



Autónoma
Universidad Autónoma del Perú

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**“DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN
LA MODALIDAD DE COLUSIÓN EN LAS
CONTRATACIONES DEL ESTADO”**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

JOSÉ GUILLERMO CARPIO BAZÁN

ASESOR

DR. HUGO AUGENCIO GONZALES AGUILAR

LIMA, PERÚ, NOVIEMBRE DE 2019

DEDICATORIA

A Dios por la vida y darme la oportunidad de ser profesional, a mi madre, abuelos, tíos(as), quienes me guiaron en el camino de la justicia y la verdad, y con mucho esfuerzo lucharon y trabajaron para que termine mis estudios con éxito, a mis verdaderos amigos que con sus palabras de aliento me motivaron a no rendirme y seguir adelante por mis sueños.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Jehová por la bendición de poder tener una carrera profesional; asimismo, siempre puso en mi camino a las personas indicadas que de alguna manera contribuyeron en mi desarrollo personal y profesional y así jamás rendirme en este camino tan hermoso que es la carrera de Derecho.

Al Dr. Hugo Augencio González Aguilar, nuestro maestro, por guiarnos en el camino en la parte metodológica de la presente investigación.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación titulado “Delitos contra la administración pública en la modalidad de colusión en las contrataciones del Estado”, tiene como objetivos, evidenciar, interpretar y analizar los motivos por los cuales de cometen cada vez más delitos de corrupción de funcionarios y que busca proteger de forma general y específica el delito de colusión en sus dos modalidades en el ámbito de las contrataciones estatales; a su vez, identificar los factores que nos ayudan a determinar si esta conducta típica amerita una sanción penal o una sanción administrativa según sus elementos, la posición de los Magistrados frente a la comisión de este tipo penal y cómo ellos resuelven o sentencian a los autores y partícipes involucrados, generando consigo jurisprudencias que servirán de enfoque para resolver en las próximas sentencias; asimismo, analizaremos las diversas teorías sobre este tipo penal. El tipo de investigación que se utilizó en esta tesis es, correlacional; porque va a indicar el nivel de relación que hay entre las dos variables estudiadas, Para el cumplimiento de los fines de nuestra investigación se utilizó como instrumento: el cuestionario. La muestra de estudio está conformada por funcionarios o servidores públicos y empresarios que contraten con el Estado. El diseño de investigación es Transversal porque la obtención de datos o información de la presente investigación se realizó en un determinado tiempo. Se concluyó que cada vez más funcionarios y servidores públicos infringen sus deberes institucionales y normativos, se recomendó aplicar políticas anti corruptivas.

Palabras clave: Estado, colusión, concertación, defraudación.

ABSTRACT

The present research work entitled "Crimes against the public administration in the form of collusion in State contracting", aims to demonstrate, interpret and analyze the reasons why more and more crimes of corruption of officials are committed and that seeks to protect in a general and specific way the crime of collusion in its two modalities in the field of state contracting; in turn, identify the factors that help us to determine if this typical conduct merits a criminal or administrative sanction according to its elements, the position of the Magistrates before the commission of this criminal type and how they resolve or sentence the authors and involved participants, generating with them jurisprudence that will serve as a focus to resolve in the next sentences; also, we will analyze the various theories about this type of crime. The type of research used in this thesis is correlational; because it will indicate the level of relationship between the two variables studied. For the fulfillment of the purposes of our research, the following instrument was used: the questionnaire. The study sample is made up of civil servants or public servants and businessmen who contract with the State. The research design is Cross-sectional because the data or information obtained from this research was carried out in a certain time. It was concluded that more and more civil servants and public servants infringe their institutional and normative duties, it was recommended to apply anti-corruption policies.

Keywords: State, Collusion, concertation, fraud.

ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

- 1.1. Realidad problemática. 2
- 1.2. Justificación e importancia de la investigación. 4
- 1.3. Objetivos de la investigación: general y específicos..... 6
- 1.4. Limitaciones de la investigación. 6

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

- 2.1. Antecedentes de estudios. 9
- 2.2. Desarrollo de la temática correspondiente al tema investigado. 12
 - 2.2.1. Base Normativa Jurídica. 12
 - 2.2.2. Definiciones doctrinales. 26
- 2.3. Definición conceptual de la terminología empleada. 48

CAPÍTULO III MARCO METODOLÓGICO

- 3.1. Tipo y diseño de investigación: 54
- 3.2. Población y muestra.. 55
- 3.3. Hipótesis. 55
- 3.4. Variables - Operacionalización..... 56
- 3.5. Método y técnicas de Investigación..... 57
- 3.6. Descripción de los Instrumentos de Investigación. 57

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

- 4.1. Validación de instrumento. 59
- 4.2. Resultados descriptivos de las variables..... 63
- 4.3. Resultados inferenciales. 75

CAPÍTULO V DISCUSIONES, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Discusiones.	80
5.2. Conclusiones.	84
5.3. Recomendaciones.	86

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEXOS

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	Operacionalización de variable 1.....	56
Tabla 2	Operacionalización de la variable 2.....	57
Tabla 3	Validación de instrumento de la variable 1.....	59
Tabla 4	Validación de instrumento de la variable 2.....	61
Tabla 5	Obligatoriedad de cualificación del funcionario público.....	63
Tabla 6	Autoría en el delito de colusión.....	64
Tabla 7	Infracción del deber y falta de aptitud.....	65
Tabla 8	El proveedor en el delito de colusión.....	66
Tabla 9	El empresario, ¿autor o partícipe?.....	67
Tabla 10	Reglas aplicables al empresario.....	68
Tabla 11	La concertación idónea.....	69
Tabla 12	Ámbito de protección en la colusión simple.....	70
Tabla 13	Defraudación patrimonial.....	71
Tabla 14	Concertación idónea.....	72
Tabla 15	Ámbito de protección en la colusión agravada.....	73
Tabla 16	El perjuicio patrimonial efectivo.....	74
Tabla 17	Prueba de correlación de la hipótesis general.....	75
Tabla 18	Prueba de influencia de la hipótesis general.....	76
Tabla 19	Prueba de correlación de la hipótesis específica 1.....	76
Tabla 20	Prueba de influencia de la hipótesis específica 1.....	77
Tabla 21	Prueba de correlación de la hipótesis específica 2.....	78
Tabla 22	Prueba de influencia de la hipótesis específica 2.....	78

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1	Obligatoriedad de cualificación del funcionario público.....	63
Figura 2	Autoría en el delito de colusión.....	64
Figura 3	Infracción del deber y falta de aptitud.....	65
Figura 4	El proveedor en el delito de colusión.....	66
Figura 5	El empresario, ¿autor o partícipe?.....	67
Figura 6	Reglas aplicables al empresario.....	68
Figura 7	La concertación idónea.....	69
Figura 8	Ámbito de protección en la colusión simple.....	70
Figura 9	Defraudación patrimonial.....	71
Figura 10	Concertación idónea.....	72
Figura 11	Ámbito de protección en la colusión agravada.....	73
Figura 12	El perjuicio patrimonial efectivo.....	74

INTRODUCCIÓN

La presente tesis se genera a partir del incremento de la corrupción en nuestro país, el cual evoluciona de forma constante ya que los intervinientes crean nuevas modalidades para la perpetración de los injustos penales en contra de la organización del Estado y poder concretar con éxito su finalidad ilícita planeada; sin embargo, el presente estudio se enfocó en analizar aquella corrupción que se manifiesta en los procedimientos de contrataciones estatales porque precisamente allí es donde se encuentra el mayor índice de quebrantamiento del patrimonio público y vulneración de bienes jurídicos; puesto que, el burócrata interfiere por razón de su cargo directa o indirectamente para realizar acuerdos bajo la mesa con los empresarios, buscando beneficiarse así mismo o favorecer a terceros, ocasionando un perjuicio al Estado.

Los procesos de contratación pública, son procedimientos administrativos especiales, que como bien lo dice Capcha O. (2017) “La finalidad de contratación pública es que las entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles”; En definitiva, se entiende que, para cumplir con tal finalidad, se debe iniciar un procedimiento en el que los postores compitan en igualdad de condiciones, transparencias y respeto por las normas.

En este marco de las contrataciones públicas se comenten dos delitos especiales; pero con mayor incidencia se comete el delito de colusión tipificado en el artículo 384° del Código penal; el cual, consiste en que un funcionario o servidor público y un privado acuerdan subrepticamente para defraudar al Estado y generar un perjuicio público efectivo; también, para Benavente, H (s.f) “colusión es la alianza ilegal entre dos o más personas realizada de forma secreta con la finalidad de dañar a alguien, en este caso el Estado”

A lo largo de esta tesis, estudiaremos las diversas teorías acerca del delito mencionado, así como también, los aspectos dogmáticos, doctrinarios y jurisprudenciales que nos ayudarán a entender de manera más profunda y clara los alcances sobre este tipo especial.

El contenido de la presente tesis se distribuye en 5 capítulos:

En el capítulo I: En esta sección encontraremos el planteamiento del problema, los objetivos planteados; así como también la justificación y limitaciones de la investigación.

En el capítulo II: En este capítulo tenemos al marco teórico el cual contiene los antecedentes internacionales y nacionales; además, desarrolla las bases teóricas científicas, normativa jurídica, definiciones doctrinales y definición de términos.

En el capítulo III: Trata el marco metodológico, el cual está conformado por el tipo, diseño, paradigma y enfoque de la investigación, así como la población y muestra que se utilizó para la aplicación del cuestionario; así como también, el resultado del instrumento aplicado.

En el capítulo IV: En este apartado se realizó el análisis e interpretación de resultados; así mismo, la estadística descriptiva y la prueba de hipótesis.

En el capítulo V: Se finaliza con las conclusiones obtenidas en la investigación y las recomendaciones para generar un cambio a esta situación perjudicial.

CAPÍTULO I
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Realidad problemática

En el Estado peruano (gobierno central) y en sus distintos niveles de gobierno, la corrupción ha venido en aumento de una manera desenfrenada, al punto que las normas se están modificando tomando medidas más estrictas con la finalidad de contrarrestar y acabar con esta crisis social.

Este fenómeno también lo podemos encontrar en las empresas, que con una gestión irregular influyen en la comisión de “los delitos contra la administración pública” porque estas participan en las contrataciones estatales, dado que sus representantes y el Estado representado por funcionarios y/o servidores públicos realizan acuerdos secretos no permitidos por la ley para obtener algún tipo de ventaja o beneficio que favorezcan a los intervinientes en el proceso de contratación, perjudicando el patrimonio del Estado.

Pues, la función pública no está teniendo el verdadero respeto y protección que debería tener por parte de sus agentes frente a estos acuerdos ilegales, no cumplen con los requisitos adecuados para el pleno desempeño de su función, el funcionario y/o servidor público no cuenta la aptitud para el correcto desarrollo de su cargo y la finalidad que este compete.

Debemos entender que la responsabilidad de custodiar, proteger y administrar correctamente los bienes del Estado le corresponde al funcionario o servidor público porque es su deber especial, deber positivo (en el cumplimiento de la norma) y su deber institucional (compromiso con el Estado).

Hoy en día las personas quieren llegar a ocupar cargos públicos ya no con la finalidad de servir a la sociedad; sino, porque quieren llegar a gestionar el gasto público con la finalidad de enriquecerse de manera ilegal cometiendo ilícitos penales especiales; no obstante, hemos tomado en cuenta el delito más frecuente que se produce en el marco de las contrataciones del Estado; es decir, **Colusión**, ¿por qué?, porque la colusión indebida constituye la principal forma de corrupción en las contrataciones públicas y se ha venido perfeccionando al punto de que el

funcionario o servidor público y el interesado concierten en un espacio de estricta seguridad y clandestinidad, en donde ningún agente externo al proceso de contratación pueda enterarse de la concertación maliciosa y se beneficien inapropiadamente.

¿Qué está sucediendo en las contrataciones estatales?; pues, muchas de ellas se encuentran dirigidas a un determinado concursante de ser el caso de un concurso o postor de ser el caso de una licitación; ya que, las partes intervinientes acordaron ilegalmente mucho antes de que las bases de la licitación o concurso sean publicadas en el portal web e incluso en cualquiera de las etapas del proceso de contratación, vulnerando los principios de transparencia, libre competencia e imparcialidad, los mismos que están regulados como principios de la ley especial, creando una desconfianza entre los demás postores oferentes, el cual genera una desigualdad de condiciones, porque probablemente el postor ganador previamente haya realizado un acuerdo con el funcionario encargado del proceso para la obtención de la buena pro; por otro lado, los que no llegaron a ganar la contratación pública, si ofrecieron una mejor oferta económica favorable y conveniente para la entidad estatal, existiendo un equilibrio entre costo, calidad y beneficio para el Estado; sin embargo, este último no ganó.

Este es un tema muy amplio y delicado ya que existe una tasa muy elevada de corrupción de funcionarios en una sociedad necesitada de una buena gestión del gasto público. El delito de colusión es una modalidad delictiva que agravia al Estado y accesoriamente a la sociedad; por ello, es que debemos combatir la corrupción, concientizando a los funcionarios o servidores públicos a contribuir a un buen y correcto funcionamiento de la administración pública.

1.2. Justificación e importancia de la investigación

1.2.1. Justificación teórica

En la presente tesis se analizó cuán necesaria es la capacidad de ejercicio y el verdadero compromiso ético-profesional que deben tener los funcionarios de alta y baja jerarquía.

El problema de la corrupción en la gestión gubernamental es una dificultad del aparato del Estado y una situación constante, que causa perjuicios patrimoniales al gobierno con alcance a todos los organismos públicos, esta situación detrimente se evidencia desde la etapa del diseño de las contrataciones, la elaboración de expedientes técnicos y la convocatoria de proveedores antes de la publicación de licitaciones en etapas de selección de proveedores y adjudicación de la buena pro a los proveedores del Estado (ejecución contractual). Los delitos cometidos en la dirección y administración en los poderes del Estado son de interés general.

1.2.2. Justificación metodológica

Para llegar a consolidar los objetivos de estudio se acudió al empleo de técnicas de investigación como los instrumentos documentales o bibliográficos, así como también el cuestionario, los cuales me posibilita la cercanía de los especialistas en la materia para así tener un mayor panorama del problema a investigar.

1.2.3. Justificación práctica

El problema específico a resolver estuvo orientado a terminar con la ineficiencia e ineficacia de los funcionarios públicos, lo mucho que perjudica al Estado el no contar con profesionales idóneos y comprometidos con el país a su adecuada administración de los intereses públicos y dejar los interés personales o de terceros; porque, la corrupción en nuestro país está creciendo

de forma alarmante y más aún cuando conciertan ilegalmente contrataciones sobrevaloradas para obtener beneficios económicos, poniendo así en riesgo el bien jurídicamente protegido por el Estado.

Asimismo, el presente trabajo resulta de importancia en la medida que identifica los problemas que existe en la administración pública y como debemos estar preparados para ejercer un cargo público.

Las expectativas de los ciudadanos del Perú es erradicar la corrupción en la administración pública y las demandas son que se realice una correcta gestión de los bienes del Estado. La necesidad de esta investigación es una especial cautela del gasto público, su importancia radica en que el gasto público destinado a infraestructura, educación, salud entre otros, beneficie a los ciudadanos del Perú y la afectación de estos fondos públicos causa un perjuicio, como el de retraso en la ejecución de las obras de infraestructura pública. La razón de esta investigación es el de cautelar el correcto gasto de fondos públicos, canon de las regiones, créditos otorgados a gobiernos regionales; además, el hecho que una obra sea financiada por créditos de la banca internacional, el deber de controlar el gasto no es menos, para que la labor de la Contraloría General de la Republica sea eficaz; es decir, identificar la comisión de delitos antes de la afectación al erario y/o fondos de gobiernos regionales y locales.

1.3. Objetivos de la investigación: general y específicos

1.3.1. Problema general

¿Por qué se cometen cada vez más delitos de corrupción de funcionarios?

1.3.2. Problemas específicos

a) ¿Qué se busca tutelar en los delitos contra la administración pública?

b) ¿Qué busca proteger específicamente el delito de colusión en las contrataciones del Estado?

1.3.3. Objetivo general

Evidenciar los motivos que conllevan a los sujetos a cometer cada vez más delitos de corrupción de funcionarios

1.3.4. Objetivos específicos

a) Demostrar el objetivo de protección en los delitos contra la administración pública.

b) Comprobar la protección específica en el delito de colusión en las contrataciones del Estado.

1.4. Limitaciones de la investigación

Para determinar las limitaciones de la presente investigación se ha tomado en cuenta los siguientes aspectos.

1.4.1. Limitación temporal

Esta investigación se limita en el tiempo, ya que la presente investigación cuenta con información obtenida y seleccionada durante el periodo del 2017 – 2019.

1.4.2. Limitación económica

El financiamiento de esta investigación es con recursos económicos propios.

1.4.3. Limitaciones de contenido

La presente tesis no tuvo muchas limitaciones de contenido ya que los diversos libros y fuentes de informaciones obtenidas han sido facilitados por diversos docentes y expertos en la materia.

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de estudios

2.1.1. Antecedentes internacionales

Ávila, D (2016) acerca de *La colusión en las contrataciones estatales en el Ecuador*, definió:

La colusión en la contratación pública es un tipo de acuerdo anticompetitivo que se presenta cuando dos o más proveedores del estado (sic), acuerdan elevar los precios, bajar la calidad de los bienes y servicios que se ofertan o repartirse mercados, en vez de competir para ganar un concurso público.

(...) Las consecuencias económicas de la colusión en la contratación pública son muy elevadas, y ningún país es inmune. Estas prácticas pueden desalentar la participación de competidores y disminuye la confianza del público en los sistemas y procesos de contratación pública. (pp. 28-29).

Para el citado autor, el pacto colusorio en los contratos públicos es un tipo de acuerdo ilícito, una práctica de competencia en desigualdad de condiciones, que se ejecuta en la esfera de las contrataciones públicas entre varios abastecedores del Estado; los cuales, pactan subir sus costos, disminuir la calidad de sus bienes y servicios de su propuesta económica o distribuirse negocios para ganar y beneficiarse de algún concurso público de manera irregular. Los resultados financieros de este acuerdo ilícito genera un perjuicio estatal porque las ofertas ofrecidas por los postores, son sobrevaluadas; vale decir, que le genera un alto costo económico al país y varios países son vulnerables a esta situación detrimente, estos hecho ilegales pueden desanimar a que otros postores estatales compitan en libertad e igualdad de condiciones en las operaciones que realiza el gobierno para contratar; puesto que, genera una desconfianza a los proveedores en los procesos de contratación pública.

