

Los actos de corrupción en las contrataciones del estado a consecuencia del Covid-19: ¿delito funcional o infracción administrativa?

Acts of corruption in government contracts as a result of Covid-19: official crime or administrative infraction?

Blas Torres Puraca*

Universidad Nacional del Altiplano

Sumario: I. Introducción – II. Derecho Penal – III. Derecho Administrativo Sancionador – IV. Delitos contra la Administración Pública – 4.1. El delito de colusión – 4.2. El delito de negociación incompatible – V. Las contrataciones del estado en situación de emergencia – 5.1. La contratación directa – 5.2. Los actos de corrupción en las contrataciones directas – VI. Diferencia entre el delito funcional y la infracción administrativa – VII. Casos prácticos: colusión y negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo – VIII. Conclusiones

» RESUMEN

El presente artículo aborda los posibles escenarios de corrupción en las contrataciones directas por situación de emergencia a consecuencia del covid – 19. Los delitos que se cometen en las contrataciones directas son el delito de colusión y negociación incompatible. En ese sentido, los funcionarios públicos podrían ser sancionados penalmente, empero, también podría ocurrir que sean sancionados administrativamente, dependiendo de la conducta específica, ahí la importancia de la diferencia entre un delito funcional y una infracción administrativa. Para sostener esta diferenciación nos tenemos que remitir a los principios del derecho penal y a la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos.

» PALABRAS CLAVE

Delito funcional / infracción administrativa / contratación directa / derecho administrativo sancionador / irregularidades administrativas

Fecha de recepción: 21-08-2020

Fecha de aprobación: 19-09-2020

» ABSTRACT

This article addresses possible corruption scenarios in direct contracting as a result of the covid - 19. The crimes committed in direct contracting are the crime of collusion and incompatible negotiation. In this sense, public officials could be criminally sanctioned, but they could also be administratively sanctioned, depending on the specific conduct, hence the importance of the difference between an official crime and an administrative infraction. To sustain this differentiation, we have to refer to the principles of criminal law and the nature of the legal assets protected.

» KEYWORDS

Civil service offence / administrative offence / direct booking / punitive administrative law / administrative irregularities

* Estudiante de la Universidad Nacional del Altiplano. Contacto: blas_1997_@hotmail.com

Este artículo, publicado por la Revista Aequitas, es de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución –No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional, <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0>, que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada. Para uso comercial, por favor póngase en contacto con contacto@revistaaequitas.pe

I. INTRODUCCIÓN

En estos tiempos de emergencia nacional no sabemos qué nos afecta más, la corrupción o el covid – 19. El gobierno central, mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, declaró el estado de emergencia a nivel nacional con la finalidad de evitar la propagación de la pandemia, el mismo que ha estado prorrogándose.

En ese sentido, la cuarentena puso como obligación a la administración pública enfrentar tal situación pensando en el bienestar de toda la población, para ello se tomó diferentes medidas económicas, las mismas que en cierta medida fueron implementadas a través de los gobiernos regionales y locales, pues se pensó que los gobernadores y alcaldes por su mayor cercanía a su población podían satisfacer de mejor manera las necesidades de su gente.

La administración pública a nivel general (gobierno central, regional y local) posee mecanismos legales para la contratación de bienes, servicios y obras; quizá el marco normativo más aplicable y resaltante es la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Pues en estos tiempos tal norma legal permite a las entidades públicas y, principalmente a los centros de salud, el abastecimiento de mascarillas, respiradores artificiales, camas hospitalarias, alcohol gel, alimentos básicos, etc.

En la realización de estas contrataciones para afrontar la pandemia se vienen suscitando innumerables actos de corrupción por parte de los funcionarios y servidores públicos, configurándose los delitos de colusión y negociación incompatible. La dimensión de este problema es tan grande que llegó hasta la Contraloría General de la República, entidad que fiscaliza el buen uso de los recursos públicos por parte de los funcionarios y servidores públicos; hasta resulta paradójico. Se precisa que¹: “según reportes oficiales de la Contraloría General de la República, en la última década (2009 – 2019) se tiene a 15 574 funcionarios y servidores involucrados en actos de corrupción o inconductas funcionales”. Panorama que nos hace pensar que a la actualidad no ha habido grandes cambios.

