

El bien jurídico protegido en el delito de colusión como garantía del derecho fundamental al agua potable

The legal asset protected in the crime of collusion as a guarantee of the fundamental right to drinking water

LUCILA RAQUEL YAMPUFÉ ESPINOZA¹

Resumen. El presente trabajo de investigación surge de la preocupación que genera el gran número de obras y proyectos de infraestructura de agua potable que se encuentran paralizadas o inconclusas, afectando el derecho humano de acceso al agua potable. Una de las causas por las que estas obras no concluyen de manera satisfactoria son las malas prácticas o comportamientos corruptos en la administración pública, principalmente en el sector de las contrataciones públicas. Siendo responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos dar un uso correcto a los recursos públicos. Esta investigación busca la modificación del artículo 384° del Código Penal, referido al tipo penal de colusión, debiéndose establecer que la sanción será mayor cuando recaiga sobre obras de infraestructura de agua potable.

Palabras clave: Bien jurídico, Colusión, Derecho fundamental al agua potable

Abstract. This research work arises from the concern generated by the large number of works and infrastructure projects for drinking water that are paralyzed or unfinished, affecting the human right of access to drinking water. One of the reasons why these works do not conclude satisfactorily is bad practices or corrupt behavior in the public administration, mainly in the public contracting sector. It is the responsibility of public officials and servants to make proper use of public resources. This investigation seeks the modification of article 384 of the Criminal Code, referring to the criminal type of collusion, and it must be established that the sanction will be greater when it falls on drinking water infrastructure works.

keywords: Legal good, Collusion, Fundamental right to drinking water.

¹ Abogada por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo: lucyames.20@gmail.com

Sumario: 1. Introducción. 2. Métodos y materiales. 3. Discusión. 3.1. Desarrollo doctrinario de la teoría del derecho fundamental al agua potable. 3.2. Descripción dogmática de la naturaleza jurídica del tipo penal de colusión y la interpretación del bien jurídico protegido. 3.3. Propuesta de una circunstancia agravante en el tipo penal de Colusión respecto a la protección especial del derecho fundamental al agua potable. 3.4. Ampliación del tipo penal de colusión respecto a la protección especial del derecho fundamental al agua potable. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. . I N T R O D U C C I Ó N

El desarrollo de este trabajo de investigación ha tenido como principal motivación el garantizar el derecho fundamental del acceso al agua potable de los ciudadanos, un derecho esencial para el pleno goce de la vida, así como la realización de otros derechos fundamentales. Frente a las numerosas obras de servicio de agua potable que se encuentran paralizadas e inconclusas, así como otras ya culminadas, que presentan graves deficiencias para su funcionamiento, por los malos comportamientos de los funcionarios y servidores públicos en las etapas de las contrataciones públicas, afectando la calidad de vida y salud de los pobladores. Siendo los delitos más recurrentes en este sector el de peculado y colusión. De acuerdo a lo señalado, para la ejecución de este trabajo académico se ha sintetizado el problema en una sola interrogante que se muestra de la siguiente manera: ¿En qué medida resulta jurídicamente apropiada la ampliación del tipo penal de colusión respecto a la protección especial del derecho fundamental al agua potable?

En ese sentido, el inicio de la investigación se proyectó con una respuesta a dicha interrogante, en base a los conocimientos a priori que se tuvieron sobre el tema del bien jurídico protegido en el delito de colusión, planteándose de la siguiente manera: Si se toma como argumento la percepción del bien jurídico en función al interés social; entonces, jurídicamente resulta apropiada la ampliación del tipo penal de colusión respecto a la protección especial del derecho fundamental al agua potable.

2. . M É T O D O S Y M A T E R I A L E S

Para el desarrollo de la investigación se acudió a la estructura metodológica que apoya la estructura de análisis en función a ciertos parámetros que permiten la observación jurídica de la realidad, tal es así que se han agrupado en dos secciones, la primera que se ocupa de la interpretación de las reglas, orientada al reconocimiento de la estructura legal y sus efectos. De otro lado se ha tenido en cuenta un grupo de métodos que se ocupan de observar la realidad en el ámbito

de aplicación de estas reglas o la necesidad de que se adecuen a un formato más idóneo para la protección de los derechos que interesan a la colectividad.

El método exegetico jurídico

Teniendo en cuenta que la aplicación de este método jurídico se orienta a la interpretación de las reglas en función a sus contenidos gramaticales, se ha revisado la estructura legislativa del tipo penal de colusión contenido en el artículo 384 del ordenamiento jurídico sustantivo penal, ello con la finalidad de revisar su construcción literal y en razón de ello enfocarse sobre la intención del legislador, para reconocer en ello el aspecto proteccionista que se le otorga en razón al bien jurídico del correcto funcionamiento de la administración pública.

Dado ello, se ha de considerar prudente que la verificación del ámbito de aplicación que corresponde a la administración pública, incorpora el entendimiento interpretativo de todos los derechos que le corresponde garantizar al Estado. Ello debería entenderse en función al efecto de control que le corresponde a la entidad estatal, que pese a no estar contenido en la literalidad de la regla debe asumirse como una cuestión relacional.

El método sistemático jurídico

El mencionado método “(...) introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente; que, por tanto, siendo parte de este sistema, y no pudiendo desafinar ni rehuir del mismo (...)” (Franco, 2004).

Conforme se aprecia de la estructura analítica exegetica de la regla materia de análisis, el ejercicio se realiza desde un punto de vista independiente, esto es la observación de la regla de manera aislada; luego, en esta fase de la interpretación de las reglas, corresponde observar al tipo penal de colusión en función al esquema jurídico al que pertenece, así pues, se ha tenido en consideración dos niveles, el primero que corresponde al normativo constitucional como la base del ordenamiento y el segundo en función al sistema jurídico penal en el que se ha insertado.

De acuerdo al primer nivel interpretativo desde el punto de vista sistemático, se ha reconocido que la relación directa que tiene con el control que le corresponde al Estado para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales, orienta la protección de la correcta administración pública, para que se contemplen acciones garantizadoras para los derechos que se enlazan con la ejecución de obras públicas

EL BIEN
JURÍDICO
PROTEGIDO
EN EL DELITO
DE COLUSIÓN
COMO
GARANTÍA
DEL DERECHO
FUNDAMEN-
TAL AL AGUA
POTABLE

que son de labor esencial de parte del Estado.

Luego en cuanto a la determinación de su presencia en el ordenamiento sustantivo penal, se advirtió que la estructura donde se incorpora la regla del tipo penal de colusión, resulta apropiada en cuanto a las acciones que se vinculan con el ejercicio administrativo del Estado, a fin de asegurar el bienestar de toda la ciudadanía, mediante la aplicación de sanciones que proyectan protección de los bienes jurídicos, siendo que la correcta administración se vincula con todos los derechos que le corresponden a la ciudadanía.

3. . D I S C U S I Ó N

En función al objeto de la investigación que se proyectó sobre la tarea de observar si resulta jurídicamente apropiada la ampliación del tipo penal de colusión para lograr aquella finalidad que debiera corresponder como traslación de la garantía constitucional que supone la protección especial del derecho fundamental al agua potable; es que se ha tenido en consideración la síntesis de los contenidos de la tesis que se ejecutaron en razón de las metas planteadas por los objetivos específicos.

Por lo mismo que en esta fase se ha creado el discurso crítico para orientar la toma de postura sobre cada una de las metas trazadas en la investigación, lo cual se muestra a continuación de manera detallada.