Johannes, S (2016) describió la colusión en las adquisiciones del Estado y sus manifestaciones, como:

La colusión en compras públicas –o *bidrigging* en derecho anglosajón-, se define como la práctica o acuerdos entre postores oferentes en un proceso de licitación convocado por una institución pública, encaminado a vulnerar el principio de competencia abierta y eficaz, en detrimento del interés patrimonial del Estado y en beneficio directo a los postores parte del acuerdo. La determinación de colusión en

compras públicas no es una tarea fácil; esto ha sido reconocido por varios autores. Las formas son de diversa índole y puede manifestarse tanto en el proceso licitatorio como durante la ejecución del contrato público. (...). (p. 773).

Según el autor, para el sistema jurídico Anglosajón, la colusión en las adquisiciones del Estado es una praxis de alianza entre proveedores públicos en un procedimiento de contratación estatal realizada por alguna entidad gubernamental, con la finalidad de obtener ventajas y beneficios, transgrediendo el principio de competencia abierta y eficaz en perjuicio de la institución, generando un menoscabo económico al sobrevalorar las obras públicas que convoca el Estado favoreciendo directamente a los postores que realizaron el convenio ilícito. Establecer la realización de este hecho punible en adquisiciones estatales es una tarea difícil y varios autores concuerdan con este panorama debido a que es un arreglo oculto en donde se requerirá de múltiples pruebas para incriminar a un interviniente.

Los acuerdos ilegales realizados entre las autoridades pertinentes y los postores, pueden referirse a varios ámbitos en donde el funcionario pueda intervenir por mandatos expresos de sus roles institucionales, estos convenios subrepticios pueden ejecutarse en cualquiera de las etapas de la contratación pública.

2.1.2. Antecedentes nacionales

Rodríguez, G (2015) en su tesis *El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del funcionario de hecho en los delitos contra la administración pública*. Planteó definir el concepto de corrupción y consideró:

Si bien no es posible dar con un concepto de corrupción, ello debido a la complejidad y extensión de este fenómeno, sí se puede afirmar que, en toda la sociedad, la corrupción pública se traduce en el desgobierno, el nepotismo, la anarquía y el trasvase de los caudales públicos a bolsillos privados, entre otras consecuencias.

Una de las formas de combatir este fenómeno es la tipificación penal de conductas lesivas a la administración pública. (p. 9).

El autor propuso investigar y desarrollar un postulado que se aproxime a la corrupción ya que este postulado es muy amplio y diverso; realizó distintos análisis

y sostuvo que al no poder establecer una concepción sobre corrupción a casusa de su amplitud y complejidad, concluyó que este fenómeno se define como; el mal uso del gobierno, el nepotismo, favoritismo, el desorden, mal uso del poder público que origina el degrado del patrimonio estatal privilegiando a particulares, entre otros efectos perjudiciales que produce la mala gestión de los recursos públicos.

Además, propuso que una manera de contender y contrarrestar actos que contravengan las normas jurídicas, es la penalización de comportamientos que dañen la correcta gestión de los recursos del Estado.

Chanjan, R (2014) En su tesis *La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado*, identifica la actuación en legalidad de la administración pública como bien jurídico general o *ratio legis*. Sustentó:

(...) la teoría del “correcto funcionamiento de la administración pública” es que este concepto es una noción muy amplia y abstracta que no permitiría interpretar cabalmente cada tipo penal¹²². Desde nuestro punto de vista, dicha crítica sería infundada, puesto que lo que se identifica en el bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública” es un “bien jurídico general” o “bien jurídico mediato” para todos los delitos contra la función pública, el cual sería útil para lo siguiente: i) entender las razones político-criminales que fundamentan o legitiman la intervención penal en el ámbito de la administración pública; ii) cumple una función de sistematización de todos los tipos penales funcionariales específicos; y iii) puede servir como criterio a tomar en cuenta para medir la gravedad del hecho y determinar la pena concreta, en la medida que el delito puede incidir mediatamente sobre el “correcto funcionamiento de la administración pública”, además de menoscabar el bien jurídico directamente protegido¹²³. (pp. 48-49).

A juicio del autor, quien sustenta La teoría de “la debida actuación de la administración pública”, ha sido punto de enfoque de diversas críticas negativas debido a que esta calificación es muy genérica e imprecisa que no permite analizar con exactitud cuál es el bien jurídico especialmente protegido para cada delito especial siendo estas conductas comportamientos criminosos distintos.

Dicha crítica, no sería razonable y correcta, dado que la definición de el bien jurídico resguardado “el adecuado desenvolvimiento de la gestión pública” está

referido de manera general para todos los delitos contra la buena administración estatal, esta teoría sería favorable para comprender la política criminal que sustentan la intromisión del Derecho penal en el marco de la gestión gubernamental; además, desarrolla una estructura y organización para todas las infracciones cometidas por funcionarios y servidores públicos; asimismo, puede ayudar a considerar pautas para establecer la magnitud del hecho punible y decidir la sanción adecuada, en la magnitud que la conducta típica puede influenciar indirectamente sobre el idóneo desarrollo de la administración pública; al mismo tiempo, analizar si estos actos perjudican de forma directa lo que el tipo delictivo busca proteger puntualmente.

2.2. Desarrollo de la temática correspondiente al tema investigado

2.2.1. Base normativa jurídica

Según la Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 76° hace referencia acerca de las contrataciones y adquisiciones del Estado y establece que:

Las obras y adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición y enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la ley de presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades. (p. 126).

Nuestra carta magna deriva el mandato constitucional acerca de la obligatoriedad de realizar contrataciones públicas a través de licitaciones y concursos.

De ser el caso que se vayan a realizar obras o adquisición de suministros en los que se utiliza dinero del Estado, se realizarán por “licitación pública”, de igual forma para las adquisiciones y enajenación de bienes; por otro lado, las contrataciones de servicios, consultoría profesional y proyectos en el que el gasto a ejecutar lo establece la ley de presupuesto del sector público, se realizan por la modalidad de “concurso público”. Para ello existe la regulación especial (Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado), el cual establece, los principios que

orientan la correcta y debida contratación estatal y los procedimientos a seguir; así como también, es de aplicación el reglamento de la ley especial mencionada (*Decreto Supremo N° 344-2018-EF*).

El Tribunal Constitucional, en el EXP. N° 00017-2011-PI/TC, en sus Fundamentos 19 y 20, que “las contrataciones estatales tienen un carácter especial; el cual, es distinta a los acuerdos realizados entre privados” y estableció, que los contratos públicos tienen una cualidad distinta a los contratos realizados entre particulares; porque, al estar involucrados los recursos y fines estatales es muy indispensable una regulación especial y estricta que esté orientada al cumplimiento de la eficacia y eficiencia en los movimientos o acciones que ejecuta el Estado siendo este parte suscriptora; al mismo tiempo, el mencionado Tribunal ha determinado como principios fundamentales de las contrataciones públicas, la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los abastecedores estatales; Inclinandonos a este análisis, entendemos que para la persecución de la acción penal de los acuerdos colusorios (artículo 384° del C.P), lo que se busca sancionar son las acciones contrarias a las establecidas en la norma o la vulneración de aquellos parámetros y restricciones señaladas en la ley especial de contrataciones, esto para garantizar un debido procedimiento en la esfera de los acuerdos tácitos realizados por el Estado y una adecuada administración de los recursos públicos.

El Tribunal Constitucional hizo referencia acerca del *marco constitucional de las contrataciones estatales* en el EXP. N° 01442-2008-PA/TC en su fundamento 7 y señaló, que es esencial que los contratos realizados por el Estado garanticen una competencia justa e igualitaria; así como también, una debida gestión de los recursos estatales que están a cargo de funcionarios o servidores públicos, esto mediante un procedimiento especial, el cual respalde que las obras, bienes o servicios se adquieran de manera pertinente con las mejores propuestas técnicas y económicas, obedeciendo a los principios de transparencia, imparcialidad, competencia justa y trato igualitario a los abastecedores del Estado, la finalidad es lograr un alto nivel de eficiencia en las adquisiciones y enajenaciones realizadas por las instituciones estatales, evitar los posibles acuerdos ilegales y prevenir un

perjuicio al Estado, basándose en la aplicación de los principios rectores que buscan combatir la corrupción y el mal uso de fondos públicos.

Capcha, O (2017) argumentó sobre los fines de las contrataciones del Estado y concluyó.

La finalidad (...) de contratación pública no es otra que, las entidades (...) adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles; ello, en un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores, como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos; siendo responsabilidad del Comité Especial efectuar una eficiente evaluación de las propuestas. (...).
Entidades deben maximizar el uso de los recursos públicos (...), maximizando el valor de los recursos públicos que se invierten bajo el enfoque de gestión por resultados, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios regulados de la ley. (p. 13)

La autora consideró que los contratos públicos tienen como propósito que las entidades del Estado adquieran bienes, obras y servicios en óptimas condiciones, ello en un ambiente idóneo que garantice y respalde la afluencia de postores u oferentes con el adecuado uso de los recursos del Estado; al mismo tiempo, el comité especial realice una correcta valoración y examen minucioso de las pretensiones económicas de los proveedores que sean de beneficio para el Estado y se encuentre dentro del marco presupuestal.

Las contrataciones y adquisiciones deben realizarse cuando sean necesarias y utilizarlas de forma apropiada para maximizar su funcionalidad y durabilidad, valorando estos recursos estatales con una correcta gestión de los recursos públicos puesto que el costo de las obras, bienes o servicios se debe equiparar con la calidad de estos.

La corrupción es un acontecimiento nocivo y complejo que resalta en nuestra sociedad y que cada vez parece empeorar; pues, para poder sostener una concepción acerca de este tema, es necesario realizar un análisis minucioso desde distintos puntos de vista, con la finalidad de comprenderla para después crear políticas que contribuyan a su represión y erradicación. (Montoya, 2015).

Montoya (2015) sostiene que definir el concepto de corrupción no ha sido una tarea fácil; sin embargo, se ha podido identificar algunos factores que sustentan la dificultad que existe para definirla, por ejemplo:

Que, son actos contrarios a la norma, pues todas las acciones corruptas vulneran leyes penales, administrativas, civiles, normas de carácter social, etc.; además, existen intereses propios; ya que, todos los comportamientos corruptos buscan beneficiar intereses personales o la de terceros, dejando a un lado el interés estatal y social; así mismo, el abuso de poder; porque, todos los comportamientos corruptos, sobrepasan facultades asignadas relacionados a su función y deber público establecidos por el Estado en su manual de obligaciones y funciones.

Montoya (2015) en su manual de delitos contra la administración pública, manifestó que es fundamental aplicar un concepto relacionado al adecuado y buen desarrollo de la gestión estatal; pues, desde este punto de vista, la doctrina ha establecido las características que definen el concepto de “empleado público”, como, por ejemplo: i) es aquella persona integrada a la administración pública, así como también, ii) sujeto que ejerce un cargo dentro de alguna entidad estatal.

Por otro lado, por cuestiones que el autor expresó con posterioridad, recomendó la utilización de los términos sucesivos: a) inclusión con heteronomía a la gestión estatal; en otras palabras, será aquella persona que dejará de tener autonomía personal en la toma de decisiones porque se someterá al poder público y normas que regirán sus funciones; así como también, b) capacidad idónea para desarrollar de manera eficiente el puesto que le otorgó el Estado; es decir, será funcionario aquel sujeto cualificado para ejercer roles con integridad.

Rodríguez, G (2015) citó a Marienhoff para darnos un concepto sobre el funcionario público.

Como señala Marienhoff “*El cumplimiento de las funciones administrativas del Estado se hace efectivo y se concreta a través de la actividad de personas físicas (...)*”⁴⁰. (...) personaje que ostenta el papel protagónico en la Administración, nos referimos al funcionario o servidor público. (...).

Una vez definido el concepto de funcionario (...), el presente capítulo abordará una de las cuestiones centrales de esta tesis, a saber, si resulta necesario formular un concepto de funcionario público para el Derecho Penal. (p. 34).

El referido autor, sostuvo que el Estado para cumplir con efectividad sus roles administrativos, lo realiza mediante representantes cualificado; asimismo, define al trabajador estatal, como aquel sujeto que tiene una función exclusiva en la gestión pública para administrar y custodiar intereses públicos.

Teniendo la noción acerca de quién es un empleado público desde la óptica administrativa y para un mejor entendimiento de la sociedad; pues el autor, planteó si será indispensable definir un postulado del burócrata desde el punto de vista del Derecho penal con la finalidad de comprar si ambas concepciones resultan lo mismo.

Según el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 082-2019-EF en su capítulo II actuaciones preparatorias y artículo 16, establece que la fase de los actos preparatorios es el primer paso para iniciar el procedimiento de contratación pública, consiste en que un área requiere a otra encargada de las contrataciones, bienes tangibles o intangibles por medio de un documento formal, el cual contenga las cualidades y los requisitos pertinentes de lo requerido, además, tiene que cumplir un propósito lógico relacionada con la función que cumple la entidad y la finalidad que quiere realizar.

Cuando se recibe el documento de requerimiento, el órgano encargado de las contrataciones de la institución, desarrollará un estudio hermenéutico para determinar las posibles ofertas que existen en el mercado entre otros aspectos importantes, para ello se establecerá el valor referencial de bien o servicio requerido por el área solicitante.

De acuerdo al Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 082-2019-EF en su capítulo III métodos de contratación y artículos 22 y 27, establece las distintas formas de contratar con los particulares, pero nos vamos a referir a las mencionadas en el art.

22° (licitación pública y concurso público); ambas son modalidades de contratación estatal, ésta se aplica en ámbitos distintos, ya que la licitación pública. - está dirigida especialmente a la adquisición de bienes, obras y suministros, mientras que el concurso público. - está orientada a la contratación de servicios y consultoría profesional.

Acerca de las contrataciones directas, señalada en el art. 27° de la referida ley; esta es una modalidad permisiva; pues, permite a las empresas la regularización de ciertos requisitos o documentos que pueden ser subsanados durante o después de la ejecución de la finalidad para el cual fueron contratados, este tipo de contratación se realiza en situaciones especiales; (casos de emergencia, situación de desabastecimiento, contrataciones secretas por las fuerzas armadas, cuando haya un proveedor único, servicios de consultoría, bienes y servicios que tienen fines de investigación, asesoría legal especializada, prestaciones que no se ejecutaron y se derivan de un contrato resuelto), cabe resaltar que la permisión de regularización administrativa no implica permisión penal.

En una contratación directa que permite la regularización o subsanación, no habrá delito debido a la permisión de flexibilización del Procedimiento Administrativo permitido por la norma administrativa, esto se tendría que ver en el ámbito administrativo.

Sin embargo, la ley penal si puede intervenir, el Derecho penal busca analizar si determinada conducta ha puesto en peligro o ha lesionado un bien jurídico protegido en determinado delito, tenemos que analizar incluso en el marco de una contratación exonerada si llegamos a determinar a partir de una serie de indicios que una conducta ha puesto en peligro o lesionado la imparcialidad en la actividad del Estado, no habría ningún Problema para sancionar el ilícito de colusión. La irregularidad administrativa, pueden constituirse en indicio de la comisión del Delito de colusión como lo señala la casación siguiente.

La Sala Penal Permanente de Ayacucho, en la casación N° 841-2015 Ayacucho, enfatizó que las deficiencias administrativas que son objeto de subsanación, adolecen de carácter penal ya que la norma otorga la permisión de poder subsanar o regularizar ciertos requisitos o documentación que son parte de este tipo de contratación; es la Contraloría General de la República quien examinará esta regularización, se debe tener en consideración que esta modalidad de contratación se da en un contexto especial de emergencia, en donde es admisible la comisión de desperfectos administrativos y no es prioridad la formalidad; sino, que estamos frente a una situación en la que se prioriza la seguridad y prevención de riesgos de una situación.

Ante estos hechos de emergencia la ley establece esta modalidad de contratación directa donde es posible la regularización, estos desperfectos administrativos, sólo podrán tener carácter penal si a estos actos de regularización se suman otros actos que no están permitidos en la ley que puedan acreditar la comisión del tipo penal.

En ninguna de las modalidades de contratación pública está permitida la concertación ilegal; por ende, si esta circunstancia se presenta en las contrataciones directas, estaremos frente a la posible comisión del delito de colusión porque el acuerdo colusorio (acuerdo clandestino) no es un elemento de la contratación estatal.

Urquiza (2019) en referencia al significado del acuerdo colusorio, describió que el convenio mal realizado por el funcionario público, no necesariamente debe entenderse como una conducta delictiva, pues no se le puede atribuir el tipo penal de colusión ilegal, porque este acuerdo mal ejecutado puede ser producto de la falta aptitud o capacidad del funcionario para ejercer de manera eficiente su función, como también puede ser consecuencia del desconocimiento de la ley especial; por lo tanto, este carece de dolo y lo que busca castigar el delito es la conducta dolosa (concertar para defraudar); además, este acuerdo mal realizado tendrá que ser castigado por vía administrativa mas no por la vía penal.

Además, el acuerdo realizado, debe ser jurídicamente posible; es decir, que aquel plan realizado entre funcionario público y el privado, pueda generar un posible perjuicio a los recursos estatales.

Según el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 082-2019-EF en su capítulo IV el contrato y su ejecución, artículo 32, establece que el contrato siempre se realiza de forma escrita el cual debe acoplarse a la proforma establecida durante el procedimiento de selección, en el caso que se realicen contratos por obras, estos deben contener los riesgos que puedan suscitarse durante su ejecución según los estudios previos realizados.

Además, los contratos obligatoriamente tienen que establecer cláusulas que garanticen un debido procedimiento de contratación; así como también, cláusulas anti-corruptivas en las que se aplique los principios establecidos en la norma especial; además, los posibles medios de solución ante controversias suscitadas en cualquiera de las etapas de contratación, incluso la cláusula de resolución contractual por incumplimiento regulado en la ley.

El reglamento La Ley de Contrataciones del Estado, establece el procedimiento para la firma del contrato en la última fase de contratación pública cuando el concursante ya haya obtenido la buena pro en la que tiene un plazo de 2 días para la firma del mismo.

El delito de colusión puede cometerse en cualquiera de las etapas de la contratación pública (actuaciones preparatorias, selección y ejecución contractual), en cualquiera de las operaciones semejantes a cargo del Estado dentro del marco de contratación pública y en cualquiera de sus regímenes.

Revilla (2016) en su análisis del delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público, en el caso de la resolución contractual por culminada la obra y por incumplimiento, concluyó que, en la fase de ejecución contractual, ya que en los contratos de obras que benefician al Estado su ejecución abarca desde la

celebración del mismo hasta el pago correspondiente a la prestación realizada (teniendo claro que el contrato se mantenga hasta ese entonces).

Conforme a esta idea, el pasado Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en su artículo 149, indicaba que, en el contrato de realización de obras, comprendía hasta la conformidad de la liquidación y se realice el pago debido; Mientras que el artículo 180 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que, después de admitida la liquidación y realizar el pago debido, finalizaba el contrato y se cerraba el expediente correspondiente.

Sobre las Clases de liquidación:

La liquidación que efectúa después de culminada la obra: en esta situación es una sube-tapa de la fase de ejecución contractual.