Frente a tal panorama, el objetivo del presente artículo jurídico es analizar e identificar si las conductas de los funcionarios y servidores públicos *-en este contexto-* configuran un ilícito penal o un ilícito administrativo. Más aun tomando en cuenta la situación que resulta extremadamente grave en vista de que los agentes públicos en este contexto actúan *-se supone-* con el deber especial de disminuir los efectos negativos de esta pandemia en la población. Sin embargo, lastimosamente vemos que no es así.

II. DERECHO PENAL

El derecho penal es un medio de control social que se encarga de proteger los bienes jurídicos de mayor importancia en el ámbito de un estado democrá-

tico de derecho. A este mecanismo se puede recurrir cuando los demás controles sociales no sean suficientes ni eficaces para prevenir, regular, controlar y sancionar una conducta antijurídica.

El derecho penal se rige bajo los principios de mínima intervención (última ratio) y el de carácter fragmentario o subsidiario. En ese sentido, se afirma: “El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima, esto es, que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. En consecuencia, las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho”².

Por otro lado, el profesor García señala que: “Los principios de última ratio o mínima intervención del derecho penal, precisa que este sólo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o conflicto social no pueda ser resuelto con los otros sistemas de control extrapenales puesto que, el derecho penal no es un instrumento de control más, sino que, a causa de las consecuencias de su aplicación, deviene de un mecanismo especialmente problemático para los ciudadanos y la sociedad, es decir que solo las lesiones más insoportables a los bienes jurídicos más importantes deben castigarse penalmente”³.

De esta forma, podemos afirmar que el derecho penal es un mecanismo de *ultima ratio*, pues actúa de manera subsidiaria al proteger y sancionar los bienes jurídicos de mayor relevancia para la sociedad. Ello coincide con el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal: Principio de Lesividad, en cuanto señala: “La pena, necesariamente, precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley”, pues esta lesión no tiene que ser de cualquier tipo, sino una lesión que trascienda a los ámbitos de los demás mecanismos de control social, ya que son sumamente reprochables desde cualquier punto de vista, dicha lesión no puede ser un desliz del derecho administrativo.

Justamente estos principios fueron desarrollados por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario n.º 07-2019/CIJ-116 de fecha 10 de septiembre de 2019, en donde todos los vocales supremos en lo penal acordaron: “**52. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales expuestos que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias (...)”.

III. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONA-

1 SHACK, Nelson (2020). El Modelo de Control Concurrente. Como Eje Central de un Enfoque Preventivo, Célebre y Oportuno del Control Gubernamental en el Perú. Lima: Gaceta Jurídica, p.13.

2 MUÑOZ, Francisco (2010). Derecho Penal. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, p.72.

3 GARCÍA, Percy (2019). Derecho Penal. Parte General. Lima: Ideas, p.135.

DOR

El Recurso de Nulidad n.º 2090-2005-LAMBA-YEQUE, en su fundamento jurídico N.º 4, señala: “El derecho administrativo sancionador busca garantizar y proteger sólo el funcionamiento correcto de la administración pública, las sanciones administrativas tienen en general la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidos para un buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen solo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales”.

De lo mismo, se advierte que en el ámbito del derecho administrativo sancionador no se observa el principio de lesividad, pues no es necesario la verificación de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. Tampoco la verificación del aspecto subjetivo del dolo, ello en razón a que las conductas funcionales pasibles de sanción se enmarcan dentro de una negligencia, descuido o imprudencia del agente público, materializado en la vulneración de las normas administrativas, no generando una mayor perturbación social, sino simplemente una afectación entre empleador y el agente público.

Los bienes jurídicos que se protegen en este ámbito han sido delimitados por el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República, mediante la Resolución n.º 172-2016-CG/TSRA-PRIMERA SALA, pues se señala que: “(...) el bien jurídico protegido de las infracciones administrativas son los principios, deberes y prohibiciones establecidas en las normas de ética y probidad de la función pública (...). Entonces podemos concluir que las infracciones administrativas constituyen actos de desobediencia ético - valorativamente neutras y que su tratamiento es de manera interna en la entidad estatal”.

IV. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los delitos contra la administración pública son tipos penales especiales, no solo por su complejidad, sino “por cuanto en ellos el sujeto activo que comete el delito mantiene vinculación con la administración pública mediante deberes preexistentes de cuidado, protección y fomento de los valores integrantes del bien jurídico penal administración pública”⁴.

