentó: el 77% acepta esas prácticas como

hasta las prebendas de la micro-corrupción a favor del policía de tránsito, del encargado del expediente administrativo o del que asigna los cupos de atención en los hospitales. Todas estas conductas se reconocen como corruptas y a pesar de ello, muchas de ellas son aceptadas o –en el mejor de los casos se admiten como males necesarios–, lo que evidencia que la corrupción es, finalmente, una anomalía estructural en la percepción del peruano promedio.

No obstante tras esas vagas descripciones, en las que se asume una trasgresión del orden – independientemente de si son parcialmente aceptadas– se esconde un conjunto cerrado de conductas que suelen identificarse como delito y que de ordinario se asumen como formas de soborno (te pago para que cumplas o incumplas tus deberes), peculado (aprovechas tu función para utilizar los recursos públicos en tu beneficio) o tráfico de influencias (utilizas la función pública para alcanzar beneficios que de otro modo no alcanzarías), que al fin de cuentas, se reducen al “abuso del poder por parte del funcionario público y en detrimento del ciudadano”²². Sin embargo, el espectro de conductas se amplía hacia la extorsión (obligar a proveedor a pagar una coima), el nepotismo (exigir la contratación de personas allegadas sin importar su capacidad para el puesto), la malversación de dineros públicos (el destino de fondos a otras actividades distintas a las aprobadas por la organización)²³ y, todas ellas con el afán de copar el mercado de los bienes y servicios requeridos por el Estado.

En principio, hay cierta uniformidad en decir que la corrupción es el abuso de un cargo o función pública con fines de beneficio o aprovechamiento privado²⁴ y, para el caso la asumimos tal definición; empero relacionándolo con la contratación pública, tendrá que reconocerse que este espacio aparece como más lucrativo en razón a la patrimonialidad de la necesidad social: el Estado requiere satisfacer una demanda social (la construcción de una escuela, por ejemplo) y frente ella, hay tres o más postores que están dispuestos a satisfacerla en la medida en que el giro de su actividad comercial les permite, incluyendo como adicional, la posibilidad de jugar sucio en contra de sus competidores. La idea es ganar la licitación por las ganancias que le permiten al proveedor, pero a la vez, también tenemos a un funcionario que está en la disponibilidad de desatender sus deberes si algún beneficio particular puede alcanzar.

Desde esa perspectiva, en la relación corrupción y contratación estatal no solo involucra la voluntad personal de los individuos de alejarse o mantener su fidelidad a unas formas éticas específicas o el mantenimiento de un actuar “conforme a la virtud”, sino que en ese juego también influye una evaluación de costo-beneficio en el que la ética queda “cubierta” por el interés mutuo –del funcionario y del privado- de asegurar la demanda social, pero a la vez satisfacer un beneficio personal, en el que la ventaja (por ejemplo, de no ser descubierto) aparece valorada positivamente respecto del riesgo de ser sancionado (dígase, perder la libertad) en caso de descubrimiento del ilícito, sumándole el costo procesal de sujetarse a una

“permitidas”. Véase: PROÉTICA: “X Encuesta nacional anual sobre percepciones de corrupción”, Perú-septiembre 2019, diapositiva 61, en <https://bit.ly/2Zgd2ib> (revisado en 08 de septiembre de 2020) Cfr. PROÉTICA: “XI Encuesta nacional...”. o.c. diapositiva 37.

²² Cfr. RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás, CARRIZO-GONZALEZ CASTELL, Adán, RODRIGUEZ-LOPEZ, Fernando (Edit): *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 45.

²³ Otras formas de corrupción, en términos sociales, pueden verse en ROSE-ACKERMAN, Susan y PALIFKA, Bonnie: *Corrupción y gobierno. Causas consecuencias y reformas*. 2ª edición. (traducción de Francisca Pou Gimenez), Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 42.

²⁴ DALY, Jorge L. y NAVAS, Oscar Darío: *Corrupción en el Perú. Visión del ejecutivo peruano*. Documento de trabajo. CENTRUM, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 3. Los autores recogen que los académicos Robert Klitgaard (1991), André Shleifer y Robert Vishny (1993), Susan Rose-Ackerman (1996) y Transparency International (1995) en sus respectivas obras recogen dicha posición. También: ALONSO, José Antonio y GARCIMARTÍN, Carlos: “*La corrupción: definición y criterios de medición*”, en: ALONSO, José Antonio y MULAS-GRANADOS, Carlos (Dirs.), *Corrupción, Cohesión Social y Desarrollo*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2011, pp. 22-24.

investigación pública. En principio, ningún funcionario público –y tampoco ningún privado– reconocerá como enunciado de verdad que ser corrupto sea una opción correcta, empero en los hechos, ocurre que se hace lo opuesto en muchas ocasiones. Se reconoce que la corrupción es una acción negativa, en la medida que desatiende la igualdad de oportunidades de los interesados. Y de otro lado, la percepción colectiva es que dicha actividad va en aumento sin mayor explicación. ROSE-ACKERMAN sostiene que esa percepción tiene pie en las proyecciones de crecimiento de las economías nacionales y, lo mismo DALY y NAVAS cuando afirman que la globalización posibilita nuevos mercados y nuevas formas de realización de negocios en los que la capacidad de control y de vigilancia de los órganos fiscalizadores se hace lenta y tardía, más sí los valores éticos de la sociedad son cada vez menos firmes²⁵. Contribuye en esta opción la capacidad de memoria colectiva que suele inclinarse hacia el olvido, la “normalización” de determinadas prácticas corruptas, la incapacidad de indignación y/o la ausencia de motivación suficiente para involucrarse en el control de la cosa pública. Súmese a ello, que se asume como ciertos y determinantes la existencia de factores que posibilitan la corrupción. Para el caso peruano y, en orden de importancia: entorno cultural, deshonestidad de los funcionarios públicos; sueldos magros de los funcionarios públicos; disponibilidad del sector privado para el soborno; aptitud de los privados para conseguir favores. Si la cultura –en el caso peruano– explica la corrupción, entonces es muy fácil justificarla desde esa posición: Ser corrupto es parte de nuestra formación cultural²⁶.

Tal reconocimiento de la corrupción como elemento inherente a la sociedad²⁷ y consustancial con el comportamiento humano exige la aparición de pautas normativas regulatorias que aseguren su control. COCCILO, sobre el particular, sostiene que las legislaciones sobre el tema no tienen como objeto la erradicación de la misma, sino tan solo su prevención y control, para cuya ejemplificación resalta a la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción en la que por detrás de su tenor existe el reconocimiento de la existencia del fenómeno como ineludible en los comportamientos sociales²⁸. El asunto no parece ser baladí, pues, tal como ya viene anotado desde las encuestas nacionales, la ciudadanía reconoce la corrupción como un mal endémico, pero a la vez exige que sea controlada de forma eficaz y eficiente, en tanto que su existencia reduce las posibilidades de desarrollo personal y colectivo.

Así, el control de la corrupción como necesidad de las sociedades políticamente organizadas no es más que una exigencia de los colectivos sociales mayoritarios que las integran. Desde ese interés común se han suscrito instrumentos jurídicos y éticos que intentan asegurar el compromiso de los Estados en el combate a la corrupción. Así tenemos, entre otros la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, la Convención interamericana contra

²⁵ ROSE-ACKERMAN, Corrupción y gobierno... o.c. p. 125, DALY y NAVAS, La corrupción en el Perú... o.c. p. 5.

²⁶ Sobre el particular, en el colectivo social peruano, el Observatorio de la Justicia de la Escuela de Derecho de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya, en el Informe Nro. 4: La corrupción en Perú, sostiene que la idea de que la corrupción es parte de la naturaleza humana es aceptada por el 63% de entrevistados, mientras que, sobre la premisa de que la corrupción es propia de la cultura peruana, el 49 la aceptaba como cierta. Véase en citado informe en <https://bit.ly/3dhoUGy>, revisado en 19 de septiembre de 2020.

²⁷ Véase: QUIROZ, Alfonso: Historia de la corrupción en el Perú, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2014, p. 39.

²⁸ COCCILO, Endrius Eliseo: “Las mutaciones del concepto de corrupción. De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad en la época del Estado regulador y de la sociedad del riesgo”, en Revista de Lengua i Dret, Nro. 50, Noviembre de 2008, p.40, en <https://bit.ly/33w105V> (revisado en 15 de septiembre de 2020). Sin perjuicio, anota también el autor que la intención regulatoria de las actuaciones estatales riesgosas de intervenciones corruptas, expone un nuevo modelo en el que la actuación estatal va aparejada con la actuación de las organizaciones de la sociedad civil, al punto que la misma Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción anota que se comparte con las organizaciones de la comunidad. Las políticas públicas contra la corrupción, dice la Convención, se efectúan “con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria”.

la corrupción, la Convención para combatir el cohecho de los servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Uno de los puntos álgidos de la administración es el de las contrataciones, por lo que se insiste en recomendaciones de providencia y prevenciones que tienen como objeto asegurar el control eficaz de los actos de corrupción en las contrataciones administrativas.

1.2 La contratación pública como actividad de riesgo

Decía Honore de Balzac: “Detrás de cada gran fortuna hay un delito” y ante esta expresión literaria se esconde una realidad, pues en la “Encuesta de opinión ejecutiva de 2005 del Foro Económico Mundial” se expuso como evidencia, que el soborno es moneda de cambio de las empresas transnacionales en las contrataciones públicas, superando esta opción a la coima en los servicios públicos, régimen de impuestos y en el sistema judicial y, ello queda explicado en las grandes cantidades de dinero que se destinan a las obras públicas²⁹. Si el riesgo está allí, entonces la prevención contra la corrupción debe empezar en el área administrativa. En el Perú, según la Contraloría General de la República, el Estado pierde 23 000 millones de soles, cantidad que expone una situación anómala estructural y que obliga a atender no sólo la relación del responsable de la entidad estatal que requiere el servicio con el empresario que corrompe, sino también que debe comprender a los órganos oficiales de supervisión³⁰.

Esas pérdidas, sin embargo, no solo remiten al desplazamiento dinerario desde las arcas públicas hacia las cuentas de los privados, sino que se traducen en una afectación real y concreta en la realidad social de las personas: el primer asunto palpable es la disminuida calidad de las obras y servicios que, prontamente, se convierten en objetos de refacción; pero el segundo grado de afectación se relaciona con la ficción misma de las reglas de juego: compiten para la realización de las obras públicas, no necesariamente, los mejores; empero sí aquellos que están dispuestos a desatender las reglas de la competencia, trasgredir los criterios de transparencia contractual, que a su vez, se convierte en factores de deslegitimación de la autoridad y de discriminación contra el ciudadano, al que se le impide un acceso justo a los servicios básicos estatales, dígase, para el caso nacional, salud, educación y transporte³¹.

Desde la atención a la realidad, es que la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción en el art. 9, señala: *“Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción”*, de cuyo texto se colige en primer término que cualquier operación

²⁹ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS: Integridad en las contrataciones públicas: Buenas prácticas de la A a la Z, p. 3, revisado en <https://bit.ly/3hHvFCp>, en 12 de septiembre de 2020.

³⁰ SHACK YALTA, Nelson; PEREZ YALTA, Jeniffer y PORTUGAL LOZANO, Luis: *Calculo del tamaño de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú. Una aproximación exploratoria*, Documento de Política en Control Gubernamental. Contraloría General de la República. Lima, 2020, p.52, en <https://bit.ly/2E2ZkrG>, consultado en 12 de septiembre de 2020. Afirma el estudio, que las conclusiones no comprenden aquellas actuaciones que generan pérdidas de recursos públicos por aplicación irregular de las regulaciones técnicas y precisa que los sectores más afectados son los de transporte, educación y salud.

Para el mejor entendimiento de los mecanismos de corrupción y la intervención de los distintos partícipes en dicha actuación puede revisarse: ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS: *El cohecho en las adquisiciones del sector público. Métodos, actores y medidas para combatirlo*, p. 53, revisado en <https://bit.ly/35IZKPP>, en 12 de septiembre de 2020.

³¹ DIAZ CASTILLO, Ingrid: *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016, p.14. En el mismo sentido, SHACK YALTA, et al: *Cálculo del tamaño... o.c.* p. 56.

aparejada con la lucha contra la corrupción debe originarse en el ámbito de la administración, con el objeto principal de evitar que los intereses particulares no se sobrepongan a la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Desde esa intención es necesario reconocer que las oportunidades de corrupción tienen sus propias lógicas de acción, en las que las motivaciones de los intervinientes son distintas y, en muchas ocasiones, hasta contrarias entre sí.

La OCDE identifica, en primer término, a los sujetos intervinientes con el objeto de establecer sus propósitos. Así, el sobornador expone la intención de conseguir algo que considera que no podrá obtener sin el soborno y hace un cálculo de la ganancia obtenida: en esta se comprende no sólo el rédito económico, sino también la relación de confianza que facilite la proyección futura de nuevas contrataciones. El margen de oportunidad es un tercer factor de motivación: el soborno puede estar destinado a distintos objetivos, por ejemplo, conseguir los planes de contratación antes de que sean públicos para tener ventaja temporal sobre los posibles competidores, introducir o retirar condiciones contractuales que faciliten la elección, asegurar la contratación misma, incluso –a modo de extorsión- conseguir el pago de una obra ya ejecutada. Es necesario precisar que la ganancia económica no necesariamente se traduce en dinero, sino que ésta supone una variedad de posibilidades: propiedades inmuebles, regalos costosos (joyas, licores y/o relojes de marca), viajes de placer, favores sexuales, participación en acciones, etc. El porcentaje del soborno respecto de la contratación corresponde a índices que varían desde el 5% hasta el 25%, según el sector en el que se realiza la transacción ilícita³². Sin perjuicio de la intención del privado, existen ocasiones en las que el soborno responde a circunstancias no controlables o medianamente controlables: La demora de las decisiones administrativas –dolosas o negligentes- muchas veces motivan a los actores privados a entregar incentivos ilegales. Es este caso la desatención de los plazos y la carga administrativa se convierte en el punto de partida; empero también lo puede ser la voluntad del funcionario, como cuando el pago de servicio prestado se retrasa dolosamente con la intención del funcionario de ganar una coima para realizar una gestión eficiente del gasto público³³.

El segundo agente de la corrupción es el funcionario público. En la relación corrupta es la parte que asume el mayor riesgo. El solo hecho del descubrimiento de la acción le supone la destitución del cargo además del desprestigio y la posibilidad de la inhabilitación para el ejercicio de tareas semejantes en otras instituciones públicas. Incluso se hace referencia al debilitamiento de sus futuras contraprestaciones previsionales. Si ello va así ¿Qué incita al funcionario a participar en una actuación que le genera tanto riesgo? Una de las explicaciones es la escasa remuneración estatal y, la segunda –pero muy ligada a la primera- es el sentido de insuficiencia de la remuneración frente al mérito (que el propio funcionario se atribuye) de su labor. La remuneración, en este caso, no es escasa, sino que el agente la considera desproporcionada por defecto frente a su esfuerzo. Una tercera explicación se relaciona con las aspiraciones sociales del funcionario: relacionamiento y roce con personas de “distinto nivel” económico. La OCDE reúne todas esas “justificaciones” bajo el término “voracidad del funcionario público” que decide por la posibilidad de enriquecimiento fácil, asegurado en el ocultamiento de la actividad corrupta que facilita la complicidad de la contraparte.

³² ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS: El cohecho en... p. 56. Las contrataciones relacionadas con equipamientos militares pueden generar ganancias ilícitas que alcanza el 30%. Sobre las formas que adquieren los pactos de corrupción también puede verse: AYMERICH CANO, Carlos: “Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas”, en Revista Aragonesa de Administración Pública, ISSN 2341-2135, núm. 45-46, Zaragoza, 2015, p 2013.

³³ MORALES QUIROGA, Mauricio: “Corrupción y democracia. América Latina en perspectiva comparada” en Gestión y política pública, Volumen XVIII. Nro 2, II semestre de 2009, p. 210, en <https://bit.ly/35EmJuZ>

Una segunda alternativa –distinta a las explicaciones economicistas- que expone la disposición del funcionario a la corrupción es la apetencia de poder. No necesariamente excluye la posibilidad de riqueza económica, pero optimiza los beneficios políticos que le permite la acción: disposición para relacionarse con otros funcionarios de mayor rango, opciones de ascenso en la escala laboral, capacidad de decisión furtiva dentro de la organización estatal o de relacionamiento con líderes de partidos políticos, que le permiten augurar una nueva posición laboral o dentro del partido político al que pertenece³⁴. Sin perjuicio de la posibilidad de distinguir las motivaciones, el funcionario evidencia en la actividad ilícita, sus conocimientos particulares del sistema: maneja los protocolos, conoce la legislación y sus vacíos, así como sus ventajas, reconoce las asimetrías del sistema y, esa posibilidad se puede convertir en una tercera opción motivacional: el solo hecho de exponer sus “habilidades” técnicas: se es corrupto porque se puede serlo.

