

SOBRE LA CAPTURA DEL REGULADOR Y EL INJUSTO PENAL DE COLUSIÓN

ABOUT THE CAPTURE OF THE REGULATOR AND THE CRIMINAL OFFENCE OF COLLUSION

Erick Guimaray Mori*
Pontificia Universidad Católica del Perú

The State delegates the provision of an important number of services of general interest for society, and the State delegates them to private economic operators. However, in these circumstances the need for regulation in order to achieve allocative efficiency underlies as a duty of the State.

In this article, the author presents how the criminal offence of collusion is a way of regulatory capture, and how it brings along negative consequences for the social welfare and progress. The author also reaches a conclusion concerning which is the legal right protected with the aforementioned crime.

KEY WORDS: *Public Services; regulatory capture; Criminal Law; legal right protected; collusion.*

El Estado delega la prestación de una serie de servicios de interés general para la sociedad en agentes económicos privados. Sin embargo, en estas circunstancias subyace como deber del Estado la necesidad de regulación en aras de conseguir eficiencia asignativa.

En el presente artículo, el autor expone cómo el delito de colusión es una forma de captura del regulador, y cómo ello trae consigo consecuencias negativas para el bienestar y progreso social, además de presentar cuál es el bien jurídico que se protege en el mencionado delito.

PALABRAS CLAVE: *Función Pública; captura del regulador; Derecho Penal; bien jurídico; colusión.*

* Abogado. Magíster en Sistema Penal, Criminalidad y Políticas de Seguridad por la Universidad de Cádiz. Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro del Grupo de Estudios "Derecho Penal y Corrupción", adscrito al Vicerrectorado de Investigación de la PUCP. Contacto: evguimaraym@pucp.pe.

I. MARCO DESCRIPTIVO DEL HECHO A REGULAR: "CAPTURA DEL REGULADOR"

La capacidad de producción y planificación del Estado no necesariamente debe ser la suficiente para afrontar con eficiencia y eficacia la labor de dación de servicios públicos; más aún cuando se trata de servicios o bienes que cuestan menos si son producidos o entregados por un solo agente que cuando son producidos por dos o más –monopolios naturales¹, como por ejemplo los relacionados con la satisfacción de necesidades básicas de la población.

El Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, menciona en su artículo 3 que “[s]e requiere concesión definitiva [...]”, para hacer referencia a la distribución de electricidad con carácter de servicio público, entre otros supuestos. Así, algunos servicios públicos, sin dejar de ser de interés general, no tienen que ser prestados únicamente por entidades públicas. Y, en estas circunstancias, es vital el papel subyacente del Estado, respecto de regular –supervisar– la labor realizada por los agentes del mercado elegidos para la dación del servicio público que se trate².

Una de las principales razones que avalan el papel regulador del Estado tiene que ver con la presunción de que ante un sistema sin regulación, las empresas tendrán escasos incentivos para incluir en sus cuentas los daños sociales que produzcan sus acciones (ejemplos: contaminación ambiental, salud y beneficio laboral)³. Por lo demás, el regulador –el Estado– debe tener el mismo cuidado tanto en la elección del agente como en la realización del servicio delegado: su ejecución y la forma cómo llega hasta los usuarios.

Decir que algunos servicios públicos, sin dejar de ser de interés general, no tienen que ser prestados únicamente por entidades públicas permite argumentar a favor de un concepto amplio de funcionario público a efectos penales. Pues, si de lo que se trata es de una delegación de funciones –reglada y sujeta a estrictos parámetros de

selección propios de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento–, en el titular de cesión o delegación se activan una serie de deberes y competencias, los mismos que definen la naturaleza de un servicio público, pensado únicamente en beneficio general. Por ende, se activan en el postor ganador de la buena pro –para concretar el ejemplo– los mismos deberes de un funcionario público: el postor ganador, a efectos penales, es un funcionario público. Y es que, en definitiva, el deber extrapenal que se infringe con una conducta de corrupción ha de precisarse, en cada caso, en el tipo penal específico⁴.

Este tipo de valoración se condice, de hecho, con una interpretación sistemática del concepto de funcionario público, que sobrepasa lo regulado en el artículo 425 del Código Penal. Es el caso del artículo 392 del Código Penal que, al extender tipicidad, también lo hace respecto de un elemento –funcionario público– sobre sujetos que actúan como particulares, con recursos particulares, en el sistema económico particular, pero ejerciendo funciones prestacionales.