Ahora bien, el Acuerdo Plenario n.º 002-2011/CJ-116, en su fundamento jurídico N.º 9 señala: “Actualmente en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor, característica intrínseca a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos”. Justamente a este tipo de delitos se les conoce como delitos de infracción del deber, pues los agentes públicos infringiendo deberes y obligaciones señaladas en leyes y normas administrativas (ROF, MOF, directivas, resoluciones, etc.), cometen delitos funcionariales o contra la administración pública.

Estos delitos resultan muy importantes por el contexto que atravesamos (Covid-19), pues toda entidad pública está disponiendo recursos públicos para tratar de contrarrestar los efectos de la pandemia; en estas operaciones (contratación pública) muchos de los agentes públicos se ven inmersos en diferentes actos de corrupción, configurándose su conducta en los delitos de colusión y negociación incompatible; delitos que analizaremos a continuación.

IV.1. El delito de colusión

Mamani señala: “Según el DRAE, el término de colusión significa pacto ilícito en daño de tercero, por lo que el *nomen iuris* del art. 384 del CP no podría resultar más apropiado, en efecto, según en la norma citada, el funcionario o servidor público que por razón de su cargo concierta con los interesados en cualquier etapa de la contratación pública en agravio del Estado comete el delito de colusión simple. En este caso se trata de un delito de mera actividad, pero, si se comprueba que existió defraudación patrimonial en agravio del Estado, pasaría a ser colusión agravada, convirtiéndose, en consecuencia, en un delito de resultado”⁵.

Un elemento central del delito de colusión es la concertación o pacto colusorio entre el agente público y el particular, empero, en la práctica probatoria es muy difícil acreditar dicho pacto con una prueba directa, ello es obvio porque los acuerdos clandestinos se hacen a escondidas, es por ese motivo que la jurisprudencia reconoce la condena por este delito a través de la prueba indiciaria.

Al respecto, el Recurso de Nulidad n.º 1722-2016 DEL SANTA, en su fundamento jurídico N.º 8 señala:

4 ROJAS, Fidel (2017). Manual Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos. Lima: nomos & thesis, p. 60.

5 MAMANI, Ángel Ernesto Mendivil (2020). «Problemas dogmáticos fundamentales y jurisprudenciales del delito de colusión.» Actualidad Penal, p. 82.

“La concertación, ante la ausencia de prueba directa – *testigos presenciales o documentos que contienen la existencia de reuniones, contactos y acuerdos indebidos*–, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria. Por ejemplo, i) si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes – verbigracia: celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, faltas de cuadros comparativos de precios de mercado, elaboración del mismo patentemente deficiente, ausencia de reuniones formales del comité o “subsanações” o “regularizaciones” posteriores en la elaboración de la documentación, etc. –; ii) si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad – *marcado de favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores*–, y iii) si los precios ofertado – *y aceptados*– fueron sobrevalorados o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencias del servicio público o fundamento de la adquisición, en consecuencia, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio al Estado”.

Ahora bien, no toda concertación entre el agente público y el particular tiene relevancia penal, sino, solo la concertación que causa perjuicio al Estado. Por otro lado, no toda irregularidad en la contratación pública genera la comisión del delito de colusión, pues esta irregularidad tendría que ser muy notoria o inexplicable. Parecido criterio tiene nuestra Corte Suprema en el Recurso de Nulidad n.º 367-2018, al señalar en su fundamento jurídico N.º 3.13 lo siguiente: “Cabe puntualizar que las irregularidades en cualquier contratación pública o errores en procedimientos administrativos, si bien por sí mismos y apreciados individualmente carecen de relevancia penal, valorados en conjunto, bajo las reglas de la sana crítica y en atención a otros medios probatorios, pueden constituir indicios que sirven como base de la prueba indiciaria en torno a la responsabilidad penal por el delito de colusión (...)”.

IV.2. El delito de negociación incompatible

Según el magistrado Salinas: “El delito de negociación incompatible se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, se interesa o se inclina de manera particular en forma directa, indirecta o por actos simulados por cualquier contrato u operación que realizan los particulares con el Estado”⁶. Este interés o inclinación puede darse en cualquier etapa de la contratación pública, puede ser antes, durante o

después, lo trascendental es que el agente público sobrepone sus intereses particulares o de terceros frente a los intereses colectivos, del que se supone protege y promueve.