La liquidación que de efectúa luego de resolver el contrato por incumplimiento, en este caso no constituye una sub-fase ni forma parte de la etapa de ejecución contractual.

Con referencia a la frase “cualquier operación a cargo del Estado”.

En relación a la frase “cualquier operación a cargo del Estado” pues estas operaciones o actos realizados, deben ser afines con las formas de adquisición y contratación pública de bienes, obras o servicios, o concesiones; El autor citando a Castillo Alva, refiere que las mencionadas operaciones deben ser parecidas o tener un núcleo cercano a estos hechos o negocios que la ley establece.

Si faltase tal parecido, por más perjudicial que sea la operación, no puede aplicarse el delito de colusión, sin vulnerar el principio de prohibición de la analogía. El autor, citando a Salinas Siccha, quien sostiene que las operaciones similares o parecidas, necesariamente deben estar en el marco del proceso de selección y contratación pública ya sean bienes, obras, o servicios del Estado.

El autor concluyó que cuando la liquidación es resultado de finalización de la obra entregada por el contratista a la entidad; en esta situación la fase de liquidación es parte de la etapa de ejecución contractual, en esta idea, si las partes acuerdan ilícitamente que la licitación beneficie al contratista perjudicando al Estado, se podrá imputar por el delito de colusión.

Cuando la liquidación es resultado de la resolución anticipada del contrato por incumplimiento del particular; la fase de liquidación no es parte de la etapa de ejecución contractual, el cual se ha extinguido por acuerdo de ambas partes, si estas pacta para que la liquidación beneficie al contratista con los intereses patrimoniales del Estado, no será posible una imputación por el delito de colusión, no es un escenario en el que se pueda cometer el hecho punible, porque falta el contexto típico que señala en tipo penal “cualquier etapa de la contratación pública”.

DERECHO PENAL

Urquiza (2017) refleja el texto primigenio sobre el tipo penal de colusión y se puede observar que en mencionada descripción se hace mención a una frase muy específica “operación semejante”, con ello se puede deducir que engloba a todos aquellos actos de concertación que se pueden ejecutar en la esfera de las contrataciones públicas que tienen una estrecha y estricta relación con los contratos, ofertas, competencia de precios, remates, tratados, ajustes, liquidaciones o suministros; es decir, tenga una vinculación análoga con los actos antes mencionados.

El texto, desde su creación hasta la actualidad, ha tenido cinco modificaciones, pero es en la tercera modificación de fecha 21 de julio del 2011, mediante el artículo único de la Ley N° 29758, en la que se estableció la forma simple y agravada, allí se puede notar que la forma base desarrolla el verbo “concertar” (acordar) o sea, el tipo no exige que se llegue a perjudicar al Estado, sino el sólo hecho de realizar un acuerdo oculto ilegal con fines de perjuicio estatal ya configuraría el delito, pero este arreglo bajo la mesa, debe realizarse en el contexto señalado, es decir aquellas operaciones que sean susceptibles de llevarse

a cabo en los marcos en los que el Estado es parte suscriptora. Por otro lado, se tiene la forma agravada, en la que establece los verbos “concertar” y “defraudar”, pues allí se exige que, aparte del acuerdo ilegal clandestino, exista un detrimento real al patrimonio del Estatal, dicho de otra manera, aquel pacto efectuado, deberá causar un daño patrimonial, en el cual, es sujeto pasivo el Estado.

Además, se puede notar otra diferencia del texto primero con relación a los dos segundos; la pena en el tipo simple mantiene la misma sanción que el texto originario, pero el actual párrafo modificado tiene la sanción de multa, esto es, que además de restringirle la libertad al sujeto (intraneus o extraneus) tendrá que reparar el daño causado tanto administrativamente con una inhabilitación, como económicamente con una pena de multa.

Urquiza (2019) citando a García Cavero y Castillo Alva. Sobre el ámbito de aplicación del delito de colusión, concluyeron:

Hay que concluir que el ámbito de aplicación del delito de colusión desleal se circunscribe a las modalidades de contratación pública para las adquisiciones del Estado, abarcando el tipo penal los procesos de selección y ejecución de los contratos con los que se realizan dichas adquisiciones. (p. 719).

El referido autor, quien citó a García y Castillo, nos ilustran acerca de, los aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal, nos dicen lo siguiente nos dice lo siguiente, el marco de aplicación del tipo penal de colusión ilegal, se ajusta o hace referencia a las modalidades de contratación pública, ya sean concurso o licitación para la adquisición de bienes, obras o servicios y todas aquellas operaciones semejantes que se encuentren enmarcados en este ámbito. Entonces aquellos acuerdos realizados que no tengan relación alguna con el procedimiento de contrataciones del Estado, probablemente se configurará por otro tipo penal, más no el de colusión.

Benavente (s.f) en su estudio sobre la tipicidad objetiva en el delito de colusión, argumentó que, la colusión es aquel acuerdo realizado de forma secreta entre dos o más personas; es decir, un arreglo bajo la mesa que tiene como objetivo el afectar a alguien, en este caso el Estado y en la doctrina la podemos encontrar

con distintos nombres, como: colusión desleal, colusión ilegal, pero en realidad, significan lo mismo ya que es una concertación no permitida por la ley.

En el caso de la modalidad simple; el autor enfatizó que, se ejecuta la conducta típica, cuando el funcionario o servidor público, pacta o de forma oculta e indebida con los particulares interesados con un fin ilícito, por lo tanto, el sólo acuerdo ya perjudica al Estado, aquí basta que haya un pacto desleal para tipificar la conducta delictiva ya que es un delito de pura actividad y de peligro efectivo con perjuicio patrimonial, el delito se configura con la concertación sin ser necesario que se haya generado un daño al patrimonio estatal, ni que el sujeto extraneus haya entregado beneficio alguno al intraneus como un incentivo para la comisión del tipo.

Para la forma agravada; no solo es suficiente el acuerdo clandestino, aquí lo que se busca sancionar aparte del acuerdo ilegal es que exista un quebrantamiento patrimonial real y efectivo; vale decir, que aquel acuerdo colusorio tenga como resultado el desmedro de los recursos públicos.

La distinción entre la forma simple y agravada del delito de colusión, son los verbos, “concertar” y “defraudar”, en la primera (forma simple) podemos notar que el peligro de afectación al patrimonio es potencial, ya que tal acuerdo debe ser idóneo y posible de ejecutar, por otro lado, en la segunda forma (agravada), el daño patrimonial es se llegó a concretar, o sea, el empleado público y el empresario llegaron a su finalidad.

Urquiza (2019) citando a García Caveró. Sobre el tipo subjetivo en el delito de colusión desleal, describió:

García Caveró y Castillo Alva, en su estudio sobre el delito de colusión, describieron el significado del acuerdo colusorio y consideraron que; este convenio desleal mal realizado por el funcionario o servidor público con los postores, no necesariamente debe entenderse como una conducta delictiva, porque este acuerdo puede ser producto de la falta de aptitud o desconocimiento de sus roles para ejercer de manera eficiente la función pública, por lo tanto este carece de dolo y tendrá que ser castigado con una sanción disciplinaria con la norma administrativa correspondiente, mas no por la ley penal. (p. 720).

Por otro lado, los citados autores analizaron la tipicidad subjetiva de la colusión desleal y consideraron que, “*se castiga a título de dolo*”; vale decir, que para poder afirmar el comportamiento doloso e imputar el mencionado delito es indispensable que el funcionario público conozca que aquella conducta colusoria tenga idoneidad para defraudar los intereses del Estado; además, concluyen que solo puede ser viable el dolo directo.

La Sala Penal Permanente de Piura enfatizó *acerca de la defraudación en la modalidad agravada del delito de colusión* en la casación N° 661-2016 PIURA, sumilla, y estableció que, esta modalidad tiene la característica de ser un delito de resultado lesivo en la que no es suficiente que la concertación sea idónea para defraudar como se describe en el primer párrafo; sino, que se requiere la lesión efectiva a los recursos públicos; además, es importante señalar que para demostrar la comisión de esta modalidad es indispensable la pericia contable, el cual tiene la finalidad de poner en evidencia el perjuicio patrimonial causado y esta constituye una prueba directa.

Urquiza (2017) quien citando a Abanto Vásquez, definió el delito de colusión como un sinónimo de “concertación”, que significa ponerse de acuerdo de manera oculta con los interesados, para el autor dicha conducta es en esencia lícita, debido a que la ley permite mencionado acto como aquel rol que tiene que cumplir el funcionario público para que en representación del Estado, realice acuerdos beneficiosos pero al realizarlos estos deben proteger el interés estatal, esto quiere decir que, para ser un acto ilegal, debe tener la característica fraudulenta; es decir, “acordar para defraudar”.

Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (PPEDC, 2019).

(...) los delitos de colusión y negociación incompatible son, después del peculado, los delitos de mayor incidencia.¹ El delito de colusión es por naturaleza un delito de encuentro, donde el funcionario público y el particular conciertan defraudando los

intereses del Estado. El particular por lo general interviene representando a una determinada persona jurídica, en su mayoría empresas. (p. 1).

La citada institución pública, realizó un informe en el que detalló mediante gráficos y tablas estadísticas, acerca de los delitos contra la administración del Estado, que el tipo penal de colusión y negociación incompatible son luego del peculado, los delitos más realizados por funcionarios públicos en marco de las contrataciones públicas, el delito de colusión es un delito bilateral, es decir, requiere la intervención de dos partes, en el que el funcionario o servidor público se coluden con los interesados con fines de defraudar al Estado.

Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (PPEDC, 2019), refleja que durante el 2019 hubo 1202 representantes de personas jurídicas investigados por el delito de colusión; también hubieron 278 investigados por negociación incompatible, 168 investigados por peculado, 26 investigados por malversación de fondos y 14 investigados por cohecho; vale decir, que hay un gran número de sujetos extraneus que *firmaron contratos con el Estado en representación de una empresa*.

Además, graficó que, del 100 % de casos investigados, el 71% son casos de colusión, el 16% son casos por negociación incompatible, el 10 % son casos de peculado, el 2 % con casos de malversación de fondos y el 1% son casos de cohecho; con esta información podemos deducir que, tanto el delito de colusión como el de negociación incompatible, son los delitos más infringidos e investigados; este, porque se desarrolla en un ambiente subrepticio, y donde existen muchas deficiencias como es ámbito de las contrataciones del Estado. (p. 49).

Rodríguez (2015) Citando a Rojas Vargas, acerca del el bien jurídico protegido y el sujeto activo en el tipo penal de colusión, señaló que, el delito de colusión tutela varios bienes jurídicos; es decir, que busca proteger el patrimonio del Estado, la intangibilidad (inviolabilidad) de las funciones especiales y el resguardar los deberes de lealtad Estatal y probidad funcional; además, indicó que será autor quien ostente la calidad de funcionario o servidor público que realiza actos ilícitos en función de su cargo o comisión especial, pues no cualquier

funcionario o servidor público puede ser imputado con este delito, ya que debe tener el poder de decisión que el tipo penal plantea en la contrataciones del Estado.

La doctrina señala que el bien jurídico protegido en el delito de colusión es el patrimonio público, el autor coincide con lo que establece una sentencia emitida en el Expediente N.º 00017-2011-PI/TC, en la que se establece que el bien jurídico protegido en el delito de colusión es la imparcialidad, la libre competencia, y el trato justo e igualitario a los postores.

Es fundamental que el funcionario público tenga una gran vinculación y potencial para defraudar al Estado, es decir tenga la idoneidad para poder concertar con los interesados, es aquí que se infringe el deber de protección y cuidado del patrimonio del Estado, porque favorece las pretensiones de terceros particulares dejando de lado los intereses institucionales; asimismo, indicó que el autor del tipo penal no es aquel que vulnera la fidelidad, confianza y vigilancia, sino aquel que concierta con los privados contratantes con la finalidad de perjudicar la correcta gestión de los recursos públicos del Estado.

2.2.2. Definiciones doctrinales

Espinoza (2019) aproximó su concepto de la autoría clásica a Villa Stein, además citando a Roxin que desarrolló la autoría mediata, y Bacigalupo Zapaper, sobre autoría y participación, señaló que la forma de entendimiento más clara y precisa sobre la concepción de autor y la aplicación clásica de la autoría señalaba que, es autor quien no deba tener restricción de aptitud ante responsabilidad penal, pues, se le puede atribuir culpabilidad del hecho criminoso, además, sostuvo que será autor quien ejecuta un acto contrario a ley con sus propios medios, en razón a que domina el evento delictivo, es decir, aquel sujeto que realiza el hecho punible a voluntad propia, a este se le asigna la autoría inmediata.

En la actualidad quien crea la forma de ejecución del tipo penal y este hecho lo materializa mediante otra persona actúa como autor intelectual (autor mediato), a lo que llamamos autor detrás de otro autor.

Además, desarrolla que, el partícipe es aquel que de alguna manera contribuye a la comisión del delito, y va a depender que el autor indispensablemente realice el hecho punible, además señala que, en el sistema diferenciador y restrictivo de autoría, sólo podrá ser autor aquel que ejecuta cualquier conducta delictiva por tener dominio del hecho; los demás agentes que participaron para ayudar a cometer el delito y que no dominaron el hecho, también serán responsables del mismo tipo penal que ejecutó el autor como lo establece la norma en relación a la participación.

Espinoza (2019) acerca de las doctrinas que fundamentan la autoría y participación en los delitos contra la administración pública, enfatizó que debemos comprender la figura de la incomunicabilidad de las circunstancias como lo señala el artículo 26 del Código penal, que consiste en restringir una imputación al partícipe extraneus por un delito especial porque considera que debería ser imputado por un delito común; Esto es, en los tipos penales cometidos por funcionarios públicos, no se les puede imputar un delito que ejecuta un funcionario público o servidor público a un particular, pues sólo se debe aplicar al agente especial que tiene las cualidades especiales que define el tipo penal, o sea, tiene el deber de cuidado, protección, correcta gestión pública, etc., y para el autor, resulta incorrecto atribuir tipos penales diferentes cuando se trate de un mismo hecho delictivo.

Por el contrario, existe otra teoría, que consiste en que, un extraneus no puede responder por un delito diferente al cometido por su autor, en este caso el funcionario o servidor público que cometiese cualquier delito contra la administración pública, el sujeto extraneus sería cómplice o partícipe del delito cometido, esta imputación de realizaría bajo el principio de accesoriedad.

Espinoza (2019) sobre la teoría del dominio del hecho citando a Welzen, y a Roxin y sobre el instigador, nos manifestó lo siguiente:

Esta concepción lo que busca es dar una explicación, (...) del sujeto quien infringe el tipo penal prohibido, sin importar la especialidad o la obligación (...) de su función que desempeña, (...). Esta teoría “puede considerarse como una teoría material-objetiva” (29), considerando autor, aquel que tiene el dominio final del suceso, mientras los partícipes por su parte carecen de esa posibilidad. Así como sostiene

Wezel “es el hecho de tener intencionalmente en las manos el desarrollo del acto típico”, así será autor quien controla la toma de decisión y la ejecución de la misma. (30).

(...) el instigador interviene en la ejecución del comportamiento, no tiene el dominio de su realización (31) por eso Roxin, el principal exponente de esta concepción sostiene que; es autor respecto a la pluralidad de personas, quien, por el papel decisivo que representa, aparece como la figura “clave o central” del suceso. (...) (pp. 247-248).

Como señala el autor, respecto a la teoría del dominio del hecho, manifiesta que, esta teoría pretender darnos una aclaración sobre la intencionalidad del agente que realiza la conducta criminosa establecida en la norma, sin importar la especialidad o la obligación que ostentan, esta hipótesis del “dominio del hecho” puede entenderse como una teoría material objetiva, que consiste en que el autor es aquel que tiene la potestad final para la realización del tipo penal, por otro lado los partícipes carecen esa potestad o posibilidad, el autor citando a Welzen, quien dice que; es la intención de realizar un hecho punible que está en sus posibilidades y será autor quien tiene el control del hecho y ejecución del acto criminal.

El citado autor, indica que, el instigador participa en la realización del comportamiento típico, no tiene dominio para su ejecución, es por ello que Roxin, expresa que, cuando haya una pluralidad de agentes realizando un hecho punible, autor será quien tenga el papel decisivo o central de la conducta típica.

Rodríguez, Torres, Navas y Novoa (2014) analizaron sobre la complicidad en la teoría de unidad del título de imputación y coincidieron que esta teoría es utilizada mayoritariamente por los jueces al momento de emitir una sentencia y consisten en que, se permite la intervención del particular sin ostentar la condición especial, es decir, como partícipe, ya sea como inductor o cómplice para poder ser imputado, si no se aplicase esta teoría, generaría impunidad para los empresarios.

La doctrina, considera, que para solucionar la situación del partícipe, es dominante y aplicable la teoría de “unidad del título de imputación” y se fundamenta en que:

- Un hecho delictivo no puede ser sancionado por otro hecho diferente al cometido.
- El particular puede intervenir en los delitos especiales y va a responder por el tipo penal cometido por el autor ya que es un dependiente del agente y hecho principal, en el cual se le atribuirá el delito en calidad de partícipe, porque no cumple con los requisitos exigidos en el delito.

Arismendiz (2015) refiriéndose sobre la problemática de la participación del *extraneus* en el delito de colusión. Indicó:

(...) en el delito de colusión ilegal concurren dos sujetos de distinta calificación, es decir, un sujeto calificado que tiene estatus de funcionario o servidor público, el cual siempre responderá como autor (...); por otro lado un particular, que puede ser cualquier persona con capacidad de reprochabilidad jurídico-penal, quien responderá como cómplice,(...) IV Criterios jurisprudenciales respecto a la participación del interesado-extraneus- en los delitos especiales (...) Nuestro sistema jurisprudencial a través de la Corte Suprema comenzó a emitir ejecutorias sobre la base de los principios de la accesoriidad y la unidad del título de imputación. En ese sentido, ha asumido mayoritariamente la teoría de la unidad del título de imputación, (...); y recientemente la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el Expediente (...) (caso Belaunde Lossio) indica que se ha asumido en forma mayoritaria, aunque no unánime, la teoría de la unidad del título de imputación, por lo que tanto los autores (funcionarios públicos o *intranei*) como los partícipes (particulares o *extranei*) responden penalmente por el mismo delito. (...). Bajo este panorama, tenemos que, en el delito de colusión ilegal, el *extraneus* siempre responderá como cómplice, (...).

Clasificación de los delitos. Colusión ilegal: ¿delito de encuentro o delito en virtud de competencia? (...) ii) los delitos de encuentro: Son aquellos donde las actividades de las personas intervinientes se dirigen a un mismo objetivo, pero lo hacen desde lados o posiciones distintas, de tal manera que las conductas acaban por encontrarse. (...) el delito de colusión ilegal deberá ser considerado bajo los nuevos lineamientos de clasificación de los delitos, es decir, delitos por responsabilidad en virtud de organización (responsabilidad basada en deberes generales) y delitos por responsabilidad en virtud de competencia institucional (responsabilidad fundamentada en deberes especiales), (...) (pp. 131-139).