Del mismo modo, lo que aquí se argumenta se condice con la propuesta del proyecto de Ley del Nuevo Código Penal, que en su artículo 17 inciso 8 menciona que, para efectos de la ley penal, son funcionarios públicos “[...] los que expresamente están señalados en los tipos penales” –Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República del Perú, de fecha 9 de diciembre de 2014–; y, además, con el concepto amplio de funcionario público presente en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, artículo 2, literales a y b, y en la Convención Interamericana contra la Corrupción, artículo 1.

En términos generales, se conoce como “Captura del Estado” a los intentos de las empresas por influir en la formulación de leyes, políticas y reglamentación del Estado, a cambio de pagos ilícitos a funcionarios públicos⁵, respecto de determinados asuntos directamente relacionados con la actividad económica realizada por las empresas.

¹ GALLARDO, José. “Disyuntivas en la teoría normativa de la regulación: el caso de los monopolios naturales. Documento de Trabajo 164”. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. p. 6. En: <http://departamento.pucp.edu.pe/economia/images/documentos/DDD164.pdf>.

² BOEHM, Frédéric. “Corrupción y Captura en la regulación de los servicios públicos”. En: *Revista de Economía Institucional* 7. 2005. pp. 245-246.

³ GUASCH, José Luis y Robert W. HAHN. “The cost and benefits of regulations: implications for developing countries”. En: *The World Bank Research* 14 (Febrero). 1999. p. 138.

⁴ ASUA BATARRITA, Adela. “La Tutela Penal del Correcto Funcionamiento de la Administración. Cuestiones Político Criminales. Criterios de Interpretación y Delimitación Respecto a la Potestad Disciplinaria”. En: ASUA BATARRITA, Adela (Editora). “Delitos Contra la Administración Pública”. Bilbao: IVAP. 1997. p. 22.

⁵ HELLMAN, Joel y Daniel KAUFMANN. “La Captura del Estado en las economías en transición”. En: *Revista Finanzas & Desarrollo*. 2001. p. 31.

El éxito de la captura del Estado es directamente proporcional a la gravedad de una mala gestión de gobierno; de hecho, los beneficios privados para las empresas captoras tienen un alto costo socioeconómico⁶. Y esto es así no solo en términos de competencia, acceso a mercados, parcialización de sanciones y en un uso político que se convierte en una especie de racionalidad económica de libre mercado⁷.

Si tomamos como punto de partida la actividad prestacional del Estado, la mala gestión de gobierno tendrá repercusión directa en la creación de mercados paralelos respecto del acceso y goce de una serie de servicios básicos en la población, pues con las “coimas” solo algunos gozarán de lo que fue pensado para todos⁸. En términos específicos, una forma de “capturar al Estado” es a través de su función reguladora respecto de bienes o servicios de carácter público encargados o delegados en un determinado particular –agente económico del mercado– mediante un determinado proceso de selección.

Es decir, el deber de regulación, que consiste básicamente en la elección y control de la función delegada, puede crear oportunidades de corrupción⁹. De un tipo de corrupción que involucre necesariamente al agente económico del mercado. Este riesgo se conoce como “captura del regulador”, y puede presentarse en principalmente tres momentos: (i) la entidad reguladora puede estar al servicio del regulado (captura ejecutiva); (ii) antes de la existencia de legislación, se intentará capturar al poder legislativo (captura legislativa); y, (iii) la entidad reguladora puede estar al servicio de los propios funcionarios públicos encargados (captura política)¹⁰.

Cierto es, también, que no toda influencia de los agentes económicos sobre las decisiones públicas –y, en el caso concreto, respecto de las entidades reguladoras– debe reputarse ilícita o corrupta, en todos y cada uno de los casos. Prueba de ello es

la existencia de la Ley 28024, Ley que Regula la Gestión de Intereses en la Administración Pública. El artículo 3 de la anotada ley menciona: “[s]e entiende por gestión de intereses a la actividad según la cual personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, promueven de manera transparente sus puntos de vista en el proceso de decisión pública, a fin de orientar dicha decisión en el sentido deseado por ellas”.

Esta podría ser una forma, por ejemplo, de captura legislativa correcta o legalmente permitida. Aunque el cariz ilegal de este supuesto podría darse cuando el *lobby* busque regulaciones laxas, precios altos y sanciones mínimas, por citar algunos casos. Es decir, la captura distorcionaría las reglas de regulación a favor de la empresa, eliminando la eficiencia asignativa (óptimo entre la calidad del servicio y sus costos)¹¹.