Cada una de las opciones motivacionales, tanto del agente privado corruptor como del funcionario público corrompido, se explica desde la situación de crisis de valores que informa la vida social y política. Y desde esa óptica, los defectos de la administración son una muestra de la sociedad en la que se desempeña y, explica las formas como la sociedad entiende los “principios” en que funda su actuación. Dice BAUTISTA que entre estos resaltan el individualismo, la competencia desmedida y la acumulación de riquezas que inspiran la actuación de la sociedad. Si esa premisa es el punto de partida, en la que el individualismo resalta, la corrupción termina explicándose en la justificación volitiva de los que participan de ella. Un empresario o un funcionario corrupto lo es, porque decide serlo y, esa decisión es siempre una decisión moral³⁵. Sin embargo, ello no disminuye la otra realidad, la colectiva: si – como ya hemos anunciado- la corrupción se anota en todos de gobiernos, de todas las tendencias, también habría que concluirse que esa decisión ética del funcionario es también el reflejo de la ausencia de valores en la vida pública³⁶.

³⁴ BAUTISTA, Oscar Diego: *Ética pública. Su vinculación con el gobierno*, Instituto Nacional de Administración Pública – UNAM, México, 2017, p. 157. (Véase, en <https://goo.gl/pXLmyn>, revisado en 11 de septiembre de 2020). El autor desde la diferencia de las motivaciones de la corrupción funcional, distingue la corrupción propiamente económica, de aquella otra que nomina corrupción en el sentido amplio; precisando que, si bien en ambos casos se altera el orden de las instituciones, la primera es más grave por las consecuencias que se derivan. Nosotros consideramos que, en ambos casos, independientemente de la diferencia motivacional, los resultados pueden reconducirse hacia la economía, puesto que aun cuando la pretensión sea de adquirir mayor poder político o social, ello redundará en la transparencia de las relaciones contractuales entre los privados y el Estado. En lo fundamental, es lo mismo: el aprovechamiento perjudicial de la función pública para afanes personales.

³⁵ BAUTISTA, *Ética pública...* o.c. p. 154.

³⁶ La perspectiva de las definiciones, en las que se resalta el relacionamiento de ética del funcionario vs ética de la colectividad, nos conduce a preguntas en las que debemos responder sí la corrupción es la causa del resquebrajamiento ético o sí–más bien- es una consecuencia de aquel. Cfr. RAMON RUFFNER, “Corrupción, ética y...” o.c. p. 59. Independientemente de la discusión filosófica, pareciera que el régimen democrático nos exige actuaciones transparentes y éticas en razón a que, lo que es de todos, todos tienen derecho a saber cómo es que se administra. Véase: DEFENSORÍA DE PUEBLO: *El acceso a la información pública y la “cultura del secreto”*. Informe defensorial Nro. 60. Lima, 2001, p. 29. En el momento en que Defensoría del Pueblo asume que la corrupción supone la desatención de los denominados “principios del buen gobierno” y de los “preceptos éticos formalizados” reconoce que la corrupción es la causa de dicha anomía, empero prefiere utilizar el lenguaje propio de los derechos humanos: “los actos de corrupción generan vulneraciones de derechos fundamentales”. DEFENSORÍA DE PUEBLO: *Defensoría del pueblo, ética pública y prevención de la corrupción*. Serie documentos defensoriales. Documento Nro. 12, Lima, 2010, p. 6.

2. El objeto de protección de la norma penal

Detrás del reproche de una conducta humana –sea este reproche moral, jurídico o religioso– hay un objeto que merece protección, en la medida en que –mínimamente– su afectación genera malestar individual o en la colectividad. Así, si una persona maltrata a un indigente de la calle, lo muy probable es que se castigue así mismo por dicha acción en razón a su “deber mínimo de no dañar a otro”, si cruza la calle sin respetar el semáforo pone en riesgo a otras personas o, si aborta en secreto queda automáticamente excomulgado (si profesara la religión católica) por atentar contra la vida del no-nacido. En el plano jurídico penal se identifica al objeto de protección y se le conoce con el nombre de “bien jurídico”, sobre el que los académicos coinciden en señalar que hay tantas definiciones de dicha expresión como estudiosos de la materia se conocen³⁷. Nosotros, con ánimo de no entrar en la disputa, nos limitaremos a reconocer que las distintas definiciones reconocen tan sólo notas comunes en las que se distingue, por un lado, el objeto de protección: “valores trascendentes”, “intereses sociales” “condiciones de relacionamiento de las personas con valores concretos aceptados socialmente”, “situaciones y relaciones importantes”³⁸, etc., y de otro lado la capacidad del concepto para limitar el ejercicio del poder en tanto que define el ámbito de lo que legítimamente debe ser entendido como delito. Se reconoce como premisa de hecho que el ejercicio del poder estatal es una oportunidad de amenaza para la libertad de los individuos³⁹. En ese mérito, se reconoce –con BUSTOS RAMÍREZ– que los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas (la libertad, la salud, la vida, el patrimonio) que adquieren significancia normativa (al tiempo en que lo reconoce la norma) que simplifica los procesos interactivos y dinámicos de la sociedad⁴⁰. Y desde esta definición operacional conviene reconocer que esas relaciones sociales son preexistentes al ordenamiento, lo que hace éste no es más que admitirlas y darles la calificación de “bienes jurídicos”. Este reconocimiento, a su vez nos remite a la idea de que es la norma la que crea los bienes jurídicos en tanto que reconoce esas relaciones sociales que son relevantes para la convivencia colectiva⁴¹ y, finalmente: desde los

³⁷ ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte general. Tomo I. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Ramesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 54. También: KIERSZENBAUM, Mariano: “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, en Lecciones y Ensayos, nro. 86, 2009, p. 188. Revisado en <https://bit.ly/2IdsI04>. (revisado en 12 de septiembre de 2020) También: LACRUZ LOPEZ, Juan Manuel y MELENDO PARDOS, Mariano (Coord): Tutela penal de las administraciones públicas, Dykinson, Madrid, 2015, p. 7.

³⁸ ABANTO VASQUEZ, Manuel: “Acerca de la teoría de bienes jurídicos” en Revista Penal, Núm. 18, 2006, p. 4, revisada en <https://bit.ly/3luENwe>. (12 de septiembre de 2020).

³⁹ SZCZARANSKI VARGAS, Federico León: “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, en Política Criminal. Vol. 7, N° 14 (diciembre, 2012), p. 379. Revisado en <https://bit.ly/33OnOPo>. (12 de septiembre de 2020). También: HENAO ZEA, María Eugenia: “Moral, derecho y bien jurídico en el concepto de autor por conciencia” en Universitas, Núm. 108, diciembre, 2004, p. 846, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Conversaciones”, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 04-CI, 28 de enero de 2002.

⁴⁰ BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán: Lecciones de derecho penal. Vol. 1. Trotta, Madrid, 1997, p. 57.

⁴¹ Sobre el punto es posible distinguir discusión, entre los que afirman que cuando se habla de que la norma crea los bienes jurídicos en tanto que reconoce “aspiraciones, valores, ideales, que no existen independientes de la realidad, sino que son condicionados por ella, manifestándose en las fundamentales relaciones sociales que se producen” y, aquellos otros que sostiene que los bienes jurídicos son un producto derivado de las relaciones sociales de poder, en la que se tutelan los valores que imponen la clase económicamente dominante, en particular las transnacionales. Véase sobre la materia: HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. España: Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1989, p. 111. También: LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto y LUGO ARTEAGA, Larisbel: “El bien jurídico y las funciones del Derecho penal” en Revista Derecho Penal y

procesos interactivos y dinámicos es posible colegir que, la definición e identificación de esos bienes jurídicos es fluctuante en atención a las mutaciones de la historia.

El o los objetos de protección de la norma penal suponen una política específica del Estado, que en un momento dado define qué relaciones sociales concretas o intereses vitales definidos merecen protección. Incluso es preciso señalar el grado de protección ofrecido, por lo que corresponde visibilizar los intereses estructurales de la sociedad políticamente organizada para ordenar los bienes jurídicos importantes para el derecho penal en mérito de las libertades que se pretenden asegurar a los ciudadanos. El derecho penal no es la rama del derecho que los define, sino que esta tarea le compete al derecho constitucional que expone “un orden de valores pre-jurídico preexistente” y a las demás ramas del derecho que le ofrecen forma y contenido a dichas relaciones sociales⁴². La tarea del derecho penal se limita a la descripción de las conductas que afectan gravemente al bien jurídico con el objeto de darle protección. ¿Hasta dónde la Constitución política tolera restricciones a la libertad? Desde esa perspectiva se le asignan específicas funciones. La interrelación del derecho penal y derecho constitucional se resume en la respuesta a la pregunta.

La más importante es la *función político criminal*, por la que se le asigna la tarea de limitar la acción desmedida del poder, pues la definición (tipificación) de conductas delictivas es el modo como se controla el uso exagerado del derecho penal. Una segunda función es la *función crítica*, con la que el operador jurídico está en la capacidad discutir si los tipos penales creados por el legislador se adecuan a una real protección del bien jurídico. La tercera tarea es la *tarea sistemática o instrumental*: permite ordenar los delitos con relación con los distintos bienes jurídicos reconocidos y la *función interpretativa o dogmática*: el análisis del tipo penal solo puede ser atendido desde las características fundamentales del bien jurídico que pretende proteger: ofrece contenido a las descripciones físico normativas de los tipos penales.

La *función sistematizadora* posibilita distinguir entre bienes jurídicos individuales, identificados como aquellos denominados personalísimos y que se identifican, de ordinario, con los derechos de primera generación: vida, salud, patrimonio y, de otro los bienes jurídicos colectivos: que son aquellos que ofrecen garantía a los primeros, como por ejemplo, seguridad pública o salud pública; mientras que existe un tercer grupo, que se relaciona con realidades institucionales o idealización de realidades no específicas: administración de justicia, soberanía nacional, interés superior del niño, correcto y adecuado flujo de la economía conforme a las reglas del libre mercado, etc⁴³.

2.1 ¿Los principios éticos sociales son bienes jurídicos?

El objeto de protección del derecho penal no necesariamente es un objeto concreto. El bien jurídico, incluso en el momento de su materialización es siempre un concepto, una idea⁴⁴, que en su definición siempre requiere una valoración del operador jurídico. Así, por ejemplo, en el aborto si bien se precisa que el bien jurídico es la “vida”; no necesariamente se tiene claridad respecto del momento en que se inicia la vida. Este asunto, ha motivado que desde la doctrina

Criminología, Vol. 36, n.º 100, enero-junio de 2015. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, enero-junio 2015, p.70, en <https://bit.ly/2SLjbnz> (revisado en 09 de septiembre de 2020).

⁴² KIERSZENBAUM, “*El bien jurídico...*” o.c. p. 189.

⁴³ Independientemente de las clasificaciones, detrás del concepto, siempre subyace una elección de política criminal. Así, por ejemplo, después de los bienes jurídicos individuales, las expresiones: bienes jurídicos “universales”, “colectivos”, “sociales”, “comunitarios”, hacen referencia a distinciones en las que preferiremos no ahondar. Sobre el particular, para bibliografía respecto de cada uno de los términos utilizados: PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Carmen: Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 141.

⁴⁴ DIAZ CASTILLO, El tipo de... o.c. p. 135.

se reconozca la distinción entre “bien jurídico” y “objeto de la acción”⁴⁵, cuya diferencia ejemplificamos: en el delito de lesiones, el bien jurídico es la salud humana pero el objeto de la acción puede ser alguna de las partes del cuerpo humano o la psicología de la víctima, lo mismo que el bien jurídico “libertad sexual” puede ser afectado por distintas conductas en las podemos distinguir aquellas que exigen contacto físico, como el caso de la violación sexual y, aquellas otras donde no necesariamente se exige que el agresor toque a la víctima, como los actos contra el pudor, en los que se obliga al agraviado a tocarse a sí mismo. Sin embargo, aun en esa distinción, al derecho le interesa tanto el bien jurídico –como conceptualización de ese “algo merecedor de protección”- como la concreción de la acción dañosa, como substrato material del hecho delictuoso. Lo interesante, es que existe mayoritaria coincidencia en decir que, desde el concepto de bien jurídico, nos hemos puesto de acuerdo en la determinación de aquellas conductas que ponen en peligro o lesionan intereses, bienes, funciones, condiciones valiosas que son calificadas como fundamentales para la vida social. La identificación de esos bienes vitales supone necesariamente un juicio de valor.

El asunto es que ese juicio de valor no es el del ciudadano, sino más bien de quien detenta el poder de dictar leyes penales y, en ese espacio, el legislador –independientemente del tiempo y lugar- en el momento de dictar leyes no se puede deshacer de sus personales ideas, de sus propios prejuicios, de la carga ideológica, de sus conocimientos adquiridos, por eso es que, se insiste en decir que en la constitución política de los Estados reposa el catálogo de valores sobre los que se construyen las relaciones de humanas en territorio y tiempo específicos. La carta fundamental, por tanto es el punto de partida para identificar los bienes jurídicos, reconociéndose además, que no todos esos bienes jurídicos allí anotados son penalmente protegidos y, ello nos conduce hacia el principio de mínima intervención, que desde el plano de la subsidiariedad obliga a reconocer que solo los bienes jurídicos más importantes merecen protección penal y, a la vez, se reconoce –desde la fragmentariedad del derecho penal- que de todas las conductas que pueden afectar a esos bienes jurídicos más importantes, solo serán punibles aquellas conductas que sean calificadas como “muy graves”⁴⁶. La constitución política, por tanto, es –también- el catálogo de bienes jurídicos trascendentes para la vida social, aunque no todos ellos merecen el mismo nivel de protección ni todas las conductas que los afectan merecen sean colocadas en el catálogo de delitos.

Nuestra Constitución peruana reconoce aquellas relaciones funcionales importantes para la vida común y, en más de una oportunidad hace referencia a la moralidad y a la ética como límite de actuación ciudadana. Así, en el art. 2 inc. 3 se reconoce el derecho a la libertad de religión y se precisa: “El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público”, mientras que a la religión católica se le reconoce importancia por sus aportes en “en la formación histórica, cultural y moral del Perú”. En el art. 58 se reconoce el derecho a la libertad de trabajo y libertad de empresa, imponiéndosele nuevamente el deber de no ser lesivo, al momento de su ejercicio, “a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”. Cuestión semejante, aunque en lenguaje propositivo, se establece para el ejercicio de las libertades propias de los medios de comunicación. Se les impone, en el art. 14, el deber de contribuir a la formación moral y cultural de los ciudadanos. La formación ética y cívica, dice el mismo artículo, se relaciona con el contenido de la constitución y los derechos humanos. Desde esta anotación, bien cabe concluir que, es posible atender la importancia de las directrices y pulsiones constitucionales en la definición de los bienes jurídicos penalmente relevantes⁴⁷, en cuyo juego es importante las decisiones de los más altos tribunales del Estado, en particular del tribunal constitucional. Se trata, en el entendimiento de

⁴⁵ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: Introducción a la... o.c., p. 105

⁴⁶ GARCIA CAVERO, Percy: Lecciones de derecho penal. Parte general, Grijley, Lima, 2008, p. 92

⁴⁷ TIEDEMANN, Klaus: Constitución y derecho penal, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 21.

TIEDEMANN, de que el derecho penal identifique los valores objetivos de la constitución y los plasme en forma de bienes jurídicos, en cuyo caso, el legislador queda autorizado a la creación de “nuevos bienes jurídicos” para cubrir aquellas lagunas de protección penal, siempre que exista adecuada proporcionalidad entre el delito y los elementos y criterios que pretende proteger, en particular identificando su relación con otras áreas del derecho que pudieran ofrecer satisfactoria protección. En cualquier caso, deberá entenderse que detrás de cada decisión del legislador penal siempre hay una estimación de conformidad con el catálogo de los valores éticos sociales que se esconden en la Constitución. Así, el derecho penal no solo asume los bienes jurídicos clásicos: vida, salud, propiedad, sino que con el afán de asegurar el orden de valores de la constitución puede asumir otros nuevos.

Si el asunto va así, entonces correspondería atender si los principios éticos sociales son bienes jurídicos que merecen atención del derecho penal. Sobre el particular, si bien nuestro Tribunal Constitucional no ha efectuado ninguna valoración relacionada con el derecho penal, sí que le ha merecido atención la ética del funcionariado público con relación a los valores que la constitución consagra. En la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 30057, Ley Servir, Expedientes 0025-2013-Pierre; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PUTC, 0017-2014-P1/1C, se cuestionaba el art. III del Título Preliminar de la citada en el que se recogían los principios del servicio civil, en que se anotaba que la ley “promueve una actuación transparente, ética y objetiva de los servidores civiles. Los servidores actúan de acuerdo con los principios y valores éticos establecidos en la Constitución y las leyes que requieran la función pública”. El Supremo Interprete de la Constitución señaló que, los principios anotados no ponen en riesgo los derechos laborales de los trabajadores del Estado ni tampoco pretenden ofrecerle prominencia a aquellos otros que impulsan la protección del Estado, sino que por el contrario la pretensión es armonizar ambos conjuntos de principios, en tanto que la labor de los servidores estatales solo puede ser entendida desde la precisión constitucional de que los servidores públicos tiene como deber fundamental prestar los servicios públicos a los ciudadanos, por lo que la inspiración de la ley en específicos principios, como por ejemplo, el de la ética pública, “busca promover el desarrollo de las personas que lo integran y de este modo lograr que las entidades públicas presten servicios de calidad”⁴⁸.