Para Arismendiz, el injusto penal de colusión, es un delito en el que intervienen dos agentes de diferente cualificación; o sea, uno de ellos tiene la calidad especial por que actúa en representación del Estado y es quien siempre asumirá la condición de autor, por otra parte, existe un particular; es decir, un empresario que puede ser un agente cualquiera con disposición para ser reprochable jurídicamente por un acto que contravenga la ley penal, a este sujeto

se le nombrará cómplice. En la jurisprudencia peruana, existen reglas para tratar la intervención del extraneus en los tipos penales funcionariales. Nuestra Suprema Corte, ha comenzado a expedir ejecutorias acerca de la aplicación del principio de la accesoriedad limitada y la teoría de unidad del título de imputación. Pues, en ese margen de ideas, se ha tomado en cuenta de manera mayoritaria la tesis de unidad del título de imputación, por ejemplo, en el caso de “Belaunde Losio” el autor remarcó que, la Corte Suprema aceptó por mayoría la tesis antes señalada, en concreto, los representantes del Estado como los empresarios interesados serán inculcados por el mismo hecho delictivo; pues en este sentido, se entiende que en el tipo penal de colusión, el particular interesado (empresario) siempre será imputado por el mismo hecho que el de su autor, pero en calidad de cómplice partícipe.

El autor, realizó una interrogante acerca de que si el tipo de penal de colusión indebida ¿es un delito de encuentro o delito de infracción de rol especial? , para el propietario del texto, los delitos de confluencia, son actos delictivos en el que los implicados tienen un mismo fin, el cual, los realizan desde distintas posturas de modo que, dichos comportamientos terminan encontrándose por el objetivo que tienen en común; el autor explicó que el delito de colusión debería comprenderse con las modernas ideas de organización del tipo penal, o sea, si este delito de cometió como consecuencia de una responsabilidad general que puede tener un representantes del Estado, o si este se perpetuó como una actividad propia de una función especial que ostenta aquel funcionario cualificado.

Espinoza (2019) con referencia a la teoría de unidad y ruptura del título de imputación, expresó:

(...) para esta doctrina; tanto autor y el partícipe del (sic) delitos especiales responderán por unidad del título; (...), el cual permite que el sujeto extraneus sea partícipe de un delito contra la administración pública, es decir, (...) responderá (...) por el mismo hecho de manera accesorial al de su autor. (...), concurriendo al principio de *accesoriedad limitada* de la participación (47), (...). (...), en razón de que los presupuestos del artículo 26 del código penal, no fundamentan la punibilidad, sino que se refiere a aquellos presupuestos que van a atenuar, agravar o excluir la punibilidad (49), (...).

(...), tanto la teoría de la ruptura y la unidad del título de imputación, ambos tienen un punto de encuentro, el cual es el “*dominio del hecho*”, pero dentro de la unidad del título, supera las falencias al de la ruptura del título, toda vez que; se respeta el principio de *accesoriedad limitada*, y no hay la posibilidad de poder crear cierto grado de impunidad, (...) la “participación de los sujetos *extraneus* de acuerdo a esta teoría. (...) no se podría considerar autor del delito de infracción del deber (...) al *extraneus*, porque no ostentan la calidad de funcionario o servidor público, solamente quedando en grado de partícipe del delito especial. (pp. 254-256).

El aludido autor sostuvo que, en esta doctrina, tanto el autor y el partícipe, responden por el mismo tipo penal; es decir, si el sujeto *extraneus* participase de un delito contra la administración pública, también será imputado por el mismo hecho realizado por su autor, bajo la figura de partícipe. Aplicando el principio de *accesoriedad limitada*, eso significa que quien dominó el hecho criminoso fue el funcionario o servidor público, mientras que el particular coadyuvó a la realización del tipo penal, este último también será responsable por el delito cometido por su autor, por otro lado, si el *extraneus* cometiese un delito común, y el *intraneus* coadyuva a la comisión del mismo hecho punible, este último será partícipe del delito común.

Ante esta situación si es factible imputar a un partícipe *extraneus* por delitos contra la administración pública; también nos dice el autor, con referencia al art. 26 del Código Penal que; no sustenta la punibilidad, sino que hace referencia a aquellos sucesos que van a atenuar, agravar o eximir la punibilidad. Entonces podemos apreciar, que tanto la teoría de la ruptura del título de imputación la teoría de unidad del título de imputación, coinciden en el “dominio del hecho” pero la unidad del título aplicado bajo el principio de *accesoriedad limitada*, no tiene los vacíos que se pueden encontrar en la ruptura del título. Por lo expuesto por el autor entendemos que; el sujeto *extraneus* sin tener la característica de funcionario o servidor público, será imputado como partícipe del hecho cometido y no como autor.

Espinoza (2019) respecto del principio de “*accesoriedad limitada*” como fundamento de participación del sujeto *extraneus*, refirió que para definir la figura de partícipe, obligatoriamente debe existir el autor, en este caso el funcionario o servidor público vulnerando su obligación y de deber especial de protección y administrador, pues, por el principio de antes mencionado, se entiende que existe

una dependencia del empresario con relación al autor, ya que ambos conciertan para delinquir, es por ello, que es un delito de encuentro porque hay una vinculación bilateral, así mismo debemos tener en cuenta que dicha relación de dependencia existe también en las clases de autoría como por ejemplo en los delitos comunes, sin embargo, este tema no es el que se pretende analizar, sino, aquella vinculación existente en la que un sujeto tiene que depender de otro para la comisión de un evento criminal ya que es la accesoriedad la que nos importa definir para poder determinar a un partícipe extraneus en los ilícitos especiales.

Cáceres (2016) en su investigación en la que analiza los aspectos sustantivos del delito de colusión, concluyó:

1. Bien Jurídico

Mediante este tipo penal se busca proteger el patrimonio del Estado, como exige la agravante (...). Del mismo modo, el manto de protección abarca lo que en la doctrina se denomina incorrecto desempeño del funcionario dentro de la Administración Pública, presente en el tipo base como en su forma agravada. El delito de colusión es un delito de infracción de deber consecuencia del incumplimiento de deberes positivos y la consecuente afectación al bien jurídico patrimonio de la institución y la legalidad del ejercicio funcional.

2. Sujeto Activo

(...) Esta calidad especial del funcionario o servidor público hace que no sea suficiente la calidad de funcionario público, sino que a quien se pretenda responsabilizar mediante este delito (...) tenga el poder de decisión sobre la contratación pública. Es poder de decisión, debe existir de manera formal, y también debe verse materializada en el caso en concreto.

3. La concertación

(...)Basta que se incurra en una infracción de deberes funcionariales contraria a los principios y objetivos institucionales de la organización del Estado y que ocasiona un riesgo prohibido que tenga idoneidad para defraudar el patrimonio público,(...), el acuerdo colusorio debe ser idóneo, entendido como que las acciones que tanto del funcionario como le particular generan deben ser eficaces para producir el resultado querido por los sujetos, esto implica que cada uno de los intervinientes debe ser capaz de controlar el conjunto de acciones necesarias que le corresponde para consumar el acuerdo.

4. Distinción entre colusión agravada y colusión simple.

(...), el tipo base al no exigir perjuicio económico, sino una concertación idónea, se configura como un delito de mera o simple actividad. Mientras que el segundo párrafo, en su modalidad agravada como delito resultado. (...) Entonces vemos que este tipo penal configurado como delito de resultado exige un daño real, material, efectivo al patrimonio público y no una probabilidad o posibilidad de resultado.

5. El perjuicio

(...). Si se habla de que el perjuicio tiene que ser efectivo, es decir, materializado en un perjuicio que se vea determinado mediante una pericia, entonces la consumación no se dará con la suscripción del contrato, y menos con la ratificación

de la buena pro. Pues, si bien en el contrato puede existir, por ejemplo, la alteración de los precios, aquella todavía es una posibilidad o probabilidad de perjuicio, situación que no avara un delito de resultado. (pp. 206-222).

Desde la posición del autor, en relación al bien jurídico tutelado en el delito de colusión; lo que busca proteger el tipo penal es el patrimonio público tal como lo requiere en su forma agravada con la frase “defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado”, así mismo, protege la indebida labor del funcionario público en ejercicio de sus funciones como se puede visualizar en su forma simple y agravada, el injusto penal de colusión es un delito de vulneración de roles producto de la desobediencia de las funciones positivas que trae como consecuencia un daño a los recursos de la entidad pública y la legitimidad de la labor funcional.

Respecto al Sujeto activo sostiene que; será aquel funcionario o servidor público; sin embargo, no basta con tener esta calidad especial, pues se requiere que tal agente sea cualificado; es decir, si se pretende responsabilizar a aquel empleado que representa al Estado con el tipo penal de colusión, este tiene ostentar funciones especiales, en efecto, que pueda incidir en la toma de decisiones e intervenir para favorecer a un determinado postor, estas facultades deben estar expresas formalmente.

En razón a la concertación, dado que el delito de colusión ilegal es una conducta en la que se infringen funciones especiales, basta con la vulneración de estos roles y la puesta en peligro de los intereses del Estado para que se configure el delito, por otra parte, esta puesta en peligro debe ser apropiada para materializar la finalidad del arreglo ilícito, es decir, todos los actos realizados tanto por el intraneus y el extraneus deben estar enfocados al logro del objetivo planeado, esto significa que los participantes deben tener la total e indispensable capacidad y control de los actos para ejecutar el ilícito penal.

Sobre la diferenciación entre colusión simple y agravada, el mencionado delito, tiene dos modalidades, en la primera, el texto señala el verbo “concertar”, dicho de otra manera, el simple acuerdo entre las partes y la exposición en peligro

de los recursos públicos es suficiente para poder configurar el tipo penal, dado que en esta modalidad se puede afirmar que es un delito de mera actividad; por otra parte, el segundo párrafo, señala además del verbo concertar, añade la frase “defraudare patrimonialmente al Estado”, esto es, que necesariamente tiene que existir un menoscabo de los bienes públicos para poder imputar a un sujeto el delito de colusión agravada, aquí se puede deducir, que es un delito de resultado, pues requiere un perjuicio público para poder aplicar el tipo.

Acerca del perjuicio, como señala el autor, si bien es un delito que exige un resultado lesivo, esta lesividad debe ser efectiva y perjudicial para la institución, entonces, la sola sospecha de la existencia de un acuerdo colusorio o el simple indicio indicando que se causó un detrimento al Estado no es suficiente para atribuir a los agentes intervinientes el delito de colusión agravada pues el menoscabo debe ser comprobado mediante pericia porque tiene cientificidad, el cual, debe demostrar un desbalance o desajuste, entre el dinero gastado y lo adquirido.

Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2015) desarrolló respecto del bien jurídico protegido y la titularidad del bien en los delitos contra la administración pública y finalizó que la doctrina peruana es diversa en cuestión a posiciones existentes acerca de cuál es el bien jurídico genérico tutelado en los delitos especiales; no obstante, se puede indicar que, en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos se busca resguardar *la probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad* de las acciones que están a cargo del trabajador público, podemos notar que estas cualidades son subjetivas porque se refiere a los valores que debe tener todo sujeto que representa al Estado en el ejercicio del cargo público; también, las normas se defraudan en el momento que los trabajadores estatales desobedecen o faltan a sus roles funcionales, o sea, violan las leyes y su actuar es contraria a las buenas costumbres y expectativas esperadas.

En la actualidad, tanto la jurisprudencia y la doctrina, en cuanto al bien jurídico protegido en los delitos de infracción del deber, se han inclinado de forma mayoritaria por la frase “correcto y regular funcionamiento de la administración

pública” para todos los delitos comprendido en el Título XVIII del Código Penal; no obstante, esta terminología es muy amplia y genérica, necesariamente requiere de un análisis hermenéutico para determinar el bien jurídico específico.

Asimismo, refiere que, el bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública” es supraindividual; es decir, su titularidad es compartida por la sociedad en su conjunto y es indisponible por un sujeto privado. Por esta razón, será ineficaz el consentimiento respecto de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en cuestión.

Esta postura, ha sido interpretada en el acuerdo plenario N° 1-2010/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del 16 de noviembre de 2010 en el fundamento 14, en la que se establece que, (...) no todos los delitos comprendidos allí (capítulo del Código Penal referido a los delitos funcionariales) tiene contenido patrimonial, por lo que cada tipo penal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función de la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o solo con el correcto funcionamiento de la administración pública (...), de este texto podemos destacar que, de todos los tipos penales contra la gestión estatal, sólo algunos buscan cuidar el patrimonio, mientras que otros están vinculados a comportamientos y actitudes que buscan que menoscaben los intereses el Estado.

Con referencia a la titularidad del bien, existen dos posturas:

Respecto de la primera refiere que, el titular del bien es el Estado; esta postura ha sido tomada de forma mayoritaria, debido a que es la institución pública el sujeto afectado patrimonialmente, porque se genera un detrimento a los recursos propios que el Estado tiene en su posesión.

Respecto de la segunda, se describe que los titulares son los ciudadanos; porque al afectarse el patrimonio estatal, los ciudadanos no pueden gozar de los roles prestacionales que tiene la institución pública, ni pueden obtener de ella

beneficio alguno, ya que una de las finalidades del Estado es otorgarle un mejor servicio y status a la ciudadanía; es decir, es para uso de exclusivo de la sociedad.

Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2015) desarrolla cuestiones importantes sobre el ilícito colusorio; entre ellas, i) el bien jurídico protegido, ii) contexto típico, iii) sujeto activo, iv) naturaleza del acuerdo colusorio, v) prueba de indicios del acuerdo colusorio y vi) naturaleza de la colusión; con referencia al primer punto sostiene que, el bien jurídico especialmente tutelado en el delito de colusión *es la asignación eficiente de los recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo*, esta opinión esta resguardada o sostenida en los principios que establece la ley de contrataciones del Estado en su art. 4, en la que refiere las actuaciones correctas que debe tener un funcionario o servidor público en el marco de contrataciones estatales; esto es, que en la adecuada gestión de los recurso se evidencia en los servicios públicos que brida el Estado, el cual tienen como una de sus finalidades satisfacer las necesidades de los ciudadanos para un mejor desarrollo del país, por esta razón es importante la buena administración de los recursos y la igualdad en los procesos de contratación. En este sentido resulta claro señalar y considerar que el bien jurídico especialmente tutelado en el delito de colusión es el patrimonio estatal.

En efecto, con las ideas antes mencionadas que, no es adecuado señalar que el bien jurídico especialmente protegido es el patrimonio estatal como se ha mencionado, porque este no necesita un resguardo especial frente ante el patrimonio de los ciudadanos.

Es cierto que el delito establece que la defraudación al estatal por medio de actos colusorios no necesariamente es patrimonial, por eso en el primer párrafo del tipo penal señala defraudar al Estado en un contexto amplio, es decir con cualquier acto ilícito en las contrataciones, y el segundo párrafo que es la forma agravada, aparte de la concertación, requiere que se haya realizado un perjuicio al Estado y la pena es más alta que en la modalidad simple.

Con referencia al segundo punto; en la descripción del tipo penal (artículo 384) se señala que, para configurarse el delito de colusión, este debe cometerse

en el marco de *cualquier operación a cargo del Estado*; sin embargo, sostiene que, la interpretación correcta sería que el delito de colusión *se puede cometer (...) en el marco de todo contrato administrativo o civil o que tengas naturaleza económica con intervención (...) del Estado*; esta postura también ha sido sostenida en la sentencia emitida por la primera sala penal liquidadora en el exp. N° 30-2010, del 7 de noviembre de 2012 (caso COFOPRI), en donde se señala que, (...) *los únicos contratos o convenios que se encuentran amparados en cuanto a la tutela penal por el delito de colusión ilegal son los contratos administrativos o civiles que suscribe la entidad estatal (...).*

No es adecuado señalar que, para evitar impunidad en los delitos de corrupción, tener un entendimiento restrictivo del contexto típico de este tipo penal, ya que sólo pueda cometerse el delito de colusión en el marco de las contrataciones del Estado, pues también puede cometerse en cualquier operación a cargo del Estado como lo establece el delito.

Con referencia al tercer punto, sobre el sujeto activo, será aquel funcionario o servidor público que por razones de su cargo pacta ilegalmente con los interesados. Un entendimiento restrictivo establece que solo será sujeto activo aquel que pueda firmar un contrato, sin embargo, esto sería incorrecto porque el entendimiento más adecuado, tendría que ser más amplio señalando que; será sujeto activo aquel funcionario o servidor público que pueda intervenir en el proceso de contratación pública con informes, opiniones, etc., en conclusión, no necesariamente tiene que pertenecer exclusivamente al comité de selección, sino que tenga la legitimidad o idoneidad para poder decidir en un proceso de contratación beneficiando a los particulares extraneus.

En relación a la naturaleza del acuerdo colusorio se, necesita de una relación bilateral; es decir, la intervención de dos partes, en este caso el funcionario o servidor público y el sujeto extraneus, pues, ambos deber pactar ilícitamente para defraudando al Estado, esta posición ha sido recogida en el recurso de nulidad N° 027-2004, en el expediente N° 20-2003, emitida el 1 d octubre de 2004; en donde establece que *el delito de colusión viene a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito con perjuicio de un tercero.*

Este acuerdo colusorio *debe darse de manera dolosa*, ya que el funcionario teniendo conocimiento de su función y que debe proteger los intereses del Estado, realiza este acto colusorio; El acto típico de concertar debe darse para perjudicar al Estado, el pacto colusorio debe de tener la posibilidad de perjudicar dicho interés.

Acercas de la prueba por de indicios colusorios; por ser un acto que se realiza en secreto, se requiere de diversos indicios para poder probar la colusión ante un órgano de justicia, los cuales deben ser diversos, coincidentes y compatibles; así mismo, algunas circunstancias que se deben tener en cuenta para poder tener la sospecha que se están realizando pactos colusorios en un proceso de contratación son: irregularidades al contratar, procesos innecesario, sobrevaluación de costos, la aceptación de bienes en un mal estado, y vulneración las diferentes reglas que establece el proceso de contratación pública.

Así pues, fue interpretada en la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima recaída en el exp. N° 185-2011 del 11 de abril de 2013; en donde estableció que, *En cuanto al elemento concertación, lo constituye el acuerdo colusorio entre los funcionarios y los interesados, que, no necesariamente deriva de la existencia de pactos ilícitos, componendas o arreglos, acuerdo clandestino entre dos o más partes para lograr un ilícito o acuerdo subrepticamente –incluso puede ser conocida(sic) o pública dentro de la entidad estatal o el circuito económico-sino de factores objetivos tales como la simulación de contratación pública, esto es, dando una apariencia del cumplimiento u omitiendo los requisitos legales, debiendo considerarse entre otros:*

- Concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos.
- Precios sobrevaluados o subvaluados.
- Inexperiencia comercial de los postores.
- Plazo de la garantía de los postores.
- Admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores respectivamente a los requeridos.
- Celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección.

