

EL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE COLUSIÓN

THE LEGAL INTEREST IN THE CRIME OF COLLUSION

Raúl Pariona Arana

Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

<https://orcid.org/0000-0001-8273-3627>

Resumen

La determinación del bien jurídico en el delito de colusión resulta relevante para la aplicación legítima de la ley penal. La vigencia del principio de protección de bienes jurídicos resulta relevante en el ámbito de los delitos contra la administración pública, donde, con frecuencia, se suele sancionar como delitos simples infracciones administrativas. Por ello, en el caso del delito de colusión, el fundamento de la pena se basa en razones que van más allá del solo incumplimiento de funciones o de la presencia de irregularidades administrativas. La legitimidad se asienta aquí en la lesividad del acto de colusión.

Palabras clave: bien jurídico, delito, colusión, administración pública, funcionario público, irregularidad administrativa.

Abstract

The determination of the legal interest in the crime of collusion is relevant for the legitimate application of criminal law. The validity of the principle of protection of legal assets is relevant in the field of crimes against the public administration, where simple administrative infractions are often sanctioned such as crimes. Therefore, in the case of the collusion, the punishment is based on reasons that go beyond the mere breach of duties or the presence of administrative irregularities. Legitimacy is based here on the harmfulness of the collusion act.

Keywords: legal interest, crime, collusion, public administration, public official, administrative irregularity.

1. Introducción

En un Estado democrático de derecho, la intervención del derecho penal siempre debe ser legítima. Ello solo es posible si toda norma que sanciona un delito está orientada a la protección de bienes jurídicos. Los delitos contra la administración pública no pueden ser la excepción a esta regla de legitimación. En particular, el caso del delito de colusión, por su importancia y la gravedad de sus consecuencias, requiere siempre un examen de legitimación a la luz de la teoría del bien jurídico.

En nuestro ordenamiento jurídico, el delito de colusión es uno de los más graves entre aquellos que afectan a la administración pública. La norma penal sanciona el comportamiento del funcionario o servidor público que es responsable de llevar adelante la contratación pública en cualesquiera de sus etapas y que, lejos de defender los intereses del Estado, se concierta indebidamente con los interesados para defraudar al Estado o lo defrauda efectivamente. Debido a la relevancia de la función de cautelar los intereses del Estado en los procesos de contratación pública, donde están en juego importantes intereses patrimoniales del Estado, el comportamiento ilícito se sanciona con una pena privativa de libertad que va de los seis a los veinte años. Este delito, pese a la gravedad de la sanción penal, es una de las conductas con mayor incidencia en el conjunto de delitos que suponen el abuso del cargo público. Como consecuencia de esta situación, en los últimos años la justicia de nuestro país ha emitido pronunciamientos en los que se interpretan y aplican diversos extremos de la norma. Esto ha permitido a la Corte Suprema de Justicia consolidar una breve aunque importante jurisprudencia sobre diversos aspectos problemáticos del delito.

Las características del delito de colusión, su alta incidencia y las interpretaciones extensivas que a veces desbordan los límites del «sentido literal posible» de la norma justifican la reafirmación de los principios limitadores del derecho penal y el desarrollo de una doctrina que permita cautelar y garantizar la necesaria legitimidad de la intervención penal. La teoría del bien jurídico es precisamente uno de los caminos que permite racionalizar la inter-

vención penal, y proporciona, además, una pauta objetiva de interpretación de la ley.

En la primera parte de este trabajo, se revisarán las premisas generales en torno al bien jurídico protegido; se reparará en que su tarea fundamental es servir de límite al poder punitivo del Estado. Luego se abordará la problemática del bien jurídico en los delitos contra la administración pública. Finalmente, se analizará el bien jurídico en el delito de colusión, y se identificarán el bien jurídico genérico y el específico que surgen de la estructura del tipo penal.

2. La orientación del derecho penal a la protección de bienes jurídicos

El derecho penal se orienta a la protección de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad; es decir, aquellos intereses individuales y colectivos que debido a su importancia merecen ser salvaguardados mediante el *ius puniendi* del Estado.

Mediante la protección de los bienes jurídicos, el derecho penal contribuye a la realización del bien común y la salvaguarda de la paz pública. El fin de la protección de los intereses fundamentales del individuo y la sociedad, como condiciones de legitimidad de la intervención del *ius puniendi* estatal, es condición de todo Estado democrático de derecho. La exclusiva protección de bienes jurídicos, como fundamento de legitimidad del derecho penal, es expresión del desarrollo de la justicia de nuestra civilización y encuentra las primeras construcciones teóricas que la sostienen en el pensamiento de la Ilustración¹. Desde aquel entonces, el desarrollo del derecho penal se ha orientado a la protección y preservación de la paz social, y se sostiene en el sistema de valores ético-sociales, que, en gran medida, se encuentran plasmados en las constituciones².