Si tales principios éticos –recogidos en la Constitución- son exigibles en la función pública, cabe entonces que los mismos puedan convertirse en objeto de protección penal. De hecho, varios tipos penales recogen entre sus líneas contenidos de ética colectiva, como ocurre con el delito de aborto (art. 114 y ss. del Código Penal), abandono de menores (art. 125), omisión de socorro (art. 126), trata de personas (art. 153), exhibiciones obscenas (art. 183), suministro indebido de sustancias farmacológicas (art. 294), delitos contra la humanidad que comprende genocidio, desaparición forzada, tortura, discriminación y manipulación genética (art. 319 al 324), aquellos otros que sostiene los sentimientos religiosos o de piedad (art. 318), el otorgamiento ilegal de derechos (art. 314), y varios de los delitos contra la administración pública se relacionan con reglas propias de la moral y la ética públicas. Así, éstas reglas de carácter moral –subyacentes en el sistema punitivo- no hacen más que establecer que entre el catálogo de principios éticos y el sistema jurídico penal se expone una relación muy estrecha que evidencia que cada sociedad sostiene un código de moralidad, que a la par que modula las conductas de las personas es también inspiración de las reglas penales específicas. Sobre el particular más de un autor reconoce que ambos sistemas, el sistema ético y el sistema jurídico penal bien podría graficarse como dos círculos. Unos prefieren decir, que se trataría de círculos concéntricos, de distinto diámetro, correspondiéndole el mayor al sistema moral, mientras que

⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Demanda de inconstitucionalidad de la Ley 30057, Ley Servir, Expedientes 0025-2013-Pierre; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PUTC, 0017-2014-P1/1C, fundamentos jurídicos 23 al 28, en <https://bit.ly/3nHnRo8> (revisado en 23 de septiembre de 2020).

otros afirman que se trataría de dos círculos que se tocan parcialmente⁴⁹. Lo interesante del asunto, es que, más allá de la disquisición académica, las trasgresiones de “los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública” pueden ser objeto de protección, aunque al amparo del principio de legalidad penal, se requiere de una concreción de las conductas punibles con el afán de no generar inseguridad. En el expediente de inconstitucionalidad, 00020-2015-PI/TC, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional un artículo de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República precisando que cuando el art. 46 de la citada dice: “Conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional son aquellas en las que incurren los servidores y funcionarios públicos que contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen”, la expresión “ordenamiento jurídico administrativo” es tan genérica que cualquier conducta podría ser interpretada como una lesión al ordenamiento administrativo que, además, “cuenta con gran cantidad de fuentes y está compuesto —como mínimo— por centenares de normas de diversa naturaleza”. Una norma así de amplia solo expone una afectación al principio de taxatividad. Huelga decir que, si bien dicho pronunciamiento no se relaciona directamente con los principios de la ética funcional, ello no implica que no pueda aplicarse para este concepto.

Si como ya hemos anotado, los bienes jurídicos son conceptos e ideas que expresan intereses vitales, entonces es posible que unos determinados principios éticos puedan convertirse en bienes jurídicos. Lo interesante del tema es ofrecerles una esfericidad de concreción que asegure que cuando se hable de ellos en un concreto tipo penal, los ciudadanos tengan una idea material, concreta, específica de lo que se está prohibiendo con la conducta y de qué modo la norma que subyace es efectivamente un bien jurídico atendible desde el sistema penal.

2.2 Discusión nacional sobre la corrupción en la contratación pública como objeto de regulación penal

Luego de la caída de gobierno de Alberto Fujimori, tan pronto se conoció la compra de funcionarios públicos en un video que fue publicado en 14 de septiembre de 2000, el país entró en crisis; pero ésta fue una oportunidad para conocer los niveles de corrupción de dicho gobierno. La corrupción no solo suponía la compra de voluntades legislativas⁵⁰ —como ocurre en el primer video conocido donde Vladimiro Montesinos le entrega quince mil dólares al congresista Luis Alberto Kouri Bumachar con el objeto de que éste se enrola en las filas del partido de gobierno— sino que también suponía otras actuaciones que escondían actos de corrupción en la compra de las líneas editoriales de los denominados diarios chicha⁵¹, compra

⁴⁹ En el *Leviatán* de Hobbes se dice que todos los delitos son realmente pecados, pero no todos los pecados son delitos. Tal expresión no hace más que evidenciar que el sistema moral comprende y abarca el sistema punitivo penal; mientras Hart prefiere decir que “no toda acción sancionada con una pena es inmoral”. En este último enunciado hace referencia a dos ámbitos distintos, pero que en algún momento tienen coincidencias. Véase, para esta distinción: HENAO ZEA: “*Moral, derecho y... o.c.* pp. 843-845.

⁵⁰ Véase la sentencia por cohecho pasivo propio y enriquecimiento ilícito en contra de Luis Alberto Kouri Bumachar expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en el expediente 06-2001, sentencia del 22 de marzo de 2002, en <https://bit.ly/2SLm17v> (revisado en 22 de septiembre de 2020).

⁵¹ En la sentencia de 8 de enero de 2015 del expediente 63-09, La Cuarta Sala Penal Liquidadora de Lima condenó a Alberto Fujimori por el delito de peculado en razón al desvío de ciento veintidós millones de soles de fondos destinados a las fuerzas armadas del Perú hacia la compra de titulares de la prensa chicha durante el periodo 2000-2005, en particular en tiempos de elecciones (véase en <https://bit.ly/30UW8Xr>, revisado en 23 de septiembre de 2020) La sentencia fue anulada en razón a que Alberto Fujimori no cumplía las exigencias funcionariales que exige el tipo penal, empero ello no desvirtúa en absoluto el hecho de que efectivamente ese dinero fue desviado de su propósito ordinario para comprar la voluntad de los empresarios de los medios de comunicación. Sobre la nulidad, véase R.N 615-2015, Corte Suprema, en <https://bit.ly/2GOB2Th>. (revisado en 22 de septiembre de 2020)

de medicamentos, armas, licitaciones públicas, etc. Según QUIROZ, la corrupción en el decenio fujimorista ha motivado pérdidas anuales estimadas en 2038 millones⁵², montos que sumados equivalen a casi la tercera parte de los presupuestos anuales del Estado.

La crisis motivó una grave discusión nacional que, finalizó con la firma, en 5 de marzo de 2002, de un pacto entre distintas organizaciones políticas, partidos políticos, organizaciones religiosas, instituciones cívicas, organismos de Estado que se comprometían al diálogo democrático para asegurar un acuerdo fundamental que asegure “el proceso de consolidación de la democracia, la afirmación de la identidad nacional y el diseño de una visión compartida del país a futuro, a través de la formulación de políticas de Estado”. De estas discusiones se logra, unas semanas después, el denominado “Acuerdo Nacional”, en que se plasman 29 políticas de Estado, que se reúnen bajo cinco ejes temáticos: 1. Gobernabilidad, 2. Equidad Social y Justicia Social, 3. Competitividad, 4. Institucionalidad y Ética Pública. En esta última se anota como política pública específica: “Promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción, el lavado de dinero, la evasión tributaria y el contrabando en todas sus formas”⁵³. Con el objeto de alcanzar tal fin se propone enfatizar los principios éticos en el ejercicio de la función pública pero también se establece la necesidad de conceder a la ciudadanía capacidad de vigilancia y, en tercer lugar, fortalecer el sistema nacional de control. Se incide en reconocer que se requiere de la solidaridad y de un compromiso con la transparencia para evitar “*las prácticas violatorias del orden jurídico, incluyendo el tráfico de influencias, el nepotismo, el narcotráfico, el contrabando, la evasión tributaria y el lavado de dinero*”.

Desde esos días a la fecha ha corrido mucha agua bajo el puente. Se creó la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción que se adhirió como una oficina especializada de la Oficina de la Presidencia de Ministros. Su objetivo principal –como se lee en D.S 016-2010-PCM era asegurar el cumplimiento estatal de compromiso frente a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción generando alianzas articuladas entre “los poderes del Estado, Organismos Constitucionales Autónomos, Gobiernos Regionales y Locales, Gremios Empresariales, Colegios Profesionales, y demás representantes de la Sociedad Civil”. Con la Ley 29976, de 4 de enero de 2013, se confirma la existencia de la institución se establece los miembros de número de la misma, que comprende a distintos organismos de los tres poderes del Estado, así como organismos estatales autónomos, agregándose la participación de ciudadanos representantes de instituciones privadas, religiosas, académicas, culturales de reconocida trayectoria nacional. Así mismo, esta ley autoriza la conformación de comisiones regionales y locales en las distintas jurisdicciones del país.

La labor de esta comisión nacional no es superflua. En realidad, en la medida en que convoca a autoridades nacional, posibilitan actuaciones de incidencia política para el mejoramiento de la normatividad, el seguimiento de los compromisos interinstitucionales, la ejecución de las tareas asignadas. Así, en el año 2016 –cuando se evaluó el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción 2012 – 2016- se anotó los avances de las tareas realizadas en el plano jurídico reconociéndose que los acontecimientos y denuncias públicas han sido el motor para el mejoramiento de la legislación penal en materia de corrupción, en particular para adecuar la normativa nacional a las exigencias de los instrumentos internacionales. Se resalta la intromisión de penas distintas a la privativa de libertad, el decomiso y mejoramiento de la regulación de las reglas de la pérdida de dominio, la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, la prohibición de la aplicación de medidas alternativas a la privativa de libertad, la atención de los procedimientos penales abreviados en los delitos de corrupción. Y

⁵² QUIROZ, Historia de la..., p. 39

⁵³ ESTADO PERUANO: Acuerdo Nacional, 22 de julio de 2002. Revísese en <https://bit.ly/3diazty> (consultado en 24 de septiembre de 2020).

junto a los avances se advierte aun defectos que requieren ser atendidos, en particular, en materias procesales, como por ejemplo en la seguridad y protección requerida para denunciadores, testigos y peritos vinculados a estos delitos, concluyéndose que “el Estado peruano debe dar un mayor impulso, pues se cuenta con legislación y experiencia comparada que pueden servir de guía para mejorar la regulación y adoptar medidas de protección más eficientes y óptimas”⁵⁴.

Un asunto importante que anotar, son los avances en la unificación del sistema disciplinario funcional. La dación de la Ley del Servicio Civil, el reglamento que la complementa, así como la creación de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) como ente rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos se convierte en la plataforma sobre que la se asienta el modo como es que han de interpretarse los principios éticos de la función pública. La Autoridad Nacional del Servicio Civil se convierte en el ente encargado de darle contenido a los conceptos que se contienen en los principios; lo mismo que, la creación del Subsistema Penal Anticorrupción en la Sala Penal Nacional posibilitará que dentro del Poder Judicial exista un área especializada en la materia, lo que posibilita, de algún modo, la uniformidad del sentido de la jurisprudencia, en tanto que su competencia alcanza a aquellos casos que sean de notable a) gravedad, b) complejidad o masividad, y c) repercusión nacional, es decir que sus efectos superen el ámbito de un distrito judicial o sean cometidos por una organización delictiva.

El actual y vigente Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, aprobado por el D.S 044-2018-PCM, desde la preocupación de la incidencia de los delitos de peculado y colusión insiste en necesidad de superar las limitaciones de enfrentamiento a la corrupción en particular en las materias de i) Obras de infraestructura, ii) Procesos de contrataciones y adquisiciones, iii) Captura de la política pública por parte de intereses particulares, y iv) Provisión de servicios públicos (pequeña corrupción) y, sobre el particular siguiendo las recomendaciones de OCDE no sólo para incrementar sanciones sino más incidir en la necesidad de asegurar una cultura de integridad en la que se integre –además- de la sanción como último remedio, la supervisión adecuada, la participación ciudadana y la gestión de riesgos. El asunto es una tarea pendiente. Si miramos, por ejemplo, el Proyecto de Ley 4054/2014-PE presentado por el Poder Ejecutivo podemos advertir que éste pretendía mejorar la legislación penal anticorrupción en tres puntos: establecer el decomiso del valor del soborno, aplicar sanciones pecuniarias y considerar la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas. El asunto es que dichas modificaciones prontamente se realizaron a excepción de la tercera que encontró en el empresariado una fuerte oposición a las modificaciones relacionadas con la responsabilidad de la persona jurídica en materia penal, al punto que al aprobarse la Ley 3024, se regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional previsto en el artículo 397-A del Código Penal. Este delito, el de cohecho activo transnacional tiene muy poca incidencia en la realidad nacional.

Lastimosamente, según la Procuraduría Anticorrupción, a diciembre de 2018, el peculado, la colusión y la negociación incompatible son los delitos que mayoritarios en los que incurren los funcionarios públicos. El primero tiene 13947 casos, el segundo suma 5838 y, el tercero expone 3734 casos, que equivalen porcentualmente a 34%, 14% y 9% del universo de delitos de corrupción investigados⁵⁵. La cuestión no parece distinta para el presente año, en el que en medio de la emergencia sanitaria por el covid-19, a junio de 2020, ha registrado 724 denuncias

⁵⁴ COMISIÓN DE ALTO NIVEL ANTICORRUPCIÓN: Informe de la Evaluación Final de la Implementación del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012 – 2016, 1ª edición, CAN, Lima, noviembre 2016, p. 153.

⁵⁵ PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN: Información Estadística a Diciembre de 2018, en <https://bit.ly/3IEcVFU> (revisado en 24 de septiembre de 2020).

por corrupción y, el peculado alcanza 261 denuncias, la colusión 149 y la negociación incompatible 65 casos⁵⁶.

El Tribunal Constitucional, de su lado, con ánimo de reforzar la necesidad de tener políticas públicas relativas con la “promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción” ha señalado que desde la interpretación de varias disposiciones constitucionales es posible identificar un programa normativo constitucional de prevención y lucha contra la corrupción en tanto que desde el art. 44⁵⁷ de la Constitución en el que se promueve el bienestar general de la Nación, mientras que desde el art. 43⁵⁸ se enuncia nuestra elección como estado democrático a la vez que, enunciamos que el ejercicio del poder⁵⁹ se ejerce por imperio soberano del pueblo, el que ha elegido que las contrataciones públicas se efectúen transparentemente⁶⁰. Desde esta posición, el denominado “principio de lucha contra la corrupción”⁶¹ en el caso puntual de las contrataciones estatales exigen fundamentalmente la atención de cuatro conceptos: transparencia, imparcialidad, libre competencia, trato justo e igualitario, que a su vez expone la elección nacional por la erradicación de la corrupción en tanto que “*provocan al cuadro material de valores reconocido por la Constitución*”⁶². Es interesante que esta vez, en el expediente de inconstitucionalidad 00019-2005, el Tribunal Constitucional en el momento en que evaluaba la constitucionalidad de una norma regulatoria de los tiempos de detención preliminar, preventiva y domicilia en relación de la pena efectiva, advirtiera que ese conflicto tenía relevancia con los temas de corrupción, pues se trataba de una ley del año 2005, Ley 28586, con la que se favorecía la impunidad respecto de funcionarios y empresarios estatales que se encontraban detenidos domiciliariamente y, pretendían que los tiempos de reclusión domiciliaria se contabilizaran como ese mismo tiempo fuera semejante al hecho de estar recluso en un centro penitenciario. Es por eso, que insistentemente el Tribunal Constitucional, reseña que esa ley no solo perjudica la actividad estatal de lucha contra la

⁵⁶ PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN: Boletín informativo N° 01: “Corrupción en la emergencia sanitaria covid19”, en <https://bit.ly/3iQoWGG> (revisado en 24 de septiembre de 2020)

⁵⁷ Art. 44 de la Constitución Política del Perú: “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior”.

⁵⁸ Art. 43 de la Constitución Política del Perú: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

⁵⁹ Art. 45 de la Constitución Política del Perú: “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición”.

⁶⁰ Art. 76 de la Constitución Política del Perú: “- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos de cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”

⁶¹ GARCIA COBIAN CASTRO, Ericka: “*Lucha contra la corrupción y derechos fundamentales en el Perú: ¿transitar del principio constitucional de proscripción de la corrupción a un derecho fundamental a vivir libre de corrupción?*”, disponible en <https://bit.ly/2SN95hm> (revisado en 23 de septiembre de 2020).

⁶² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Expediente 0019-2005-PI/TC, fundamento jurídico 59. Disponible en <https://bit.ly/34PnPlp> (revisado en 24 de septiembre de 2020).

corrupción, sino que además incide exigir que *“los valores éticos que deben prevalecer en todo Estado social y democrático de derecho”* deben ser inculcados no sólo el derecho penal, que les ofrece protección, sino también por el programa educativo nacional.

Los procesos posteriores al destape de la corrupción del régimen fujimorista, en realidad, dio pase a una grave discusión sobre el modo como afrontar la corrupción, desde los distintos poderes del Estado. El Tribunal Constitucional en más de una oportunidad, resaltó la necesidad de proteger los principios éticos que subyacen en la tarea que ejercen los funcionarios públicos y, en particular cuando se trata de contrataciones estatales, reconociendo el principio de proscripción de la corrupción y ofreciéndole contenido específico: el ordenamiento constitucional exige combatir toda forma de corrupción, a través de los mecanismos de control político parlamentario (artículos 97° y 98° de la Constitución), del control judicial ordinario (artículo 139° de la Constitución), del control jurídico constitucional (artículo 200° de la Constitución) y el control administrativo, entre otros. Desde esa expresión es posible inferir que nos encontramos ante un parámetro objetivo de verificación y fiabilidad constitucional de la actuación de los poderes del Estado, que exige a estos *“tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello, un directo atentando contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país”*⁶³.