Ahora bien, los actos objetivos por los cuales se pueden manifestar el interés indebido del agente no solo se configuran resolviendo, individual o colectivamente la contratación, sino, elaborando dictámenes, asesorando, preparando el expediente técnico, aprobando o ratificando una propuesta. También se evidencia con la proposición, deliberación, ratificación, modificación, revocación o anulación, etc. No es necesario que el agente público firme personalmente algún documento.

El Recurso de Nulidad n.º 3291-2011-JUNIN señala que este tipo penal es de peligro y se consuma al verificarse el interés del particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos y operaciones. Ahora bien, en estos tiempos de pandemia, según Chavez “dicho interés podría configurarse cuando un funcionario o servidor público al momento de llenar el padrón de beneficiarios de las canastas básicas familiares, termina incluyendo como beneficiario a un familiar suyo”⁷.

V. LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO EN SITUACIÓN DE EMERGENCIA

En el marco de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley), existen procedimientos de selección para que una entidad pública se abastezca de bienes o servicios, sin embargo, se debe entender que durante el estado de emergencia nacional estos procedimientos tienen una tratativa diferente. Para ello, la Ley en su art. 27, numeral 1, prevé la realización de una contratación directa en estas situaciones, asimismo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado (en adelante el Reglamento) en su art. 100, señala el procedimiento para efectuar este método de contratación.

Ahora bien, en tiempos de emergencia atrás quedaron los procedimientos clásicos como la licitación pública, el concurso público y otros; pues lo que se busca es un abastecimiento de bienes o servicios de forma inmediata, justamente para eso estuvo pensado la contratación directa. En ese sentido veamos a detalle cómo funciona esta figura de la contratación.

V.1. La contratación directa

6 SALINAS, Ramiro (2019). Delitos contra la administración pública. Lima: Iustitia, p. 674.

7 CHÁVEZ, Sergio (2020). «Los delitos contra la administración pública en estados de emergencia - tiempos del covid 19.» Escuela de Gestión Pública y Derecho, p.5.

La contratación directa es un procedimiento de selección excepcional. Para su aplicación debe presentarse una de las causales previstas en el art. 100 del Reglamento, una de estas causales es la **situación de emergencia**, la que coincide con el contexto en el que nos encontramos. Es así que, esta forma de contratación permite suprimir la realización de una fase competitiva, es decir, que de las tres (3) etapas de contratación – i) *actuaciones preparatorias*, ii) *procedimiento de selección* y iii) *ejecución contractual* – solo se desarrollará la última etapa.

Al respecto Gonzales precisa: “Bajo esta forma de contratación, los funcionarios de una entidad están autorizados de contratar directamente con un proveedor, invitándolo si es necesario. Así también, se permite que la entidad regularice la documentación de las actuaciones preparatorias, por ejemplo, el requerimiento, el informe técnico, el informe legal, los requisitos para suscribir el contrato, la resolución o acuerdo que lo aprueba, entre otros”⁸. El plazo de regularización es dentro de los 10 días posteriores a: i) la entrega del bien, ii) la primera entrega, en caso de suministros, iii) el inicio de la prestación del servicio y iv) el inicio de la ejecución de la obra.

La situación de emergencia sanitaria por noventa (90) días fue declarado mediante Decreto Supremo n.º 008-2020-SA a partir del 11 de marzo de 2020, la misma que fue ampliada por el mismo plazo mediante Decreto Supremo n.º 020-2020-SA, por lo tanto, con dicha disposición legal queda claro que estamos ante la causal de situación de emergencia para la aplicación de la contratación directa.

Por último, Gonzales señala que: “A su vez, mediante el Decreto de Urgencia n.º 025-2020, publicado el 11 de marzo de 2020, se autorizó de manera excepcional que el sector salud y sus estamentos contraten bienes y servicios en el marco de la contratación directa regulado por el art. 27, literal b) de la Ley. En similar sentido, mediante el Decreto de Urgencia n.º 033-2020, publicado el 27 de marzo de 2020, se autorizó que los gobiernos regionales y locales durante el año fiscal 2020, contraten de manera directa para las adquisiciones de las canastas básicas familiares y otros bienes estrictamente necesarios para contrarrestar la pandemia”⁹.