Sin embargo, cuando el agente económico captura al regulador de forma ilícita, es decir, cuando el particular somete a sus intereses la labor del funcionario público, estamos ante un supuesto antijurídico; estamos ante un injusto de corrupción. Una conducta se califica como corrupta porque quien la realiza utiliza el poder del que dispone guiado por intereses distintos al del titular del poder cedido¹². Se trata de conductas que desvían el poder público hacia intereses o poderes particulares¹³, convirtiendo a los mismos en la causa o razón de los actos públicos¹⁴.

El saldo social de un supuesto de corrupción siempre es el mismo en términos de ineficiencia: el regulador no cumple con su función y los perjudicados con el abuso de poder son los usuarios o beneficiarios, por un lado; y, por otro, la calidad del servicio estará muy por debajo de lo esperado, pues el agente “invierte” muchos recursos en evadir el control, y esto perjudica nuevamente a los usuarios o beneficiarios. Pero también perjudican a los propios agentes del mercado, por ejemplo, en comparación con sus ingresos, las firmas menores

⁶ Ibid. p. 33.

⁷ ISAZA GÓMEZ, Omar. “Corrupción, captura del Estado y privatizaciones. Tres formas ilegítimas de apropiación de lo público”. En: RINCÓN PATIÑO, Rafael (Compilador). “Corrupción y derechos humanos: estrategias comunes por la transparencia y contra la impunidad”. Medellín: IPC. 2005. p. 27.

⁸ YAMADA, Gustavo y Ricardo MONTERO. “Doble a triple castigo: burocracia, corrupción e inequidad en los servicios públicos en el Perú”. En: Revista Economía y Finanzas 78 (Noviembre). 2011. p. 31.

⁹ KAUFMANN, Daniel. “Corrupción y Reforma Institucional: el poder de la evidencia empírica”. En: Revista Perspectivas 3. 2000. p. 374.

¹⁰ BOEHM, Frédéric. Óp. cit. p. 248.

¹¹ Ibid. pp. 255-258.

¹² SABÁN GODOY, Alfonso. “El marco jurídico de la corrupción”. Madrid: Civitas. 1991. p. 9.

¹³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “Viejo y nuevo Derecho Penal”. Madrid: Iustel. 2012. p. 192.

¹⁴ VIRGOLINI, Julio. “Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción”. En: HENDLER, Edmundo e Ignacio TEDESCO (Directores). “Colección Tesis Doctoral 2”. Buenos Aires: Editores del pueblo. 2004. p. 258.

o pequeñas gastan más en sobornos o coimas que las empresas o firmas líderes del mercado¹⁵.

Dicho de otra forma, la corrupción obstaculiza el principal objetivo de la regulación: mediar entre los intereses de las empresas privadas y los intereses de los usuarios, garantizando la prestación eficiente y eficaz del servicio¹⁶. Los entes reguladores tienen como objetivo ampliar la cobertura del servicio, con niveles de calidad mínimos y precios justos¹⁷.

Si tan importante es la actividad del regulador, su independencia financiera, la dación de recursos necesarios y el que esté libre de presiones políticas se tornan como implementaciones imprescindibles¹⁸.

Sin perjuicio de lo antes indicado, y como muestra de la complejidad criminológica de la categoría delictiva de corrupción, la excesiva, opaca o muy poco previsible regulación se muestra como contributiva de la mayor corrupción administrativa¹⁹. Los altos niveles de burocracia casi siempre se correlacionan con altos niveles de corrupción²⁰; por ejemplo, un alto grado de intervención del Estado en la economía distorsiona una serie de presupuestos de eficiencia, dando paso a la corrupción²¹. Esta realidad puede desembocar en la propuesta respecto de reducir el papel del Estado –enfoque minimizador del Estado–, respecto de su participación en licitaciones, licencias, administración de recursos, etcétera.

De hecho, ante la escasa coordinación de los entes reguladores, la disparidad en sus resoluciones, un gran nivel de discrecionalidad, aparejado con varias fases de un mismo procedimiento o las distintas instancias que permiten entorpecer la decisión final o incluso “vencer” en cualquier instancia, la opción de corromper al ente regulador se muestra más que seductora a efectos de evadir sanciones y reducir los costos de la ilegalidad de la actividad comercial.