Lo interesante de los pronunciamientos del Supremo Interprete de la Constitución, aun cuando la contratación pública es materia de relevancia constitucional, no reduce la lucha de la corrupción a aquellos casos en los que se encuentra en juego el patrimonio del Estado, sino que, por el contrario, sostiene con firmeza la necesidad de exigir de todos los funcionarios públicos la administración eficiente de la cosa pública. En todo caso, allí donde se encuentre en conflicto, las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos, se sujeta a unas normas especiales y distintas de la contratación entre privados que tiene como finalidad la mejor oferta económica y técnica, además de la atención de los principios de transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. Dice, el Tribunal Constitucional que, en esos casos, su objeto final es *“lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado”*⁶⁴. Ese, parece, es el bien jurídico que merece protección penal cuando hablamos de contrataciones estatales.

⁶³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Expediente 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC(acumulados), fundamento jurídico 56, en <https://bit.ly/3jQZvpO> (revisado en 24 de septiembre de 2020)

⁶⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Expediente 020-2003-AI/TC, fundamento jurídico 12, <https://bit.ly/33NzgL9> (revisado en 24 de septiembre de 2020). La sentencia incide en señalar que no basta reglas de procedimiento de contratación adecuadas, sino que también se requiere mecanismos de fiscalización eficientes, así como un régimen sancionatorio administrativo en contra de los proveedores, contratistas o postores cuando incumplan sus obligaciones con el Estado. También puede verse: LANDA, César: *“La constitucionalización del derecho administrativo”*, THEMIS: Revista de Derecho, N°. 69, Lima, 2016, p. 212.

3. El delito de colusión

En el Código Penal peruano, el Título XVIII recoge los denominados “delitos contra la administración pública” y, en este se comprende los delitos realizados, mayoritariamente, por particulares y, aquellos otros que son cometidos, mayoritariamente, por funcionarios públicos. Entre los primeros: usurpación de funciones públicas, ejercicio ilegal de la profesión, violencia y resistencia a la autoridad, entre otros. En el segundo grupo, se reúnen el abuso de autoridad, la concusión, las exacciones ilegales, el fraude a la administración pública o colusión ilegal, el peculado y todas las formas de cohecho. En el primer caso, el legislador describe una conducta atribuible a cualquier persona –incluso puede ser un funcionario público– que realiza acciones contra la administración pública, sea porque actúa en solitario, sea porque colabora con un funcionario público para realizar el ilícito; mientras que, en el segundo caso, la conducta es imputable a un sujeto especial: el funcionario público que actúa en el ejercicio de sus labores. En cualquiera de estos delitos, el objeto de protección es la administración pública.

Luego de las críticas de técnica legislativa que se puedan realizar, los autores coinciden en señalar, que el bien jurídico común a todos los delitos que allí se reúnen es “el normal funcionamiento de los órganos de gobierno” o la “regularidad funcional de las instituciones estatales” o “el correcto funcionamiento de la administración pública”⁶⁵, con la precisión de que al hablar de “administración pública”, la referencia abandona el ámbito administrativista para adquirir una perspectiva holística, en el que la referencia asume el “todo estatal”, en cuanto ejercicio de funciones y servicios públicos⁶⁶ realizados desde el poder ejecutivo, poder judicial, poder legislativo y cualquier otra institución autónoma conformante del Estado (Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, gobiernos locales y/o regionales, etc.)

Sin perjuicio de la perspectiva totalizadora atendida por el Código Penal, en la que el bien jurídico “administración pública” se realiza independientemente de la institución estatal que lo produce, las diferencias funcionales que se distinguen en los distintos órganos o poderes estatales y las competencias específicas que se derivan de los distintos niveles, jerarquías, cargos, oficios, es que es posible hacer referencia a que, en el caso de la administración pública se distinguen aspectos que son exaltados en los distintos tipos penales que conforman el título relacionado con el genérico “delitos contra la administración pública”. En ese mérito, se

⁶⁵ ABANTO VASQUEZ, Manuel: Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, Palestra editores, Lima, 2003, p. 16. GARCIA CAVERO, Percy y VILCHEZ CHINCHAYAN, Ronald (Dir): Delitos contra la administración pública, Ideas solución editorial, Lima, 2020, p. 50. El profesor VILCHEZ sostiene que, en los delitos contra la administración pública, lo común en todos ellos, más allá del buen funcionamiento de la administración pública, la legitimación de la punición de determinadas conductas se encuentra en el hecho de que éstas generan desequilibrio en la sociedad, con lo que el bien jurídico es la “protección de espacios e intereses socialmente valorados”, que –precisa– supone “cuestionamiento y no contribución al mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad en vinculación con el Estado. Cfr. VILCHEZ CHINCHAYAN, Ronald: “*El caso Odebrecht y sus repercusiones en nuestra forma de entender los delitos contra la administración pública*”, en Actualidad penal, núm. 46, Lima, 2018, p. 85 y ss. El profesor YVAN MONTOYA sostiene que, si bien es cierto que “el correcto y regular funcionamiento de la administración pública” es la expresión que mejor resume la posición mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, ello no debe implicar la negación de aquellos otros que sostiene, por un lado –como el caso de VILCHEZ CHINCHAYAN– que los delitos contra la administración pública identifican como bien jurídico “las expectativas, basadas en normas, que se tienen respecto de la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que éstos deben cumplir en nuestro sistema social”, mientras, un tercer grupo prefieren, desde una perspectiva subjetiva, sostener que el bien jurídico es la probidad, dignidad, integridad, rectitud, transparencia del funcionario público. Véase: MONTOYA VIVANCO, Yván (coord.): Manual sobre delitos contra la administración pública, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, p. 35. También: MARTINEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto: Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia, Editores del Centro, Lima, 2019, p. 136

⁶⁶ ROJAS VARGAS, Fidel: Delitos contra la administración pública, 3ª edición, Grijley, Lima, 2002, p. 09.

distingue: a) ejercicio de funciones y servicios de forma correcta según las exigencias del principio de legalidad⁶⁷, b) la atención de los deberes del cargo u oficio estatal desempeñado⁶⁸, c) el prestigio, dignidad y decoro con el que se ejerce la función, d) la regularidad y el desempeño normal de las actuaciones, e) la probidad y corrección esperada de la actuación de los funcionarios públicos, f) amparo del patrimonio estatal, g) imparcialidad de las decisiones esperadas de los agentes estatales, h) la correcta afirmación de las reglas del mercado de bienes y servicios estatales⁶⁹, i) el servicio adecuado al ciudadano, j) el deber de obediencia y fidelidad⁷⁰, etc. Sin perjuicio de la identificación de bienes jurídicos específicos, no se puede negar que, en una multiplicidad de tipos penales, sujetos a la interpretación de distintos operadores jurídicos, es posible uniformidad de criterios para establecer el contenido específico de los bienes jurídicos identificables en cada tipo penal⁷¹.

Realizada tal atinencia, cuando hablamos de delitos contra la administración pública, no solo es preciso distinguir al conjunto de órganos e instituciones que conforman el aparato estatal y las diferentes jerarquías reconocidas por el derecho administrativo (ámbito subjetivo) y al conjunto de actividades realizadas por las personas que ejercen función pública (ámbito objetivo), sino que además –desde la perspectiva penal- corresponde atender el aspecto específico que se pretende proteger con los delitos reconocidos en la norma substantiva, lo que invita a señalar que, en la amplia gama de delitos contra la administración pública se esconde una multiplicidad de conceptos y directrices de relevancia funcional, que está más allá de la “aparatoología estatal” y más allá de la persona que ejerce la función. En pocas palabras, el derecho penal ofrece protección a la administración pública más allá de si el acto funcional valorado ha sido realizado por una entidad legislativa, judicial, ejecutiva o autónoma, puesto que la pretensión es, en este nivel, reconocer a la administración como un todo total y único, que es posible discriminar según los aspectos que se pretenden relevir con cada tipo penal⁷².

Sin perjuicio de lo señalado, es necesario, no obstante, atender que, en el caso de los delitos contra la administración pública no basta solo con identificar la actividad de la administración pública para evaluar la aplicación del derecho penal en caso de anomalías, sino que es preciso

⁶⁷ Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres: Expediente 1897-2000, del 12 de septiembre de 2000, Lima, citado por ROJAS VARGAS, Fidel: Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios, 2ª edición, Nomos & Thesis, Lima, 2017, p. 123.

⁶⁸ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema: Recurso de nulidad 1666-2010, Cuzco, fundamento jurídico tercero. Señala esta decisión que lo que se tipifica es la realización de una conducta arbitraria, que es una forma de decir que, la intención del tipo penal es el aseguramiento de la atención de los específicos deberes atribuidos al cargo, al punto que más adelante, en su conclusión anota: “no configuraron el delito de incumplimiento de funciones porque actuaron conforme a su rol, estructurado en parte por el TUPA de la municipalidad agraviada”.

⁶⁹ GOMEZ PATIÑO, Dilia Paola: “Corrupción y colusión: Asuntos del sector empresarial en Colombia”, en Prolegómenos. Derecho y Valores, Vol. XVII, núm. 33, enero-junio 2014, p. 43-53. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, disponible en <https://bit.ly/34K9LKd> (revisado en 29 de septiembre de 2020). La autora expone que la corrupción no es solo un problema de las instituciones públicas, sino que en tanto actividad que se realiza entre privados, es también una amenaza para “la democracia y el desarrollo económico de la sociedad”, por lo que conviene proteger, cuando menos cuatro áreas importantes: derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y reglas contra la corrupción. Desde esta perspectiva sostiene que es preciso asegurar reglas adecuadas que permitan la transparencia y accesibilidad en los entornos de la economía, privados-privados, privados-públicos, con el objeto de eliminar las distorsiones que afecta la economía.

⁷⁰ GOMEZ MENDEZ, Alfonso: Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal 2000. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 49.

⁷¹ DIAZ CASTILLO, El tipo de... o.c. p. 139. MALLANES RODRIGUEZ, Nuria: Medio ambiente y funcionarios públicos. Análisis del tipo objetivo del artículo 329 del Código Penal, Bosch, Barcelona, 2000, p. 70. ABANTO VASQUEZ, Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, Editorial Palestra, Lima, 2003, p. 18.

⁷² ROJAS VARGAS, Fidel: Delitos contra la... o.c., p. 13,

entender –como ya se ha expuesto- que es necesario identificar las conductas más graves, en función de dos ámbitos: la trascendencia de los deberes del cargo del funcionario público en tanto modalidad organizativa (ámbito interno) y, el modo de relacionamiento funcional con la ciudadanía (ámbito externo). El primero, será, fundamentalmente, de competencia disciplinaria, regulado por el derecho administrativo; mientras que el segundo, corresponde sea atendido por el derecho penal: la desatención de los deberes funcionales tiene trascendencia punitiva solo si afectan la vida de la colectividad. La tarea del intérprete es identificar una simple perturbación de la actividad funcional respecto de aquella otra que trasciende y se convierte en perturbación del interés colectivo.

3.1 Colusión: adelantamiento de la barrera punitiva y exigencias probatorias

En la larga discusión derivada de la definición de bienes jurídicos, también se agrega aquella otra que reconoce la posibilidad de identificar una tipología. Hemos adelantado antes, que en el núcleo clásico del derecho penal liberal se reconocía como bienes jurídicos aquellos que le son indispensables al individuo y cuya titularidad y ejercicio sólo le compete a él mismo. En este caso se identifica como tales la vida, la integridad física, el honor, la propiedad, la libertad sexual, etc., a los que la doctrina reconoce como bienes jurídicos individuales. También se reconoce los bienes jurídicos colectivos, cuyo objeto de interés se relaciona con la protección de condiciones necesarias para que los bienes jurídicos individuales puedan funcionar de modo armonioso entre sí, con lo que el interés protegido se identifica con una especie de garantía o tutela jurídica frente a posibles riesgos para el aseguramiento de los bienes jurídicos individuales. En estos casos, el bien jurídico colectivo no tiene autonomía o independencia por sí mismo, sino como expresión de una necesidad funcional de los bienes jurídicos individuales⁷³.

Una tercera clasificación reconoce a los bienes jurídicos supraindividuales, identificándolos como aquellos que no requiere de un vínculo con los bienes jurídicos individuales y, pero cuya existencia viene justificada como necesaria para el funcionamiento del sistema. Está más allá de las necesidades individuales y que se vinculan más bien con la organización colectiva misma, que posibilitan la existencia del estado o de la comunidad política. Desde esta perspectiva, los conceptos “soberanía nacional”, “administración de justicia”, “humanidad” tienen sentido jurídico penal⁷⁴.

En esta tercera opción, el valor fundamental en el que se pretende incidir es el entramado de las políticas colectivas, de carácter social, asistencial, económico, cultural. En este espacio es que, parece posible, que los consensos jurídico-políticos de una comunidad determinada deben adquirir materialidad; empero también hace visible las críticas relacionadas con el hecho de utilizar al derecho penal como un instrumento de viabilizar un proyecto común, cuando en realidad, la finalidad de aquel se reduce a reconducir las conductas de los individuos que impactan negativamente y de modo muy grave en ese proyecto colectivo. Es por eso que, no se puede desatender, al tiempo de definir el ámbito de protección de los tipos penales, el proyecto penal de la Constitución. Por lo pronto, tendríamos que decir que, si el código penal

⁷³ LACRUZ LOPEZ y MELENDO PARDOS, Tutela penal de... o.c. p.10 Se afirma que, en este caso, se trata de una anticipación a la ordinaria protección merecida por los bienes jurídicos individuales, con el ánimo de evitar riesgos (peligro abstracto) para los bienes jurídicos individuales. Con intención de ejemplificar, la tenencia ilegal de armas tiene como objeto proteger la seguridad pública, que al fin de cuentas pretende garantizar a los individuos de conducirse por la vía pública sin temor a ser heridos o afectados de cualquier otra forma por personas que no sepan manipular armas de fuego o las utilicen con ánimo ilícito.

⁷⁴ Véase up supra, pie de página 44. También: RODRIGUEZ REY, Pablo: El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública. Especial consideración al caso Malaya y a la corrupción municipal. Trabajo de fin de grado 2016/2017, Universidad de Salamanca, Salamanca, febrero de 2017, p. 17.

reconoce que la “administración pública” es un concepto merecedor de protección, en tanto nos facilita nuestro proyecto de convivencia colectiva, entonces, tendríamos que ubicar a los delitos del título XVIII del Código Penal peruano como tipos penales que ofrecen protección a bienes jurídicos supraindividuales, en la medida en que aseguran el buen funcionamiento del sistema democrático.

La pregunta que sobreviene es ¿Qué protege el delito de colusión desleal? En los delitos contra la administración pública, realizados por funcionarios públicos, podemos distinguir hasta tres tipologías genéricas: a) Las conductas abusivas, que comprende el abuso de autoridad, la concusión y las exacciones ilegales; en tanto que se intimida, obliga o fuerza a un particular imponiendo sobre este la voluntad de funcionario, b) las conductas de gestión irregular, en las que se reúne la colusión, el peculado, la negociación incompatible y la malversación, que se caracteriza por la intervención del funcionario “en razón de su cargo” en los contratos, operaciones o en la gestión de la cosa pública y, en la que trastocando sus competencias específicas alcanzan un beneficio ilegítimo del mismo en perjuicio de la ciudadanía, c) las conductas de aprovechamiento de las circunstancias, que recogen los tipos penales de tráfico de influencias, cohecho y enriquecimiento ilícito, que se caracterizan por el hecho de que el funcionario público saca provecho de su situación sin requerir actuaciones semejantes a las dos anteriores expuestas. Solo aprovecha su condición de funcionario⁷⁵.

Si atendemos a la clasificación de VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, ya tenemos que el delito de colusión es uno de aquellos donde el funcionario actúa en razón de sus competencias funcionales para alcanzar un beneficio. De hecho, el tipo penal, art. 384 reza:

“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 concerta 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

⁷⁵ Véase más detalles de esta tipología: VÍLCHEZ CHINCHAYAN, Ronald: “Los delitos contra la administración pública en el Perú: aproximación a una propuesta de clasificación tripartita”, en GARCIA CAVERO y VÍLCHEZ CHINCHAYAN: Delitos contra la... o.c., p. 57. Fidel Rojas, prefiere una clasificación siguiendo la nomenclatura y articulado del mismo código penal. Distingue: a) Delitos de abuso de autoridad, en los que comprende los delitos de autoría restringida y exclusiva del funcionario público en los que se reúnen varias conductas que tienen como denominador común la actuación abusiva en el ejercicio de la función. Distingue los delitos de abuso de autoridad genéricos (arts. 376 y 377 del Código Penal) y delitos de abuso de autoridad específicos, que corresponden a los tipos penales del 378 al 381 de la norma substantiva b) Delitos de concusión en los que convergen tipos penales de contenido lucrativo y de aprovechamiento. Su finalidad es el lucro y, el medio son el temor, la inducción, coacción, concertación, patrocinio de intereses, c) Delitos de peculado, que se caracterizan por la apropiación de los recursos públicos, reconociéndose distintas modalidades, d) los delitos de corrupción que se extiende una amplia gama de comportamientos en los que funcionario actúa inescrupulosamente para obtener un beneficio lucrativo a contraprestación de un hacer o dejar de hacer y, finalmente, e) formas especiales de corrupción que comprende el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, el interés indebido en las negociaciones públicas, de las que enuncia que no necesariamente tienen correlatos en la legislación comparada. La clasificación efectuada por el autor, se limita a compendiar la que aparece en el Código Penal, empero también es cierto que hace fuertes críticas al modo como el legislador ha agrupado los tipos penales. Cfr. ROJAS VARGAS: Manual operativo de... o.c.