En ese sentido, nuestro Estado democrático de derecho opta por un derecho penal que se orienta a proteger al individuo y a la sociedad en su conjunto

1 En ese sentido, Klaus Tiedemann, «Constitución y derecho penal», *Revista Española de Derecho Constitucional* 11, n.º 33 (septiembre-diciembre 1991): 145.

2 Cfr. Johannes Wessels, Werner Beulke, y Helmut Satzger, *Derecho penal, parte general: el delito y su estructura*, trad. de la 26.ª ed. alemana Raúl Pariona Arana (Lima: Instituto Pacífico, 2018), 3-4.

con respeto irrestricto a las garantías y principios limitadores del *ius puniendi*³. Entre los diferentes límites del poder punitivo que establece nuestro modelo de Estado, cobran relevancia los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal, además de los principios de legalidad, de culpabilidad, de proporcionalidad y el *ne bis in idem*, sin los cuales se imposibilitaría la concreción de la idea del Estado democrático de derecho⁴.

En este marco, el análisis y la interpretación de los tipos penales que regulan los delitos contra la administración pública —y en general de todos los delitos contemplados en nuestro ordenamiento jurídico— encuentran su punto de partida en la protección subsidiaria de bienes jurídicos⁵. Sobre la base de este entendimiento, las normas penales solo serán legítimas si están dirigidas a la protección de bienes jurídicos y si, además, se adecúan a los mandatos de necesidad, eficacia, proporcionalidad y racionalidad⁶. En consecuencia, el legislador penal no puede prohibir irrestrictamente cualquier conducta; en la creación de normas penales, no tiene el poder absoluto, sino que su función se encuentra limitada por el mandato de exclusiva protección de bienes jurídicos⁷. Las normas penales que no se orientan a la protección subsidiaria de bienes jurídicos son ilegítimas y, en consecuencia, no constituyen una base sólida para el establecimiento de mandatos o prohibiciones. En el derecho penal actual, la importancia de la teoría del bien jurídico está vigente. Es inimaginable una dogmática del derecho penal que no incluya la teoría del bien jurídico.

3 Véase Álvaro Salgado González, «Constitución, norma y ley penal», *Revista Mario Alario D'Filippo* 7, n.º 14 (2015): 51.

4 Cfr. Rodrigo Medina Jara, «Constitución, bien jurídico y derecho penal», *Revista Chilena de Derecho* 20, n.º 2-3 (mayo-diciembre 1993): 309.

5 En este sentido, la doctrina dominante, cfr. Manuel Abanto Vásquez, *Derecho penal económico: consideraciones jurídicas y económicas* (Lima: Idemsa, 1997), 41 y ss.; José Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal, parte general*, vol. 1, 3.ª ed. (Lima: Grijley, 2005), 24 y ss. En la doctrina internacional, Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol 1, 4.ª ed. (Múnich: C. H. Beck, 2005), 51 y ss.; Santiago Mir Puig, *Derecho penal, parte general*, 6.ª ed. (Barcelona: Reppertor, 2002), 124 y ss.

6 Además de la teoría del bien jurídico, existen otros presupuestos de legitimidad de las intervenciones penales. Al respecto, cfr. Otto Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalität* (Tubingen: Mohr Siebeck, 1996), 21 y s., 231 y ss.; Ivo Appel, *Verfassung und Strafe: Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens* (Berlín: Duncker, 1998), 30 y ss.; Thomas Weigend, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt», en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch* (Berlín: De Gruyter, 1999), 917 y s.

7 Cfr. también Herbert Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten* (Stuttgart: Enke, 1957), 121-123.

3. El bien jurídico en los delitos contra la administración pública

La intervención del derecho penal en el ámbito de la administración pública se encuentra legitimada debido a que se orienta a sancionar conductas que afecten el correcto funcionamiento de esta. Se parte de la consideración de que ello permite la materialización de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ese sentido, se descartan como objetos de protección de la administración pública su propia buena reputación, buen nombre o prestigio.