Por lo demás, la amplitud de supuestos de corrupción, la permeabilidad de la Administración Pública

y la cotidianidad de actos corruptores por parte de los agentes económicos tienen como consecuencia, no siempre positiva, la drástica legislativa para hacer frente al fenómeno²².

II. ANÁLISIS DE TIPLICIDAD DEL DELITO DE COLUSIÓN

El delito de colusión está regulado en el artículo 384 del Código Penal en los siguientes términos:

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contrataciones públicas 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 [...] defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido [...]”.

A. Apuntes generales

El texto transcrito fue modificado por el artículo único de la Ley 30111, de fecha 26 de noviembre del año 2013. Incorpora un supuesto base y uno agravado, respecto del efectivo daño patrimonial al Estado. Situación que no puede llevar a la confusión de que sea el patrimonio del Estado el bien jurídico protegido en el delito de colusión. Es decir, la cualificación del tipo penal desde el resultado supone solo una respuesta punitiva de mayor intensidad a la inobservancia de la única norma penal que comunica la prohibición. La defraudación de la que habla el texto legal tiene que ver con deberes de relevancia penal que nacen desde el propio seno de la Administración (respecto de los funcionarios públicos) y desde el sometimiento a sus parámetros (respecto de los particulares interesados).

A su vez, la Convención Interamericana contra la Corrupción –parte del Derecho nacional en virtud del artículo 55 de la Constitución Política del Perú– menciona en su artículo XII que “para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los ac-

¹⁵ THE WORLD BANK. “Trends in Corruption and a Regulatory Burden in Eastern Europe and Central Asia”. Washington D.C: The World Bank. 2011. p. 28.

¹⁶ BOEHM, Frédéric. Óp. cit. p. 251.

¹⁷ DURAND CARRIÓN, Julio Baltazar. “Desafíos en el desarrollo de los servicios públicos y la infraestructura para promover el comercio, el crecimiento y el desarrollo en el Perú”. En: Revista de Derecho Foro Jurídico 13 (Marzo). 2014. p. 243.

¹⁸ Ibid. p. 248.

¹⁹ THE WORLD BANK. Óp. cit. p. 30.

²⁰ YAMADA, Gustavo y Ricardo MONTERO. Óp. cit. p. 35.

²¹ KAUFMANN, Daniel. Óp. cit. p. 376.

²² THE WORLD BANK. Óp. cit. p. 33.

tos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado”. Argumentar lo contrario permitiría concluir que ante la inexistencia de daño patrimonial, o incluso ante la mejoría patrimonial como consecuencia de una conducta corrupta, el hecho debería ser considerado atípico.

En la valoración jurídico-penal, los conceptos “funcionario” o “servidor público” deben considerarse indistintamente, pues hacen referencia a un mismo supuesto de tipicidad: un sujeto que dentro de un contexto normativo idóneo puede vincular al Estado con sus actos. En razón de dicho *status* –como representante del Estado–, puede crear riesgos prohibidos contra determinado bien jurídico relacionado a la Administración Pública.

En este orden de ideas, es un acierto especificar que la intervención ilícita del servidor o funcionario puede darse de forma directa o indirecta, pues los supuestos de corrupción más emblemáticos tienen como principal característica la ausencia en la sucesión fáctica de los hechos de las cabezas de institución, jefes o autoridades de más alto rango, aunque la gesta corrupta tenga su anuencia y hasta su dominio.

En este sentido, valga la aclaración que, siendo la concertación ilícita el núcleo de la prohibición, poco o nada importa si de forma *ex post* el acuerdo ilegítimo tiene resultados positivos para la Administración, como tampoco que la concertación presuponga la abdicación de deberes por parte del funcionario público o el cumplimiento de los mismos; de igual modo, si el agente participa en la modalidad de comisión o en la modalidad de omisión (comisión por omisión, por la presencia irremediable del deber de garante).

Finalmente, la concertación –como objeto de prohibición– no es un acto instantáneo que finaliza con el “acuerdo”. Se prohíben –además, y bajo el título de delito de colusión– los actos de ejecución de aquella concertación ilícita: irregularidades administrativas que se suceden en el *iter* de la contratación –por ejemplo–, que permiten advertir la participación en calidad de autores o partícipes de toda la pluralidad de intervinientes.