3.1 Desarrollo doctrinario de la teoría del derecho fundamental al agua potable

3.1.1 *El reconocimiento del carácter fundamental del derecho al agua potable*

Uno de los ejes temáticos de la investigación es el derecho fundamental al agua potable, por lo que resulta indispensable hacer un recuento teórico sobre el reconocimiento del agua como derecho fundamental, por ello requiere de una justificación previa que se relacione con su carácter natural, por lo mismo que es preciso entenderla desde su propia composición para lo cual se toma como referencia lo señalado por el autor Fonseca (2010), señala que “esta materia tiene una excelente composición química la cual está formado por dos átomos de hidrogeno y uno de oxígeno; líquido a temperatura ambiente (excepto en los polos y en la atmosfera) incoloro, inodoro, e insípido, esencial para perpetuar el ciclo de la vida en la tierra”. (p. 17)

Este concepto permite reconocer no solo las cualidades físicas o químicas

del elemento, sino que invita a la percepción de cierto nivel de importancia para el ser humano, puesto que resultaría indispensable para la existencia del mismo y bajo el entendido caso de que el derecho constitucional se orienta a la protección del ser humano a través de la garantía que ofrece los derechos fundamentales, es necesario reconocer en dicha configuración la importancia del elemento que se está estudiando.

Por ello se ha de tener en cuenta lo señalado por Andaluz (2006): “(...) Es vital para los principales ecosistemas, así como para la salud humana, la producción de alimentos, el desarrollo económico, la estabilidad social y política (...)” (p. 53).

El reconocimiento normativo del Derecho al agua adquiere su importancia en base a lo que el autor señala como la necesidad de alcanzar el desarrollo social y político, ello dada la importancia que tienen las normas contenidas en la constitución, se puede entender por justificada la incorporación de este derecho bajo el carácter de fundamental, toda vez que se relaciona en forma directa con la propia existencia del ser humano que garantiza el Estado a través de las reglas que se generan.

Tal construcción normativa obedece a cierta estructura lógica que corresponde a las normas jurídicas que según García (1953) quien señala: “(...) encierran siempre una o varias hipótesis, cuya realización da nacimiento a las obligaciones y los derechos que las mismas normas, respectivamente, imponen y otorgan. Encontramos aquí una diferencia capital entre los supuestos morales y jurídicos. Los primeros condicionan la producción de deberes; (...) Según Kelsen, la estructura lógica de éstas puede resumirse así: en determinadas circunstancias, un determinado sujeto debe observar tal o cual conducta; si no la observa, otro sujeto, órgano del Estado, debe aplicar al infractor una sanción” (p. 170).

El autor señala que la construcción de las normas jurídicas da nacimiento a una serie de obligaciones y derechos, tal como es el derecho fundamental al agua potable. Dichas normas son de carácter obligatorio, principalmente para los funcionarios públicos, principales custodios de los intereses del Estado. Según Kelsen cuando un sujeto no cumple con sus obligaciones merece una sanción. En el caso de un derecho de vital importancia como es el agua potable, merece una mayor protección, y así poder brindar un servicio de calidad para que los ciudadanos tengan una vida digna. Por lo mismo que se aprecia como justificada la finalidad de la propuesta que sugiere la incorporación de una circunstancia agravante en el delito de Colusión, ya que dicho delito está

relacionado con aquel funcionario que causa un perjuicio de carácter patrimonial al Estado. Pero dicha obligación se extiende a la calidad de prestación de servicios básicos a la población.

Tal creación legislativa si resulta posible en base a lo que se entiende como la injerencia que tiene la constitución, que en el caso estudiado protege al agua como derecho fundamental, para la creación de otras reglas a cargo del propio Estado, puesto como lo menciona Ferrero (2000), "(...) A partir de ella, el ordenamiento jurídico positivo regula por sí mismo la producción de sus normas. La producción originaria del Derecho es la constitución; la producción derivada comprende la legislación constitucional, la legislación ordinaria, los reglamentos y las resoluciones administrativas (...)" (p. 218). Existiendo como norma fundamental el Derecho al agua potable, cuyo reconocimiento constituye la primera fase de la obligación del Estado, será preciso que en función a lo señalado por Ferrero, corresponde la siguiente fase que requiere la producción de legislación que permita amparar el derecho fundamental de manera más efectiva; encontrándose con ello la relación directa entre la consideración del Derecho fundamental agua potable como base de las sanciones que deban imponerse a los funcionarios que tienen bajo su responsabilidad la ejecución de las acciones del Estado para garantizar su protección.

3.1.2 El Derecho como ciencia y su colaboración para garantizar el derecho al agua potable

El Derecho se encuentra presente incluso en las pequeñas acciones que realizamos en la vida diaria, y esto se debe a que el ser humano se interrelaciona con otros con el fin de satisfacer sus necesidades. Producto de esas relaciones se generan derechos y deberes para ambas partes. Convirtiéndose el Derecho en un regulador de conductas, de esta forma se garantiza la paz social y la convivencia entre los miembros de la sociedad.

Es por ello que se menciona que "El derecho, como el aire, está en todas partes (...)" (Santiago, 2003, p. 1). El Derecho como ciencia tiene una obligación social de proteger los derechos fundamentales de la población ante cualquier vulneración, ya que uno de los fines del derecho es la protección de los bienes jurídicos más importantes como es la vida, salud, la libertad y una gran lista de derechos que se le han otorgado al ser humano por el simple hecho de existir.

Por su parte el Derecho Penal desempeña un papel muy importante respec-

to a tutela del medio ambiente y en consecuencia del recurso natural agua. “(...) El Derecho Penal es el conjunto de normas jurídico – positivas que garantizan su cumplimiento a través de la fuerza pública (...)”. (Peña, 1997, p. 14). En ese sentido, esta rama del derecho será la encargada de que todos los ciudadanos cumplan con lo dispuesto en las normas, ante su incumplimiento podrá imponer una sanción, manifestando de esta forma el Estado su poder soberano.

La potestad punitiva del Estado está limitada por el hecho que sólo se pueden castigar penalmente aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. Esto supone, por tanto, que no pueda reprimirse penalmente meras infracciones al deber. Según Peña (1997), “(...) el Derecho Penal solo puede ser utilizado para proteger a los más importantes, y contra los ataques que adquieren cierta gravedad (...)”. (p. 64). Una de las finalidades del Derecho Penal es proteger bienes jurídicos esenciales para la comunidad, considérese como ejemplo el agua potable, sin lugar a dudas un recurso vital para el ser humano, sin el cual su supervivencia estaría en peligro. Sin embargo, en el código penal se encuentra incorporado en el capítulo de delitos contra el patrimonio, por este motivo es considerado un bien jurídico, es decir una expresión del patrimonio.

En el segundo párrafo del artículo 185° del código penal, señala “(...) Hurto simple (...). Se equiparán a bien mueble (...) el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico (...)”. (Decreto Legislativo N° 635 CÓDIGO PENAL, 2016, p. 127). El delito de hurto protege bienes muebles, por ende, se puede entender que el agua es considerada como un bien mueble. En el mismo Código Penal se reconoce al agua como un bien inmueble, para ser más específico, se encuentra en su artículo 203 respecto del delito del desvío ilegal de las aguas, expresando lo siguiente: “El que, con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero, desvía el curso de las aguas públicas o privadas, impide que corran por su cauce o las utiliza en una cantidad mayor de la debida (...)”. (Decreto Legislativo N° 635 CÓDIGO PENAL, 2006, p. 139).