Ahora bien, la norma penal que sanciona los delitos contra la administración pública protege, frecuentemente, dos o más bienes jurídicos: uno de carácter general o genérico (entendido como el correcto funcionamiento de la administración pública) y uno o más bienes jurídicos específicos (como el patrimonio estatal, la imparcialidad, la legalidad, etc.) en cada tipo penal en particular. Este es un enfoque metodológico seguido en la doctrina⁸ y la jurisprudencia⁹, que responde a la forma de la regulación legal de estos delitos en el Código Penal. Así, se puede observar que la tipificación de los delitos comprendidos en el Título XVIII del Código Penal no se limita a la sola protección de un bien jurídico genérico, sino que cada tipo penal comprende también, dentro de su objeto de protección, bienes jurídicos específicos, que de acuerdo con las características de los sujetos intervinientes (*intraneus* o *extraneus*) o de las funciones propias de los agentes, van a variar en cada delito, pudiendo ser incluso más de un bien jurídico protegido específico en un solo tipo. Ello debido a que «no todos los delitos que pueden cometer los funcionarios públicos o las autoridades en relación con el ejercicio de sus cargos pueden tener un mismo denominador común»¹⁰.

El bien jurídico general de esta clase de delitos es el correcto funcionamiento de la administración pública, puesto que este posibilita que la administración cumpla sus fines constitucionales de asegurar las condiciones de

8 Al respecto véase Manuel Abanto Vásquez, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*, 2.^a ed. (Lima: Palestra, 2003), 16 y ss.; Fidel Rojas Vargas, *Delitos contra la administración pública*, 4.^a ed. (Lima: Grijley, 2007), 10 y ss.; Ramiro Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, 5.^o ed. (Lima: Editorial Iustitia, 2019), 5 y ss. En la doctrina internacional, Carlos Mir Puig, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal* (Barcelona: Bosh, 2000), 19.

9 Al respecto, véase Exp. 00017-2011-PI/TC-Lima, del 3 de mayo del 2012; Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010; Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2011.

10 Abanto Vásquez, *Los delitos contra la administración pública*, 18.

vida digna a cada ciudadano, materializando sus derechos fundamentales. Se debe resaltar que el bien objeto de protección penal no es la administración pública en sí misma, sino su correcto funcionamiento. De esta forma se concibe la administración pública no de forma estática, sino dinámica. La relevancia de la protección penal del correcto funcionamiento de la administración pública se justifica por los fines que persigue en pro del ciudadano. En consecuencia, la administración pública no puede ser concebida como un ente autárquico, cuya existencia se justifica por sí misma, sino que su existencia se justifica únicamente en la medida en que sirve al bienestar de los ciudadanos.

Se debe anotar, adicionalmente, que la administración pública y su correcto funcionamiento son un bien jurídico colectivo o supraindividual. Se trata de un bien jurídico que no le pertenece a un individuo en particular, sino a la sociedad entera. Es de interés de la sociedad contar con una administración pública que funcione correctamente, y su importancia es de tal magnitud que su protección se asigna al derecho penal. Pero, además, se tiene como pauta de legitimación que solo debe ser sancionada penalmente una conducta lo suficientemente lesiva como para dañar o poner en riesgo el normal desarrollo de funciones de la administración pública.

En la doctrina se mencionan diversas características de este bien jurídico que justifican su tutela. Así, en palabras de Rojas Vargas, estos elementos serían los siguientes:

- a) Un profuso marco de previsiones legales que regulan la funciones públicas y los servicios; b) Un conjunto de principios rectores que vinculan positivamente la administración pública con la actividad oficial de los sujetos públicos y que permiten especificar los ejes de protección penal en cada delito en concreto (imparcialidad, protección del patrimonio público, etc.), racionalizando y dotando de norte el marco legal y la actividad funcional; c) Ejercicio de funciones y servicios públicos de conformidad a las atribuciones y competencias establecidas en las leyes y reglamentos (cumplimiento de deberes y obligaciones), bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad (observaciones de los deberes del cargo o empleo), que confirman así la confianza pública depositada por la ciudadanía y debida a la Nación¹¹.

11 Rojas Vargas, *Delitos contra la administración pública*, 15.

Por su parte, un sector de la doctrina afirma que con la afectación del correcto funcionamiento de la administración pública «se pone en directo peligro la organización misma del Estado. De esa forma, se constituye en bien o interés jurídico preponderante que corresponda al Estado mismo cautelar y proteger por medio de las normas penales, cuyo centro de atención es el bien jurídico preponderante o relevante que pretenden proteger»¹².

En suma, la protección de la administración pública por medio del derecho penal —a propósito del delito de colusión— debe sujetarse a los límites señalados, de manera que la estricta protección de bienes jurídicos será el principio fundamental que legitimará la intervención penal en este ámbito. En consecuencia, a continuación, corresponde precisar, desarrollar y analizar el bien jurídico específico que es protegido mediante la tipificación de la colusión en el ámbito de las contrataciones del Estado.