B. Sobre el bien jurídico protegido en el delito de colusión

La Administración Pública, en términos penales, puede definirse como el conjunto de recursos –bienes y servicios– con los que cuenta el Estado para cumplir con sus fines constitucionales. Y en tal medida, la naturaleza jurídica de la Administración se define desde sus fines: (i) prestacional; (ii) objetivo; y, (iii) legal (bien jurídico categorial en los delitos de

corrupción). Dicho de otro modo, la administración de los recursos del Estado ha de estar sujeta a parámetros normativos (legalidad), realizarse de forma imparcial (objetividad) y siempre al servicio de la comunidad, es decir, guiada por el interés común o beneficio general (prestacionalidad).

La definición de bien jurídico que aquí se propone cobra mayor sentido si se atiende al hecho de que los principales servicios públicos objeto de contratación pública son, a su vez, derechos fundamentales (salud, vivienda y educación). Con lo cual, la eficiencia –como asignación prestacional, objetiva y legal– de los recursos que el Estado administra se convierte en un instrumento promotor del ejercicio de los principales derechos fundamentales.

Desde este punto de vista, cuando el Estado actúa como agente económico del mercado –parte contractual, usuario, concedente, etcétera– se buscará que éste asigne eficientemente sus recursos, no solo por lo escaso de los mismos, sino principalmente porque de esta forma se salvaguarda la objetividad, imparcialidad y prestacionalidad de la gestión pública de la que se trate. El momento de protección tiene que ver con el proceso de utilización, gasto, inversión o asignación de los recursos; no así con el resultado económico, social o político de dicho proceso.

Por ende, los parámetros normativos que rigen el sistema de contratación con el Estado, por ejemplo, están pensados para asegurar la asignación eficiente de recursos cuando el Estado se desenvuelva como usuario o parte contractual del mercado económico de bienes y servicios. Que en los hechos tal asignación no tenga el rédito o rendimiento económico positivo esperado es algo que escapa del alcance prohibitivo de la norma del artículo 384 del Código Penal (sin que ello implique descartar algún tipo de control administrativo). Y esto es así porque la determinación del riesgo prohibido en Derecho Penal se determina de forma *ex ante*.

C. Sobre el bien jurídico protegido y el contexto normativo de su lesión

La nueva norma de contrataciones con el Estado es la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, publicada el 11 de julio de 2014, aun sin reglamento y, en tanto ello, es el Decreto Legislativo 1017 la norma vigente, que en su artículo 2 menciona como objetivo el “maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las entidades del sector público [...] bajo las mejores condiciones de precio y calidad”. Similar redacción podemos encontrar en el artículo 1 de la Ley 30225.

Lo que ambas redacciones muestran es el interés estatal de asegurar las mejores condiciones en la dación de servicios, bienes u obras a favor de los usuarios. Los contratos administrativos se realizan por requerimiento de la población²³: la asignación busca repercutir directamente en el bienestar de la población. Y, en términos penales, se busca evitar que el proceso de asignación se desnaturalice –al desvincularse de principios básicos de transparencia, publicidad y equidad del artículo 4 del Decreto Legislativo 1017– con la mediación de gestas corruptas llevadas a cabo por los funcionarios competentes que tienen el deber, justamente, de asegurar el proceso.

El artículo 384 del Código Penal sanciona el acuerdo colusorio en cualquier etapa de las modalidades de contratación pública. Dicho de otro modo, el proceso de contratación o adquisición de bienes, obras o servicios es considerado como un único acto en el que se debe salvaguardar la asignación eficiente de recursos. A su vez, partiendo de que no toda concertación es ilegal *per se*, el precepto penal en comentario sanciona la concertación entre funcionario y particular interesado que tiene por finalidad defraudar al Estado.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, el vocablo “concertar” significa “traer a identidad de fines o propósitos cosas diversas o intenciones diferentes”. Así, el injusto de la colusión supone la convergencia de intereses entre particular y funcionario, los mismos que se oponen diametralmente al propósito de asignación eficiente de recursos, y de esto también se predica que si confluyen intereses que lesionan un mismo deber es porque ambos –funcionario y particular– lesionan, por supuesto en distinto grado, el mismo deber. La defraudación que sanciona el tipo penal viene determinada en dos sentidos:

- a) Sobre el funcionario público se descargan una serie de deberes, que en el caso que nos ocupa están relacionados a salvaguardar la asignación eficiente de recursos: algo que en el marco de contrataciones con el Estado viene determinado por la sujeción legal que debe observar dicho funcionario en cualquiera de las etapas de la contratación, de acuerdo a sus competencias, sean estas directas o indirectas²⁴. Por otro lado, esta premisa permite argumentar que los delitos

de corrupción, y en específico el delito de colusión, son delitos de infracción de deber²⁵.