En dicho artículo se han descrito acciones como el desvío del curso de aguas públicas o privadas, por ejemplo, el desviar el trayecto del agua que estaba destinada para el consumo humano de la población para utilizarla en actividades agrícolas.

En lo que concierne al agua como servicio público, es protegida por el código penal dentro de los medios de transporte, comunicación y otros servicios

públicos, específicamente en el artículo 283, denominado como entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos señalando lo siguiente: “El que, sin crear una situación de peligro común, impide, estorba o entorpece el normal funcionamiento del transporte o de los servicios públicos de (...) saneamiento (...) será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años (...)”. (Decreto Legislativo N° 635 CÓDIGO PENAL, 2006, p. 178).

Merituado lo anterior, cabe comprender que el tipo penal señala sanciona la perturbación del normal funcionamiento de los servicios público, dentro de los cuales se considera el servicio de agua potable y saneamiento, lamentablemente este artículo lo menciona de una forma simple y ligera, dándole mayor prioridad al servicio de transporte, como consecuencia de las constantes protestas y huelgas que realizan los pobladores exigiendo que se cumplan sus derechos, muchas veces para llamar la atención del gobierno deben provocar disturbios como bloquear carreteras. No dando la debida importancia a otros servicios como el de agua potable.

3.1.3 La corrupción de los organismos vinculados al servicio de agua potable

Para observar la gravedad del problema de la corrupción en el sector agua basta con hacer referencias a los datos ofrecidos en el Informe Global de la Corrupción 2008. La corrupción en el sector agua, publicado por Transparency International, detalla que:

“(...) Cada año mueren millones de personas víctimas de enfermedades transmitidas por el agua (...). A pesar de las mejoras alcanzadas en numerosas regiones, la población sin acceso a servicios de agua está aumentando. Las prácticas corruptas incrementan esta brecha, menoscaban las inversiones que podrían utilizarse para extender los servicios a los pobres, desvían los fondos destinados al mantenimiento de infraestructuras deterioradas y quitan dinero a los sectores más desfavorecidos de la sociedad (...)” (p. 3).

De la cita previa se desprende una de las causas de mortalidad en el mundo que está relacionada con el agua que consume la población, la cual es proporcionada en malas condiciones de calidad y salubridad provocando enfermedades crónicas. Pese al esfuerzo que realizan los diferentes gobiernos a nivel mundial se acrecienta el número de personas que no pueden acceder al servicio de agua potable debido a las prácticas corruptas que son originadas por los mismos funcionarios o servidores públicos que tienen a

su cargo la administración y gestión del servicio de agua potable.

Las inversiones que se realizan para la ejecución de proyectos de obras de agua potable y saneamiento, permiten que la población puede realizar sus actividades diarias, siendo necesario recalcar que el agua potable es un elemento vital para poder tener una vida digna. La corrupción en el escenario de las contrataciones públicas es un mal de notoria presencia que afecta directamente a la población menoscabando sus derechos fundamentales como la vida y la salud. Cuando un funcionario desvía los fondos que inicialmente habían sido destinados para cubrir dichos proyectos para beneficios propios o de terceros se está malgastando un dinero que bien pudo ser utilizado para brindar servicios de calidad a la población.

De la misma forma el estudio documental denominado “Lucha contra la corrupción en el sector del agua”, encargado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2010): “(...) Muestra que la corrupción puede atravesar todos los subsectores del agua: agua potable y saneamiento, riego, gestión de los recursos hídricos y energía hidroeléctrica. Entre las formas de corrupción de alto nivel destacan la colusión, la captación de políticas públicas por parte de la élite, la malversación de caudales y fondos públicos, (...). La corrupción también puede manifestarse como control deficiente de la calidad del agua o como la ausencia de aplicación de sanciones por contaminación del agua (...)” (p. 6).

Se aprecia que la preocupación de falta de acceso al servicio de agua potable es a nivel internacional, siendo una de las causas más significativas la corrupción en la contratación pública, principalmente en el delito de Colusión, la cual consiste en un acuerdo oculto entre dos o más personas para afectar a un tercero. Un ejemplo claro son las muchas irregularidades que se advierten en las licitaciones de obras públicas que son dadas en favorecer de un determinado postor o empresa en particular. En la misma cita se realiza una interesante acotación respecto a la manifestación de la corrupción de manera indirecta, por ejemplo, cuando las autoridades no ejercer un control adecuado de la calidad de agua para el consumo de la población poniendo en riesgo la vida y salud de la comunidad, muchas son las denuncias que interpone la población y las autoridades omiten dar un pronunciamiento respecto a ello, dando prioridad a otras obras públicas, que si bien benefician a la población deberían atenderse aquellas que afectan directamente la salud de las personas. Además de ello la ausencia de normas adecuadas para sancionar este tipo de conductas que afectan el servicio de agua potable y saneamiento es otra forma de corrupción, ya que los legisladores se convierten en cómplices de dichas

EL BIEN
JURÍDICO
PROTEGIDO
EN EL DELITO
DE COLUSIÓN
COMO
GARANTÍA
DEL DERECHO
FUNDAMEN-
TAL AL AGUA
POTABLE

conductas porque no realizan un análisis de las consecuencias de su omisión respecto a las causas por las que la población no pueda acceder al servicio de agua potable.

En el caso de Perú, de acuerdo con datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática informo que “(...) El 48,1% la población de 18 y más años de edad opinó que la corrupción es el principal problema que afecta al país (...)”. (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2017, párr. 1). La población considera que la corrupción es el principal problema en el Perú, incluso es más grave que la propia delincuencia. En los últimos años la corrupción ha ido tomando mayor protagonismo en todos los ámbitos de la vida al igual que en el sector público y privado. Para contrarrestar su avance se han creados normas e instituciones dedicadas exclusivamente a la corrupción, pese a ello sigue en aumento afectando directamente a la población. Sin lugar a dudas la labor que realizan los funcionarios que asumen funciones en la administración pública se ha visto debilitada por las prácticas corruptas que realizan descuidando su verdadera labor que atender las necesidades de la población.

“Alrededor del 22.7% de la población peruana o poco más de 7 millones de habitantes consume agua no potable, con los riesgos que ello implica. Son 2.5 millones en zonas urbanas y 4.8 millones en zonas rurales que consumen agua no potable proveniente de la red pública, informó el instituto de economía y desarrollo empresarial de la Cámara de Comercio de Lima(C-CL) (...)” (Perú21, 2019, párr.1).

En la realidad peruana el escenario sigue siendo el mismo, muchos peruanos no tienen acceso a este derecho fundamental, por ello se ven obligados a recurrir a fuentes de agua no aptas para su consumo, otra problemática muy notoria en nuestro país son las millonarias inversiones para ejecutar obras de servicio de agua potable y saneamiento, las cuales no son terminadas o simplemente no sirven para los fines para los que fueron creadas, tal como se señala en el blog de la Defensoría del Pueblo:

“(...) De la supervisión realizada a 19 proyectos de agua y saneamiento localizados en las regiones de Lambayeque, La Libertad, Huánuco, Pasco, Apurímac, Tumbes y Moquegua, existen 12 obras inconclusas o paralizadas en las que se habían invertido más de 173 millones de soles (...). De allí que las obras de saneamiento inconclusas, las deficiencias que se observan en su ejecución o la corrupción que, generalmente, rodea estas construcciones afectan en última instancia el pleno disfrute de los derechos humanos

(...)” (Vega, 2015, párr.4 -5).