4. El bien jurídico protegido en el delito de colusión

En el delito de colusión no se protege un único bien jurídico, sino que los intereses y valores tutelados son diversos. El bien jurídico genérico protegido es el correcto funcionamiento de la administración pública. Los bienes jurídicos específicos son la legalidad y corrección en el ejercicio de funciones públicas, la lealtad en la representación de los intereses del Estado, la imparcialidad con la que deben actuar los funcionarios o servidores públicos encargados de llevar adelante los procesos de contratación pública frente a todos los participantes y el patrimonio público.

Al sancionarse el delito de colusión, en primera línea, se busca proteger que toda actuación de los funcionarios públicos, con deberes especiales de contratación, se desarrolle en el marco de la *legalidad*; es decir, su accionar debe encontrarse dentro de los límites de sus competencias previstas en la ley. Adicionalmente, los funcionarios públicos tienen el deber de actuar con corrección en el ejercicio de sus funciones y conforme a los deberes que importa su cargo.

12 Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, 6. Véase también Rafael H. Chanjan Documet, «El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública», *Revista Derecho Penal y Criminología* 38, n.º 104 (enero-junio 2017): 145.

El tipo penal de colusión sanciona las conductas desleales del funcionario público, materializadas en el acto de la concertación del funcionario con los terceros interesados dentro de la contratación pública. Esta concertación tiene por finalidad la afectación de los intereses patrimoniales del Estado. En consecuencia, la sanción del delito de colusión tiene entre sus objetivos resguardar la *lealtad* con la que deben actuar los funcionarios públicos hacia los intereses del Estado, que finalmente son los intereses de la comunidad.

En el delito de colusión, también es fundamental la salvaguarda de la *imparcialidad* del funcionario público. Esta finalidad se desprende del rol objetivo e imparcial de los sujetos públicos que participan en cualquier etapa de la contratación pública, de manera que no debe mediar ningún favorecimiento indebido a ningún postor. De esta forma, se garantiza que el proceso de las contrataciones públicas se desarrolle de una manera correcta e imparcial. Allí se puede observar, de manera clara, el doble rol que acompaña a los agentes públicos, quienes además de representar los intereses del Estado, tienen que actuar con imparcialidad y de manera igualitaria frente a los interesados.

Además, el *patrimonio del Estado* constituye objeto de protección en el tipo penal de colusión. Sin duda alguna, el patrimonio estatal se erige como uno de los intereses fundamentales protegido por este tipo penal, pues justamente por medio de una actuación indebida del funcionario público se da la puesta en peligro o la afectación efectiva del patrimonio público. La acción del funcionario público de concertarse indebidamente con el interesado requiere, conforme al tipo penal, tener como finalidad la defraudación a los intereses del Estado o, en el caso de la modalidad agravada, que dicho perjuicio patrimonial se produzca efectivamente. De esta manera, la acción típica del delito de colusión no se limita a una mera actuación indebida, sino que esta se funda en la lesión o puesta en peligro de los intereses patrimoniales del Estado.

De lo anteriormente mencionado, se desprende que la norma penal de este delito *no tutela simples intereses administrativos*. El bien jurídico protegido se fundamenta en intereses que van más allá de aquellos que sustentan la infracción administrativa. La sanción penal encuentra su legitimación en la *lesividad* del comportamiento. Tener presente dicha condición es de suma relevancia, puesto que con frecuencia se suelen sancionar como delitos la convergencia de meras infracciones administrativas en este ámbito. Este panorama suele presentarse en la práctica judicial nacional, donde en reiteradas ocasiones es suficiente la sola acreditación de irregularidades administrativas en procesos de contratación pública para fundamentar una condena por el delito de colu-

sión. No debe, pues es ilegítimo, asumirse la comisión del delito de colusión con la sola demostración de infracciones al procedimiento de licitaciones públicas, sino que necesariamente tiene que verificarse la afectación a la legalidad, la imparcialidad o al patrimonio del Estado. Por lo tanto, lo cierto es que la concurrencia de irregularidades, infracciones y faltas administrativas por sí mismas no son suficientes para probar el delito de colusión.

En efecto, no basta con la mera suma o acumulación de estas para dar por acreditado el acuerdo colusorio. La concertación no se prueba solamente con el descubrimiento de irregularidades, sino con la acreditación de que los funcionarios públicos y los interesados se reunieron, pactaron, acordaron, negociaron o transaron ilegalmente para defraudar al Estado. En consecuencia, *no es legítimo condenar a una persona por el delito de colusión con la sola acreditación de irregularidades administrativas*. Ello sería un grave atentado no solo contra el principio de legalidad y presunción de inocencia, sino contra los principios de *ultima ratio* y lesividad, que legitiman la intervención del derecho penal en un Estado social y democrático de derecho.