- b) El deber de asegurar la asignación eficiente de recursos cuando el Estado actúa como agente económico del mercado también recae sobre el particular. Sin predicar de él, *prima facie*, que sea un funcionario público, lo cierto es que al entrar en un proceso de licitación –por ejemplo– el particular tiene el deber de someterse a las reglas de contratación pública pensadas justamente para asignar eficientemente los recursos del Estado. Cuando el sujeto concursa en el marco de una licitación pública, incorpora en su esfera de competencia el deber de no desnaturalizar el *telos* de las contrataciones públicas.

Se trata del mismo deber que recae entre funcionario y particular interesado, con la diferencia que el primero se encuentra en una situación de mayor sujeción, en virtud del *status* que posee, el mismo que por el poder decisorio –en cualquier etapa del proceso de contratación– dota a sus conductas de mayor idoneidad lesiva. Del lado del particular, el deber que se comenta solo se activará cuando el sujeto esté frente a la Administración Pública como postor en una licitación. Esta es la misma idea que subyace en la tipificación del delito de cohecho activo genérico. Por lo demás, la diferencia entre ambos injustos –la del funcionario y la del particular– la marcará el *quantum* de pena a imponer en cada caso.

Por otra parte, el bien jurídico “eficiente asignación de recursos” propio del delito de colusión es el mismo incluso en procesos de exoneración. El artículo 20 del Decreto Legislativo 1017 prevé la exoneración del proceso de licitación por diversas razones, como las siguientes: cuando la contratación se da entre entidades públicas, en situación de desabastecimiento, por emergencias derivadas de acontecimientos catastróficos, secreto militar, razones técnicas o servicios personalísimos.

En estos supuestos no existe excepción alguna respecto de la protección del bien jurídico propuesto. Por ejemplo, ante un evento catastrófico, una forma de asignación eficiente de recursos vendrá determinada por la idoneidad del servicio contratado de cara a la mitigación o solución del problema acaecido. Del mismo modo, las razones técnicas

²³ RETAMOZO LINARES, Alberto. “Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control”. Lima: Juristas Editores. 2010. p. 59.

²⁴ Ibid. pp. 163-166.

²⁵ VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. “Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General”. Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública-Universidad de Santiago de Compostela. 2003. p. 344

deberán estar solventadas en estudios previos objetivos –de mercado, por ejemplo– que den cuenta de la escasez del servicio en el mercado y de su necesidad. Por el contrario, si se contrata con una empresa de maquinaria pesada ante el derrumbe de una montaña y la misma, al momento de su elección, no contaba con el *stock* necesario o implementase su servicio semanas después del desastre, no se podrá argumentar que los recursos se asignaron eficientemente y esta situación de inidoneidad o retraso en el cumplimiento podrán ser indicios del delito de colusión.

Decir que el reguardo de la eficiente asignación de recursos del Estado subyace incluso en supuestos de exoneración permite inferir, además, que el principio administrativo de equidad y el valor de la libre competencia entre postores, si bien es cierto describen la naturaleza criminológica del delito de colusión, no son parte del bien jurídico protegido. Es decir, ante un desastre natural, dada la urgencia, la oportunidad de asegurar la libre competencia cederá ante el apremio de los problemas, y parece ser que la única exigencia que queda en pie es la eficiente asignación de recursos administrados o de propiedad del Estado.

Sin embargo, la oportunidad de libre competencia de los postores como requisito necesario de un proceso que busque la eficiente asignación de recursos del Estado –por ejemplo, la “adjudicación de menor cuantía” del artículo 18 del Decreto Legislativo 1017– es algo que casi siempre describe el evento criminal en el delito de colusión: sea porque simplemente el proceso de competencia no se da o porque se lleva a cabo de manera aparente o simulada. Aunque de esta constatación no pueda afirmarse que sea la competencia el bien jurídico protegido en el delito que se analiza.