- Falta de documentación del Postor o si la misma es fraudulenta.
- La no correspondencia de calificación técnica-económica con la experiencia o especialización del postor.
- Inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas.
- La no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas.
- Apariencia de ejecución de la contratación.
- Reintegro a los terceros interesados.
- Ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia.

Sobre la naturaleza de la colusión; Para que podamos entender este punto, debemos recordar que el texto anterior del delito de colusión, expresaba que necesariamente tendría que haber un resultado perjudicial para el Estado; es decir, que la concertación perjudique patrimonialmente a la entidad; con el texto actual, basta con el solo acto de concertar con los interesados; pues así lo señala el tipo base y la forma agravada sí requiere un resultado perjudicial efectivo, y esto ya lo había establecido la jurisprudencia desde el texto anterior.

La Sala Penal Permanente de Junín en la Casación N° 9-2018 JUNÍN (sumilla), nos lleva a la reflexión acerca de cuál es el bien jurídico específico tutelado por el delito de colusión, así como también habla acerca del deber de pulcritud del funcionario público y si este es delito es de resultado o mera actividad; con referencia al primer punto, la citada casación establece que, no sólo se protege el patrimonio estatal desde el punto de vista económico, sino desde la óptica de la administración eficiente y funcional de los recursos público asignados, en segundo lugar, la casación menciona que también busca proteger que el funcionario o servidor público actúe con pulcritud, es decir, con cuidado, minuciosidad y esmero para proteger los intereses institucionales. Tercero, se afirma que el delito de colusión no es un tipo penal de resultado, pues es un delito de pura actividad, porque basta que se haya realizado el simple acuerdo colusorio para incriminar al sujeto por el delito de colusión sin importar la modalidad.

García y Castillo (2008) sobre la determinación judicial de la pena en el delito de colusión, finalizaron:

(...) Uno de los problemas más importantes que se presentan aquí es saber si la penalidad del tercero interesado debe ser la misma, o en todo caso de una mayor o menor gravedad que la pena impuesta al funcionario, más aún si ambos ejercen y desarrollan un rol esencial en la concertación fraudulenta. (...) El tercer planteamiento, al que nos adherimos y creemos de recibo, es aquél que considera como regla de determinación judicial de la pena en el delito de colusión la mayor sanción del funcionario respecto al particular interesado. Ello deriva de que el delito de colusión ilegal es un delito especial, o si se quiere un delito de infracción de deber, que hace descansar el núcleo del injusto en la vulneración de concretos y específicos deberes normativos o institucionales, inherentes al cargo, del funcionario. El funcionario independientemente de si ha actuado con poder decisión o no; si ha participado en condiciones de igualdad, de si se ha visto presionado por los representantes de la empresa ganadora, lo cierto es que ha defraudado la confianza que tenía en él la entidad correspondiente y ha incumplido el encargo específico de negociar cautelando los intereses del Estado. (...). La concreta dosificación de la pena que debe recibir en el caso específico el funcionario involucrado una vez se acredite su culpabilidad. Entre los factores que deben tomarse en cuenta está la importancia de los deberes infringidos, la condición de funcionario de alta jerarquía, de medio rango; el poder de decisión en la estructura organizativa, el grado y la magnitud del perjuicio causado, la naturaleza de la concertación, etc. (pp. 184-187).

Los citados autores, refiriéndose a como se determina judicialmente la imposición de una pena; concluyeron que existe un enigma acerca de la sanción penal al interesado; o sea, si este sujeto debe tener la misma pena, mayor o menor que la aplicada al funcionario o servidor público; ya que. Ambas partes realizaron la misma acción ilegal que perjudica al Estado, un planteamiento al que se adhieren los autores y al que ellos creen que debe aplicarse en relación a la determinación judicial de la pena en el delito de colusión, es que, la pena sea mayor para el funcionario público y menor para el extraneus porque el delito de colusión es un delito de infracción de deber; esto es, el funcionario o servidor público vulneró su deber de protección y resguardo que se les fue atribuido por el cargo que desempeñan, además, estos encargos no se desprenden de sus funciones; por otro lado, el sujeto interesado no infringe esos deberes porque no tiene la cualificación que requiere el tipo.

El funcionario público, más allá de que si concertó o no, que, si influyó en la toma de decisiones o no, si intervino directa o indirectamente por razón de su

cargo o no, o si fue sobornado por el empresario o no; esto no es lo relevante, lo concreto es que el funcionario tiene un rol de confianza, un rol de cuidador y buen administrador del patrimonio del Estado y este agente no ha cumplido con dichas funciones de concretar acuerdos beneficiosos para la entidad pública al cual representa.

Para la correcta sanción penal que debe atribuirse al funcionario público de forma especial; pues, se debe probar su intervención y culpabilidad en el delito y los elementos que deben tomarse en cuenta para determinar la responsabilidad son; la posición en la que se encuentra el funcionario público, la facultad que tiene para poder incidir en una decisión de contratación, su cualificación, su idoneidad, el daño realizado y el ámbito en el que se realizó el acuerdo.

Espinoza (2019) en su indagación sobre la penalidad en los delitos de infracción del deber, indicó:

Para responsabilizar a los sujetos *extraneus* en los delitos de infracción de deber, se debe tener en cuenta que ostentan la calidad de sujeto no obligado, por ello bajo el principio de accesoriedad, se debe tener en cuenta que la intervención que realiza el sujeto particular, no es lo mismo a la del autor, el cual el juez debe tener en consideración que; “no es un funcionario público y servidor público y no infringe el deber especial, por lo que deberá de atenuarse la pena del *sujeto extraneus* (...).

Por los fundamentos expuestos, el *extraneus* no está dentro de la esfera de la administración pública, por lo que deberá de responder de una manera más atenuada la pena (...), en cambio, con aquel sujeto obligado (*intranei*) (sic), deberá de tomar como una de las circunstancias que agravan la pena, por tener la calidad de funcionario o servidor público, por violar el deber especial dentro de la esfera de la administración pública. (p. 273).

Desde la posición del autor, quien expresó que, para atribuirle una responsabilidad penal a un sujeto interesado en los delitos de vulneración del rol especial, hay que tener en cuenta que este agente, no tiene una obligación de cuidado sobre los intereses del Estado, es así que, en aplicación del principio de accesoriedad, la participación del empresario es distinta a la del autor (funcionario o servidor público), por ello, el juzgador deberá tener en consideración que el particular no cumple una función exclusiva como la de un empleado público, no

infringe un rol específico en la esfera de la administración pública, bajo este fundamento se tiene que reducir la penal al agente interesado (empresario).

Por lo antes indicado, debemos entender que el particular no está inmerso en el marco de la administración pública, por lo tanto va a tener una competencia menos gravosa con respecto a la pena, es decir, se le deberá disminuir la sanción; por otro lado, el funcionario o servidor público, por tener una condición y deber especial, el juez deberá tomar esta calidad como una situación que agrava la pena, porque falta a un rol de responsabilidad y protección que el Estado le otorgó para la gestión de los bienes públicos.

La Corte Suprema de Justicia de la República, respecto de la dúplica de prescripción en los delitos contra la administración pública” en el ACUERDO PLENARIO N°2-2011/CJ-116, Fundamentos 18 y 19, estableció que los interesados extraneus, se someterán a la misma pena impuesta al autor en los delitos tipificados en el Título XVIII del segundo libro del Código Penal. Sin embargo para el computo del plazo de la prescripción no se les aplicará la dúplica del plazo establecido para los autores, ya que a los extraneus no les cabe la modalidad agravante que legítimamente solo le corresponde al autor (intraneus).

En relación al extraneus, este no vulnera ni viola ningún deber especial vinculado con el bien jurídico específico que se busca proteger penalmente. Entonces se puede decir que se aplica el principio de proporcionalidad y razonabilidad en el que el trato que se da al funcionario o servidor público debe ser distinto al del sujeto extraneus y con ello se define que en cuestiones de aplicación de la dúplica de prescripción de la acción penal no es aplicable a ellos (extraneus).

Vargas (2012) sobre el tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal haciendo especial referencia a la prueba indiciaria, indicó que el juez para poder condenar necesita valorar las pruebas de cargo presentadas por las partes que lo conlleven a la seguridad o certidumbre de la comisión de un injusto penal y el deber de responder del justiciable frente a esta situación, así mismo, con estas pruebas el magistrado pueda sustentar eficientemente su decisión. Esta seguridad

que debe tener el juez, las puede obtener de manera eficiente con “pruebas directas” que van a sostener y sustentar la comisión del hecho criminal, no obstante, se debe tener en cuenta que los delitos tienen una característica clandestina, es decir se realiza de forma oculta para buscar la impunidad, sobre todo en los delitos cometido por funcionarios públicos y en especial en el delito de colusión (art. 384. C.P), en donde el funcionario aprovechando el cargo que ostenta puede ocultar indicios, manipular pruebas y entorpecer investigaciones; no solo la clandestinidad es una característica de los delitos funcionariales, sino también el especio en el que se lleva a cabo la conducta típica, es el caso de los acuerdos colusorios, en el que el sujeto intraneus abusando de su cualificación especial en las altas jerarquías, realiza artimañas para obstruir las investigaciones que realiza el Ministerio Público, con la finalidad de evitar tener una responsabilidad penal, esto trae como resultado la complejidad que se tendrá al momento de conseguir acreditaciones directas.

Además, dar una exclusividad probatoria a las pruebas directas, resultaría, tener que aceptar elevadas escalas de impunidad por carencias probatorias, pues, es evidente que es muy indispensable consideración y la aplicación de la llamada “prueba de indicios”.

El autor, también citó una ejecutoria suprema en la que se estableció que, las pruebas indiciarias deben ser diversas, coincidentes y compatibles, el autor, siguiendo la jurisprudencia española, señaló que así la prueba sea única, es decir, sólo exista una prueba, esta debe tener una contundente fuerza de acreditación, además, los indicios deben guardar una estricta relación con el hecho que se pretende probar, estos no deben estar adulterados o falsificados ya que estos indicios están sujetos a los principios de (legalidad, oralidad, inmediatez y contradicción) y antes de materializarlos, el juez debe examinar si son relevante, necesarios y apropiados para el juicio.

El autor, argumentó que, para valorar la prueba en delito de colusión, se debe considerar que estas pruebas deben estar sujetas a los elementos típicos del tipo: 1) la condición que ostenta el sujeto activo, pues, debe probarse que el imputado es funcionario o servidor público, así como también, interfirió en un determinado acto representando al Estado, 2) que haya concertado con los

interesados, 3) actuación fraudulenta en perjuicio de la entidad pública, 4) la naturaleza del acto jurídico (en el marco de las contrataciones del Estado). El máximo intérprete de la constitucionalidad de las leyes, reconoce el valor de la prueba indiciaria en el delito de infracción (colusión ilegal), al sustentar sus condenas basadas en actos como: a) el funcionario acepta girar un cheque que favorezca a la empresa postora, b) las adquisiciones no están sustentadas o justificadas, c) los bienes son innecesarios, los requerimientos no tienen un soporte o sustento técnico que argumente su necesidad, etc. Estos argumentos y entre otros razonamientos se han establecido en una ejecutoria suprema.

Para finalizar, el autor recomendó que es importante realizar el peritaje y estudios científicos o exhaustivos que acrediten la conducta colusoria, así como también, demostrar el daño causado al Estado, como, por ejemplo, que demuestren la sobrevaluación de costos de bienes, obras o servicios, bienes en malas condiciones o que no cumplen con las especificaciones técnicas solicitadas, etc.

En relación al particular, el autor precisó que, es fundamental la redacción de informes y dictámenes periciales en el proceso penal con la finalidad de buscar pruebas que acreditan el favorecimiento a este, o si existen diversas actuaciones que demuestren que de alguna manera hayan beneficiado a la entidad privada, la finalidad de estas pruebas es establecer si se ha cometido un delito o no, al mismo tiempo, si es que se ha ocasionado un daño y en qué nivel de perjuicio ocasionó, pues, la pericia contable, proporcionará si es que se ha realizado la entrega o beneficio a la entidad estatal, el autor además precisó que, el producto de dichas pericias o supervisiones que se realicen deben ser puntuales y concisos, eludir de todas formas la generalidad.

Rodríguez et al. (2014) acerca de la defraudación del patrimonio institucional en el delito de colusión, concluyeron que para atribuirle a una persona el delito de colusión, no siempre debe verificarse si este ocasionó una defraudación patrimonial, menos aún debe demostrarse la gravedad del daño causado al Estado; sino que, desde la óptica del tipo penal, se necesita que el funcionario o servidor público ponga en peligro los recursos estatales como consecuencia de los acuerdos colusorios, además, estos convenios ocultos deben ser adecuados y pertinentes

para generar un detrimento al Estado; en el (Exp. 1296-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de diciembre de 2007), citada por los autores, el tribunal ha entendido en ocasión anterior acerca de la defraudación; que, este accionar debe estar vinculada a la gestión pública; o sea, al gasto u operación estatal en la esfera de las contrataciones estatales, además, esta defraudación debe incidir en la economía pública; así mismo se estableció, para la configuración del delito, es indispensable que los pactos colusorios deban ser pertinentes para poner en peligro los recursos del Estado, y generar un perjuicio patrimonial.

Los autores indicaron que, según la (Exp. 20-2003-AV, Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005), existen posturas diferentes sobre el delito de colusión ilegal; por otro lado, nuestra doctrina nacional se ha dividido, mientras que la jurisprudencia toma un posicionamiento mixto; pues, así se muestra que el tipo penal de colusión es un delito de “infracción de deber”, en el cual se busca proteger el “buen y correcto funcionamiento de las entidades públicas”. El ilícito penal de colusión, requiere que el funcionario público coludiéndose ilegalmente con los empresarios defraude a la institución estatal, es decir, que este acuerdo no esté permitido por la ley, interviniendo por razón de su función; pues, con este postulado se entiende que el delito de colusión es un delito de resultado.

En ese sentido, el tipo penal que se está tratando, establece como punto de entendimiento, que se defraude al Estado o institución del Estado, coludiéndose con los intraneos en los contratos, tratados, ajustes liquidaciones o suministros, comprendiendo que, defraudare consiste en que el funcionario público (sujeto activo) vulnera el rol especial que sume en su posición de funcionario público y atenta contra el principio de confianza que el Estado ha depositado en él (ella), en ese contexto, el delito de colusión, se entiende como una conducta que infringe un rol de lealtad y probidad que son inseparables al puesto que ocupan o a los roles propios de la comisión especial que están a cargo del funcionario servidor público, quienes tienen el deber de ejercer sus funciones con transparencia y veracidad.

Los autores haciendo referencia al (Exp. 27- 2003-AV, Ejecutoria Suprema emitida el 22 de setiembre de 2011) , sostuvieron que, para la configuración del ilícito penal de colusión el cual está tipificado en el art. 384 del código penal; se

deben identificar dos componentes indispensables, i) el acuerdo colusorio con el o los empresarios y ii) el comportamiento defraudatorio a la entidad del Estado, en el primer aspecto; el acto de concertar comprende en que el agente-intraneus pacta un convenio irregular o ilícito con los interesados (empresario-extraneus), este acuerdo tiene la característica subrepticia el cual la norma prohíbe, esta conducta es un desprendimiento que realiza el funcionario público con relación a sus deberes de protección de los intereses estatales que se le ha encargado por su cualificación; el segundo aspecto es la defraudación, como ya lo comentaron al principio del texto citado; pues, no es necesario verificar la defraudación, al mismo tiempo, tampoco se debe identificar el daño efectivo al patrimonio del Estado, pues desde ese panorama, el ilícito penal en cuestión no es un delito meramente patrimonial, sino, es un delito de vulneración de roles especiales relacionados al adecuado comportamientos dentro de los parámetros fijados por un Estado constitucional de Derecho en la gestión o administración pública.

Montoya (2014) sobre los fundamentos de la posición de garante del funcionario superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados, señaló:

La posición de garante del funcionario público superior y la naturaleza de los delitos contra la AP, (...) La posición de garante de funcionario público superior exige la protección, entonces, del bien jurídico contenido en los delitos contra la AP, esto es, el correcto funcionamiento de la AP concretizado en la relevancia de determinados principios constitucionales vinculados al ejercicio de la función Pública: transparencia, eficacia de la gestión del patrimonio público, se trata de una protección de la función pública en tanto instrumento para la prestación correcta de los servicios públicos, tanto como un bien vulnerable o accesible especialmente frente a los propios funcionarios públicos vinculados con él. (...) 2.2. La responsabilidad omisiva del funcionario superior por los delitos cometidos por sus subordinados contra la AP: alcances y límites. (...) Nos encontramos ante deberes de protección (...) es lo que Schunemann denomina "cotitularidad de la custodia", esto es, una verdadera cotitularidad de los deberes de protección de la función pública, pero distribuidas de manera diversa según su ámbito de competencias. Es decir, no existiría propiamente una mutación de los deberes de protección, sino que el funcionario público superior mantendría su deber de protección de la corrección de la función pública, pero con medidas indirectas. Así al funcionario subordinado le corresponderá velar por la corrección de la función de manera directa sobre su ámbito de función encargada, mientras que el funcionario-superior le corresponderá la protección de la función pública de todos los ámbitos de la AP (incluyendo la del propio funcionario subordinado o delegado), pero mediante la implementación de una serie de políticas organizacionales, (...). (p. 631-633).

A interpretación del autor, el funcionario público es un garantizador de la honesta y apropiada función pública, es aquella persona con alto rango jerárquico en la administración en algún órgano estatal, que tiene el rol de resguardar los intereses públicos, tal es así, que el bien jurídico tutelado en los delitos especiales a cargo de los funcionarios públicos, es el “correcto funcionamiento de la administración pública” de manera general, mediante principios que van a encaminar el buen actuar del sujeto intraneus, como la; transparencia y la eficacia de la gestión del patrimonio público y la legalidad de su función, estas son actuaciones propias del cargo, pues, se busca proteger el buen ejercicio público, además, este agente tiene el deber de realiza adecuadas prestaciones públicas frente a otros funcionarios que estén relacionados él para que imiten el actuar y así la entidad cumpla su función gubernamental eficiente.