El motivo principal detrás de todo ese problema no es la falta de una fuente natural de agua, ni es básicamente un problema de dinero, ya que el Estado anualmente destina millones de soles para financiar obras públicas a favor de los gobiernos regionales y locales de todo el país. El motivo de la problemática que afecta al sector agua obedece a los actos de corrupción. El alcance de la corrupción varía sustancialmente de sector a sector y entre distintos países y sistemas de gobernabilidad. Las estimaciones del Banco Mundial sugieren que “(...) Se está perdiendo del 20% al 40% de las finanzas del sector del agua debido a prácticas deshonestas y corruptas (...)” (Swedish Water House Policy Briefs , 2006, p. 3).

Una de las maneras en que el Estado satisface las necesidades de la población, cumple con sus objetivos y metas trazadas es mediante la adquisición de bienes, servicios y obras de infraestructura. Para poder adquirirlas necesita celebrar acuerdos con dos o más personas, siendo una de las partes una entidad de la administración pública.

En tal sentido la contratación pública mejora las condiciones de vida de la población mediante el otorgamiento de bienes y servicios con los que la población puede satisfacer sus necesidades básicas, es decir fomenta el desarrollo humano.

“(...) constituyéndose en el mecanismo por el cual el Estado se relaciona con terceros a efectos de obtener servicios, bienes u obras para el cumplimiento de sus objetivos (...)” (Hernández, 2012, p. 3).

El funcionario público o servidor público como miembro de una entidad u organismos de la administración estatal debe actuar con respeto y probidad, conduciendo sus actuaciones hacia el bienestar de la población a través de la satisfacción de sus necesidades con la adecuada prestación de servicios públicos a la población, dejando de lado sacar cualquier provecho económico para sí mismo o en favor de un tercero.

3.1.4 El agua potable como bien jurídico protegido

En el Perú se reconoció expresamente el derecho de acceso de agua potable como derecho constitucional mediante ley N° 30588, publicada en el diario oficial El Peruano, donde se reconoce “(...) el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable (...)” (Diario Oficial El

Peruano, 2017, pág. 4).

En el artículo 7-A de la Constitución Política del Perú no se reconoce el agua como recurso natural, entendida como un elemento de la naturaleza que se encuentra en los ríos, lagos, cuencas hidrográficas, etc. Sino como aquella que ha sido potabilizada para el consumo humano.

Estableciendo que el agua potable forma parte del conjunto de los servicios de saneamientos, cuya prestación debe ser continua en el tiempo, sin interrupción y brindar calidad en la prestación, cumpliendo ciertos estándares de calidad como recibir un agua limpia y seguro, libre de cualquier microorganismo que nos pueda producir una enfermedad, ya que tiene un impacto significativo en la salud de las personas. Por consiguiente, es declarado como una necesidad pública, resulta ser un aspecto de vital importancia para el bienestar de la población; por ello: “(...) resulta necesario que el servicio prestado no solo observe una continuidad en el tiempo, sino una permanencia de calidad en la prestación; es decir, sea prestada en atención a los estándares de calidad que la norma y el contrato establecen (...)” (Aróstegui, 2012, p. 49).

Debido a las reflexiones anteriores, el agua que debe consumir la población debe cumplir con ciertas condiciones de calidad que le generen bienestar y no le conlleve a tener enfermedades. Tal como señala la adjuntía de asuntos constitucionales sobre el derecho constitucional de acceso al agua potable en su opinión sobre la incorporación constitucional del artículo 7-A, siendo unas de las principales causas por la que el legislador con el fin garantizar el bienestar de la población “(...) ha elevado a rango constitucional el derecho de acceder al agua potable, entendida como aquel recurso natural captado, transportado, almacenado y tratado o sometido a procedimientos físicos, químicos y/o biológicos para que pueda ser destinado al consumo humano (...)” (Defensoría del Pueblo, 2017, pág. 9). El acceso al agua potable contemplado en el orden constitucional, por tener la categoría de derecho fundamental, también se le debería brindar una protección especial por parte del Derecho Penal, como por ejemplo a través de las acciones que corresponde a la administración pública.

Buscando una sistematización de los medios de protección, lo cual implica que todo el ordenamiento jurídico debe estar enlazado de manera coherente.

3.1.5 Sanciones en otros países sobre delitos contra el servicio de agua potable

En el caso del Estado ecuatoriano en el artículo 346 de su Código Orgánico Integral Penal señala que será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años aquel que imposibilite o paralice el correcto funcionamiento de un servicio público.

“(…) Artículo 346.- Paralización de un servicio público. - La persona que impida, entorpezca o paralice la normal prestación de un servicio público o se resista violentamente al restablecimiento del mismo; o, se tome por fuerza un edificio o instalación pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años (...)” (Órgano del gobierno de Ecuador, 2014, p. 53).

Para el legislador ecuatoriano no todos los servicios públicos deberían tener el mismo tratamiento, debido a que se sanciona la paralización o entorpecimiento de un servicio público por el hecho que pone en riesgo otros derechos fundamentales; pero no todos los servicios públicos se encuentran en la misma jerarquía, por ejemplo, señala que no sería viable comparar la afectación del servicio de agua potable con el servicio público de internet. La salud se asocia con el acceso al agua que tiene la población, debido que al tener acceso al agua de calidad y salubre se garantiza la salud y prevención de enfermedades. Además de ello el acceso al agua potable es considerado como un índice de desarrollo humano que mide el progreso de un país. Es decir, si la población cuenta con estos servicios puede tener una vida digna y así reducir los niveles de pobreza.

3.1.6 Responsabilidad del Estado en el menoscabo del derecho fundamental al agua potable

Un hito histórico en el uso y desarrollo del agua potable es su reconocimiento como derecho fundamental, en donde se reafirma que el acceso al agua potable es esencial para la realización de todos los derechos humanos. Un acontecimiento que nos lleva a la reflexión sobre la preocupante situación del acceso al agua potable y su importancia en la vida de las personas. En consecuencia, se generaron una serie de obligaciones para los Estados parte, así como para la misma población.

“(…) que el acceso al agua potable y a los servicios sanitarios son derechos humanos básicos, algunos estados de nuestro hemisferio han avanzado aún más, consagrándolos en el supremo nivel normativo (...)” (Cenicacelaya, 2011, p. 96). El Estado debe vigilar el acceso al servicio de agua potable a

EL BIEN
JURÍDICO
PROTEGIDO
EN EL DELITO
DE COLUSIÓN
COMO
GARANTÍA
DEL DERECHO
FUNDAMEN-
TAL AL AGUA
POTABLE

través de la realización de obras y proyectos relacionadas con este servicio evitando todo tipo de malas prácticas de corrupción, ya que muchas por la mala ejecución de los recursos públicos no realizan obras destinadas a mejorar la calidad de la población como es el servicio de agua potable. Y uno de los mecanismos mediante el cual los Estados partes pueden confrontar la corrupción en las contrataciones públicas de obras y proyectos de servicio de agua potable, es mediante la adopción de medidas legislativas eficaces para garantizar el cumplimiento de derechos fundamentales. Todo “(...) Estado Parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción (...)” (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, 2004).

El Estado como garantizador de derechos fundamentales de los ciudadanos muchas veces es cómplice de las distintas modalidades de corrupción. Porque siendo un observador de dichas prácticas corruptas no hace nada por solucionarlas, pasan desapercibidas y no hay una debida diligencia y control durante la ejecución de las obras de servicio de agua potable para que puedan ser concluidas con éxito.