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”⁷⁶.

Y sin perjuicio de ese posicionamiento, a semejanza de ROJAS VARGAS, GARCÍA CAVERO sostiene que, aun cuando el legislador ha ubicado este tipo penal dentro del grupo de los delitos de concusión, su estructura se parece mucho más al cohecho⁷⁷ en la medida en que la actuación arbitraria del funcionario tiene como objeto alcanzar pagos indebidos, en que se presupone la existencia de un pacto entre el funcionario y el particular que pretende un beneficio por el que influye en la actuación funcional. La presunción no es una exigencia del tipo penal, sino que la expresión “para defraudar al Estado” permite cuando menos dos interpretaciones, a veces complementarias: por un lado, la intención de dejar de gestionar eficientemente la administración pública en lo relacionado con las contrataciones y, de otro, la defraudación como intencionalidad de sacar un provecho ilícito ventajoso a la competencia funcional que se desatiende. Desde la perspectiva política del legislador, a éste no le importa asegurar si hubo o no afectación patrimonial, le basta el riesgo que se deduce de la posición y conducta del funcionario público para cimentar un tipo penal: la confluencia de voluntades con fines ocultar una intención defraudatoria es suficiente para construir el tipo penal.

La colusión desleal se encuentra en el punto medio entre la concusión y el cohecho. Si en el primero, el funcionario público adquiere para sí “*un bien o un beneficio patrimonial*”, real o prometido logrado por la imposición de su voluntad; en el cohecho, “*el donativo, promesa de, beneficio o ventaja*” se deriva de un acuerdo, tácito o expreso, entre el funcionario y el ciudadano interesado, corruptos. En el caso, de la colusión, la realidad de ese beneficio económico se hace innecesaria en la medida en que no se precisa probar la existencia material del mismo. Esta decisión provoca una reacción en el sistema operativo de la administración de justicia: Si tenemos que, en la concusión como en el cohecho se requiere probar que efectivamente existe un beneficio económico en favor del funcionario, mientras que en la colusión bastaría con acreditar “el arreglo” entre las partes, es evidente que el Ministerio Público decantará su actuación por el delito que menos exigencias probatorias le demanda. Si a ello se le suma que, en el tipo básico puede alcanzar penas privativas de libertad efectivas (el extremo máximo es de seis años), del mismo modo que en cualquiera de las formas de cohecho (que reconoce penas de hasta ocho años, en las formas básicas, entonces el órgano persecutor estatal intensificará el seguimiento de aquellos casos donde existan contrataciones estatales: no se le exige acreditar ventajas patrimoniales, tan solo construir su caso a partir de la estructura sólida de indicios que le permitan inferir la certeza de un pacto colusorio en detrimento estatal⁷⁸.

El asunto es que, si en las primeras líneas habíamos sostenido, desde la subsidiariedad del derecho penal, que los bienes jurídicos más importantes merecen protección penal y, que ésta se ofrece, desde la fragmentariedad penal, respecto de aquellas conductas que sean calificadas como “muy graves” ¿De qué se habla cuando se pune la existencia de delitos en los

⁷⁶ Texto legal vigente por imperio del D. Leg. 1243, de 22 octubre 2016.

⁷⁷ GARCIA CAVERO, Percy: “El delito de colusión desleal”, en GARCIA CAVERO y VILCHEZ CHINCHAYAN: Delitos contra la... o.c., p. 162

⁷⁸ Esta opción de política criminal explica los hallazgos que la Defensoría del Pueblo anota respecto de la incidencia de procesos judiciales y/o investigaciones del Ministerio Público y de la Procuraduría Pública especializada en delitos de corrupción que nos dan noticia de que el delito de colusión es el segundo número más alto de delitos perseguidos en el sistema anticorrupción nacional. Otras estadísticas: CHANJAN DOCUMET, Rafael, SOLIS CURI, Erika, PUCHURI TORRES, Flavio César: Sistema de justicia, delitos de corrupción y lavado de activos, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2018.

que no se identifica una lesión efectiva al bien jurídico?⁷⁹ ¿Qué se intenta con la colusión: evitar la lesión al bien jurídico “administración pública” o excluirla de la posible rapiña humana de sus funcionarios? Parece obvio concluir que, el legislador atendiendo al grave riesgo que supone la manipulación del patrimonio del Estado no pretenda, por un lado, dotarlo de controles de procedimiento (administrativo) para evitar dicha rapacidad y, de otro asegurar una sanción efectiva allí donde el incremento de riesgo de afectación está más allá de lo administrativamente tolerable. Se trata de una aproximación empírica a la necesidad de proteger a la administración pública de la gestión, operatividad, agencia del funcionario que con ánimo corrupto pretende sacarle un beneficio particular. ¿Se trata de una intervención mínima frente a conductas reprochables de escaso control desde otros ámbitos jurídicos o de una actuación donde la sola sospecha es elemento suficiente para punir cualquier actuación riesgosa? La atención de estas preguntas, en la jurisprudencia nos remiten a la necesidad de atender a las distintas formas como el legislador ha pretendido darle forma a un delito en el que el bien jurídico parece no tener claridad, por lo menos no, hasta la redacción actual del tipo penal.

3.2 Los vaivenes del tipo penal: ¿colusión desleal o fraude colusorio?

El texto original del tipo penal tenía la redacción siguiente:

“El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, concentrándose 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”.

La primera modificación, efectuada por la Ley 26713, del 27 de diciembre de 1996, se cambió la expresión: "El funcionario o servidor público que (...) defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado (...)", por la expresión: "El funcionario o servidor público que (...) defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley (...)"⁸⁰.

La segunda modificatoria fue introducida por la Ley Nº 29703, de 10 junio 2011, cuyo texto resaltaba:

“El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal 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”.

Esta modificación, en nuestra consideración es relevante respecto del bien jurídico, puesto que la expresión “defrauda al Estado (...) concentrándose con los interesados” adquiere un sentido distinto en el momento en que se precisa que la exigencia del tipo penal es la de “defrauda patrimonialmente al Estado” desde la “concertación ilegal con los interesados”. El asunto fue de tal relevancia que motivó una demanda de inconstitucional de la ley, de la que el Tribunal

⁷⁹ LUCAS COLAZO, Omar: Fenómeno de anticipación de la barrera punitiva del derecho penal y política criminal en las últimas reformas del Código Penal. Especial mención a los delitos contra la seguridad vial. Tesis. Universidad de Murcia, 2017, en <https://bit.ly/36SECqA> (revisado en 28 de septiembre de 2020).

⁸⁰ No haremos evaluación sobre la modificatoria, en razón a la no relevancia respecto del sentido del bien jurídico, en tanto que se trata de una precisión relacionada con el objeto de la acción delictiva.

Constitucional en el expediente N° 00017-2011-PI-TC, publicado el 07 junio 2012, se declara fundada la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del presente artículo a través de la ley N° 29703 y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente”. En el conflicto de constitucionalidad de la norma juega un papel importante la Corte Suprema del Poder Judicial, puesto que ésta ley surge como consecuencia de un proyecto plantado por este poder del Estado, acerca de varios delitos relacionados con la administración pública. Sobre el particular, la intención era: a) precisar el tipo penal desde el verbo rector: “coludir”, que semánticamente responde a un acuerdo ilícito entre el funcionario público y el tercero interesado, b) señalar que el contexto de la colusión es la “contratación pública de bienes y servicios” sin necesidad de enunciados casuísticos y, c) hacer anotación sobre el perjuicio exigido: “si lo fundamental, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, es la concertación ilícita, el perjuicio o defraudación al Estado se convierte explícitamente en un elemento subjetivo del tipo (...)”⁸¹. Esta propuesta fue modificada para dar luz al texto de la ley 29703.

En el transcurso del tiempo entre la ley aprobada y su declaración de inconstitucionalidad, el Congreso –ante la probabilidad de que la decisión le fuera desfavorable- dictó una nueva ley modificatoria del tipo de colusión, la 29758, publicada el 21 julio 2011, que anotaba:

“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 concerta 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.

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”.

Con esa modificación se pretendía evitar los efectos sociales del desprestigio que pudiera derivarse del proceso de inconstitucionalidad, por lo que la modificación por un lado retoma el sentido del tipo penal original y, de otro agrega una conducta típica semejante a aquella que motivó el proceso de inconstitucionalidad. Se distingue, así, dos conductas prohibidas con pretensiones distintas: la punición del “concierto con los interesados con afanes defraudatorios” propio del primer párrafo y, de otro, la “defraudación patrimonial derivada de

⁸¹ Véase: Resolución administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, 009-2010-SP-CS-PJ de 07 de junio de 2010, en <https://bit.ly/2SLC5pU> (revisado en 29 de septiembre de 2020). La propuesta judicial de nuevo tipo penal ofrecía: “El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente en cualquiera etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes o servicios, se coludiera con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido (...). La historia de cómo es que el proyecto 4187/2010-PJ del Poder Judicial se convirtió en una ley distinta puede verse en dictamen de la Comisión de justicia y derechos humanos de Congreso de la República, en el que luego de escuchar al juez supremo ponente de la propuesta, se aprobó un dictamen que pasó para su debate y aprobación congresal. El primer cuestionamiento efectuado por la citada comisión hacía referencia a la naturaleza del tipo penal: conforme a la propuesta, el tipo de colusión se convertía en un delito de peligro, lo que supone “una amplia injerencia punitiva”, más si se reducía la casuística que el texto original sostenía. En el entendimiento de los parlamentarios de esa comisión esas ligeras modificaciones mantienen alta la penalidad establecida para el delito, más si la comisión se extiende anticipadamente a los actos previos de la contratación: el requerimiento, la convocatoria y la presentación de propuestas. El proyecto de la Comisión dice que el tipo penal propuesto puede convertirse en una herramienta para la “cacería de brujas”. Puede revisarse en <https://bit.ly/30VEym6> (revisado en 03 de octubre de 2020).

la concertación con los interesados”. Aunque el legislador les concede los nombres de “colusión simple” y “colusión agravada”, en realidad, la lectura atenta de la redacción nos expone ante dos conductas totalmente distintas, dos tipos penales autónomos. Si se revisa el historial parlamentario de esta propuesta legislativa, parte, nuevamente, de la revisión de la propuesta legislativa del Poder Judicial y, dice que a la luz de la comparación del tipo penal previo a la ley 29703, el texto propuesto por el Poder Judicial y el texto de la ley 29703, y atendiendo a la doctrina moderna relacionada con los tipos penales de los delitos contra la administración pública, es posible distinguir delitos de mera actividad y delitos de resultado; pero además indica que si el bien jurídico es la administración pública y su correcto funcionamiento no se requiere de un resultado lesivo, siendo suficiente la afectación funcional respecto de la conducta esperada de un funcionario correcto, en particular el resquebrajamiento del principio de imparcialidad y probidad que debe asegurar el funcionario público⁸². Desde esa posición, el hecho de afectar el patrimonio, es efectivamente una agravación del resquebrajamiento de la imparcialidad y probidad esperada.

Esa precisión no fue suficiente para el Poder Legislativo, pues dos años más tarde, con la ley 30111, del 26 noviembre 2013⁸³, se consiguió un nuevo texto legal que no modifica la conducta, sino que más bien agrava sus consecuencias: a la pena privativa de libertad se le agrega una pena adicional: la de multa. Dicha modificatoria, como se puede advertir, no es contributiva a los intereses de este estudio, pero es necesario reconocer la existencia de la modificación. El activismo parlamentario, nuevamente consiguió otra modificación por la dación del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 octubre 2016, cuyo texto anotamos y, del que reconocemos su actual vigencia:

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.”

Como se puede advertir, esta última modificación, tampoco es significativa para la definición del contenido estructural de la conducta típica, pero es preciso anotarla, no solo porque ahora,

⁸² Véase: Proyecto de Ley 4878-2010-CR del 13 de junio de 2011 en <https://bit.ly/3nIROnI> (revisado en 03 de octubre de 2020).

⁸³ Tenor conforme a la ley 30111, del 26 noviembre 2013: *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 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 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”

es el texto vigente, sino porque, además de la privativa de libertad y la multa se agrega la pena de inhabilitación⁸⁴.

De lo señalado, a modo de resumen: desde la dación del Código Penal de 1991, el art. 384, delito de “colusión” ha tenido cinco modificatorias, en las que se identifica como cambios sustantivos para la estructura típica del tipo el posicionamiento de la exigencia de la “defraudación al Estado mediante la concertación con los interesados”, para exigir –en el siguiente paso- que tal defraudación sea de naturaleza patrimonial, para finalmente hacer la distinción de dos conductas diferentes: por una lado la concertación con ánimo fraudulento y, de otro, la defraudación patrimonial como resultado de la colusión entre en el funcionario público y el particular interesado.

3.3 La jurisprudencia en la interpretación y configuración delictiva

Como aparece del historial del art. 384 del Código Penal, pareciera que la aparición de la propuesta de la Sala Plena de la Corte Suprema ha sido una especie de parte aguas, respecto de lo que debe asumirse como la conducta ilícita de colusión. De un lado, se tiene que la idea primigenia del legislador era sancionar la sola concertación de voluntades con ánimo defraudatorio; pero tal como se lee de la propuesta, la aplicación del tipo en la jurisprudencia era divergente, incluso desordenada; por lo que se vio en la necesidad de precisar –en un proyecto legislativo- que “el perjuicio o defraudación al Estado se convierte explícitamente en un elemento subjetivo del tipo”. Y, desde esa posición volvemos a la pregunta ¿Cuál es el bien jurídico específico de este tipo penal?

En primer término, hay que reconocer la existencia de dos tipos penales distintos⁸⁵. La denominada colusión simple es uno de mera actividad, de dolo directo, de peligro abstracto y de tendencia interna trascendente. La materialización exige que el funcionario público –que en atención de sus competencias específicas al intervenir en cualquier etapa de los procesos de adquisición o contratación estatal- pacta con el tercero interesado con la finalidad de defraudar al Estado en el proceso en el que interviene⁸⁶. Expone el adelantamiento de la barrera punitiva en razón a que, no exige ninguna modificación de la realidad y, técnicamente, la conducta punible es propiamente un “acto preparatorio”: nadie está en la disponibilidad de pactar la realización de un perjuicio solo por el pacto mismo, sino más bien por el beneficio que puede proporcionarle.

En segundo lugar, el tipo penal nominado como colusión agravada es un delito de resultado: la defraudación patrimonial debe ser real, aunque no necesariamente en favor del agente

⁸⁴ A dichas penas, además se agregan consecuencias tributarias, que vienen de la mano con el D. Leg. 1264, del 11 de diciembre de 2016, en el que se señala los sentenciados “no podrán acogerse al régimen temporal y sustitutorio del impuesto a la renta”. Tal disposición entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2017.

⁸⁵ Véase: HUGO ALVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty: Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios. Gaceta jurídica, Lima, 2018, p. 170. ROJAS hace la distinción tipológica identificando a la colusión de peligro –de un lado- y a la colusión de resultado –de otro-. ROJAS VARGAS, Manual operativo de... o.c. p. 205.

⁸⁶ La exigencia de un sujeto cualificado: funcionario público “en función de su cargo”, expone que nos encontramos ante un delito especial propio, que se sujeta a deberes positivos específicos a la institución que le posibilita el título de actuación: la administración pública. Así, respecto del hecho, nos encontramos ante un delito de infracción de deber, como se lee en el R.N 215-2011, Huánuco, del 06 de marzo de 2012, el R.N 5315-2008, Puno del 03 de mayo de 2010 y el R.N 1842-2016, Lima del 06 de julio de 2017. En este último, la Corte Suprema –Segunda Sala Penal Transitoria- detalla que se trata de un delito de infracción de deber aun cuando sea posible identificar formas de actuación en la que dominio del hecho es evidente, pero se hace irrelevante, lo mismo que irrelevante es “la medida de la contribución que se hace al resultado”. En este caso, la referencia se realiza al tipo penal de colusión agravada. Para revisar las distintas resoluciones judiciales, puede revisarse: ALVARADO YANA, Juan: Vademecum penal. Código penal, código procesal penal, normas complementarias, 1ª edición, Grijley, Lima, 2019, pp. 908-920.

funcionarial, pero además debe ser consecuencia del pacto colusorio, con lo que se hace necesario que éste sea forzosamente acreditado desde una actuación positiva de los intervinientes⁸⁷. Establecer el pacto colusorio es, probablemente, la parte más difícil; empero la jurisprudencia ha ido identificando una serie de factores que posibilitan concluir la existencia del mismo: precios sobrevaluados, publicidad defectuosa en cualquier etapa del proceso, inexperiencia contractual del postulante, empresas con muy poco tiempo de creación, modificación de bases una vez asegurada la participación del postor, etc. De hecho, para hacer la distinción tipológica, la jurisprudencia ha señalado 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”⁸⁸.