Se ha discutido intensamente en la doctrina sobre el bien jurídico en el delito de colusión. Como resultado, se puede observar que se han tomado en consideración diversos intereses de la administración pública como objeto de tutela penal del delito de colusión. Según Rojas Vargas¹³, la tipificación del delito de colusión busca: i) preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones que a nombre del Estado efectúan los negociadores oficiales; ii) garantizar la intangibilidad de los roles especiales, inherentes a la función pública, que asumen dichos negociadores en sus relaciones con los interesados en contratar con las diferentes reparticiones públicas; y iii) asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, conminando con severa penalidad a los funcionarios y servidores públicos que, transgrediendo sus roles específicos de negociación y representatividad pública, quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado¹⁴. En la mis-

13 Rojas Vargas, «Delitos contra la administración pública», 407.

14 Rojas Vargas considera que el bien jurídico administración pública implica los siguientes elementos: «a) Conjunto de actividades funcionales o servicio público que le dan sentido a dicha administración y que vinculan al Estado o al orden público en general con la sociedad; b) Cumplimiento de deberes funcionales por parte de los sujetos públicos, de conformidad a los ámbitos de atribuciones y competencias establecidas en la ley y en los reglamentos, que confirman la confianza pública depositada por la ciudadanía y debida a la nación; c) Conjunto de principios que vinculan positivamente a la administración pública con la actividad oficial

ma dirección, Salinas Siccha refiere que el bien jurídico es la idoneidad y celo profesional de los funcionarios en el cumplimiento de las obligaciones funcionales; subraya además los deberes especiales que tienen los sujetos públicos¹⁵.

Considerando la relevancia de los deberes especiales de los funcionarios públicos, García Caveró¹⁶ ha puesto énfasis en la relación normativa que fundamenta la protección del patrimonio estatal como deber positivo del funcionario público; además, manifiesta que el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio al Estado o al sistema económico, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario público¹⁷. En esta línea, Martínez Huamán¹⁸ considera que la pena en el delito de colusión protege la expectativa normativa de conducta de que las partes en los procesos de contratación pública no abusen de sus facultades o incumplan los deberes que emanan de su participación con el fin de defraudar al Estado.

Además, se sostiene que la valoración recae sobre el rol imparcial del funcionario público cuando actúa en los procesos de contratación de bienes o servicios a favor del Estado, en aras de que la ciudadanía tenga seguridad de una actuación funcional respetuosa de lo dispuesto en un marco normati-

de los sujetos públicos y que permiten especificar los ejes de protección penal en cada delito en concreto: imparcialidad, patrimonio público, etc.». Fidel Rojas Vargas, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos* (Lima: Nomos & Thesis, 2016), 86 y ss. En la jurisprudencia nacional, esta postura puede verse en Recurso de Nulidad 1305-2014-Ancash, del 10 de noviembre del 2015.

- 15 Ramiro Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, 5.ª ed. (Lima: Editorial Iustitia, 2019), 361 y 364.
- 16 Percy García Caveró, «Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal», en *El delito de colusión desleal* (Lima: Grijley, 2008), 21 y ss. Sobre el bien jurídico protegido y el contexto normativo de su lesión, véase también Erick Guimaray Mori, «Sobre la captura del regulador y el injusto penal de colusión», *Themis. Revista de Derecho*, n.º 68 (2015): 129-137; Juan José Díaz Guevara, «La colusión desleal: "corruptio unius est generatio alterius"», *Derecho y Cambio Social* 5, n.º 14 (agosto 2008), <http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/colusion.htm>
- 17 Asumen también esta postura Cáceres Julca y Carrión Díaz, especificando que el bien jurídico tiene dentro de sus principales características la funcionalidad de su estructura, razón por la que no se encuentra sujeto a una posición rígida, concurriendo dos criterios para su aplicación. Un criterio cualitativo, relativo a la infracción de deberes funcionariales, y un criterio cualitativo, referido a la afectación al patrimonio del Estado, añadiendo que únicamente desde un enfoque funcional se podrá cumplir con la finalidad protectora prevista por la norma penal. Cfr. Roberto Cáceres Julca y Juan Carrión Díaz, *El delito de colusión: aspectos sustantivos y procesales* (Lima: Idemsa, 2011), p. 29.
- 18 Raúl Ernesto Martínez Huamán, *Delito de colusión: doctrina y jurisprudencia* (Lima: Editores del Centro, 2019), 143. Asimismo Raúl Ernesto Martínez Huamán, «El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión», *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.º 79 (enero 2016): 90 y ss.

vo basado en el principio de imparcialidad¹⁹. En ese sentido, un sector de la doctrina afirma que el objeto de protección serían los principios que orientan la actuación de los funcionarios en las contrataciones, prescritos en la Ley de Contrataciones del Estado²⁰.