En autor, citando a Schunemann quien menciona, que en la administración pública existe la cotitularidad de custodia, es decir los roles de protección estatal se encuentran compartidas y distribuidas en diferentes competencias o atribuciones, eso significa que el funcionario público tiene un deber de protección general de la administración pública, pero de forma indirecta, ya que, al funcionario de menor jerarquía le corresponderá la protección de los intereses estatales de manera directa en el marco de sus roles encargados, el funcionario público superior velará la protección de la administración pública tanto en su función como en la de su subordinado sin interferir en las funciones propias de este, O sea, si el funcionario subordinado comete un delito de infracción del deber, será de su exclusiva responsabilidad afrontar los cargos que se le imputan porque realizó un acto propio de sus funciones, sin embargo, cabe la posibilidad de incluir al superior en la investigación ya que este tiene un rol de vigilancia hacia un inferior de menor jerarquía, ahora, si es que se llegase a determinar una responsabilidad compartida o corresponsabilidad, pues ambos afrontarían un proceso penal sin importar el rango, sólo importará la aptitud en la que se encontraba cada sujeto al momento de efectuar el hecho delictivo.

Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2015) desarrolló las similitudes, diferencias y ¿Cómo se resuelve

el concurso? Con relación al delito de negociación incompatible, concluyendo que las similitudes que existen entre el delito de colusión y el de negociación incompatible es que; ambas se desarrollan en el ámbito de las contrataciones del Estado relacionadas a cualquier operación económica en el que el Estado es parte contractual; además, ambos delitos revelan la existencia de intereses ilegales tanto públicos como privados.

En referencia al segundo punto, las diferencias podemos notar que; el delito de colusión es un acuerdo clandestino que tiene como fin perjudicar al Estado, además es un delito de encuentro (requiere la intervención bilateral de dos a más agentes) en la que conciertan funcionario público e interesado; mientras que el delito de negociación incompatible tiene como acto típico el sólo interés en alguna contratación, así como también, tiene una característica unilateral, es decir no se requiere la intervención de otro participante para la comisión del delito.

Con referencia al tercer punto, a cómo se resuelve el concurso de delitos, el autor del cuadro referido señala lo siguiente; por el principio de especialidad, el acto criminoso en el tipo penal de negociación incompatible es más genérica, y al ser el delito de colusión más específico, este sería el que se subsumirá de forma más completa. En aquellas situaciones en las que no se pueda probar el acuerdo colusorio o no encuentren indicios que suponen que el interés inadecuado del particular se manifestó de forma bilateral, será el delito de negociación incompatible el que se aplicará subsidiariamente.

2.3. Definición conceptual de la terminología empleada

- 1. Colusión.** Es una modalidad de fraude, que consiste en el acuerdo ilegal de dos partes procesales (Estado y particular) para perjudicar al Estado.
- 2. Concierto.** Es el acuerdo o pacto propiamente dicho paralelo al delito, que consiste en que las partes intervinientes buscan beneficiarse, afectando a un tercero (Estado).

3. **Funcionario público.** Agente que, por mandato de ley, elección o nombramiento de alguna autoridad competente, ejerce un cargo o funciones público como autoridad.
4. **Contratación estatal.** Es el acuerdo entre un representante del Estado y un particular, que, mediante un contrato público, se establecen reglas para la realización de obras, bienes, servicios, etc. que favorecen al Estado.
5. **Bien jurídico protegido.** Bien tutelado por el Estado con ocasión de tipificación de un determinado acto o conducta como falta o delito.
6. **Defraudación.** Acción de frustrar y no responder adecuadamente a la confianza que se tenía puesta en una persona.
7. **Autoría de delito.** Figura jurídica, en la que se responsabiliza a una persona por la comisión de un acto criminoso en calidad de autor.
8. **Partícipe del delito.** Agente que interviene en un hecho delictivo, ayudando para que este llegue a ser concretado por el autor.
9. **Indicio.** Circunstancia que refiere la existencia de un hecho probablemente delictivo y justifica la investigación.
10. **Prueba indiciaria.** Medio de prueba consistente en la estimación de la realidad de los hechos por la convicción que resulta de determinados indicios.
11. **Prueba directa.** Medio por el cual se demuestra la realización de un hecho principal sin la intermediación de otros agentes.
12. **Irregularidad administrativa.** Acción administrativa o de gestión que no está permitida en la norma, pero, que puede ser objeto de subsanación pertinente.

- 13. Extraneus:** Persona extraña o ajena a la administración pública que, sin tener una calificación especial, interviene en actos ilícitos dentro de ella.
- 14. Intraneus.** Persona que pertenece a la administración pública, es decir ejerce un cargo público (funcionario o servidor público).
- 15. Infracción de deber.** Desobediencia y falta de compromiso al deber establecida por la norma, que realiza un funcionario o servidor público, en perjuicio de a la entidad que representa.
- 16. Dominio del hecho.** Es el poder y la facultad que sólo tienen determinadas personas de ejecutar o evitar un hecho que depende de ellos.
- 17. Subrepticia.** Es la realización de un acto de forma oculta o a escondidas.
- 18. Sujeto activo.** Persona que realiza un tipo penal, perjudicando a otro.
- 19. Sujeto pasivo.** Persona o entidad perjudicada por la realización del tipo penal.
- 20. Jurisprudencia.** Es el conjunto de sentencias emitidas por un tribunal que sirven de observancia obligatoria para resolver casos en la misma modalidad.
- 21. Licitación pública.** Método de contratación público, dirigida a la adquisición de bienes, obras y suministros.
- 22. Concurso público.** Método de contratación público dirigido específicamente a la contratación de servicios y consultoría profesional.
- 23. Carta fianza.** Documento que garantiza el cumplimiento de las obligaciones por parte del postor, o ganador de la contratación pública.

CAPÍTULO III
MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo y diseño de investigación

3.1.1. Nivel de investigación

Descriptiva-correlacional. Porque va a describir el fenómeno de análisis mediante fundamentos, situaciones, causas o teorías que son aplicables a esta investigación; así mismo, especifica los datos característicos de la población; además, va a medir la relación y la fuerza de la influencia de la variable independiente sobre la variable dependiente mediante la estadística.

3.1.2. Diseño de investigación

Transversal o transeccional. Porque la recopilación de datos o información de la presente investigación, se realizó en un tiempo determinado y único en el que tiene como finalidad describir las variables de estudio y la relación que existe entre ellas en un momento dado.

3.1.3. Paradigma de la investigación

Interpretativo. Porque a través de la descripción, comprensión y la interpretación estudia fenómenos sociales, comportamientos y pensamientos humanos, cuya finalidad es entender el accionar de las personas estudiadas y profundizar nuestro conocimiento.

3.1.4. Enfoque de la investigación

Cuantitativo. La presente investigación es de enfoque cuantitativo porque se estudió el fenómeno social planteado; además, se pudo analizar mediante tablas y figuras estadísticas los resultados obtenidos y comprobar las hipótesis las cuales me permitieron contestar las preguntas propuestas en la investigación.

3.2. Población y muestra

3.2.1. Población

Funcionarios o servidores públicos y empresarios que contraten con el Estado.

3.2.2 Muestra

10 Funcionarios o servidores públicos.

10 Empresarios que contraten con el Estado.

3.3. Hipótesis

3.3.1. Hipótesis general

Es probable que, se cometan cada vez más delitos de corrupción de funcionarios porque las personas que ejercen cargos en la administración pública carecen de valores éticos, más allá de la falta de capacidad para desempeñar el cargo público; infringen sus deberes especiales coludiéndose entre funcionarios o con terceros interesados con el objetivo de tener algún provecho para sí o para otros, ocasionando un detrimento al Estado.

3.3.2. Hipótesis específicas

- a) Es probable que; los delitos contra la administración pública busquen tutelar el correcto desarrollo y funcionamiento de la administración pública, como bien jurídico protegido de forma genérica para todos los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos en ejercicio de sus funciones.
- b) Es probable que; el delito de colusión en su forma simple, busque proteger de manera específica el obrar con pulcritud del funcionario o servidor público, así como también, protege la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario en los procesos de contratación pública y en su forma agravada busca tutelar la asignación eficiente de los recursos públicos antes que el perjuicio patrimonial efectivo al Estado.

3.4. Variables - operacionalización

Variables

1. Delitos contra la Administración Pública.
2. Delito de colusión.

Tabla 1

Operacionalización de la variable 1

Variable	Dimensiones	Indicadores	Ítems o preguntas
1. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	1. Funcionario o servidor público.	1.1 Sujeto cualificado.	¿Es obligatorio que el funcionario o servidor público encargado de los procesos de contratación pública, sea un sujeto cualificado para dicho proceso?
		1.2 Es autor del delito.	Cualquier funcionario o servidor público, ¿puede ser autor del delito de colusión?
		1.3 Ostenta el deber especial.	La corrupción, ¿es consecuencia de la infracción del deber especial que ostenta el funcionario o servidor público antes que la falta de capacidad para desempeñar el cargo?
	2. Sujeto interesado (empresario).	2.1 Proveedor del Estado.	¿Puede un empresario proveedor del Estado, ser autor de un delito contra la administración pública?
		2.2 Es partícipe del delito.	El empresario, quien no tiene la cualidad de funcionario o servidor público pero concertó, ¿puede ser imputado con otro título que no sea el de partícipe?
		2.3 No tiene deber especial.	El empresario proveedor, quien no tiene un deber especial pero cometió un delito contra la Administración pública ¿puede ser imputación con las mismas reglas que se aplican a un funcionario o servidor público?

Tabla 2

Operacionalización de la variable 2

Variable	Dimensiones	Indicadores	Ítems o preguntas
2. DELITO DE COLUSIÓN.	Simple.	1.2 Concertación idónea.	En los procesos de contratación pública, ¿Es indispensable la concertación idónea antes que la simple concertación, para cometer el delito de colusión?
		1.3 Protege el obrar con pulcritud	El delito de colusión en su modalidad simple, ¿busca proteger el obrar con pulcritud del funcionario público antes que la imparcialidad, libre competencia y el trato justo e igualitario en los procesos de contratación pública?
		1.4 Requiere defraudación patrimonial.	¿Se requiere la defraudación patrimonial al Estado para cometerse el delito de colusión?
		2.2 Concertación.	¿Si la finalidad de la concertación efectuada entre funcionario público y el empresario no es jurídicamente posible, sigue configurando el delito de colusión?
	Agravada.	2.3 Protege la asignación de recursos públicos.	El delito de colusión en su modalidad agravada ¿busca proteger la asignación eficiente de los recursos públicos antes que el patrimonio del Estado?
		2.4 Requiere perjuicio patrimonial efectivo.	¿Se requiere el perjuicio patrimonial efectivo antes que la defraudación efectiva, para agravar la pena en el delito de colusión?

3.5. Método y técnicas de investigación

Método deductivo. Parte del análisis general del problema para encontrar una respuesta particular.

Técnica de investigación. El procedimiento para realizar el instrumento viene a ser la técnica en la que se desarrolla el instrumento en ese caso la encuesta.

3.6. Descripción de los instrumentos de investigación

Técnica. Análisis de documentos y cuestionario para mis dos variables, (delitos contra la administración pública y otra para el delito de colusión).

Instrumento. Matriz de consistencia y guía de análisis del cuestionario.

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

4.1. Validación de instrumento

CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DEL INSTRUMENTO QUE MIDE LA VARIABLE 1:

“DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”.

Tabla 3

Validación de instrumento de la variable 1

N°	Dimensiones / ítems	Pertinencia		Relevancia		Claridad		Suficiencia		Sugerencia
		SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO	
	D1: FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO									
1	¿Es obligatorio que el funcionario o servidor público encargado de los procesos de contratación pública, sea un sujeto cualificado para dicho proceso?									
2	Cualquier funcionario o servidor público, ¿puede ser autor del delito de colusión?									
3	La corrupción, ¿es consecuencia de la infracción del deber especial que ostenta el funcionario o servidor público antes que la falta de capacidad para desempeñar el cargo?									
	D2: SUJETO INTERESADO (EMPRESARIO PROVEEDOR)	SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO	
4	¿Puede un empresario proveedor del Estado, ser autor de un delito contra la administración pública?									
5	El empresario, quien no tiene la cualidad de funcionario o servidor público pero concertó, ¿puede ser imputado con otro título que no sea el de partícipe?									
6	El empresario proveedor, quien no tiene un deber especial pero cometió un delito contra la Administración pública ¿puede ser imputación con las mismas reglas que se aplican a un funcionario o servidor público?									

Observaciones (precisar si hay suficiencia):

.....

Opinión de aplicabilidad: Aplicable () Aplicable después de corregir () No Aplicable ()

Apellidos y Nombres del juez validador: Dr/Mg/Abog:

.....

Especialidad del validador:

.....

Lima Sur, 02 de setiembre del 2019

Pertinencia: El ítem corresponde al concepto teórico formulado.

Relevancia: El ítem es apropiado para representar al oponente o específica del constructo.

Claridad: Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo.

Suficiencia: Los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión.

.....

Firma del Experto informante

**CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DEL INSTRUMENTO QUE MIDE
LA VARIABLE 2:**

“DELITO DE COLUSIÓN”.

Tabla 4

Validación de instrumento de la variable 2

N°	Dimensiones / items	Pertinencia		Relevancia		Claridad		Suficiencia		Sugerencia
		SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO	
D1: SIMPLE										
7	En los procesos de contratación pública, ¿Es indispensable la concertación idónea antes que la simple concertación, para cometer el delito de colusión?									
8	El delito de colusión en su modalidad simple, ¿busca proteger el obrar con pulcritud del funcionario público antes que la imparcialidad, libre competencia y el trato justo e igualitario en los procesos de contratación pública?									
9	¿Se requiere la defraudación patrimonial al Estado para cometerse el delito de colusión?									
D2: AGRAVADA		SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO	
10	¿Si la finalidad de la concertación efectuada entre funcionario público y el empresario no es jurídicamente posible, sigue configurando el delito de colusión?									
11	El delito de colusión en su modalidad agravada ¿busca proteger la asignación eficiente de los recursos públicos antes que el patrimonio del Estado?									
12	¿Se requiere el perjuicio patrimonial efectivo antes que la defraudación efectiva, para agravar la pena en el delito de colusión?									

Observaciones (precisar si hay suficiencia):

.....

Opinión de aplicabilidad: Aplicable () Aplicable después de corregir () No Aplicable ()

Apellidos y Nombres del juez validador: Dr/Mg/Abog:

.....

Especialidad del validador:

.....

Lima Sur, 02 de setiembre del 2019

Pertinencia: El ítem corresponde al concepto teórico formulado.

Relevancia: El ítem es apropiado para representar al oponente o específica del constructo.

Claridad: Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo.

Suficiencia: Los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión.

.....

Firma del Experto informante

4.2. Resultados descriptivos de las variables

Tabla 5

Obligatoriedad de cualificación del funcionario público

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	NO	6	30,0	30,0	30,0
	SI	14	70,0	70,0	100,0
Total		20	100,0	100,0	

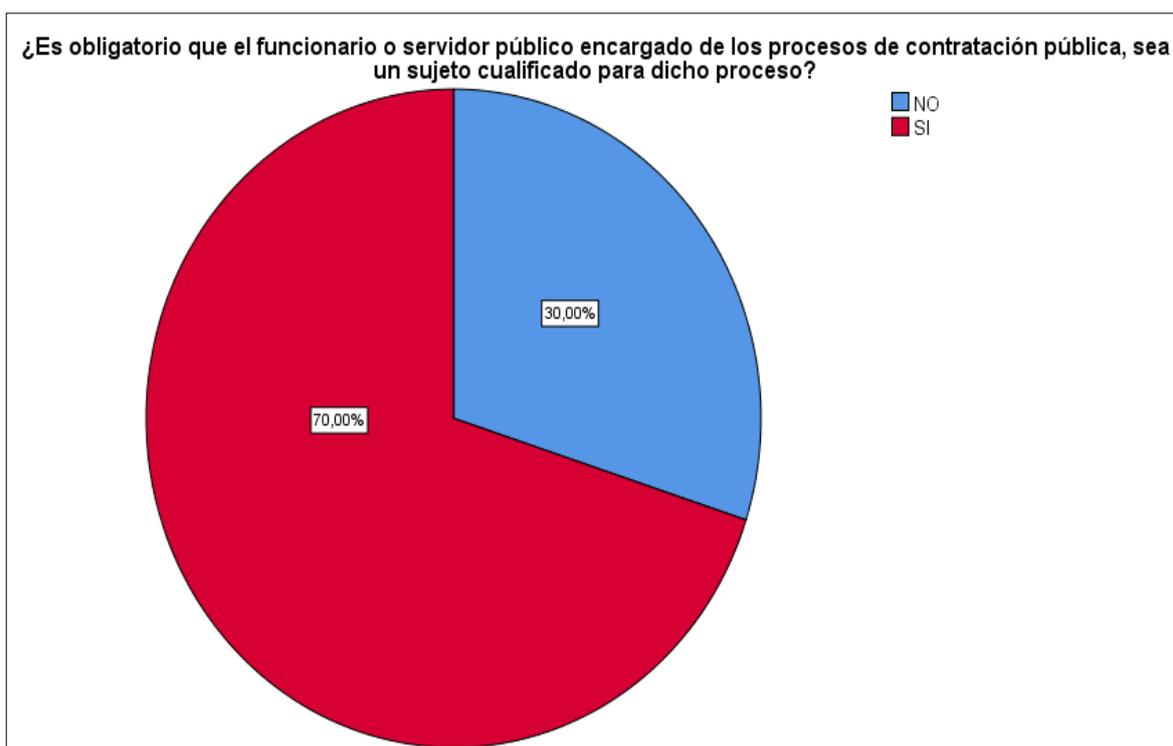


Figura 1. Relación con la tabla 5

Interpretación:

Los resultados indican que el 70% de encuestados respondió que es obligatorio que el funcionario a cargo de los procesos de contratación pública, sea un agente cualificado; el 30 % consideró que no es indispensable.