Valga aquí recordar que las irregularidades administrativas son, en gran medida, indicios razonables de la comisión del delito de colusión (también del delito de peculado, del de negociación incompatible y del cohecho, por citar algunos ejemplos). Y esto es así porque una operación corrupta no siempre supone actos delictivos individuales²⁶, sino será la valoración global del hecho la que nos muestre el delito en su verdadera dimensión.

Asimismo, en muchas ocasiones existe una especie de “corrupción legal”, entendida como el marco normativo previo que aumenta el poder discrecional y reduce el deber de rendición de cuentas respecto de ciertas competencias funcionariales

que a la postre permiten la realización del delito. Sin embargo, también es cierto que en algunos supuestos, para la realización de un delito de corrupción se necesita la concurrencia de otros tipos penales: falsificación para el peculado o cohecho y tráfico de influencias para la colusión.

El marco normativo del delito de colusión no se circunscribe únicamente a la Ley de Contrataciones del Estado, sino que, como la propia redacción típica lo estipula, puede existir colusión cuando el Estado actúa como agente económico en proceso de concesión. De hecho, en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú se menciona lo siguiente: “[...] Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.

Ejemplos de las normas que regulan las condiciones de concesión son:

- a) Ley 26221 (Ley Orgánica de Hidrocarburos), artículo 2: “[e]l Estado promueve el desarrollo de las actividades de Hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica con la finalidad de lograr el bienestar de la persona humana y el desarrollo nacional”. El libre acceso y la libre competencia son formas de asegurar la asignación eficiente de recursos, cuando de compuestos orgánicos, gaseosos, líquidos o sólidos consistentes principalmente de carbono e hidrógeno se trate;
- b) Ley 28278 (Ley de Radio y Televisión), que estipula en el artículo I de su Título Preliminar el principio de **uso eficiente del espectro**, el mismo que supone “[...] la asignación de frecuencias y el otorgamiento de la autorización para la prestación de los servicios de radiodifusión, se efectúa bajo criterios de objetividad, transparencia e imparcialidad, de acuerdo con la disponibilidad de frecuencias”; y,
- c) Finalmente, la Ley 26821 (Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales), procura la asignación eficiente de recursos no solo desde la retribución económica hacia el titular –Estado–, sino principalmente, respecto de los propios re-

²⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César. “La persecución penal de la corrupción política en el Perú”. En: Revista JUS Doctrina & Práctica 7. 2007. p. 104.

cursos, en su artículo 28: “El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables consiste en la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores o beneficios reales, evitando o mitigando el impacto negativo sobre otros recursos del entorno y del ambiente”.

Cada uno de los supuestos mencionados incorpora el concepto de “eficiente asignación de recursos” desde distintas fórmulas normativas; dicho de otro modo, en cada ejemplo mencionado subyace el objeto de protección penal del delito de colusión.

III. CAPTURA DEL ESTADO COMO INJUSTO PENAL DEL DELITO DE COLUSIÓN

¿Qué tiene que ver el concepto de “captura del regulador” con el injusto de colusión? La respuesta a esta interrogante busca armonizar el desvalor penal de la concertación con el papel diezmado del regulador, relación que trae como consecuencia el perjuicio de los beneficiarios del servicio u obra que se trate.

Cuando el Estado licita la compra de bienes –computadoras, cámaras de vigilancia, vehículos, etcétera–, cuando realiza un concurso público para la contratación de personal, concesiona la explotación de alguno de sus recursos naturales o licita la construcción de determinada infraestructura de desarrollo social –hospital, carreteras, colegios, etcétera–, su papel como **regulador** se manifiesta en dos momentos: (i) momento *ex ante*, en el cual la búsqueda de la eficiencia asignativa, a efectos penales, se torna en un bien jurídico protegido; y, (ii) una vez elegido el agente del mercado, el deber de regulación recae sobre la función misma de control y sanción respecto de la actuación del proveedor, concesionario o constructor elegido (por citar algunos ejemplos). Entonces, en esta descripción, proteger al regulador es el fundamento último de punición en el delito de colusión.

Cuando un postor en una convocatoria laboral capta al funcionario seleccionador, lo que se pone en riesgo es la asignación económica del concepto remunerativo “hora/hombre”, al margen de que se elija al sujeto más responsable y capaz, pues el riesgo penal se determina de forma *ex ante*. Del mismo modo, cuando el comité de selección es captado por empresarios a efectos de que se escojan a los consorcios por ellos dirigidos, se pone en riesgo la asignación presupuestal pensada para determinada obra pública, al margen de que la obra termine por ser una de las mejores del país, pues, otra vez, el resultado no se condice con el núcleo de protección. También, cuando un funcionario es captado por alguna empresa extranjera

para la explotación de determinado recurso natural, lo que se pone en riesgo es la sostenibilidad del recurso.