3.1.7 La efectividad de las sanciones impuestas contra conductas que atentan contra el agua potable

Según lo establecido en el artículo 274 del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos la Autoridad Nacional del agua “(...) ejercerá la facultad sancionadora ante cualquier infracción a las disposiciones contenidas en la Ley o al Reglamento” (...). (Autoridad Nacional del Agua, 2010, p. 73).

En consecuencia, del ejercicio de la potestad sancionadora impone sanciones administrativas dependiendo de su nivel de gravedad.

“(...) 279.1 Las conductas sancionables o infracciones calificadas como leves darán lugar a una sanción administrativa de amonestación escrita, o de multa no menor de cero coma cinco (0,5) UIT ni mayor de dos (02) UIT. 279.2 Las conductas sancionables o infracciones calificadas como graves darán lugar a una sanción administrativa de multa mayor de dos (02) UIT y menor de cinco (05) UIT. 279. 3 Las conductas sancionables o infracciones muy graves darán lugar a una sanción administrativa de multa mayor de cinco (05) UIT hasta diez mil (10,000) UIT. 279.4 Finalizado el procedimiento sancionador y tratándose de infracciones calificadas como leves, la Autoridad Administrativa de Agua podrá disponer, a solicitud del infractor,

la sustitución de la sanción de multa por la de trabajo comunitario en la cuenca en materia de aguas, previa valorización de dicho trabajo. 279.5 Se podrá disponer la extinción del derecho de uso de agua otorgado, de acuerdo con las circunstancias agravantes de la conducta sancionable o infracción cometida (...)” (Autoridad Nacional del Agua, 2010, págs. 75-76).

Como se puede apreciar en el artículo citado las sanciones que aplica dicha autoridad son de naturaleza administrativa, en el caso de la administración pública dicha sanción recae sobre el patrimonio del administrado, tal como sucede en el caso de las multas las cuales son impuestas en base a la unidad impositiva tributaria, cuyo rango abarca desde cero coma cinco (0,5) UIT hasta diez mil (10,000) UIT. Sin lugar a dudas las cantidades son exorbitantes para disuadir el comportamiento del infractor y de esta forma cumplir con lo establecido en el ordenamiento jurídico. La sanción que se imponga no debe ser más favorable que cometer el ilícito o asumir la sanción, aplicando el principio de razonabilidad el cual señala que se debe mantener “(...) la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar (...) para la satisfacción de su cometido (...)” (Luchetti, 2009, p. 484-485).

Pese a ello las sanciones que aplica la administración pública son más atenuadas que las sanciones que aplica el Derecho Penal. Por ejemplo, la administración pública no sanciona con la privación de libertad, tan solo lo hace con amonestaciones, multas, así como si se trata de infracciones calificadas como leves se puede sustituir la multa por trabajo comunitario en la cuenca en materia de agua, para ello previamente se valoriza el trabajo y se podrá disponer la extinción del derecho de uso de agua otorgado, en consecuencia, de las infracciones cometidas por el administrado.

Las sanciones penales resultan ser más efectivas para el cumplimiento de obligaciones, ya que, por medio de la imposición de una pena, la cual se caracteriza porque es muy severa se disuade la conducta del infractor; ello se refuerza con el razonamiento de que el Derecho Penal ha de acudir como acción de control en el último nivel de la intervención del Estado, lo cual se convierte en una garantía.

3.2. Descripción dogmática de la naturaleza jurídica del tipo penal de colusión y la interpretación del bien jurídico protegido

3.2.1. La naturaleza jurídica del delito de colusión

El delito de colusión opera principalmente en la esfera de la contratación pública, actividad que es afectada por la corrupción en sus diferentes fases,

por ello existen dos variantes del delito que acogen dentro de su redacción los verbos rectores concertar y defraudar, haciendo énfasis en el término defraudar, en la colusión simple el funcionario o servidor público concierta con otros para defraudar al Estado; en cuanto a la colusión agravada, se defrauda patrimonialmente al Estado.

Dicho de otra manera, el delito de Colusión se configura “(...) con la finalidad de defraudar los intereses del Estado (colusión simple) o ya defraudé los intereses del Estado (colusión agravada) (...)” (Lasteros, 2017, p. 32).

La Sala Penal Permanente realizó una interpretación del delito de colusión acogiendo a lo manifestado por las Naciones Unidas respecto a los delitos de corrupción, se pronunció en la casación N°. 9-2018 Junín (2019):

“(...) La interpretación del mencionado tipo penal debe efectuarse conforme a la convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que en el inciso 2 de su artículo 3 establece: Para la aplicación de la presente convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado (...)” (Caso José Severo Camacho Galván contra la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de Huancayo, 2019, p. 3).

De acuerdo a la cita precedente el bien jurídico protegido por el delito de Colusión no es el perjuicio económico que se ocasiona al Estado, sino es el irregular desempeño del funcionario público, debido a que no cumple con sus deberes asignados por las normas. Cuando una persona forma parte de la administración debe guiar sus acciones con honestidad y transparencia cumpliendo con la misión que se les ha encomendado de convertir en realidad los intereses colectivos considerando que la mayoría de ellos son elegidos por voto popular. “(...) De modo que sustenta la sanción penal, la inobservancia de un deber específico que vincula al sujeto público con los fines del Estado (...)” (Salinas, 2009, p. 256).

3.2.2 Naturaleza jurídica del bien jurídico protegido en el derecho penal

Un bien jurídico se reconoce como tal “(...) por el hecho de gozar de protección jurídica (...) el concepto abarca todo lo que, a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para ésta (...)” (Jakobs, 1887, p. 50). En otras palabras, un bien jurídico es un bien material, inmaterial, situaciones y hechos valiosos para la comu-

nidad jurídica, tal como la vida, libertad, integridad personal, salud, etc. Al ser bienes y situaciones de vital importancia para la población se les debe brindar una adecuada protección para garantizar los derechos fundamentales de aquellos.

Esta característica de vital importancia expresa su condición necesaria para que se justifique la aplicación de una sanción ante el menoscabo de algunos de ellos y evitar peligros que ocasionen perjuicios a la adecuada convivencia social.

3.2.3 Determinación del bien jurídico en el tipo penal de colusión

El bien jurídico protegido es la administración pública haciendo referencia que cuando el Estado celebra contrataciones públicas para la provisión de bienes y servicios, debe utilizar los recursos con los que cuenta de manera eficiente, maximizando los beneficios para la población, debido a que dichos recursos son financiados por la misma población a través del pago de sus impuestos. “(...) ya que cuanto más eficiente sea mayor ahorro de recursos conseguirá y, por tanto, menos gasto será necesario para garantizar una cantidad determinada de servicios públicos a la sociedad (...)”. (Rueda, 2011, p. 43).

Entonces, se puede deducir que la eficiencia en las contrataciones públicas es de responsabilidad de las autoridades a las cuales se les ha asignado la responsabilidad de administrar los recursos para que ejecuten obras y proyectos públicos, principalmente las obras de agua potable y saneamiento, tema que se está tratando en la presente investigación. Al darle un buen uso a los recursos se maximizarán los beneficios para la población, por ello el control se orienta para evitar que las autoridades formen parte de pactos colusorios para obtener beneficios propios o de terceros, de esta forma se estaría atentando contra las mejoras de calidad de vida de la población.

El autor precisa que la administración de recursos se ve reflejada en la entrega de servicios públicos, punto clave para reforzar la idea de ampliación del bien jurídico del delito de colusión, más aún cuando las consecuencias de dicho delito, afecta directamente a la población.