Tabla 6

Autoría en el delito de colusión

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Si	9	45,0	45,0	45,0
	No	11	55,0	55,0	100,0
	Total	20	100,0	100,0	

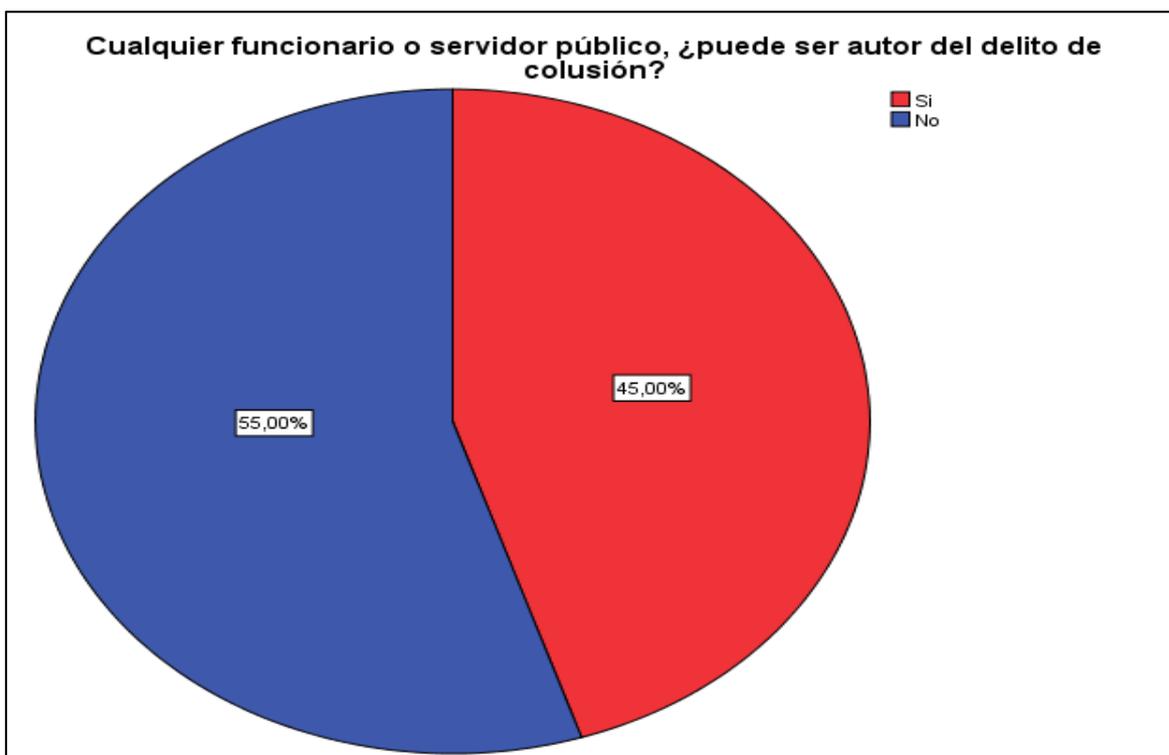


Figura 2. Relación con la tabla 6

Interpretación:

De los 20 encuestados, de los cuales 10 fueron funcionarios o servidores públicos y 10 fueron empresarios que contratan con el Estado. Para los encuestados, el 70 % consideró que no cualquier funcionario o servidor público puede ser autor del delito de colusión, esto sosteniendo que, para ser autor hay que tener idoneidad en el cargo, sin embargo, el 30 % optó que, cualquier funcionario o servidor público puede ser autor del tipo penal de colusión.

Tabla 7

Infracción del deber y falta de aptitud

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	NO	7	35,0	35,0	35,0
	SI	13	65,0	65,0	100,0
	Total	20	100,0	100,0	

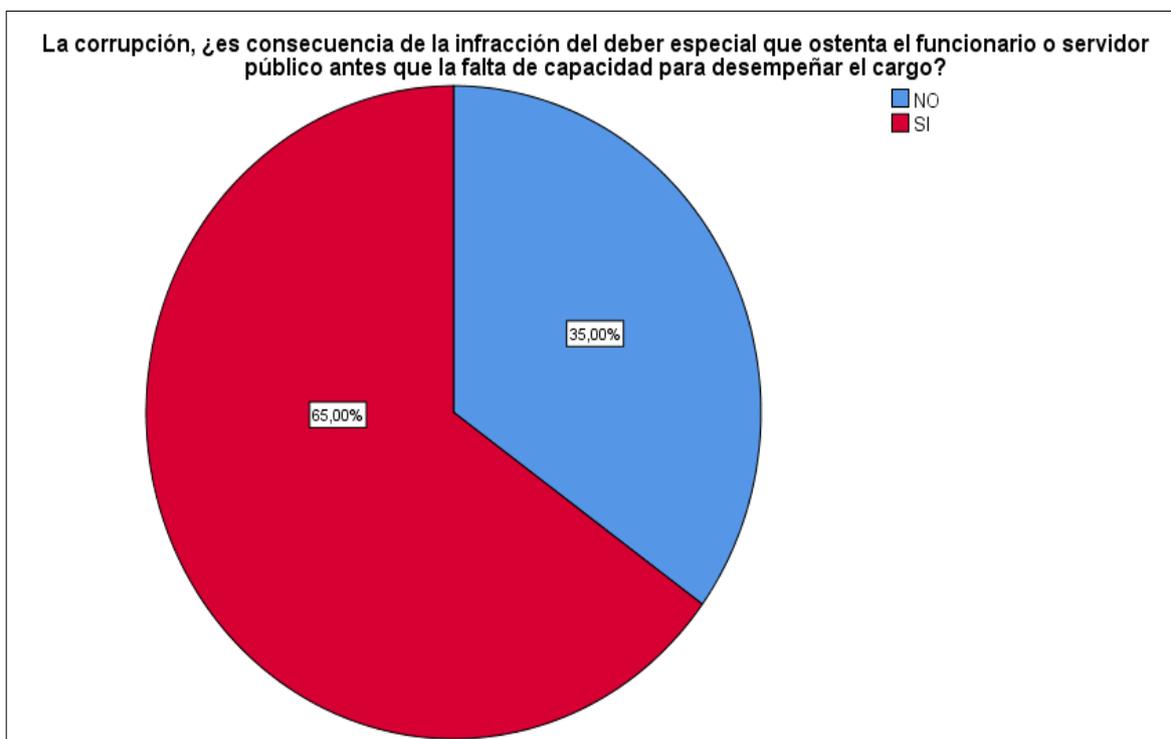


Figura 3. Relación con la tabla 7

Interpretación:

Del total de los encuestados, el 65 % consideró que se cometen cada vez más delitos de corrupción porque funcionarios y servidores públicos infringe sus deberes especiales; mientras que el 35% consideró que se cometen cada vez más delitos de corrupción porque los sujetos no tienen el conocimiento ni la experiencia para desempeñar el puesto que el Estado le confió.

Tabla 8

En proveedor en el delito de colusión

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	NO	14	70,0	70,0	70,0
	SI	6	30,0	30,0	100,0
	Total	20	100,0	100,0	

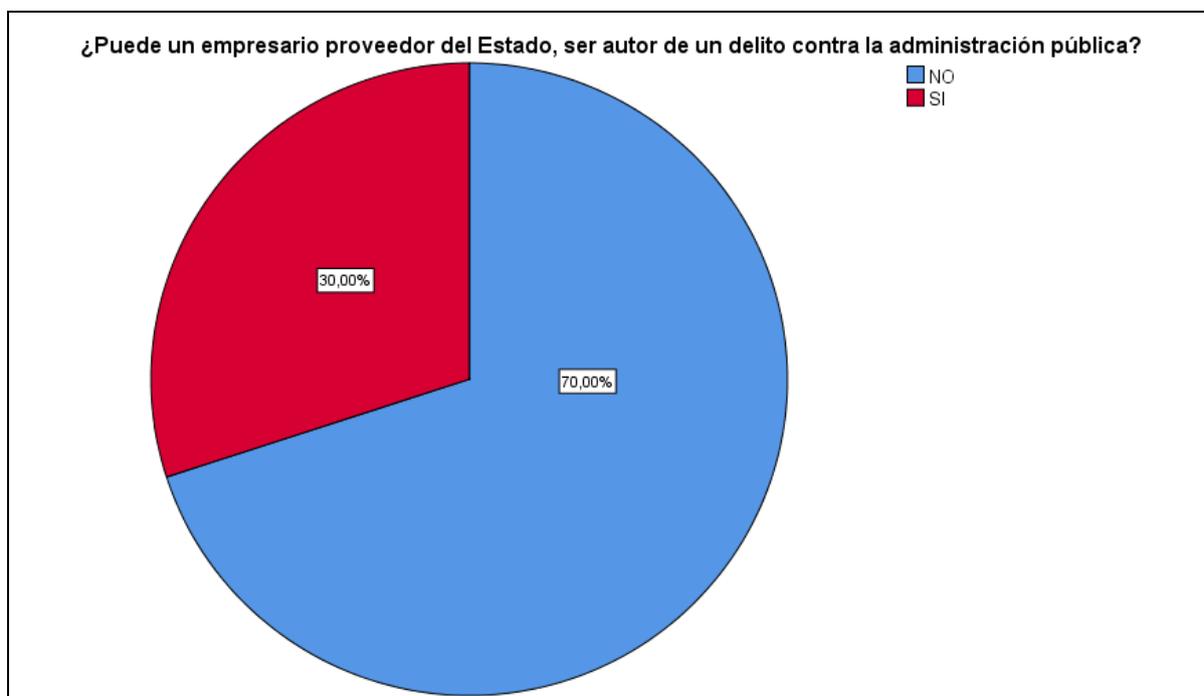


Figura 4. Relación con la tabla 8

Interpretación:

El 70% de encuestados respondió que, proveedor del Estado no puede ser autor en los delitos contra la administración pública porque no tiene la condición que requiere el tipo, por otro lado, el 30% señaló que el proveedor del Estado, sí puedes ser autor en los delitos especiales, por una falta de conocimiento en términos jurídicos.

Tabla 9

El empresario, ¿autor o partícipe?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	NO	15	75,0	75,0	75,0
	SI	5	25,0	25,0	100,0
	Total	20	100,0	100,0	

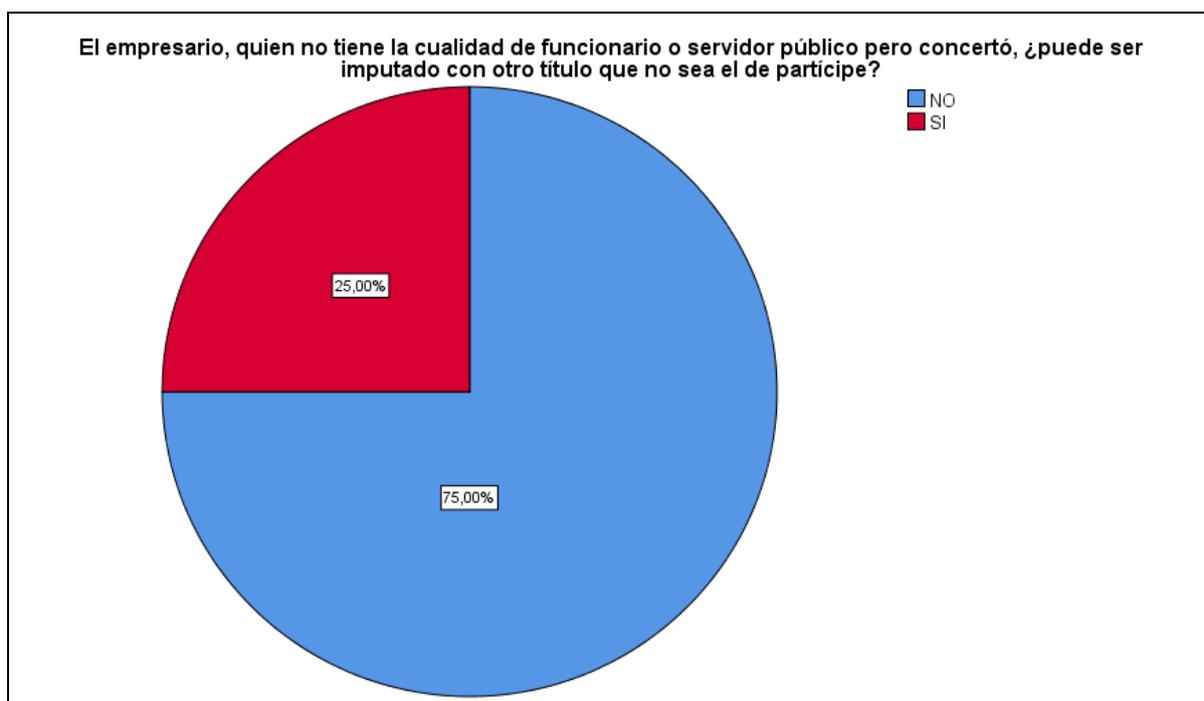


Figura 5. Relación con la tabla 9

Interpretación:

El 75% de encuestados constató que el empresario no puede ser imputado con otro título distinto al de partícipe, en cambio, para el 25% el empresario sí puede ser imputado con otro título diferente al de partícipe extraneus, considerándolo como autor.

Tabla 10

Reglas aplicables al empresario

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	NO	15	75,0	75,0	75,0
	SI	5	25,0	25,0	100,0
Total		20	100,0	100,0	

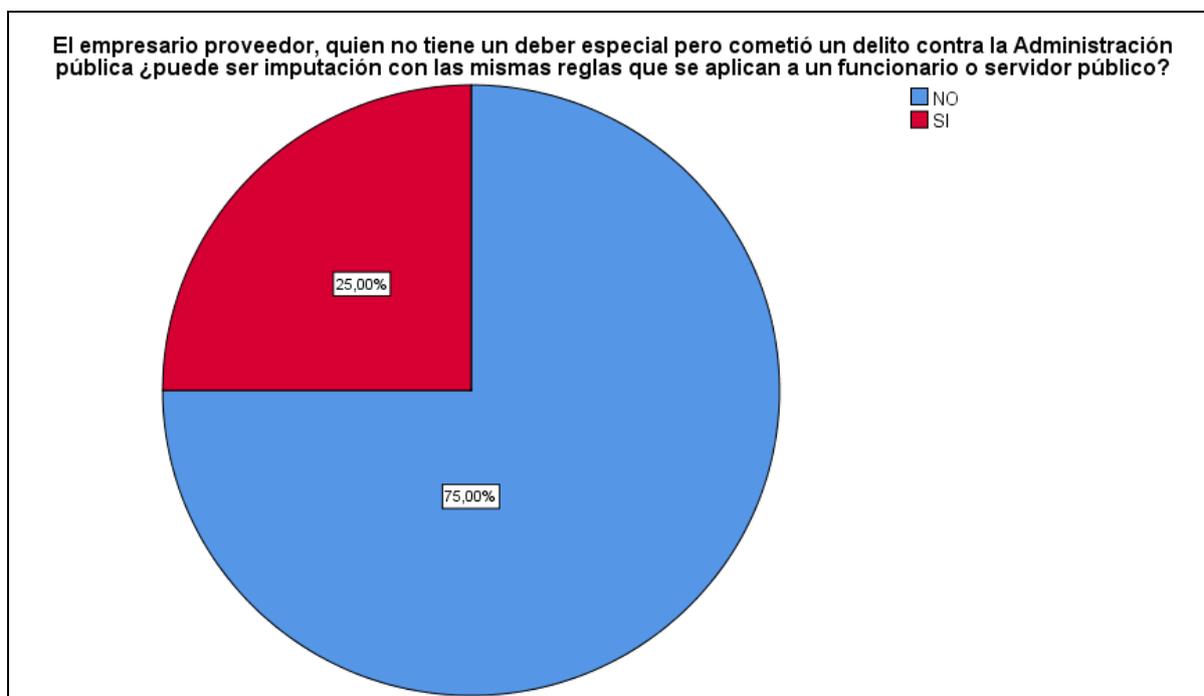


Figura 6. Relación con la tabla 10

Interpretación:

El 75% respondieron que el empresario no poder ser imputado con las misma son de aplicabilidad al funcionario o servidor público; por el contrario, el 25% respondió que al empresario participante de los procesos de contratación pública si se le puede aplicar los mismos parámetros para sancionarlo.

Tabla 11

La concertación idónea

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	NO	4	20,0	20,0	20,0
	SI	16	80,0	80,0	100,0
Total		20	100,0	100,0	

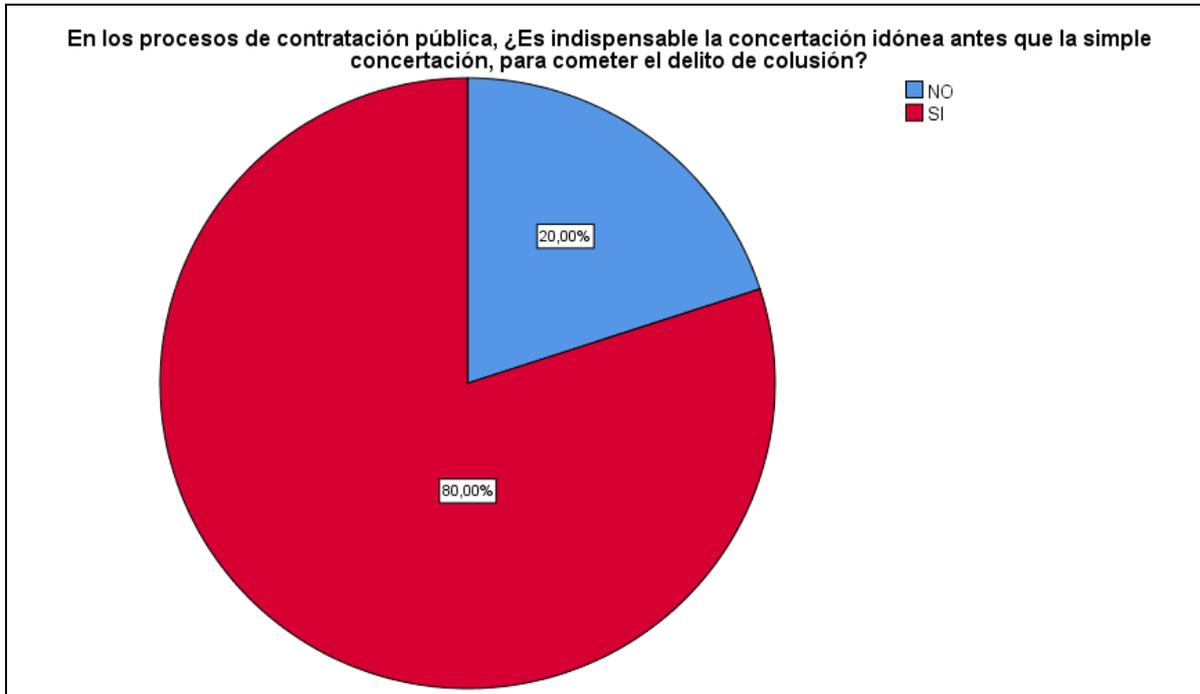


Figura 7. Relación con la tabla 11

Interpretación:

Se puede observar en la figura que, el 80% respondió que es indispensable que el acuerdo realizado entre el funcionario y servidor público, sea idóneo para defraudar y perjudicar al Estado, sin embargo, el 20% respondió que, basta el solo pacto oculto para defraudar al Estado y cometer el delito de colusión.