Ahora bien, en caso la selección del agente económico cuente con la legitimidad propia de haber seguido los cánones normativos pertinentes, el regulador también puede ser captado. Cuando la función de supervisión es puesta al servicio de quien debe ser supervisado ocurre exactamente el mismo daño sobre el objetivo de asignar eficientemente los recursos que el Estado administra. Pues, en esta situación, la eficiencia ganada en la selección no se plasmará en la ejecución.

¿Por qué es tan importante proteger al regulador en ambos momentos de la manifestación de su función? La respuesta tiene que ver con el injusto penal de corrupción. Utilizar el poder público en beneficio privado es intolerable en sociedad, más que por beneficiar a unos pocos, por perjudicar a muchos. Cuando el regulador es captado, las externalidades negativas de tal conducta repercuten directamente en los usuarios de la actividad regulada, quienes no cuentan con los medios ni incentivos suficientes para repeler el daño. Pues, si partimos de que el Estado delega funciones relacionadas a servicios públicos que se condicen con el ejercicio de los principales derechos fundamentales, pronto caeremos en cuenta que los beneficiarios de aquellos servicios son los más vulnerables en sociedad.

La selección de un defensor de oficio por criterios amicales que repercuten en la supervisión de su labor, y que al mismo tiempo tal abogado cobre “coimas” a sus defendidos, perjudica al usuario del servicio que obviamente recurre al defensor de oficio por no contar con mayores recursos para su defensa jurídica. El hospital o colegio público mal construido perjudica a los usuarios –pacientes y escolares– que, dada la realidad del mercado educativo y de salud, no son los más privilegiados en cuanto al acceso y calidad del servicio. La concepción vía prebendas a favor de funcionarios por parte de las empresas mineras, cuya actividad extractiva termina contaminando irremediablemente ríos, cuencas o manantiales, perjudica a personas que viven de la agricultura, pues vuelve inoperantes sus sistemas de riego, lo mismo que sus tierras, y no estamos frente a ciudadanos ubicados en los estratos más altos de la sociedad.

Sin perjuicio de lo indicado, es cierto que la corrupción afecta tanto a ricos como a pobres, como también es cierto que toda conducta corrupta de colusión debe ser sancionada, se trate o no de servicios de apoyo social o claramente asistenciales. Pero, siendo que la actividad del regulador tiene como

finalidad última el bienestar y progreso social –eficiencia asignativa–, no debería ser considerado incorrecto construir el razonamiento de desvalor penal comenzando sobre los estamentos que más bienestar y progreso reclaman.

IV. CONCLUSIONES

- a) La autonomía e independencia –en términos de financiamiento– del regulador, como la propia asignación de recursos para su trabajo, se tornan en necesidades institucionales primigenias para su éxito; así como también la necesidad de mantener al regulador fuera del alcance de presiones políticas.
- b) Las formas en las que el Estado interactúa con los agentes del mercado no solo se da en el marco de las contrataciones con el Estado; puede incluso darse en concesiones y en cualquier actividad en la que el Estado actúe como un agente económico demandante de determinados bienes.
- c) Es necesario reducir la autoridad discrecional de los funcionarios; parece ser una me-

da idónea para eliminar oportunidades de exigir sobornos²⁷.

- d) Los usuarios deben ejercer mayor influencia. Los intereses de los usuarios en el juego del regulador pueden servir de contrapeso al interés de la industria o de la política²⁸.
- e) El bien jurídico categorial en los delitos de corrupción tiene que ver con el fin objetivo, legal y prestacional de la administración pública.
- f) El bien jurídico protegido en específico en el delito de colusión tiene que ver con el objetivo de asignar eficientemente los recursos administrados por el Estado. La competencia entre los agentes económicos que interactúan con el Estado ante sus demandas solo es parte de la descripción del fenómeno, no así el objeto del injusto.
- g) El delito de colusión es una forma de captar al regulador, cuya sanción penal encuentra su fundamento desde las bases democráticas de bienestar y progreso social.

²⁷ KAUFMANN, Daniel. Óp. cit. p. 31.

²⁸ BOEHM, Frédéric. Óp. cit. p. 261.