3.2.4 El aspecto patrimonial como justificación para agravar la sanción del tipo penal de colusión.

Resulta necesario precisar que lo que se pretende proteger al establecer esa circunstancia agravante es una eficiente distribución de los recursos económi-

cos con los que cuenta el Estado, ya que estos recursos son destinados para satisfacer las necesidades de la población mediante el desarrollo de distintas labores como la construcción de obras de infraestructura para lograr una eficiente prestación de servicios públicos y un consecuente bienestar colectivo. Por ello “(...) Estos bienes deben ser utilizados de manera racional, evitando su derroche y uso para fines personales (...)” (Lazo, 2017, p. 14).

En tal sentido los funcionarios y servidores públicos tienen la obligación de brindar un adecuado uso a dichos bienes, evitando que sean utilizados para obtener beneficios propios o derrochándolo en actividades innecesarias como consecuencia de la corrupción.

3.3 Propuesta de una circunstancia agravante en el tipo penal de Colusión respecto a la protección especial del derecho fundamental al agua potable

El 28 de abril del año 2021 se realizó una modificación del delito de colusión. La modificación reciente agrega una nueva modalidad agravada al delito de colusión. Haciendo mayor énfasis en el inciso 2 que señala: “(...) la conducta delictiva recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias UIT (...)” (Diario Oficial el Peruano, 2021, p. 4).

Ha de resaltarse el contenido agregado como condición agravante de la colusión específicamente al inciso 2 en el cual se puede apreciar el concepto de programas con fines asistenciales, por lo mismo que debe hacerse la precisión conceptual de este tipo de acciones estatales, así se tiene lo siguiente:

3.3.1 Definición de programas sociales

Son un conjunto de acciones realizadas por el Estado con el fin de satisfacer las necesidades de la población o brindar una solución a un problema colectivo. Por los cuales se busca beneficiar a las personas más pobres y vulnerables, fomentando de esta forma la inclusión social mediante la igualdad de oportunidades. “(...) En el caso de los problemas sociales, se opera pretendiendo satisfacer necesidades productos de “demandas insatisfechas”. Las necesidades básicas insatisfechas de la población que presenta mayores carencias, pueden, así, ser concebidas como problemas y los proyectos sociales como soluciones a los mismos (...)” (Vara, 2007, p. 37).

Los programas sociales se dividen en asistenciales y habilitadores: Los primero tratan de reducir la vulnerabilidad de la población, también buscan reducir la pérdida de patrimonio como consecuencia de desastres naturales

o crisis familiares como la falta de empleo. El segundo tipo de programas sociales son conocidos como los habilitadores, los cuales tiene como finalidad generar el acceso a oportunidades económicas, por ello van dirigidos a la población económicamente activa.

3.3.2 *Definición de programas de desarrollo*

Los programas de desarrollo social son instrumentos de planeación con los que cuenta el Estado para establecer objetivos y metas para satisfacer las necesidades básicas de la población, ante la necesidad insatisfecha que tiene la población, el Estado aporta soluciones mediante los programas de desarrollo social o también denominados programas sociales. El elemento normativo que se amplía en el tipo penal de colusión no comprende a las obras de saneamiento de agua potable, bajo el supuesto de que se comprende como proyectos autónomos.

La incorporación de estos lineamientos específicos en el tipo penal, refuerza el argumento de ampliación de elementos normativos específicos como el que se pretende incorporar en la presente tesis.

Por esta razón si el ordenamiento jurídico reprocha con una mayor sanción cuando se afecta el patrimonio estatal, más aún debe ser cuando se afecta un servicio público cuya finalidad social es imprescindible para la salud y poder tener una vida digna, siendo notoria su importancia el Estado tiene la obligación de protegerla contra los diferentes actos de corrupción y aprovechamiento por parte de los funcionarios públicos, buscando el beneficio para todos sin discriminación alguna, sin olvidar que el acceso al servicio de agua potable es un indicador para que disminuya el nivel de pobreza. Lo que sanciona en los delitos de la administración es la forma como realizan el desempeño los funcionarios públicos, es decir si genera un perjuicio a la población se sanciona al funcionario por su mal actuar, debido a que está atentando contra los derechos fundamentales de la población.

Más aún cuando se aprecia que se contemplan especificaciones que alcanzan el rubro de la salud, pero en la comprensión de atención médica mas no de la prevención y lo cual lleva al supuesto de que la protección debe ser más amplia aún, en tanto que la ejecución del derecho fundamental al agua potable es más trascendente incluso, por lo mismo que requiere de especificación expresa dada su importancia.

El acceso al agua potable es un derecho con reconocimiento constitucional,

por ende, el Estado tiene la obligación de establecer mecanismos de control que aseguren la adecuada ejecución de las obras públicas de servicio de agua potable y saneamiento.

Es posible la intervención del Derecho Penal ante la falta de control por parte de las autoridades administrativas para identificar los actos de corrupción propiciados por los mismos funcionarios y servidores públicos. Con la finalidad de que los ciudadanos puedan ejercer este derecho fundamental.

En el delito de colusión es necesario contemplar de manera específica que cuando se trate de proyectos, programas y obras de infraestructura de servicio de agua potable se establezca como una agravante, debido a la importancia de este derecho fundamental protegido por la Constitución Política, para garantizar el bienestar de la población en todo momento. Bien es sabido que no solo se vulnera el derecho de acceso al agua potable en tiempo de una emergencia sanitaria o calamidad pública, esta vulneración sigue existiendo hasta que los ciudadanos no tengan un acceso permanente con obras de infraestructura de servicio de agua potable concluidas y eficientes.

3.4. Ampliación del tipo penal de colusión respecto a la protección especial del derecho fundamental al agua potable

El derecho de agua potable ha sido reconocido como un derecho humano esencial para el goce pleno de la vida y de todos los derechos humanos. “(...) El acceso al agua para consumo humano es un derecho de la población. Corresponde al Estado asegurar la vigilancia y protección de aguas que se utilizan con fines de abastecimiento poblacional (...)” (Andaluz, 2013, p. 73).

En el ámbito nacional ya se encuentra reconocido en la Constitución como un derecho fundamental, sin embargo, anterior a dicho reconocimiento ya había sido reconocido por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes N° 6534-2006-PA y 6546-2006-PA. En la primera sentencia el TC reconoce expresamente el derecho fundamental de acceso al agua potable, así mismo se señala que el impedimento a dicho derecho vulnera el derecho a la vida, salud y dignidad de la persona. Así mismo el derecho al agua potable entraña prestaciones, las cuales deben ser ejecutadas por el Estado. Siendo obligación del Estado “(...) mantener en óptimos niveles los servicios e instalaciones con los que ha de ser suministrado. Inaceptable por tanto resultaría que el agua pueda ser dispensada de una forma que ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas (...). Similar criterio ha de invocarse para los servicios o instalaciones cuyo deterioro natural no debe servir de pretexto para la generación de perjuicios sobre el líquido elemento. Cumplido su periodo natural de existencia, dichos servicios o instalaciones deben ser sustituido por otras que ofrezcan iguales o mejores estándares de calidad (...)” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2007, pág. 7).

Es necesario recalcar las obligaciones que se imponen al Estado respecto al derecho al agua potable, no solo referido al acceso y la suficiencia, sino también a la calidad, no basta con dotar a la población de cierta cantidad de agua para que realice sus actividades diarias, el Estado debe asegurarse que las tuberías e instalaciones con las que se suministra el agua potable debe contar con altos estándares de calidad, porque es agua destinada para el consumo humano que afecta directamente su derecho a la salud y la vida. Inclusive se señala que el Estado tiene la función de estar vigilante cuando los sistemas de abastecimiento e instalaciones se desgastan por el transcurso del tiempo, deben ser sustituidas inmediatamente, debido a que pueden encontrarse contaminada por microorganismos o metales pesados, generando diferentes tipos de enfermedades que inclusive pueden conducir a la muerte.