V.2. Los actos de corrupción en las contrataciones directas

Por la urgencia o inmediatez de este tipo de contratación pueden concurrir diversos actos de corrupción, por ejemplo, de las noticias sabemos que los hospitales compran equipos sobrevalorados, mascarillas con características inapropiadas, incluso algunas entidades contratan con empresas inscritas en el rubro de obras para que les abastezca con un bien, esto es ilegal. De igual forma, tenemos que los municipios adquieren alimentos de primera necesidad a los proveedores que no cuentan con el registro nacional de proveedores ni con registro sanitario, peor aún, sobrevalorados y en estado de vencimiento.

Asimismo, no se regulariza los documentos de las actuaciones preparatorias dentro del plazo legal, quizá porque es difícil sustentar la contratación con una empresa de algún familiar o amigo, incluso los agentes públicos direccionan el otorgamiento de las canastas básicas a sus amigos o familiares, los cuales no lo necesitan a diferencia de otras personas.

Todos estos posibles escenarios de corrupción tienen que ser sancionados, sin embargo, por respeto a la constitución y las leyes, debemos identificar adecuadamente si estas conductas en las contrataciones directas son delitos funcionariales o infracciones administrativas.

VI. DIFERENCIA ENTRE EL DELITO FUNCIONARIAL Y LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

A lo largo de la historia doctrinaria y jurisprudencial, se ha tratado de diferenciar los ilícitos penales funcionales de los ilícitos administrativos, empero, no siempre se ha tenido resultados claros y correctamente delineados; la práctica funcional ha dejado en claro que resulta un tanto complicado advertir cuándo una conducta funcional supera o no, los parámetros del derecho administrativo, trayendo como consecuencia la realización de procesos penales insulsos, generando gastos económicos para el estado (en personal, logística, tiempo, etc).

Muchas veces los funcionarios y servidores públicos han sido procesados penalmente y administrativamente al mismo tiempo, lo cual ha generado la invocación *-por parte de los abogados defensores-* del principio de *ne bis in idem*, el mismo que ha sido desarrollado en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC Exp. N.º 1556-2003-AA/TC y Exp. 719-96-AA/TC).

8 GONZALES, Juan (2020). «Implicancias de la Covid-19 en las contrataciones del Estado peruano.» *Gestión Pública & Control*, p. 89.

9 GONZALES, Juan (2020). «Implicancias de la Covid-19 en las contrataciones del Estado peruano.» *Gestión Pública & Control*, p. 87.

Ahora bien, según Ríos “existen dos posturas marcadas que pretenden dar respuesta a la relación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. En primer orden tenemos a la **Escuela Cualitativa**, que afirma una diferenciación basada en la aptitud de la conducta de lesionar o no un bien jurídico, dicha conducta podía quedar enmarcada dentro de los parámetros del derecho administrativo sancionador, en la medida que implicase un “acto de desobediencia ético – valorativamente neutro; en segundo orden tenemos a la **Escuela Cuantitativa**, pues ésta corriente precisa que la diferenciación estará dada únicamente por el mayor o menor contenido de injusto que pueda tener una conducta, es decir, el injusto asociado a una conducta penalmente reprochable será mayor que aquel que realiza el contenido de un ilícito administrativo”¹⁰.

Más allá de las posturas doctrinarias y jurisprudenciales, existe diferencias prácticas que se da en el día a día, las mismas que se presentan en las entidades públicas, Contraloría General de República, Ministerio Público y Poder Judicial, instituciones que deben saber limitar las conductas para no poner en funcionamiento innecesario el aparato estatal, mucho menos vulnerar los derechos de las personas sometidas a procesos penales y a procedimientos administrativos. Por esa razón, presentamos un cuadro didáctico que da pautas desde diferentes perspectivas para la debida delimitación de cada conducta.