Si tenemos dos conductas distintas, ¿es posible identificar un bien jurídico que se extienda a ambas tipologías? La doctrina nacional, desde la particular ubicación de ambos tipos penales, afirma que el bien jurídico es la protección es el primer término la administración pública, especificando que, desde un sector de la doctrina que, el fin de su protección es el “patrimonio de la administración pública”⁸⁹, un segundo grupo relacionan ese objeto con la “legalidad del ejercicio funcional”⁹⁰ y, una tercera posición es la de aquellos que afirman que la protección ofrecida recae sobre los deberes de lealtad institucional y probidad funcional relacionados ambos con la gestión administrativa de los recursos públicos implicados en las adquisiciones y contrataciones estatales⁹¹. Finalmente, se reconoce aquellos estudios que asumen posiciones eclécticas, en las que se conjuga dos o más posiciones, como ocurren en las expresiones que se anotan en el recurso de nulidad 2029-2005, Lima, mayo de 2006 en el que se sostiene que la colusión protege tanto la actuación funcional conforme a los deberes exigidos, pero también se pretende mantener una imagen decente de la institución⁹².

⁸⁷ El recurso de nulidad 2587-2011, Cusco ha precisado que no puede inferirse la existencia de un pacto colusorio desde una actuación omisiva funcional. La fuente generadora del perjuicio patrimonial se deriva del pacto, “la cual debe realizarse de manera comisiva”. Lo mismo en el RN 1969-2012, La Libertad y en el R.N 1842-2016, Lima.

⁸⁸ Casación 661-2016 Piura, fundamento jurídico décimo quinto. Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro: Delitos cometidos por funcionarios públicos, Lima, Grijley, 2011, p. 251.

⁸⁹ ROJAS VARGAS, Manual operativo de... o.c. p. 109. Afirma que el tipo penal identifica dos bienes jurídicos: el patrimonio del Estado y la corrección en el ejercicio de la función pública; también: ABANTO VASQUEZ, Los delitos contra la... o.c. p. 309. En la doctrina española, siguiendo a la jurisprudencia, se reconoce que “lo tutelado en el art. 401 del CP anterior era el interés de la administración, añadiendo que ese interés era más moral que patrimonial”. En ese sentido se evoca la STS 29/07/1989 en la que se precisa que los hechos si bien potencialmente pueden afectar los intereses económicos, no se exige el requisito del perjuicio patrimonial ni tampoco el lucro. Véase: DELGADO GIL, Andrés: Delitos cometidos por funcionarios públicos. Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 40 y ss.

⁹⁰ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso: “Comentarios a la Ley 29703: Una expresión del clientelismo del derecho penal”, en Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 24, junio, 2011, p. 33. El autor señala que el término defraudar “debe ser entendido en su acepción correcta, esto es, que el servicio no sea idóneo para la población, lo que a la larga provocará –normalmente– un menoscabo patrimonial”. ABANTO VASQUEZ, Los delitos contra la... o.c. p. 309

⁹¹ PARIONA ARANA, Raúl: El delito de colisión, Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 25. El autor sostiene que el bien jurídico es la corrección funcional de la administración pública y agrega, que de modo específico se protege “la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios públicos deben representar los intereses del Estado” y de otro lado también califica como bien jurídico atendible “el patrimonio administrado por el Estado”.

⁹² Debe tenerse en cuenta que, esta jurisprudencia es anterior a cualquier modificación sustantiva del tipo, en el que solo se advertía la existencia de una conducta de peligro.

Nosotros consideramos, desde la diferencia de conductas tipificadas, que en ambas se requiere, de un lado, el pacto colusorio y, de otro, la defraudación⁹³. Entonces es posible identificar un bien jurídico común, desde el deber exigido al funcionario: el cuidado y observancia de los principios que inspiran la contratación pública y, desde ésta genérica posición corresponde atender aquellos que la Constitución señala como fundamentales: el principio de la transparencia en la contratación pública⁹⁴, a la vez que se asegura la eficiencia en función de la satisfacción necesidades sociales básicas⁹⁵, con lo que corresponde concluir que el bien jurídico es la correcta organización funcional de cara a la gestión administrativa de los recursos públicos destinados a la contratación estatal. Es la forma de asegurar el buen funcionamiento del sistema⁹⁶, en tanto el funcionario público –en atención a su cargo- queda sujeto a la obligación de realizar su labor imponiendo su mejor esfuerzo para alcanzar el mayor beneficio en favor del Estado⁹⁷.

La jurisprudencia -aplicada al original tipo penal- exponía –probablemente por inadecuado uso del lenguaje- que por este delito la realización de los contratos compromete el patrimonio estatal, como se advierte del R.N 3042-2004, Puno⁹⁸, cuestión que se reforzaba con la anotación que aparece del R.N 1480-2003, Arequipa y el R.N 2974-2002, Arequipa que señalan que la colusión desleal supone una defraudación al Estado mediante la concertación por fuera de la ley entre el funcionario y el interesado en la contratación pública, precisándose que dicha concertación fraudulenta “requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiesta en el perjuicio patrimonial –potencial o real- para la administración”⁹⁹. En otros términos, nuestra jurisprudencia de la primera década del presente siglo, desde el texto legal que anunciaba: “*El funcionario o servidor público que (...) defrauda al Estado (...), concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros*” ponía el énfasis en la necesidad de asegurar la defraudación y, anunciaba que ésta debía tener naturaleza patrimonial y, en la medida en que había dineros de por medio, la doctrina afirmaba que el

⁹³ La defraudación puede ser de dos tipos: como pretensión –para la colusión de peligro- o como afectación patrimonial –para la colusión de resultado-. En el R.N 215-2011, Huánuco de 06 de marzo de 2012, hace el detalle de que son elementos constitutivos de la colusión, la concertación con los interesados y la defraudación del Estado. El primero, debe asumirse: ilegal, furtivo, ilícito; el segundo, supone la sola idoneidad para generar perjuicio al patrimonio del Estado. Debe precisarse que, dicha posición es anterior a las modificatorias que dieron lugar a los dos tipos de colusión. Véase también: ARISMENDIZ AMAYA, Eliu: Manual de delitos contra la administración pública, Instituto Pacífico, Lima, 2018, p. 404.

⁹⁴ El art. 76 de la Constitución sujeta la contratación administrativa las exigencias de la licitación pública. Cfr. GARCIA CAVERO: El delito de colusión... o.c. p. 164. Afirma que en este caso corresponde atender al principio de libre competencia como garantía de calidad y precio como factores relevantes para la selección de proveedores del Estado.

⁹⁵ La realización de los presupuestos públicos se materializa bajo “criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas”. Art. 77 de la Constitución Política.

⁹⁶ Dice MONTROYA VIVANCO que el bien jurídico protegido es “la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de éste” y, acentúa líneas más adelante: “el uso o gestión eficiente e imparcial de los recursos es imperativo para hacer viable el ejercicio de los derechos fundamentales”. MONTROYA VIVANCO: Manual sobre delitos... o.c. p. 137.

⁹⁷ Sobre el particular, la discusión de si nos encontramos frente a un delito de dominio –como la infracción de un deber negativo de no lesionar a otro- o como delito de infracción de deber –infracción de un deber positivo especial- véase: GARCIA CAVERO: El delito de colusión... o.c. p. 165. ROJAS VARGAS sostiene que el deber positivo especial supone una pérdida de imparcialidad del funcionario, que al actuar en nombre del Estado tiene que efectuar una representación que asegure los intereses estatales y, por esa condición no puede actuar imparcialmente. ROJAS VARGAS: Manual operativo de los... o.c. p. 193.

⁹⁸ Textualmente: “*además, es de entender que el fraude debe manifestarse el perjuicio patrimonial para el Estado, en este caso para la Municipalidad y, asimismo, que este último debe formar parte de la contratación de servicios profesionales*”.

⁹⁹ SAN MARTIN CASTRO, César: Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema, Palestra, Lima, 2006, p. 594.

punto medular del delito era el acto de defraudar los intereses estatales, al punto que se indicaba que la venalidad del funcionario exponía una forma grave de corrupción¹⁰⁰.

Aquellos que ponen el énfasis en el patrimonio de Estado¹⁰¹ como objeto de protección, aseguran que el deber del funcionario que, en razón a su cargo, tiene la gestión de las contrataciones, en la medida en que, éstas siempre recaen sobre recursos del Estado, perfilan el hecho de que si bien hay una afectación de un deber especial, solo en la medida en que éste se relaciona con búsqueda de máximo beneficio en favor de la administración pública reportada desde la gestión de dichos recursos, entonces, asumen que el bien jurídico es el patrimonio estatal, sea porque se pone en compromiso, sea porque efectivamente se lesiona con pérdida para el Estado. La jurisprudencia nacional prefiere señalar que, si bien el patrimonio estatal es un referente de protección, más importante es el deber positivo atribuido a los funcionarios públicos, en tanto que su función es la de asegurar los intereses patrimoniales en las contrataciones públicas, como puede leer del Recurso de Nulidad 75-2003, Madre de Dios, de 15 de febrero de 2006.

En realidad, la jurisprudencia de la Corte Suprema no tenía una posición clara, puesto que –en el mismo periodo de tiempo- es posible encontrar decisiones en las que se incide en el pacto colusorio como primer elemento y, señalando la defraudación en el contexto de la contratación pública, pero sin referirla a temas patrimoniales. Es así que el R.N 024-2004, Piura hace esa anotación, como otra de similar factura puede leerse en el R.N 740-2003, Arequipa, en la que se señala que el presupuesto del delito es la “concertación” como acuerdo subrepticio entre los interesados, y del mismo se predica que busca el beneficio de los pactantes y que se hace en perjuicio de la administración pública. De hecho, en alguna sentencia se ha precisado que, aun cuando de los medios de prueba pudiera colegirse la existencia de un acuerdo entre el funcionario público y el tercero interesado, no puede concluirse la existencia de delito, si es que antes no se asegura que tal concertación responde a un ánimo defraudatorio¹⁰².

En la doctrina, a diferencia de quienes ponen el énfasis en la defraudación, había quienes insistían en el tema de la concertación como actividad fundamental del delito. En este sector, por ejemplo, ABANTO VÁSQUEZ impulsa la idea de que la colusión supone un pacto ilícito tendente a defraudar al Estado, pero no necesariamente porque supusiera afectación patrimonial, sino porque ilicitud que se esconde detrás de la colusión tiene como objeto la privatización de la actividad funcional, en la que el funcionario público, antes que representar los intereses de la administración, pone énfasis en su beneficio personal. El asunto es tal magnitud, que puede ocurrir que contrato administrativo se cumple conforme a los términos aceptados por las partes, pero el funcionario está en la disponibilidad de “dejar pasar observaciones” en mérito a un beneficio personal esperado. El fraude es parte de la colusión,

¹⁰⁰ ROJAS VARGAS, Delitos contra la administración... o.c. p. 279.

¹⁰¹ Véase: LACRUZ LOPEZ Y MELENDO PARDOS: Tutela penal de... o.c. p. 277. Sostiene que el bien jurídico protegido es el patrimonio público y, a línea seguida, indica: “más concretamente, la eficiencia en la gestión y utilización de los recursos públicos”. En evaluación comparativa entre el texto original de colusión y el texto español, Oré Sosa, sostiene que en primer término los marcos punitivos son distintos: mientras en Perú, la pena va de 4 a 15 años, mientras en España, la pena máxima nos supera los tres. Una evaluación desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, exige que el tipo penal peruano tenga que explicarse desde el bien jurídico patrimonio estatal. Solo es atendible penas tan graves si es que se ha materializado una lesión real al bien jurídico. El delito, afirma éste autor, solo puede explicarse desde el resultado. ORE SOSA, Eduardo Arsenio: “Recientes modificaciones a los delitos contra la administración pública” en Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 24, junio 2011, p. 19

¹⁰² Véase: R.N 740-2003, Cuzco, R.N 1022-2004, Ayacucho, citados en MURO ROJO, Manuel: El Código penal en su jurisprudencia, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 401. Respecto a la indefinición de la jurisprudencia nacional acerca del bien jurídico protegido por el delito de colusión puede revisarse: DIAZ CASTILLO: El tipo de... o.c. p. 179

pero no importa si el perjuicio estatal se materializa¹⁰³. El problema de la redacción primigenia del tipo penal era el sentido que se ofrecía a la expresión “defrauda al Estado” ¿Debía entenderse que era un efecto resultante de la “concertación” del funcionario con el interesado? La Corte Suprema reconocía la posibilidad de distintas interpretaciones y que los jueces nacionales solían entender que el fundamento del ilícito era la defraudación y por tanto, entendían que ésta debería tener una correlación en la realidad: la afectación patrimonial realizada en la deficiente gestión de los contratos administrativos, de allí que – ante estas dificultades, una de las modificaciones pretendidas con su proyecto de ley que aparece en la Resolución Administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, 009-2010-SP-CS-PJ de 07 de junio de 2010, hacía la diferencia indicando que “el verbo típico es reemplazado por el verbo coludir”, para luego agregar que “la defraudación es un elemento subjetivo del tipo”.

La discusión parlamentaria dio lugar, como ya hemos anotado, a una modificación totalmente distinta. La ley 29703 que explicitó que la colusión tenía que relacionarse necesariamente con un perjuicio patrimonial. Los procuradores anticorrupción, ante la dación de dicha ley, denunciaban que la misma no era más que un favor a muchos sentenciados que, pesando penas por el delito de colusión con riesgo defraudatorio, ahora tenía la posibilidad de solicitar la revisión de sus casos y, alcanzar la absolución. Tal es el caso de ex procurador IVAN MEINI que, en entrevista pública, denunciaba: *“algún funcionario corrupto de los gobiernos anteriores que haya sido condenado por coludirse podrá solicitar que se revise su caso para que se acredite si se produjo un perjuicio patrimonial contra el Estado a partir del acuerdo colusorio que se le probó. Si no se llega a probar el perjuicio patrimonial contra el Estado, podría pedir perfectamente que se le excarcele y se le exonere de responsabilidad”*¹⁰⁴. El asunto es que, los especialistas sostienen que la patrimonialidad como exigencia de resultado ya era un requisito jurisprudencial¹⁰⁵. La discusión alcanzó notoriedad social, al punto prontamente se efectuó la reforma. De hecho, el Poder Judicial conformó una comisión revisora de la Ley que a su vez posibilitó un comunicado en el que se indicó que efectivamente, la propuesta jurisdiccional contenía una modificación al tipo penal de colusión, proponiéndose que éste *“se configure como delito de peligro abstracto”*¹⁰⁶, con amplia injerencia punitiva que comprenda cualquier

¹⁰³ ABANTO VASQUEZ, Los delitos contra...o.c. p. 315.

¹⁰⁴ Entrevista a IVAN MEINI, realizada el 14 de junio de 2011, en <https://bit.ly/2FjHIII>. En posición opuesta, GARCÍA CAVERO, sostenía: *“La exigencia del perjuicio patrimonial en el delito de colusión lo ha establecido la Corte Suprema en diversas ejecutorias. Y no tiene nada de irrazonable si se tiene en cuenta que este delito se sanciona con una pena privativa de la libertad de hasta 15 años. Si el peculado, que significa apropiarse del patrimonio del Estado, se castiga con una pena de hasta 8 años, cómo puede ser que una colusión sin perjuicio para el Estado se sancione con una pena de 15 años. Y luego agregaba: “Con la modificación a la ley estaría dejando al margen de este delito, únicamente, a los funcionarios públicos que han favorecido a un particular, en un proceso de selección sin haber perjudicado al Estado con dicha acción. Pero esto no significa impunidad. Si esta persona recibió alguna ventaja por ese favorecimiento, será castigado por cohecho con una pena privativa de libertad de 5 a 8 años. Si no tuvo beneficio alguno, será castigado, por el delito de negociación incompatible, con una pena de 4 a 6 años. Entonces, no se puede hablar de impunidad, sino de un ajustamiento de la reacción penal de acuerdo a la gravedad de los hechos”*. Véase: Entrevista a Percy García, realizada el 05 de julio de 2011, en <https://bit.ly/31wdfXe>.

¹⁰⁵ No solo lo señala PERCY GARCÍA –como se ha anotado antes- sino también otros académicos: PEREYRA CHUMBE, Roberto: *“Comentarios a la Ley N° 29703, que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración pública”* en <https://bit.ly/33Po6ph>. (revisado en 07 de octubre de 2020).

¹⁰⁶ Sin perjuicio de la propuesta legislativa explicada por el Poder Judicial, en alguna resolución de la Corte Suprema se señala: *“siendo suficiente, a estos efectos, la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio, entendiéndolo –atento al principio de lesividad: artículo cuarto del Título Preliminar del Código Penal- como peligro concreto, que se genera cuando un funcionario al coludirse con los particulares en un proceso de selección (...) acuerda establecer facilidades o condiciones desfavorables al Estado, consumándose de éste modo, la realización del riesgo creado por la infracción del deber del funcionario (...) Véase: R.N 2617-2012, Callao, fundamento jurídico 3.4.*

*etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes o servicios, y no, como se ha configurado bajo la Ley N° 29703, como un delito de resultado, donde se establece para su configuración la defraudación patrimonial al Estado*¹⁰⁷.