Respecto a la sentencia recaída en el expediente N° 6546-2006-PA/TC se señaló que “(...) El derecho al agua potable, a la luz del contexto descrito supone primordialmente un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización al Estado fundamentalmente corresponde promover. Su condición de recurso natural esencial, lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente (...)” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2007, pág. 4).

El agua potable es un recurso que es necesario no solo por temporadas, una persona que no cuenta con acceso al servicio de agua potable no solo se muestra vulnerable en una situación de calamidad o emergencia sanitaria, sino por el contrario se encuentra vulnerable hasta el momento en que se le provea del servicio de agua. El servicio de agua potable debe ser garantizado en todo momento y a toda hora, no solo en determinadas situaciones.

Las obras de agua potable no pueden compararse con otros programas sociales, porque el agua potable es un servicio que debe ser prestado de manera continua y permanente a la población, debido a su condición de recurso necesario para la vida, para poder beber, prepara los alimentos, asearnos, etc.

En ambas sentencias del Tribunal Constitucional se señaló que el acceso al agua potable es un derecho fundamental según el artículo 3 de la constitución, reconocido como un derecho no enumerado, pero debido a que se funda en la dignidad del hombre merece reconocimiento. Antes, pese a no tener un reconocimiento expreso, el Tribunal Constitucional lo doto de protección para garantizar su acceso a toda la población, más aun debería ser cuando se le reconociera como derecho fundamental en la Constitución Política peruana. Sin embargo, pese a tal reconocimiento sigue siendo un derecho invisible, debido a que está pasando desapercibido. Si bien

la acción de incorporar el derecho fundamental del agua potable en su constitución, es un escalón más en la escalera que nos conduce a su protección integral, pero no es suficiente dicha acción, ya que lo que se busca principalmente es que estos derechos se hagan efectivos.

La intervención del Derecho penal en la administración pública se debe a la importancia de proteger el correcto funcionamiento de aquella para que pueda cumplir con la finalidad de satisfacer el interés general y bien común de la sociedad, de la misma forma dicha protección se encuentra justificada por el Estado de Derecho el cual se caracteriza porque el ejercicio de su poder se encuentra limitado por lo establecido en la constitución, ley y derechos del ordenamiento jurídico.

4. CONCLUSIONES

Se ha logrado concluir en función a la teoría del derecho fundamental al agua potable que, es un derecho esencial para el goce pleno de la vida y permite la realización de otros derechos fundamentales. Pese a tal reconocimiento toda la población no cuenta con el acceso al agua potable, siendo una de las causas los actos de corrupción en las obras de infraestructura de agua potable, siendo responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos actuar con diligencia y control para que dichas obras concluyan con éxito.

El acceso al agua potable es un derecho con reconocimiento constitucional, por ende, es posible la intervención del Derecho Penal como un mecanismo para la disminución de los actos de corrupción en las obras de agua potable y saneamiento.

Respecto al ámbito de protección del delito de colusión no ha resultado ser eficaz, pese a las muchas modificaciones que ha sufrido el tipo penal, no disminuyen los actos de corrupción en las diferentes etapas de la contratación pública de los proyectos y obras de los servicios de agua potable, y más aún siguen existiendo ciudadanos que no tienen acceso a este servicio de vital importancia, debido a las obras inconclusas o realizadas con deficiencias pese a que el Estado invierte grandes cantidades de dinero en su ejecución.

También resulta jurídicamente apropiada la ampliación del tipo penal de colusión respecto a la protección especial del derecho fundamental al agua potable, si bien en el tipo penal de colusión ya se estableció como circunstancia agravante que la pena será mayor cuando el agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria. En el caso del servicio de agua potable es un servicio que se necesita todos los días y en todas las horas del día. Esta circunstancia agravante no solo debería aplicarse para situaciones en determinados tiempos, sino de manera permanente.

Finalmente con las anteriores reflexiones, es ineludible que se realice una especificación respecto a las circunstancias agravantes recientemente incorporadas al

tipo penal de Colusión, debido a que en su redacción se señala de manera general que la pena será mayor cuando la conducta delictiva recaiga sobre programas con fines asistenciales sin especificar a qué tipo de programas se encuentran incluidos en esa definición, en consecuencia es necesario que el legislador especifique que la sanción será mayor cuando recaiga sobre obras de agua potable y saneamiento, evitando ambigüedades y decisiones subjetivas por parte del juez.

Se recomienda la modificación del artículo 384° del Código Penal referido a la colusión simple y agravada. Se debe señalar de manera específica que cuando exista actos de corrupción que estén incursos en la contratación pública respecto a los proyectos y obras de infraestructura de servicio de agua potable y saneamiento la pena será mayor. Debido a que el derecho fundamental al acceso de agua potable se encuentra reconocido por la Constitución Política, siendo obligación del Estado Peruano utilizar todos los mecanismos de protección para hacer viable el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ello recomienda una especificación en el artículo 384° del código penal, señalando de manera concreta el término servicio público de agua potable en el inciso 2 del párrafo tercero del tipo penal de colusión.

REGULACIÓN ACTUAL

Artículo 384. Colusión simple y agravada

(...)

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

(...)

2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.

(...)

REGULACIÓN ESPECÍFICA

Artículo 384. Colusión simple y agravada

(...)

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

(...)

2. La conducta recaiga sobre obras de servicio público de agua potable y saneamiento, programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.

(...)

En el mismo inciso 2 del párrafo tercero del artículo 384° del Código penal, se señala que constituye circunstancia agravante siempre que el valor de los bienes, efectos dinero o ganancia involucrada supere las 10 UIT, lo cual se entiende que en el caso que el valor de dicho dinero no sobrepase a las 10 UIT, se estaría fomentando la realización de este delito sobre cantidades pequeñas, menores a las diez unidades impositivas tributarias. Este criterio no sería aplicable para las obras de infraestructura de servicio de agua potable, ya que cualquiera sea el valor total de su ejecución tiene que concluirse en su totalidad y sin presentar ninguna deficiencia para que los ciudadanos tengan el acceso a este servicio. Cuando se habla de un servicio de vital importancia como es el suministro de agua potable no deben existir parámetros de carácter económico y tampoco de tiempo, por ejemplo, cuando se considera como circunstancia agravante que el delito de colusión sea realizado en una situación de calamidad o emergencia sanitaria, no sería adecuada tal descripción en el servicio de agua potable y saneamiento, ya que se trata de un servicio permanente y continuo. La ciudadanía requiere de este servicio todos los días y se seguirá vulnerando su derecho fundamental de acceso al agua potable hasta que no cuente con la prestación adecuada de dicho servicio.

5. BIBLIOGRAFÍA

Andaluz, C. (2006). *Manual de derecho ambiental*. Lima: Grijley E.I.R.L.

Andaluz, C. (2013). *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: Grijley.