Cuadro de diferencias (realización propia)

	INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA	DELITO FUNCIONARIAL
NATURALEZA JURÍDICA	Constituye una desobediencia por parte del agente público a la relación de dependencia con la administración pública. La vulneración formal a preceptos meramente administrativos, siendo necesario solamente la puesta en peligro de los valores ético funcionales. Conducta mono – ofensiva, (agente público a la entidad).	Conducta que materializa una lesión a un bien jurídico de vital valor social (derechos fundamentales). Conducta antisocial que vulnera intereses vitales para la existencia de una sociedad. Conducta típica, antijurídica, culpable y punible (imposición de una pena). Conducta pluriofensiva.
ASPECTO SUBJETIVO	Supone necesariamente la ausencia de conductas dolosas. Se limita a conductas negligentes, imprudentes o de descuido.	Se advierte el conocimiento por parte de los sujetos públicos de los elementos objetivos de los tipos penales, en consecuencia, debe concurrir el dolo. Ello implica, no sólo el quebrantamiento de las normas administrativas, sino, las normas penales.

10 Ríos, Rodrigo (2010). «Injusto Monopólico, entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador.» Derecho y Humanidades, p. 174.

BIEN JURIDICO PROTEGIDO	El correcto funcionamiento de la entidad pública en específico. El resguardo de la estructura y organización de la administración estatal. Los deberes de cuidado de los agentes públicos, respecto de las normas administrativas de su función.	El correcto funcionamiento de la administración pública, de manera general (art. 39-41 de la Constitución Política). Principios fundamentales (peculado: principio de no lesionar el patrimonio público; colusión: principio de integridad, principio de transparencia y principio de igualdad de trato a los postores; cohecho: principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de funciones y servicios; etc.)
--------------------------------	--	---

VII. CASOS PRÁCTICOS: COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO

CASO 01: CAS. 841-2015-AYACUCHO

“En el año 2011 el Gobierno Regional de Ayacucho declaró en situación de emergencia la afectación de sus pastizales por un bicho de la zona, en ese sentido, decidieron contratar de manera directa para la adquisición de tractores para contrarrestar la afectación del bicho, es así que, Edwin Teodoro Ayala Hinostraza, Jefe de la Oficina de Abastecimiento del Gobierno Regional de Ayacucho, en fecha 28 de diciembre de 2011 cursa invitaciones a las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A., sin embargo, recién en fecha 29 de diciembre de 2011 se aprobaron las bases. Asimismo, el procesado Ayala Hinostraza en fecha 26 de diciembre de 2011 emitió las órdenes de compra en favor de las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A., es decir antes de que se otorgue la buena pro, la misma que se realizó el mismo día en que se aprobaron las bases, o sea, el 29 de diciembre de 2011”. Al procesado se le imputa el delito de negociación incompatible.

¿Delito funcional o infracción administrativa?

En el fundamento N° 20 de la casación se señala: “(...) Los defectos administrativos que pueden ser subsanados vía regularización administrativa, carecen –por si solos– de relevancia para el derecho penal”. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son pasibles a ser subsanados. En una contratación en situación de emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de la prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contratación como la única que admite regularización administrativa.

El mismo fundamento señala que: Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si viene

acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal. Es el caso, por ejemplo, del delito de colusión, en donde un elemento externo al proceso de contratación (el acuerdo colusorio), hace que dichos efectos administrativos adquieran otra interpretación, incluso para el caso de la contratación por situación de emergencia.

El fundamento N° 21 agrega: “(...) Si nos encontramos frente a un proceso normal de contrataciones con el Estado y se presentaran los defectos administrativos, los cuales no pueden ser regularizados, podría ser entendible como una prueba del quebrantamiento de un deber penal”.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema resuelve declarado fundado la casación en el extremo del citado, pues se concluye que su conducta no constituye un delito funcional (negociación incompatible), sino, una infracción administrativa, en consecuencia, se absuelve al procesado. Un caso similar es resuelto por la Casación n.° 23-2016-ICA.

CASO 02: CASO HIPOTÉTICO PROPUESTO POR EL PROFESOR CHÁVEZ¹¹

“Una entidad pública adquiere mascarillas de una empresa proveedora que no cumple con determinados requisitos exigidos por la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, pues no se encuentra dentro del rubro de ventas y tampoco cuentan con las medidas de salubridad ni registros sanitarios, tampoco cuenta con la experiencia debida, asimismo, se evidencia la sobrevaluación de las mascarillas y peor aún, el proveedor mantiene algún tipo de vinculación con el funcionario que interviene en alguna etapa de la contratación, sin embargo, a pesar de estas irregularidades los funcionarios de dicha entidad le dan la buena pro a dicha empresa”.