Sin perjuicio de la discusión social y política, derivada de la Ley 29703, y lograda la nueva modificación por la ley 29758, con la se consiguen los dos tipos penales –la colusión de peligro abstracto y la colusión de resultado, la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, ha ido adquiriendo uniformidad. Así, por ejemplo, en el R.N 2673-2014 se precisa que, para la colusión agravada se requiere acreditar, tres exigencias: el contexto de la contratación pública¹⁰⁸, el pacto colusorio (que debe probarse de modo específico, incluso mediante prueba indiciaria) y el perjuicio (ordenándose la realización de una pericia). Lo interesante de esta resolución es que, dispone la realización de una pericia para acreditar el perjuicio, empero la acusación –en ese caso- solo está referida a la colusión de peligro.

3.4 La posición del Tribunal Constitucional y las nuevas modificaciones penales.

La confianza de la ciudadanía se ve resquebrajada cuando un funcionario público desatiende sus deberes funcionales¹⁰⁹. Y, en el caso del delito de colusión, tal resquebrajamiento supone una actuación desorganizada, fraudulenta destinada a afectar el interés estatal protegido. En otros términos, la colusión supone la desatención de un deber específico, que se le ha asignado en razón a su capacidad para gestionar los contratos públicos en mérito a las necesidades administrativas del Estado¹¹⁰. Es por esa razón que el art. 40 de la Constitución reconoce que, en la administración pública, la posibilidad del ingreso a la misma exige el conocimiento de derechos, deberes y responsabilidades específicas. Una de éstas es atender que los bienes y servicios requeridos por el Estado se ha de adquirir mediante contratación y licitación públicas, por exigencias del art. 76 de la Constitución. En ese mérito, el Tribunal Constitucional ha desarrollado la idea de que la contratación pública, en tanto supone manejo de recursos públicos –económicos y personales- destinados a funciones sociales, deben

¹⁰⁷ El fundamento de dicha revisión era que, algunos parlamentarios justificaban el tenor de la Ley 29703 desde el argumento de que la misma respondía a un proyecto planteado desde el Poder Judicial. Véase el comunicado “La Ley 29703 no recoge la propuesta legislativa formulada por el poder judicial” de Lima, junio de 2011, en <https://bit.ly/2SL8a15>.

¹⁰⁸ El contexto de la contratación pública, ha precisado la jurisprudencia, supone alguna de estas actividades: a) acuerdos específicos en las etapas de una negociación, b) adecuaciones o precisiones económicas en los contratos o convenios, c) acuerdo una vez que los contratos lleguen a su fin –cálculo para determinar lo que corresponde pagar, vender o para finiquitar las cuentas- y, d) provisiones o abastecimientos de diversos bienes. Véase: R.N 2617-2012, Callao.

¹⁰⁹ De allí que BACIGALUPO, Enrique: Estudios de la parte especial del derecho penal, 2ª edición, Akal, 1994, p. 448, sostenía que los delitos contra la administración pública deben comprender comportamientos que supongan una afectación al deber de la función pública, pero también importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder.

¹¹⁰ El funcionario público desatiende deberes positivos especiales y, por tanto, el delito califica como un delito de infracción de deber. En la otra orilla, los que afirman la existencia de un delito especial de dominio sostienen que el funcionario público se limita a infringir un deber negativo general: no lesionar a otro, materializado el “otro”, en la actividad propia del funcionario público. Aquí, el funcionario se comporta de modo semejante a cualquier ciudadano como el que deba de pagar sus tributos o el que se atribuye funciones que no tiene. Para ilustrar sobre ambas posiciones, véase: GARCIA CAVERO, “El delito de colusión” en GARCIA CAVERO y VILCHEZ CHINCHAYAN, Delitos contra la... o.c. p. 165. La jurisprudencia nacional, parece estar de acuerdo en decir que es un delito de infracción de deber: “Este tipo penal no es un delito de dominio o de delito común donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminem laede* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiendo al rol especial de funcionario o servidor público” Véase: R.N 4564-2007, Piura, de 26 de marzo de 2008.

realizarse en el marco de la transparencia en las operaciones con el objeto de obtener “de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores”¹¹¹. En el marco de programa penal de la Constitución, el citado tribunal no sólo ha reconocido que los principios, valores y derechos constitucionales se convierten en límite al derecho penal, procesal penal y de ejecución penal, sino que además, explicita unos límites mínimos y máximos en los que el legislador tiene libertad para establecer tipos penales, exigiendo –en todo momento- el mejor ejercicio de los derechos de la persona humana, puesto que en toda decisión punitiva corresponde encontrar el balance entre la evitación de actuaciones delictivas, el ejercicio de las libertades y el bienestar general. En otros términos se trata del ejercicio de los derechos fundamentales conforme a las reglas del Estado social y democrático de derecho¹¹². En la explicitación del modo como se ejerce el balance entre derechos de la persona y límites expuesto por el ius puniendi, también ha sido muy palmario en señalar que corresponde al Congreso, Poder Judicial y Poder ejecutivo establecer políticas públicas que permitan enfrentar la corrupción de forma eficiente, reconociendo que los valores éticos que la constitución recoge “deben prevalecer en todo Estado social y democrático de derecho”¹¹³.

En este espacio del Estado social y democrático de derecho, es de común entender que el control de constitucionalidad de las leyes, no sólo supone evaluar si la ley realiza una intromisión intolerable en el contenido del derecho fundamental, sino también que ésta preserve los bienes constitucionales que se intenta asegurar desde el pacto constitucional. En la acción de inconstitucionalidad, expediente 0017-2011 AI/TC, se afirma que, los bienes jurídicos que se reconocen en la Constitución no todos merecen protección penal, sino solo aquellos respecto de los que no es posible alcanzar el mismo fin por medios o medidas menos restrictivas y, en la lucha contra la corrupción, el bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública” debe ser entendido desde la protección de los principios constitucionales inspiran el capítulo penal correspondiente y que tiene su correlato en los arts. 39 de la Constitución, en el que se salvaguarda el principio de la “buena administración” como garantía del servicio funcionarial a favor de la Nación, así como el deber de luchar contra toda forma de corrupción deducido desde el tenor de los art. 39 y 41 de la carta fundamental.

Sobre el puntual delito de colusión, el máximo intérprete de la Constitución, vinculándolo con las exigencias constitucionales de salvamento de principios contenidos en el art. 76, señala que tiene como objeto de protección: “la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores”¹¹⁴. Atendida esta posición, al tiempo en que la Ley 29703 exigía un resultado específico: perjuicio patrimonial, lo que hace es reducir el ámbito de protección más allá de lo que la Constitución exige como límite mínimo de protección, precisándose que, en el caso, son principios que aseguran la convivencia social dentro de un Estado democrático, por lo que el Tribunal Constitucional afirma que, tal reducción es inaceptable, en la medida que la lucha contra cualquier forma de corrupción no se limita solo a aquellas que puedan asegurar un daño tangible. La defraudación exigida por el texto original del tipo de colusión, siempre ha sido entendida como traición de la

¹¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Expediente 020-2003-AI/TCLIMA, Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima, fundamento jurídico 12. Véase en <https://bit.ly/3nEmvdS> (revisado en 8 de octubre de 2020).

¹¹² Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Expediente 019-2005 PI/TC, Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República (demandantes) c. Congreso de la República (demandado), fundamento jurídico 42. Véase en <https://bit.ly/2FleKZ7> (revisado en 10 de octubre de 2020).

¹¹³ Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Expediente 019-2005 PI/TC, fundamento jurídico 65.

¹¹⁴ Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Expediente 019-2005 PI/TC, fundamento jurídico 19 y, Expediente 020-2003-AI/TCLIMA, fundamentos jurídicos 12 y 16.

confianza que el Estado deposita en los funcionarios públicos; por lo que se castiga no solo lo patrimonialmente adeudado –si que hubiera perjuicio de esa naturaleza- sino también cualquier forma de defraudación de la confianza que ponga en riesgo el trato igualitario de postores, la libre competencia de éstos y la transparencia contractual¹¹⁵. Y añade un asunto más -que viene recogido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 3- no es necesario que “produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”.

Si la exigencia normativa internacional expone con claridad la posibilidad de tener delitos de peligro relacionados con la lucha contra la corrupción ¿Por qué entonces las distintas modificaciones del tipo penal de colusión en el país, incluyendo una demanda de inconstitucionalidad? El asunto, como ya hemos adelantado, se deriva del modo como la Corte Suprema asumía e interpretaba el texto de colusión: en oportunidades hacía referencia a la necesidad de un perjuicio material y en otras veces acentuaba el asunto del pacto deshonesto. En estas interpretaciones contribuía la misma redacción normativa: El funcionario público que “*defrauda al Estado (...) concertándose con los interesados en los convenios*”. ¿Qué era lo importante en esa redacción ¿la defraudación o el hecho de concertarse? Esta forma poco agraciada de redacción obligó a la Corte Suprema a realizar planteamientos modificatorios, que lamentablemente dieron lugar a la tergiversación total del tipo penal. La inexistencia – hasta el año 2011- de una sentencia casatoria o un recurso de nulidad que exponga argumentos con expreso carácter de jurisprudencia vinculante, evidenciaba que a nivel de jueces supremos, la interpretación del texto tampoco era un asunto que convocara decisiones comunes¹¹⁶.

¿Era necesaria una modificación? Si. Pero no para agregar un resultado específico de la conducta penalmente reprochable, sino para asegurar que sea la colusión sea el elemento más importante del tipo. La ventaja de la Ley 29758 –que superó la errónea modificación de la ley 29703- ha permitido un texto mejorado y asegura la tendencia a la uniformidad de la jurisprudencia respecto de la interpretación del delito: la idea, por lo menos, respecto del delito de colusión simple, es la de que el funcionario público, encargado de las contrataciones públicas, mantenga asegurados los bienes bajo su esfera jurídica frente a las amenazadas de peligro. Esos bienes jurídicos específicos, son los principios de transparencia contractual, la libre competencia y trato justo a los postores, como ya lo ha precisado el Tribunal Constitucional, pero que –además- vienen reconocidos como principios rectores en la Ley 30225, Ley de contrataciones del Estado.

La presentación de un resultado, logrado desde el pacto venal entre el funcionario y el particular, se hace innecesario no solo porque es posible enfrentar la corrupción con tipos penales de peligro, sino también porque en caso de efectuarse, dicha conducta bien podría atenderse como un delito de cohecho, en cualquiera de sus formas. Consideramos, sin embargo, que aún desde la fórmula de colusión de resultado, la posibilidad de enfrentar a la

¹¹⁵ La sentencia ilustra el asunto señalando como actuación hipotética de acto de corrupción aquellos en los que el funcionario pacta con un tercero sin necesidad de beneficio personal para que aquel realice el servicio de la forma más eficiente. Afirma que es un acto de corrupción porque el pacto entre los coludidos, impide que otras personas también puedan participar de las contrataciones públicas.

¹¹⁶ Sobre el asunto, aun cuando ya hemos anotado varias decisiones de la Corte Suprema contradictorias en sus expresiones, solo para reafirmar la ausencia de uniformidad, resaltamos el R.N 3250-2005, del 03 de febrero de 2006, en la que se señala que el tipo penal de colusión es un delito de peligro y de mera actividad pues el fraude al que se hace referencia en el texto legal es parte de la concertación y, por tanto no hay necesidad de producción efectiva del perjuicio para que el delito se consume, mientras que un año antes, en el RN 3136-2004, del 14 de enero de 2005, se señalaba que la ausencia de dolo y la ausencia de defraudación (entendida esta como “un perjuicio económico real en la entidad agraviada”) convierte en atípica la conducta del impugnante. Véase: MARCA ROMERO: “*Análisis dogmático normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley 29758*”, en Gaceta Penal y Procesal Penal, tomo 26, agosto, 2011, Lima, p. 21.

corrupción se hace más visible frente a la ciudadanía, el funcionariado y los posibles postulantes para asegurar los bienes y servicios que el Estado requiere.

Conclusiones

La corrupción es un mal social. Es empíricamente constatable en la realidad: las encuestas de percepción ciudadana, el número de casos tramitados ante el sistema de justicia, la denuncia periodística, los informes de los órganos contralores estatales son una muestra de su existencia. Las formas son variadas y van desde la coima que se ofrece al policía de tránsito para que deje pasar una infracción vial hasta la que implica a altos órganos de gobierno respecto de decisiones trascendentes para el desarrollo del país.

Las actuaciones de la Administración Pública que mayor riesgo conllevan son aquellas en las que está de por medio los bienes y servicios que son necesarios para satisfacer los servicios básicos. La contratación estatal de los mismos se convierte en el mejor espacio para los actos de corrupción, en la medida en que es aquí donde es posible negociar beneficios particulares escondiéndolos en medio de la aparente realización de las fórmulas que la ley señala para una contratación transparente.

La percepción ciudadana expone escándalo cuando los agentes políticos aprovechan su posición de poder con el objeto de facilitar dichas contrataciones en favor de grupos económicos que les posibilitan su permanencia en los cargos públicos. Sin embargo, y de forma contradictoria, también esa misma ciudadanía está dispuesta a soportar actos de corrupción si es que de por medio alcanza una ganancia en su favor. La expresión: “roba, pero hace obra”, es el resumen de esa fingida forma ciudadana, en la que denuncia corrupción, pero a la vez está dispuesta a soportarla. Las encuestas de percepción de la corrupción así lo revelan.

Sin perjuicio de la sintomatología de la corrupción, cada vez es técnicamente posible identificar las pérdidas que genera la corrupción. El ciudadano ya no sólo la percibe, sino que los órganos de Contraloría General de la República están en la capacidad de cuantificar las pérdidas que Estado peruano padece cada año como consecuencia de la corrupción, por lo que es posible asegurar que, por un lado se evidencia la desconfianza ciudadana y, de otro, afecta gravemente a las instituciones de Estado así como a los actores del mercado, que no está dispuestos a realizar actos de corrupción, puesto que les impide competir limpiamente.

Cualquiera sea la forma en la que se manifiesta la corrupción, la disposición de cometerla es siempre una elección personal, en la que el funcionario público y el particular involucrado deciden libremente desatender las reglas básicas del juego democrático. Y, tratándose de pactos ilícitos que trascienden a la ciudadanía corresponde que todas las formas de control se activen para evitar la realización de más actuaciones corruptas. Esa trasgresión de la confianza supone la desatención de unas reglas primarias que no necesariamente se sujetan a las reglas del derecho; sino que por el contrario supone desatención de deberes éticos que está más allá del derecho que nos permite el legislador. El bien común pretendido como organización estatal no puede ponerse en riesgo por la voluntad de unos cuantos, en razón a que esas decisiones anómalas afectan a las mayorías: les encarecen los servicios, les impiden el ejercicio pleno de sus derechos, les dificultan las posibilidades del progreso y el acceso al desarrollo sostenible.

El derecho penal que, aunque es el último control social, juega un papel importante en la lucha contra la corrupción. De hecho, las convenciones supranacionales relacionadas con la lucha contra la corrupción, sea para la tipificación de conductas, sea para uniformizar los criterios de investigación y/o de colaboración entre estados, exigen que las conductas reprochables sean adecuadamente redactadas para evitar espacios de impunidad. La clásica definición de corrupción como “abuso de poder para beneficio propio” se hace carne en distintas conductas

que son exigidas por los organismos internacionales como condiciones para participar en las políticas económicas supraestatales. Así, cada estado se ve en la obligación de asegurar tipos penales adecuados que posibiliten una correcta persecución de delito.

El delito de colusión desleal es una forma de corrupción funcional. El nombre puede variar: se le llama colusión (a secas), fraude en las contrataciones estatales, administración desleal, participación indebida del funcionario en los contratos públicos, etc., sin embargo en su forma básica es la actuación por la que, el funcionario público pacta con el particular para alcanzar un provecho ilegal en perjuicio al Estado en el contexto de una contratación pública. Nuestra legislación, en razón al inadecuado uso del lenguaje, se ha visto precisada de realizar varias modificaciones al texto en razón a la inoportuna interpretación del texto a lo largo de dos décadas de jurisprudencia. A ello ha contribuido las constantes crisis políticas derivadas de los actos de corrupción descubiertos: desde la gran corrupción que motivó la caída del régimen de Alberto Fujimori hasta las fórmulas contractuales recientemente descubiertas y que involucran a los posteriores presidentes desde el año 2000. Es el caso judicial ODEBRECHT, que incluye, además, a un buen número de presidentes regionales y alcaldes.

El más grave problema del tipo penal siempre fue el objeto de lo que pretende proteger. La jurisprudencia penal de las altas cortes nacionales oscilaba entre asegurar que la colusión hacía referencia a un pacto anómalo e ilegítimo o si es el tipo penal pretendía además un resultado lesivo para el Estado. La jurisprudencia, como se ha anotado, nos revela que podemos encontrar decisiones que aseguraban que la colusión se materializaba con la sola probanza del pacto ilícito siempre que éste sea de entidad suficiente para generar un daño, mientras que, a los pocos días, era también posible que la Corte Suprema expidiera –desde otra sala penal- decisiones en las que se exigía que ese pacto venal generara un perjuicio específico en la contratación pública. Incluso hasta se exigía pericias contables que posibiliten la evidencia del daño patrimonial. La poca claridad respecto del contenido del bien jurídico protegido aseguró años de devaneos jurisprudenciales.