Aróstegui, J. (2012). El acceso a un servicio público de calidad, continuidad del servicio y rol del regulador. *Revista de Derecho Administrativo*, 45-52. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13488/14115>

Autoridad Nacional del Agua. (2010). *Reglamento de la ley de Recursos Hídricos*. Lima. doi:https://www.ana.gob.pe/sites/default/files/publication/files/reglamento_lrh_-_no_29338_0.pdf

Caso José Severo Camacho Galván contra la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de Huancayo, Casación N° 9-2018 (Corte Suprema de Justicia de la

República 26 de Junio de 2019). Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cf9324004aa2f79abceafcd1306a5ccd/CS-SPP-C-09-2018-JUNIN.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cf9324004aa2f79abceafcd1306a5ccd>

Cenicacelaya, M. D. (2011). El Derecho al agua en Latinoamérica. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 86-96. Obtenido de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/19356/Documento_completo____.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Consejo económico y social. (2002). Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales. 1-19. Obtenido de Observación general N° 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales): <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf>

Defensoría del Pueblo. (2017). *Opinión de la adjuntía de asuntos constitucionales sobre el derecho constitucional de acceso al agua potable*. Lima. Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-acceso-al-agua-potable---AC.pdf>

Diario Oficial El Peruano. (15 de Junio de 2017). Ley de reforma constitucional que reconoce el derecho de acceso al agua potable como derecho constitucional. *El Peruano*, pág. 4. Obtenido de <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-de-reforma-constitucional-que-reconoce-el-derecho-de-acc-ley-n-30588-1536004-1>

Diario Oficial el Peruano. (8 de Abril de 2021). Ley N° 31178. *El Peruano*, págs. 4-6. Obtenido de <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-que-modifica-articulos-del-codigo-penal-respecto-de-circ-ley-n-31178-1947912-1>

Ferrero, R. (2000). Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional General y comparado. Lima: Grijley.

Fonseca, C. (2010). Manual de Derecho ambiental. Arequipa: Adrus, S.R.L.

Franco de la Cuba, C. M. (2004). La interpretación de la norma jurídica. Derecho y cambio social. Obtenido de *Derecho y cambio social*: <https://www.derechocambiosocial.com/revista002/interpretacion.htm>

García, E. (1953). *Introducción al estudio del Derecho*. Lima: Porrúa.

Hernández, S. (2012). *Estructura de las redes de corrupción en los procesos de selección de obras públicas en el sector Transportes y Comunicaciones entre los años 2005 y 2010*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/657A0F017445AE-FD052580D6006BB389/\\$FILE/HERNANDEZ_DIEZ_SANDRO.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/657A0F017445AE-FD052580D6006BB389/$FILE/HERNANDEZ_DIEZ_SANDRO.pdf)

Huapaya, R. (2014). El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista de Derecho Administrativo*, 327-339. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13455/14082>

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (6 de Junio de 2017). *La corrupción desplaza a la delincuencia como principal problema que afecta al país*. Obtenido de Instituto Nacional de Estadística e Informática: <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/la-corrupcion-desplaza-a-la-delincuencia-como-principal-problema-que-afecta-al-pais-9792/>

Jakobs, G. (1887). *Derecho Penal Parte General- Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas S.A. Obtenido de <https://drive.google.com/file/d/1pkDyI4cdWkHqJlk8ujJx253GWt2SCGjU/view?fbclid=IwAR26Xcb6Jvp04Qy8G6BJZP15rrTiDoXmPAXv2a8VPJFjQnyJFMvy1B-MI5M8>

Lasteros, M. V. (2017). *Acreditación de la concertación en el delito de colusión y la dificultad para construir la imputación necesaria*. Puno: Universidad Nacional del Altiplano-Puno. Obtenido de http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/6143/Lasteros_Tristan_Magda_Violeta.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Lazo, L. (2017). *Gestión de Bienes Patrimoniales y Presentación de la Información Financiera en la Municipalidad Distrital de Colcabamba Tayacaja-Año 2016*. Huancayo: Universidad Peruana los Andes. Obtenido de http://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/UPLA/209/T037_42695358_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Luchetti Rodríguez, A. B. (2009). Algunos alcances en la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones administrativas. *Revista de Derecho Administrativo*, 484-485. Obtenido de <file:///C:/Users/Welcome/Downloads/14044-Texto%20del%20art%C3%ADculo-55920-1-10-20151012.pdf>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2006). *Decreto Legislativo N° 635 CÓDIGO PENAL*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Obtenido de http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPE-NAL.pdf

Ministerio de Justicia y Derechos humanos. (2016). *Decreto Legislativo N° 635 Código Penal*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Obtenido de http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf

Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York: Naciones Unidas. Obtenido de https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf

Orellana Roldán, T. J. (2019). *Derecho a la resistencia VS Delito de paralización de servicios públicos. Caso Morona Santiago*. Cuenca: Universidad de Cuenca. Obtenido de <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/33461/1/Trabajo%20de%20titulaci%C3%B3n.pdf>

Órgano del gobierno de Ecuador. (2014). *Código orgánico integral penal*. Quito: Registro Oficial Órgano del gobierno de Ecuador. Obtenido de https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf

Peña Cabrera, R. (1997). *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. Lima: Grijley E.I.R.L.

Perú21. (14 de Febrero de 2019). *Más de 7 millones de peruanos no cuentan con agua potable*. Obtenido de Perú21: <https://peru21.pe/peru/ccl-7-millones-peruanos-cuentan-agua-potable-nndc-459858-noticia/>

Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo. (2010). *Lucha contra la corrupción en el sector agua: Métodos, herramientas y buenas prácticas*. New York: Dirección de Políticas de Desarrollo. Obtenido de <file:///C:/Users/House/Downloads/Corruption%20in%20water%20sector%20spanish.pdf>

Rueda López, N. (2011). La eficiencia y su importancia en el sector público. *eXtoikos*, 38-47. Obtenido de <file:///C:/Users/Welcome/Downloads/Dialnet-LaEficienciaYSuImportanciaEnElSectorPublico-4017945.pdf>

Salinas Siccha, R. (2009). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Editorial Iustitia y Editorial Jurídica Grijley. Obtenido de <file:///C:/Users/Welcome/Downloads/DELITOS%20CONTRA%20LA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA.pdf>

Santiago Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea. Obtenido de https://inecipcba.files.wordpress.com/2013/08/introduccion_al_

Sentencia del Tribunal Constitucional, 6546-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 7 de Noviembre de 2007). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06546-2006-AA.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional, 06534-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 15 de Noviembre de 2007). Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06534-2006-AA.pdf>

Swedish Water House Policy Briefs . (2006). *La corrupción en el sector agua. Causas, consecuencias y posible reforma*. Obtenido de Swedish Water House Policy Briefs: https://www.joinforwater.ngo/sites/default/files/library_assets/w_eco_e20_corrupcion_agua.pdf?popup=true

Transparency Internacional the global coalition against corruption. (2008). *Informe global de la corrupción 2008 Corrupción en el sector agua*. Cambridge: Cambridge University Press. Obtenido de <https://gestionsosteniblelagua.files.wordpress.com/2010/12/informe-global-de-la-corrupcion-2008-sector-agua.pdf>

Vega Luna, E. (09 de Junio de 2015). *¿Por qué hay obras de agua y saneamiento paralizadas? Esta situación afecta tus derechos*. Obtenido de Blog de la Defensoría del Pueblo: <https://www.defensoria.gob.pe/blog/obras-de-agua-paralizadas/>

Vara Horna, A. A. (2007). *La Evaluación de Impacto de los programas sociales- Fundamentos Teóricos y Metodológicos y aplicación al caso peruano*. Lima: Universidad San Martín de Porres. Obtenido de https://www.administracion.usmp.edu.pe/investigacion/files/Libro_evaluacion_impacto_aristidesvara.pdf