¿Delito funcional o infracción administrativa?

De una primera lectura podemos percibir que estamos frente al delito de colusión simple, pues solo así se explicaría la conducta del agente público en favor del proveedor, empero, debemos tener en cuenta que los requisitos legales exigidos por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento (RNP en el rubro pertinente, certificado de registro sanitario, no estar inhabilitado o impedido para contratar) son aspecto meramente formales del derecho administrativo y que por supuesto que deben ser cumplidos, no obstante,

cabe analizar si inobservar dichos requisitos formales nos llevaría a la conclusión de que el agente público haya infringido un deber de carácter penal.

De lo señalado en el caso anterior, se advierte que para concluir que tal inconducta funcional conlleva a la configuración de un delito funcional (colusión simple), tiene que existir elementos externos adicionales a las inobservancias formales, ahí la importancia de las investigaciones, pues el fiscal tendría que solicitar la autorización para el levantamiento del secreto de las comunicaciones, el levantamiento del secreto bancario y otros, ello, para verificar la existencia de alguna posible comunicación entre el agente público y el proveedor, o en su defecto, algún depósito bancario en la cuenta del funcionario público; sólo así podríamos concluir razonablemente que estamos frente a un delito de colusión simple. Por lo tanto, las irregularidades señaladas en el caso concreto vendrían a ser meros indicios de la comisión del delito. En consecuencia, sólo si se tiene algunos elementos externos podría calificarse como delito funcional, de lo contrario, solo sería una infracción administrativa.

VIII. CONCLUSIONES

El derecho penal, al amparo del principio de intervención mínima o de última ratio, solo justifica su actuación cuando los demás controles sociales no sean eficaces ni adecuados para afrontar una conducta antijurídica de los funcionarios y servidores públicos. Es decir, el derecho penal es subsidiario a los demás controles sociales, y que sólo vale recurrir a este control social cuando la afectación producto de la conducta antijurídica, sea muy grave.

En las contrataciones por situación de emergencia existe una gran probabilidad que ocurran actos de corrupción, ello por la alta discrecionalidad de los funcionarios públicos al momento de seleccionar a un proveedor.

Las irregularidades administrativas en las contrataciones directas, por si solas, no constituyen elementos suficientes para determinar que nos encontramos ante un delito funcional, sino que, estas irregularidades deben estar acompañadas de elementos externos para precisar que nos encontramos ante un delito contra la administración pública.

No toda conducta antijurídica del funcionario y servidor público es delito, muchas veces puede constituir sólo una infracción administrativa, y que el reconocimiento o la identificación de ello es sumamente importante para no poner en funcionamiento, de manera insulsa, todo el aparato estatal.

11 CHÁVEZ, Sergio (2020). «Los delitos contra la administración pública en estados de emergencia - tiempos del covid 19.» Escuela de Gestión Pública y Derecho, p. 4.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- García, Percy. *Derecho Penal. Parte General*, Lima: Ideas, 2019.
- Mir, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: B&F, 2016.
- Muñoz, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Rojas, Fidel. *Manual Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública cometida por Funcionaris Públicos*, Lima: nomos & thesis, 2017.
- Salinas, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*, Lima: Iustitia, 2019.
- Shack, Nelson. *El Modelo de Control Concurrente. Como Eje Central de un Enfoque Preventivo, Cé-*

lere y Oportuno del Control Gubernamental en el Perú, Lima: Gaceta Jurídica, 2020.

ARTÍCULOS EN REVISTAS Y OBRAS COLECTIVAS

- Chávez, Sergio, «Los delitos contra la administración pública en estados de emergencia - tiempos del covid 19.» *Escuela de Gestión Pública y Derecho*, 1-7, 2020.
- Gonzales, Juan, «Implicancias de la Covid-19 en las contrataciones del Estado peruano.» *Gestión Pública & Control*, 86-93, 2020.
- Mamani, Ángel Ernesto Mendivil, «Problemas dogmáticos fundamentales y y jurisprudenciales del delito de colusión.» *Actualidad Penal*, p. 82, 2020.
- Rios, Rodrigo, «Injusto Monopólico, entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador.» *Derecho y Humanidades*, 173-186, 2010.