Por su parte, Abanto Vásquez²¹ considera que el objeto directamente atacado en este delito tiene evidentemente un contenido patrimonial, en la medida en que se atenta contra el administrado por la administración pública²² en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que ha contratado con el Estado—, además de proteger la legalidad del acto funcional y de mantener el carácter público de la función. Desde otro punto de vista, Castillo Alva²³ precisa que el objeto de protección del tipo penal de colusión radica en la tutela de la contratación administrativa, en la que se proscribire toda forma de concertación, acuerdo previo o conjunción de voluntades que supongan la defraudación del Estado; siempre y cuando la incidencia económica del contrato estatal sea directa e inmediata.

Otros autores afirman que, debido a la redacción legal del tipo penal de colusión, se estaría también protegiendo los intereses de los particulares, como eventuales postores e interesados en efectuar negocios públicos con el Estado, en el marco de una leal y libre competencia. No obstante, esta postura es aún controvertida por tratarse de un bien jurídico externo a la administración pública²⁴. En efecto, el tipo penal de colusión en modo alguno busca tutelar la

19 En este sentido, Manuel Frisancho Aparicio y Raúl Peña Cabrera, *Tratado de derecho penal: delitos contra la administración pública* (Lima: Fecat, 1999), 284 y ss.; Erick Guimaray Mori y Julio Rodríguez Vásquez, «Colusión por comisión por omisión»: el caso de los alcaldes y los presidentes regionales», *Ius et Veritas* 24, n.º 51 (diciembre 2015): 286-296, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15664>, estos autores señalan que el bien jurídico específico protegido sería la asignación eficiente de los recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado.

20 Yván Montoya Vivanco *et al.*, *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública* (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP, 2013), 107 y ss. También Yván Montoya Vivanco, *Manual de delitos contra la administración pública* (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP y Open Society Foundations, 2015), 137.

21 Abanto Vásquez, *Los delitos contra la administración pública*, 309.

22 En ese sentido, Elmer Marca Romero, «Análisis dogmático-normativo del delito de colusión: propósito de la modificación efectuada por la Ley 29758», *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.º 26 (agosto 2011): 25 y ss.

23 José Luis Castillo Alva, *El delito de colusión* (Lima: Instituto Pacífico, 2017), 117.

24 Cfr. Percy García Cavero, *Derecho penal económico, Parte especial*, vol. 2, 2.ª ed. (Lima: Instituto Pacífico, 2015), 1053.

libre competencia, puesto que con su tipificación no se procura proteger las condiciones de participación igualitaria de los proveedores en un modelo de libre mercado, dado que esto es garantizado por medio de los denominados delitos socioeconómicos²⁵.

La jurisprudencia de la Corte Suprema en torno al bien jurídico en el delito de colusión tampoco ha sido homogénea. Esto se debe, en parte, a las diversas modificaciones que ha sufrido el tipo penal que ha llevado a acentuar distintos intereses. Se señala que los intereses protegidos serían distintos. Aquí destacan dos bienes jurídicos: i) la actuación conforme al deber que importa el cargo; y ii) asegurar la imagen institucional²⁶. En primer lugar, la actuación conforme al cargo pretende evitar aquella conducta desleal del funcionario orientada a la producción de un menoscabo en los procesos de contratación pública²⁷. En segundo lugar, con la referencia a la imagen institucional, se pretende cautelar la imagen o el correcto desarrollo de la administración pública, que se vería menoscabada cuando el funcionario infringe los deberes de lealtad, probidad e imparcialidad que siempre debe observar en su actuación funcional²⁸. Así también el tribunal supremo ha destacado el patrimonio del Estado como objeto de protección del artículo 384²⁹.