La cuestión de la jurisprudencia –de la que eran conscientes los jueces supremos- es que tenía un tipo penal que posibilitaba ambas interpretaciones en la medida en que no existía certeza sobre el verbo rector, pero también había duda respecto de si conceptos intangibles podía ser o no protegidos por un tipo que se ubica dentro de los delitos contra la administración pública y que de ordinario exigen un resultado concreto: en el abuso de autoridad por ejemplo, el perjuicio en contra del particular; en el abandono de cargo, la materialización de la no-realización de los actos de función; en el cohecho, la compraventa de la función pública, etc. Esa exigencia de “modificación de la realidad” es probable haya sido el punto de confusión para la posición oscilante de la jurisprudencia. El Tribunal Constitucional –ante una modificatoria que fue considerada inconstitucional- se vio precisado de indicar que, en los delitos funcionariales en el contexto de la contratación estatal, más allá del resultado, había necesidad de asegurar protección a unos específicos principios éticos que se encuentran reconocidos por la Constitución como valiosos para la consolidación del Estado Constitucional de Derecho y, de modo particular que inspiran la actuación funcional al tiempo de la realización de los contratos estatales.

El legislador, sin embargo, no quiso esperar la decisión del Tribunal Constitucional y antes que la decisión final fuera expuesta en sentencia del proceso de inconstitucionalidad, decidió realizar la última modificación importante: por un lado, tipificó el delito de colusión de peligro, en la que el solo pacto venal es suficiente para el perfeccionamiento del delito siempre que sea capaz posibilitar una “defraudación” y de otro, aprobó el delito de colusión de resultado, en la que se hace relevante el real perjuicio patrimonial como consecuencia de la colusión. Desde esa modificación, todas las demás, se han relacionado con las consecuencias jurídicas: adición de penas distintas a la privativa de libertad. Lo importante de la decisión de Tribunal Constitucional es que aseguró la posibilidad de proteger principios éticos desde el

derecho penal; empero también fue preciso en señalar que, éstos deben ser aprendidos por los ciudadanos desde otros niveles de intervención estatal: educación y política.

Desde nuestra perspectiva, aun cuando reconocemos el bamboleo jurisprudencial, es también rescatable que la Corte Suprema de Justicia, ante la duda provocada por el texto original del delito de colusión, hiciera una propuesta legislativa a través de la presentación de un proyecto de ley con el ánimo de mejorar la redacción. Lamentablemente el Congreso de la República aprobó una ley distinta a la proyectada, pero esa actuación posibilitó la intervención del Tribunal Constitucional que, aseguró que aún sin las modificaciones actualmente vigentes era posible sancionar la colusión –sin afectación patrimonial- por el solo hecho de que el pacto desleal pone en riesgo valores como la confianza que el Estado deposita en sus funcionarios, pero también la transparencia de las operaciones contractuales, la imparcialidad de la gestión, la libre competencia entre los postores y el trato justo e igualitario frente a los posibles proveedores.

La definición jurisprudencial, sin embargo, también expone los graves conflictos sociales. Como se ha advierte del recuento de las discusiones parlamentarias, así como del modo como se han instalado instituciones cívico-políticas para el seguimiento de las políticas anticorrupción, el modo como se ha judicializado los grandes temas de corrupción de los varios gobiernos de los últimos tiempos y, las influencias y lobbies ejercidos por las corporaciones empresariales para definir, por ejemplo, los tipos penales, la intervención de las personas jurídicas, la responsabilidad de los agentes contractuales, no hacen más que evidencia aquello que aparece en las encuestas de percepción de corrupción: el discurso no necesariamente se atiene en la realidad jurídica.

Sin perjuicio de ese “tira y jala”, respecto del delito de colusión, consideramos que las atingencias relacionadas con el bien jurídico y las precisiones legislativas –ahora vigentes- son el punto de partida para que la jurisprudencia alcance uniformidad sobre la materia. La colectividad –a pesar de la desconfianza que revela- merece un mejor tratamiento jurídico respecto de aquellas conductas ilícitas pactadas en el contexto de la contratación estatal.

Fuentes bibliográficas

ABANTO VASQUEZ, Manuel: “Acerca de la teoría de bienes jurídicos” en Revista Penal, Núm. 18, 2006, p. 4, revisada en <https://bit.ly/3luENwe>. (12 de septiembre de 2020).

ABANTO VASQUEZ, Manuel: Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, Palestra editores, Lima, 2003.

ALONSO, José Antonio y MULAS-GRANADOS, Carlos (Dir.), Corrupción, Cohesión Social y Desarrollo, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2011.

ALVARADO YANA, Juan: Vademecum penal. Código penal, código procesal penal, normas complementarias, 1ª edición, Grijley, Lima, 2019.

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu: Manual de delitos contra la administración pública, Instituto Pacífico, Lima, 2018.

ARREDONDO RAMIREZ, Vicente: “Es posible una ética ciudadana” en <https://bit.ly/34ldYxP>, consultada el 17 de septiembre de 2009.

AYMERICH CANO, Carlos: “Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas”, en Revista Aragonesa de Administración Pública, ISSN 2341-2135, núm. 45-46, Zaragoza, 2015.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Conversaciones”, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 04-CI, 28 de enero de 2002.

BACIGALUPO, Enrique: Estudios de la parte especial del derecho penal, 2ª edición, Akal, 1994.

BAUTISTA, Oscar Diego: Ética pública. Su vinculación con el gobierno, Instituto Nacional de Administración Pública – UNAM, México, 2017, p. 157. (Véase, en <https://goo.gl/pXLmyn>, revisado en 11 de septiembre de 2020).

BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán: Lecciones de derecho penal. Vol. 1. Trotta, Madrid, 1997.

CHANJAN DOCUMET, Rafael, SOLIS CURI, Erika, PUCHURI TORRES, Flavio César: Sistema de justicia, delitos de corrupción y lavado de activos, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2018.

COCCIOLO, Endrius Eliseo: “Las mutaciones del concepto de corrupción. De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad en la época del Estado regulador y de la sociedad del riesgo”, en Revista de Lengua i Dret, Nro. 50, Noviembre de 2008, en <https://bit.ly/33w105V> (revisado en 15 de septiembre de 2020)

COMISIÓN DE ALTO NIVEL ANTICORRUPCIÓN: Informe de la Evaluación Final de la Implementación del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012 – 2016, 1ª edición, CAN, Lima, noviembre 2016.

COMPAÑÍA PERUANA DE ESTUDIOS Y MERCADOS Y OPINION PÚBLICA: “Indicadores del grado de corrupción en el Perú - Personajes políticos e instituciones”. Encuesta realizada del 25 al 28 de enero de 2017, en <https://bit.ly/3h9V6w2> (consultado en 07 de septiembre de 2020).

CORTINA, Adela: Ética mínima, Tecnos, Madrid, 1986.

DALY, Jorge L. y NAVAS, Oscar Darío: Corrupción en el Perú. Visión del ejecutivo peruano. Documento de trabajo. CENTRUM, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

DEFENSORÍA DE PUEBLO: Defensoría del pueblo, ética pública y prevención de la corrupción. Serie documentos defensoriales. Documento Nro. 12, Lima, 2010.

DEFENSORÍA DE PUEBLO: El acceso a la información pública y la “cultura del secreto”. Informe defensorial Nro. 60. Lima, 2001.

DEFENSORIA DEL PUEBLO: “Casos de corrupción de funcionarios en trámite por departamento en el 2016 y 2018”, Cuadros elaborados por la institución sobre la base de los informes estadísticos de la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción del 2017 y 2019, en <https://bit.ly/2GEOiCh> (consultado en 07 de septiembre de 2020).

DEFENSORIA DEL PUEBLO: Radiografía de la corrupción en el Perú. Reporte de corrupción Nro. 1. Ediciones MCF Soluciones Integrales, Lima, mayo de 2017.

DELGADO GIL, Andrés: Delitos cometidos por funcionarios públicos. Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

DIAZ CASTILLO, Ingrid: El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016.

ESTADO PERUANO: Acuerdo Nacional, 22 de julio de 2002. Revítese en <https://bit.ly/3diazty> (consultado en 24 de septiembre de 2020).

GARCIA CAVERO, Percy y VILCHEZ CHINCHAYAN, Ronald (Dir): Delitos contra la administración pública, Ideas solución editorial, Lima, 2020

GARCIA CAVERO, Percy: Lecciones de derecho penal. Parte general, Grijley, Lima, 2008.

GARCIA COBIAN CASTRO, Ericka: “Lucha contra la corrupción y derechos fundamentales en el Perú: ¿transitar del principio constitucional de proscripción de la corrupción a un derecho fundamental a vivir libre de corrupción?”, disponible en <https://bit.ly/2SN95hm> (revisado en 23 de septiembre de 2020).

GARCIA MEXIA, Pablo: “La ética pública. Perspectivas actuales” en Revista de Estudios Políticos Nueva Época, Nro. 114, Octubre-Diciembre 2001.

GOMEZ MENDEZ, Alfonso: Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal 2000. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

GOMEZ PATIÑO, Dilia Paola: “Corrupción y colusión: Asuntos del sector empresarial en Colombia”, en Prolegómenos. Derecho y Valores, Vol. XVII, núm 33, enero-junio 2014, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, disponible en <https://bit.ly/34K9LKd> (revisado en 29 de septiembre de 2020).

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: La ética en la Administración pública, Civitas, Madrid, 1996.

HACK YALTA, Nelson; PEREZ YALTA, Jeniffer y PORTUGAL LOZANO, Luis: Calculo del tamaño de la corrupción y la conducta funcional en el Perú. Una aproximación exploratoria, Documento de Política en Control Gubernamental. Contraloría General de la República. Lima, 2020 en <https://bit.ly/2E2ZkrG>, consultado en 12 de septiembre de 2020.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. España: Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1989.

HENAO ZEA, María Eugenia: “Moral, derecho y bien jurídico en el concepto de autor por conciencia” en Universitas, Núm. 108, diciembre, 2004.

HENAO ZEA, María Eugenia: “Moral, derecho y bien jurídico en el concepto de autor por conciencia” en Universitas, Núm. 108, diciembre, 2004

HUGO ALVAREZ, Jorge y HUARCAYA RAMOS, Betty: Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios. Gaceta jurídica, Lima, 2018.

HURTADO POZO, José: “Corrupción y derecho penal”, p. 3, en <https://bit.ly/3jOdnB9> (revisado en 19 de septiembre de 2020)

JARQUIN, María José, CRUZ VIEYRA, Juan, HARO GONZALEZ, Ana: Rindiendo cuentas. La agenda del Banco Interamericano de Desarrollo en transparencia y anticorrupción (2009-2015). Documento para discusión N° IDB-DP-528, BID, Setiembre, 2017.

KIERSZENBAUM, Mariano: “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, en Lecciones y Ensayos, nro. 86, 2009, p. 188. Revisado en <https://bit.ly/2ldsl04>. (revisado en 12 de septiembre de 2020)

LACRUZ LOPEZ, Juan Manuel y MELENDO PARDOS, Mariano (Coord): Tutela penal de las administraciones públicas, Dykinson, Madrid, 2015.

LANDA, César: “La constitucionalización del derecho administrativo”, [THEMIS: Revista de Derecho](https://bit.ly/3jOdnB9), N°. 69, Lima, 2016, p. 212.

LECLERCQ, Jacques: Las grandes líneas de la filosofía moral. 2ª edición, Biblioteca Hispánica de Filosofía, Editorial Gredos, Madrid, 1956.

LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto y LUGO ARTEAGA, Larisbel: “El bien jurídico y las funciones del Derecho penal” en Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 36, n.º 100, enero-junio de 2015. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, enero-junio 2015, p.70, en <https://bit.ly/2SLjbnz> (revisado en 09 de septiembre de 2020).

LUCAS COLAZO, Omar: Fenómeno de anticipación de la barrera punitiva del derecho penal y política criminal en las últimas reformas del Código Penal. Especial mención a los delitos contra la seguridad vial. Tesis. Universidad de Murcia, 2017, en <https://bit.ly/36SECqA>(revisado en 28 de septiembre de 2020).

MARCA ROMERO: “Análisis dogmático normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley 29758”, en Gaceta Penal y Procesal Penal, tomo 26, Lima, 2011.

MARTINEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto: Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia, Editores del Centro, Lima, 2019.

MATALLANES RODRIGUEZ, Nuria: Medio ambiente y funcionarios públicos. Análisis del tipo objetivo del artículo 329 del Código Penal, Bosch, Barcelona, 2000.

MONTOYA VIVANCO, Yván (coord.): Manual sobre delitos contra la administración pública, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015.

MORALES QUIROGA, Mauricio: “Corrupción y democracia. América Latina en perspectiva comparada” en Gestión y política pública, Volumen XVIII. Nro 2, II semestre de 2009, p. 210, en <https://bit.ly/35EmJuZ>, consultado en 12 de septiembre de 2020.

MURO ROJO, Manuel: El Código penal en su jurisprudencia, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

OJO PÚBLICO: “Funes: 40% de las contrataciones con el Estado Peruano tienen riesgo de corrupción”, en <https://bit.ly/3jV5fP4> (revisado en 06 de septiembre de 2020).

OJO PUBLICO: “Los millonarios pagos de Odebrecht en Perú” en <https://bit.ly/3iaxAAC> (revisado en 06 de septiembre de 2020).

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS: El cohecho en las adquisiciones del sector público. Métodos, actores y medidas para combatirlo, p. 53, revisado en <https://bit.ly/35lZKPP>, en 12 de septiembre de 2020.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS: Integridad en las contrataciones públicas: Buenas prácticas de la A a la Z, p. 3, revisado en <https://bit.ly/3hHvFCp>, (revisado en 12 de septiembre de 2020).

PARIONA ARANA, Raúl: El delito de colisión, Instituto Pacífico, Lima, 2017

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso: *“Comentarios a la Ley 29703: Una expresión del clientelismo del derecho penal”*, en Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 24, junio, 2011.

PEREYRA CHUMBE, Roberto: *“Comentarios a la Ley N° 29703, que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración pública”* en <https://bit.ly/33Po6ph>. (revisado en 07 de octubre de 2020).

PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Carmen: Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

POLO SANTILLAN, Miguel Ángel: La morada del hombre. Sobre la vida ética. Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 2004.

PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN: Boletín informativo N° 01: “Corrupción en la emergencia sanitaria covid19”, en <https://bit.ly/3iQoWGG> (revisado en 24 de septiembre de 2020)

PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN: Información Estadística a Diciembre de 2018, en <https://bit.ly/3IEcVFU> (revisado en 24 de septiembre de 2020).

PROÉTICA: *“X Encuesta nacional anual sobre percepciones de corrupción”*, Perú-septiembre 2019, en <https://bit.ly/2Zgd2ib> (revisado en 08 de septiembre de 2020)

PROÉTICA: *“XI Encuesta nacional anual sobre percepciones de corrupción”* en <https://bit.ly/3i978qk> (consultado en 07 de septiembre de 2020).

QUIROZ, Alfonso: Historia de la corrupción en el Perú, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2014.

RAMON RUFFNER, Jeri Gloria: *“Corrupción, ética y función pública en el Perú”* en Quipucamayoc, Revista de la Facultad de ciencias contables, Vol. 22, Nro. 41, Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 2014

RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás, CARRIZO-GONZALEZ CASTELL, Adán, RODRIGUEZ-LOPEZ, Fernando (Edit): Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

RODRIGUEZ REY, Pablo: El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública. Especial consideración al caso Malaya y a la corrupción municipal. Trabajo de fin de grado 2016/2017, Universidad de Salamanca, Salamanca, febrero de 2017.

ROJAS VARGAS, Fidel: Delitos contra la administración pública, 3ª edición, Grijley, Lima, 2002

ROJAS VARGAS, Fidel: Delitos contra la administración pública, 3ª edición, Grijley, Lima, 2002.

ROJAS VARGAS, Fidel: Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios, 2ª edición, Nomos & Thesis, Lima, 2017.

ROSE-ACKERMAN, Susan y PALIFKA, Bonnie: Corrupción y gobierno. Causas consecuencias y reformas. 2ª edición. (traducción de Francisca Pou Gimenez), Marcial Pons, Madrid, 2019

ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte general. Tomo I. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Ramesal, Civitas, Madrid, 1997

SALINAS SICCHA, Ramiro: Delitos cometidos por funcionarios públicos, Lima, Grijley, 2011.

SAN MARTIN CASTRO, César: Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema, Palestra, Lima, 2006, p. 594.

SEN, Amartya: Desarrollo y libertad. Editorial Planeta, Madrid, 2000

SIMON, Rene: Moral. Curso de filosofía tomista, Herder, Barcelona, 1968.

SZCZARANSKI VARGAS, Federico León: *“Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”*, en Política Criminal. Vol. 7, N° 14 (diciembre, 2012) Revisado en <https://bit.ly/33OnOPo>. (12 de septiembre de 2020).

TIEDEMANN, Klaus: Constitución y derecho penal, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 21.

VILCHEZ CHINCHAYAN, Ronald: *“El caso Odebrecht y sus repercusiones en nuestra forma de entender los delitos contra la administración pública”*, en Actualidad penal, núm. 46, Lima, 2018.