Por otro lado, en un importante pronunciamiento, la Corte Suprema ha subrayado que «los funcionarios y trabajadores públicos tienen el deber de servir y proteger el interés general de la nación [...]; esto es la imparcialidad y trato igualitario a los postores. [...]». Se precisa que las relaciones jurídicas que se protegen son: a) La relación de lealtad hacia el Estado. b) La confianza de la publicidad en la integridad del aparato estatal. c) El correcto funcionamiento interno de la administración pública. Asimismo, el deber está vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de dere-

25 Respecto de las objeciones, Castillo Alva, *El delito de colusión*, 81 y ss.

26 Véase Recurso de Nulidad 2029-2005-Lima, del 24 de mayo del 2006; Recurso de Nulidad 79-2003, del 15 de febrero del 2005; Recurso de Nulidad 278-2005, del 10 de mayo del 2005; Recurso de Nulidad 3017-2004-Huánuco, del 17 de marzo del 2005; Exp. 1531-92, Sentencia de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, del 12 de setiembre de 1996; Recurso de Nulidad 874-2018-Cañete, del 13 de agosto del 2018 y, recientemente, Recurso de Nulidad 59-2018-Lima Norte, del 24 de octubre de 2018.

27 Postura asumida por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. 3194-2004-HC/TC, del 28 de diciembre del 2004.

28 Véase Recurso de Nulidad 3307-2008, del 13 de mayo del 2009.

29 Véase Recurso de Nulidad 75-2003-Madre de Dios, del 15 de febrero del 2005. En el mismo sentido: Recurso de Nulidad 3477-2010-Ica, del 23 de marzo del 2011; Recurso de Nulidad 341-2015-Lima, del 4 de noviembre del 2015.

cho de la función administrativa, o como lo especifica un sector de la doctrina, los deberes especiales como, por ejemplo, de lealtad, de cautelar, proteger, e impulsar el correcto funcionamiento de la administración pública»³⁰.

Como se observa, la Corte Suprema ha mantenido una perspectiva plural de los intereses protegidos por el tipo penal de colusión, afirmando que el núcleo rector del delito consiste en que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y viola la confianza depositada con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado³¹. En sentido similar, el tribunal supremo ha afirmado que no solamente se protege la confianza depositada en el funcionario o servidor público, sino también los principios constitucionales y los deberes funcionales especiales positivos y/o de incumbencia institucional que rigen la contratación pública³². De esta manera, la suprema instancia ha indicado constantemente que el bien jurídico protegido en el delito de colusión —tipo penal de infracción— no es únicamente el patrimonio del Estado, sino que los funcionarios tienen el deber de obrar con pulcritud y dotar de eficiencia a los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer de dinero público. Tal deber también constituye objeto de protección sustancial, debido a que la colusión se configura en determinado contexto administrativo de compras estatales³³. En otras palabras, lo que pretende impedir el tipo penal de colusión es que los intereses privados del propio funcionario y el interesado se superpongan sobre el interés público que debe regir en la administración de recursos del Estado; deben primar siempre el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial estatal y el mantenimiento de su neutralidad entre los administrados³⁴.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación de las normas contenidas tanto en la Constitución Política como en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Al respecto, ha subrayado las obligaciones asumidas por el Estado peruano y precisado que es necesario garantizar que las contrataciones estatales se efectúen mediante un procedi-

30 Véase Recurso de Nulidad 1842-2016-Lima (Caso Alex Kouri), del 6 de julio del 2017.

31 Véase Recurso de Nulidad 4661-2007-Ucayali, del 30 de marzo del 2009.

32 Véase Casación 542-2017-Lambayeque, del 3 de mayo de 2019.

33 Véase Casación 9-2018-Junín, del 26 de junio del 2019.

34 Véase Recurso de Nulidad 207-2019-Loreto, del 10 de octubre del 2019.

miento que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica, técnica y respetando los principios, tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia, y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. Producto de este análisis, el máximo intérprete de la Constitución reconoce que el fin constitucional de la persecución penal en los delitos contra la administración pública se justifica en la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del Capítulo IV, del Título I, De la Función Pública, y que el fundamento de esta afirmación se encuentra en el principio de buena administración; es decir, de la vocación de servicio que deben tener los órganos de gobierno.

5. Conclusión

El bien jurídico protegido es el criterio que permite garantizar la legitimidad de la intervención del derecho penal; por ende, se constituye en uno de sus pilares fundamentales —junto con los principios de fragmentariedad y de *ultima ratio*— para cuidar la aplicación racional y legítima del derecho penal. La vigencia de estos principios resulta de capital importancia en el ámbito de los delitos contra la administración pública, donde justamente, con frecuencia, se suele sancionar simples infracciones administrativas como delitos. Por ello, en el caso del delito de colusión, se debe reparar en que la razón de la sanción va más allá del solo incumplimiento de funciones o de la presencia de irregularidades administrativas. Aquí la sanción penal se legitima únicamente si está orientada a la protección del correcto funcionamiento de la administración pública, si se busca proteger la legalidad e imparcialidad en el ámbito de los procesos de contratación pública. En suma, la sanción se legitima solo si sanciona como delito la acción dolosa del funcionario público orientada a afectar los intereses patrimoniales mediante actos de concertación que afectan la legalidad e imparcialidad que deben primar en los procesos de contratación pública.

REFERENCIAS

- Abanto Vásquez, Manuel. *Derecho penal económico: consideraciones jurídicas y económicas*. Lima: Idemsa, 1997.
- Abanto Vásquez, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. 2.ª ed. Lima: Palestra, 2003.
- Appel, Ivo. *Verfassung und Strafe: zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*. Berlín: Duncker & Humblot, 1998.
- Cáceres Julca, Roberto y Juan Carrión Díaz. *El delito de colusión: aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Idemsa, 2011.
- Castillo Alva, José Luis. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- Chanjan Documet, Rafael H. «El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública». *Revista Derecho Penal y Criminología* 38, n.º 104 (enero-junio 2017): 121-150.
- Díaz Guevara, Juan José. «La colusión desleal: “corruptio unius est generatio alterius”». *Derecho y Cambio Social* 5, n.º 14 (agosto 2008). <https://www.derechocambiosocial.com/revista014/colusion.htm>
- Frisancho Aparicio, Manuel y Raúl Peña Cabrera. *Tratado de derecho penal: delitos contra la administración pública*. Lima: Fecat, 1999.
- García Cavero, Percy. «Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal». En *El delito de colusión desleal*. Lima: Grijley, 2008.
- García Cavero, Percy. *Derecho penal económico. Parte especial*. Vol. 2. 2.ª ed. Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- Guimaray Mori, Erick. «Sobre la captura del regulador y el injusto penal de colusión». *Themis. Revista de Derecho*, n.º 68 (2015): 129-137.

- Guimaray Mori, Erick y Julio Rodríguez Vásquez. «Colusión por comisión por omisión: el caso de los alcaldes y los presidentes regionales». *Ius et Veritas* 24, n.º 51 (diciembre 2015): 286-296. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15664>
- Hurtado Pozo, José. *Manual de derecho penal. Parte general*. Vol. 1. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2005.
- Jäger, Herbert. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*. Stuttgart: Enke, 1957.
- Joecks, Wolfgang y Klaus Miebach, eds. *Münchener Kommentar Zum Strafgesetzbuch*. Múnich: C.H. Beck, 2003-2006.
- Lagodny, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalität*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.
- Marca Romero, Elmer. «Análisis dogmático-normativo del delito de colusión: a propósito de la modificación efectuada por la Ley n.º 29758». *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.º 26 (agosto 2011): 21-38.
- Martínez Huamán, Raúl Ernesto. «El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión». *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.º 79 (enero 2016): 90-116.
- Martínez Huamán, Raúl Ernesto. *Delito de colusión: doctrina y jurisprudencia*. Lima: Editores del Centro, 2019.
- Medina Jara, Rodrigo. «Constitución, bien jurídico y derecho penal». *Revista Chilena de Derecho* 20, n.º 2-3 (mayo-diciembre 1993): 303-310.
- Mir Puig, Carlos. *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*. Barcelona: Bosch, 2000.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 6.ª ed. Barcelona: Reppertor, 2002.
- Montoya Vivanco, Yván et al. *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

- Montoya Vivanco, Yván *et al.* *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Open Society Foundations, 2015.
- Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 4.^a. Lima: Grijley, 2007.
- Rojas Vargas, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, 2016.
- Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4.^a ed. Múnich: C. H. Beck, 2005.
- Salgado González, Álvaro. «Constitución, norma y ley penal». *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* 7, n.º 14 (2015): 42-52.
- Salinas Siccha, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. 5.^a. ed. Lima: Editorial Iustitia, 2019.
- Tiedemann, Klaus. «Constitución y derecho penal». *Revista Española de Derecho Constitucional* 11, n.º 33 (septiembre-diciembre 1991): 145-171.
- Weigend, Thomas. «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als grenze staatlicher Strafgewalt». En *Festschrift für Hans Joachim Hirsch (FS-Hirsch)*, editado por Thomas Weigend y Georg Küpper, 917-939. Berlín: De Gruyter, 1999.
- Wessels, Johannes, Werner Beulke y Helmut Satzger. *Derecho penal. Parte general: el delito y su estructura*. Traducido de la 26.^a edición alemana por Raúl Pariona Arana. Lima: Instituto Pacífico, 2018.

Sobre el autor

Doctor en Derecho por la Universidad de Múnich (Alemania). Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad ESAN. Socio del Estudio Pariona Abogados.