Tabla 12

Ámbito de protección en la colusión simple

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	NO	6	30,0	30,0	30,0
	SI	14	70,0	70,0	100,0
Total		20	100,0	100,0	

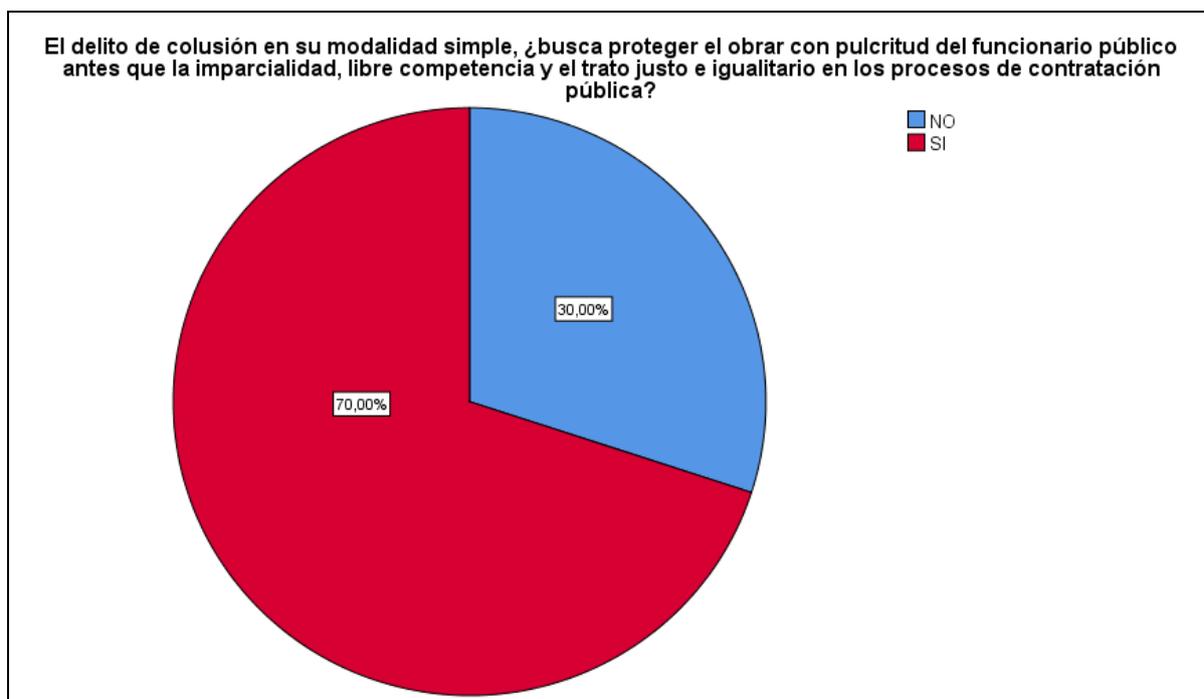


Figura 8. Relación con la tabla 12

Interpretación:

El 70% de encuestados, contestó que el delito de colusión en su modalidad simple, protege el actuar con pulcritud del funcionario o servidor público de manera principal; por el contrario, el 30% respondió que el delito de colusión en su forma simple, busca tutelar la imparcialidad, trato justo e igualitario en los procesos de contratación estatal de manera secundaria.

Tabla 13

Defraudación patrimonial

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	NO	13	65,0	65,0	65,0
	SI	7	35,0	35,0	100,0
Total		20	100,0	100,0	

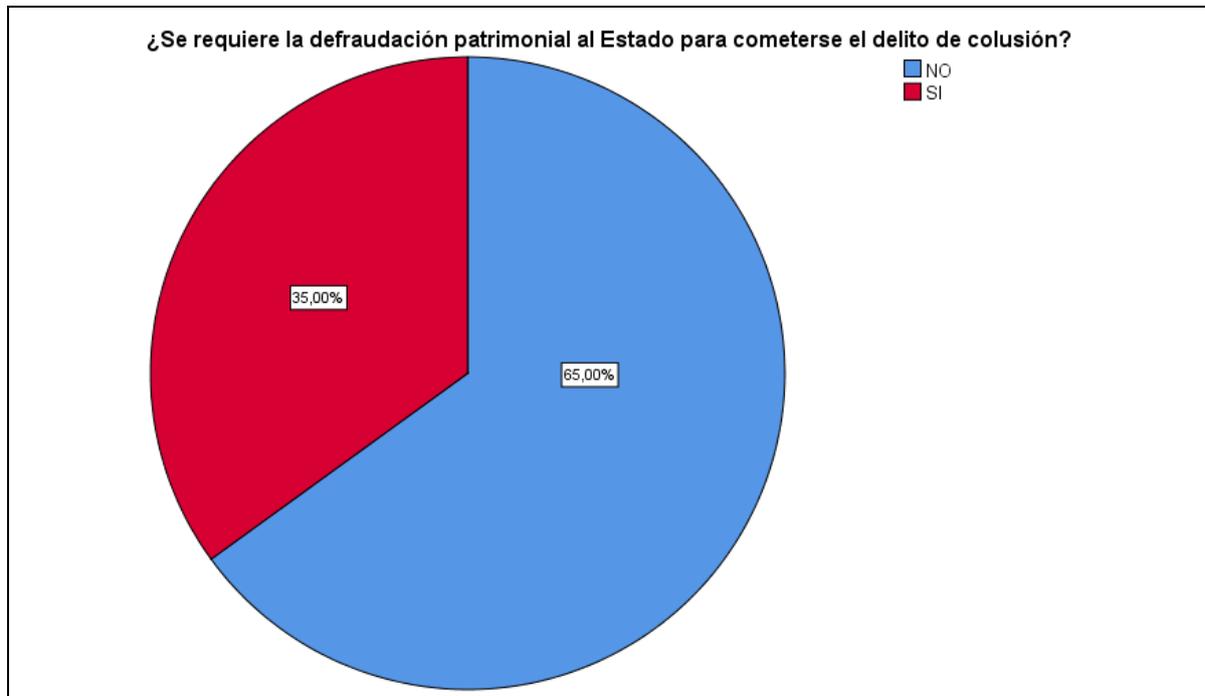


Figura 9. Relación con la tabla 13

Interpretación:

El 65% de personas encuestadas, respondieron que no es necesaria la defraudación al Estado para configurar el tipo penal de colusión, por otro lado, para el 35% si requiere la defraudación patrimonial para configurar el delito mencionado.

Tabla 14

Concertación idónea

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	NO	13	65,0	65,0	65,0
	SI	7	35,0	35,0	100,0
Total		20	100,0	100,0	

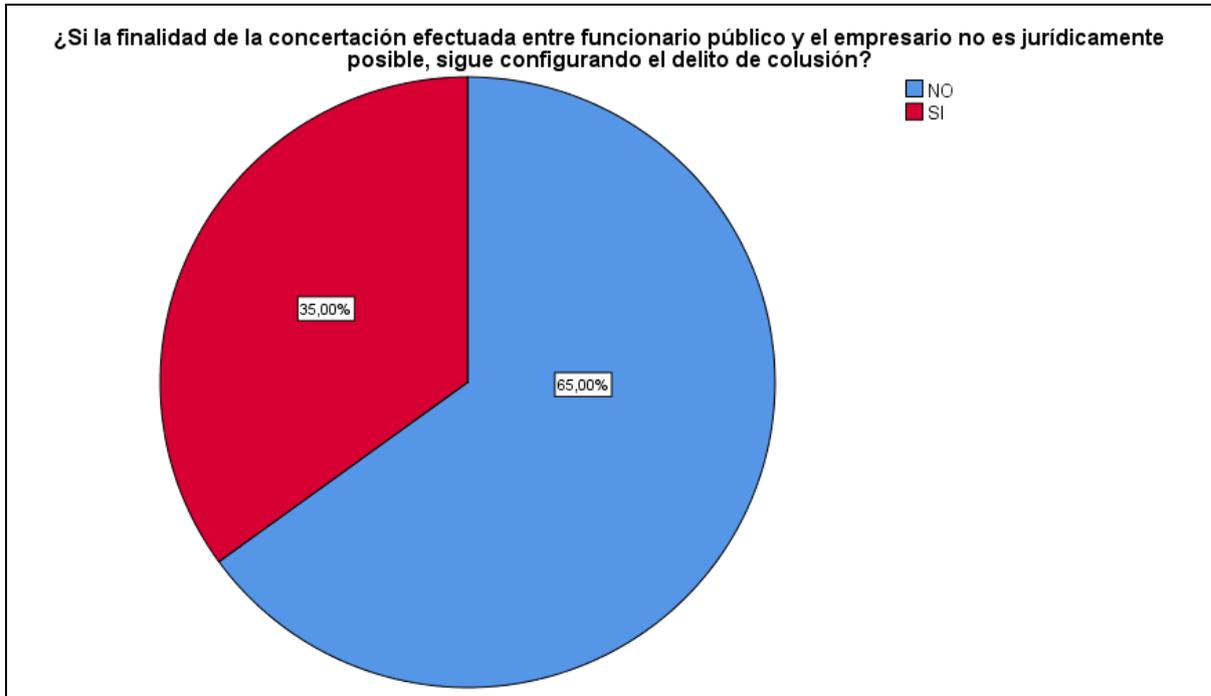


Figura 10. Relación con la tabla 14

Interpretación:

El 65% de encuestados respondió, no es posible atribuir el delito de colusión si la concertación no tiene finalidad no es jurídica, mientras que el 35% contestó que aun sin ser posible el ejecutar el acuerdo, se puede imputar el tipo de colusión.

Tabla 15

Ámbito de protección en la colusión agravada

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	NO	5	25,0	25,0	25,0
	SI	15	75,0	75,0	100,0
	Total	20	100,0	100,0	

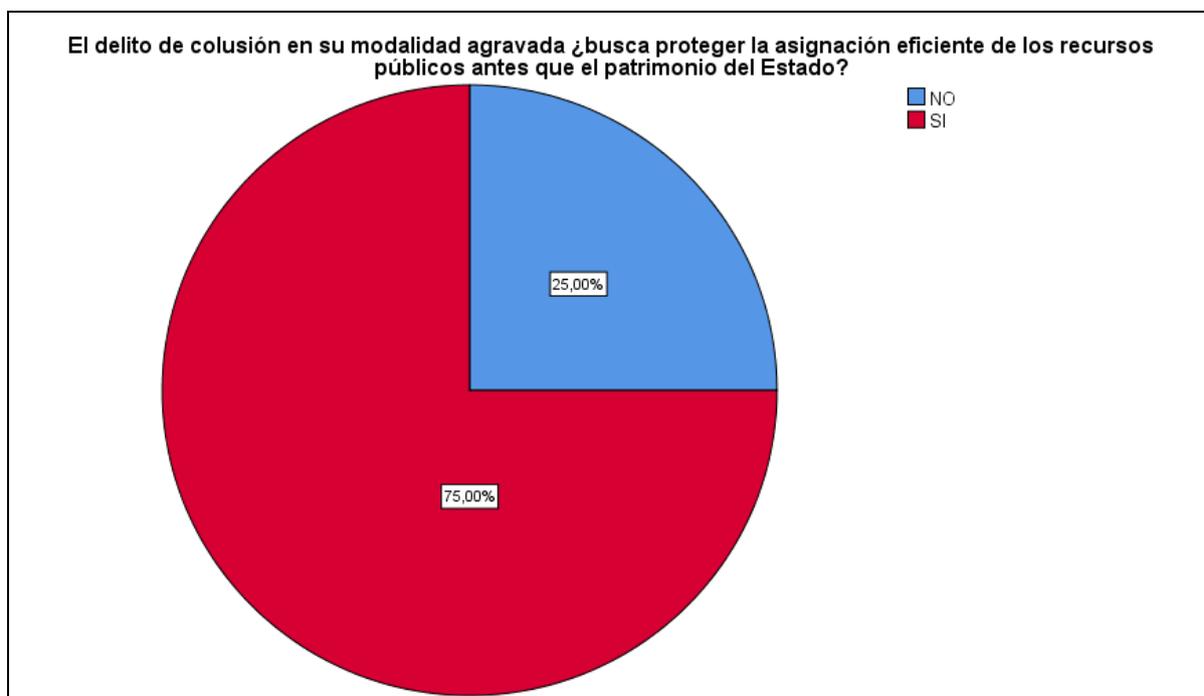


Figura 11. Relación con la tabla 15

Interpretación:

El 75% de encuestados señaló que el tipo penal de colusión en su modalidad agravada, busca proteger de manera principal la asignación eficiente de recursos públicos; en cambio, el 25% respondió que el delito de colusión en su modalidad agravada protege el patrimonio estatal.

Tabla 16

El perjuicio patrimonial efectivo

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	NO	6	30,0	30,0	30,0
	SI	14	70,0	70,0	100,0
Total		20	100,0	100,0	

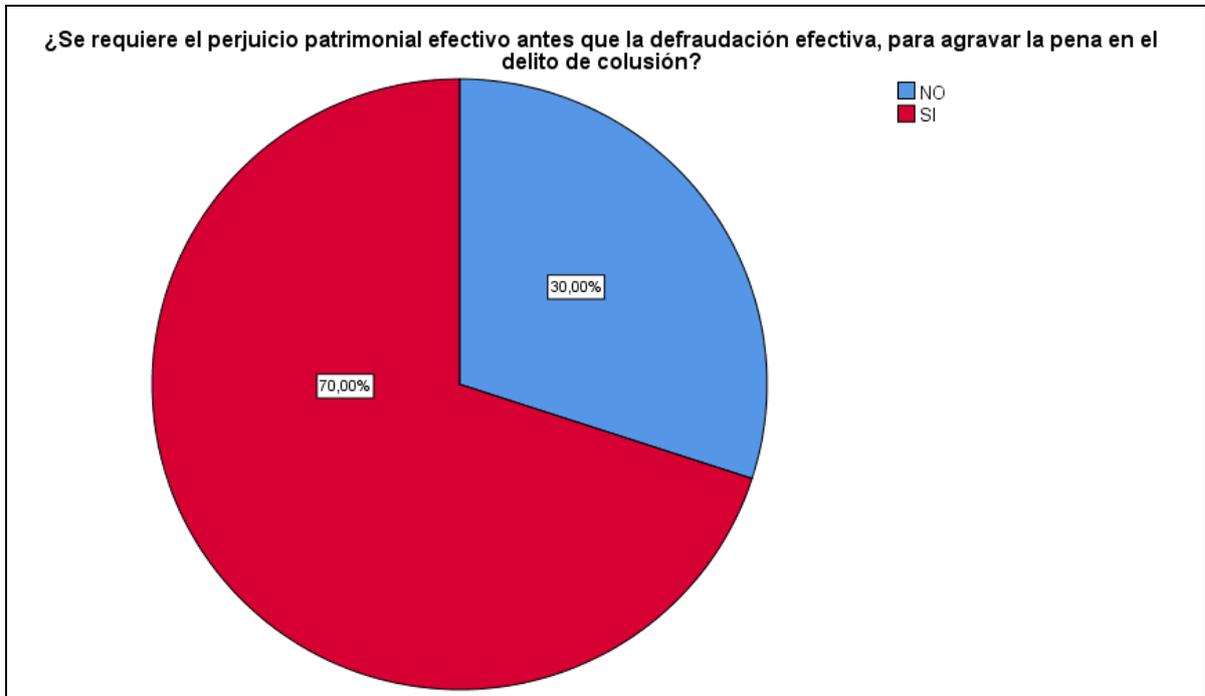


Figura 12. Relación con la tabla 16

Interpretación:

El 70% de encuestados respondió que, si se requiere el perjuicio patrimonial efectivo para agravar la pena, mientras que el 30% contestó que para agravar la pena se requiere la defraudación patrimonial efectiva antes que el perjuicio efectivo.

4.3. Resultados inferenciales

4.3.1. Prueba de hipótesis

Hipótesis principal

Correlación de la hipótesis general

Para determinar la influencia de la variable independiente que es delitos contra la administración pública sobre la variable dependiente de colusión, primero se debe establecer la correlación y la fuerza de la misma entre las variables. Para ello, se calcula la Rho de Spearman tal como se lee en la Tabla.

Tabla 17

Prueba de correlación de la hipótesis general

Correlaciones				
			Suma Variable 1	Suma Variable 2
Rho de Spearman	Suma Variable 1	Coeficiente de correlación	1,000	0,782**
		Sig. (bilateral)	.	0,000
		N	20	20
	Suma Variable 2	Coeficiente de correlación	0,782**	1,000
		Sig. (bilateral)	0,000	.
		N	20	20

Nota: La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).

De acuerdo a los valores obtenidos, el p-valor corresponde de 0,000 que es menor al nivel de significancia que es igual a 0,05 que implica que existe correlación entre ambas variables. Asimismo, el coeficiente de correlación es del orden del 0,782 o expresado en porcentaje es del 78,2% que es alto y que indica que la fuerza de la correlación es muy significativa.

Prueba de influencia de la hipótesis general

Una vez establecida la correlación y la fuerza de la misma, se determina la influencia de la variable independiente sobre la variable dependiente utilizando la prueba de influencia de Manderl_Haenszel. Los resultados se observan en la Tabla.

Tabla 18

Prueba de Influencia de la hipótesis general

Pruebas de independencia condicional

	Chi cuadrado	df	Significación asintótica (bilateral)
Mantel-Haenszel	4,655	1	0,031

Nota: Bajo el supuesto de independencia condicional, el estadístico de Cochran se distribuye de forma asintótica como 1 distribución de chi-cuadrado de gl, sólo se arregla el número de estratos, mientras que el estadístico de Mantel-Haenszel siempre se distribuye de forma asintótica como 1 distribución de chi-cuadrado de gl. Tenga en cuenta que la corrección de continuidad se elimina del estadístico de Mantel-Haenszel cuando la suma de las diferencias entre lo observado y lo esperado es 0.

Los resultados obtenidos indican que el p-valor es igual a 0,031, menor al nivel de significancia que es de 0,05. Esto significa que la variable independiente influye sobre la variable dependiente; en ese sentido se acepta la hipótesis del investigador y se rechaza la hipótesis nula.

Prueba de hipótesis específica 1

Correlación de la hipótesis específica 1

Para determinar la influencia de la dimensión 1 variable independiente sobre la dimensión 1 de la variable dependiente, primero se debe establecer la correlación y la fuerza de la misma entre las dimensiones de las variables. Para ello, se calcula la Rho de Spearman tal como se lee en la Tabla.

Tabla 19

Prueba de correlación de la hipótesis específica 1

Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	df	Significación asintótica (bilateral)	Significación exacta (bilateral)	Significación exacta (unilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	16,154 ^a	1	0,000		
Corrección de continuidad ^b	12,537	1	0,000		
Razón de verosimilitud	19,870	1	0,000		
Prueba exacta de Fisher				0,000	0,000
Asociación lineal por lineal	15,346	1	0,000		
N de casos válidos	20				

Nota: a. 2 casillas (50.0%) han esperado un recuento menor que 5. El recuento mínimo esperado es 2.80.

b. Sólo se ha calculado para una tabla 2x2

De acuerdo a los valores obtenidos, el p-valor corresponde de 0,000 que es menor al nivel de significancia que es igual a 0,05 que implica que si existe correlación entre las dimensiones de ambas variables.

Prueba de influencia de la hipótesis específica 1

Se va a determinar la influencia de la dimensión 1 de la variable independiente sobre la dimensión 1 de la variable dependiente utilizando la prueba de influencia de Manderl_Haenszel. Los resultados se observan en la Tabla.

Tabla 20

Prueba de Influencia de la hipótesis específica 1

Pruebas de independencia condicional			
	Chi cuadrado	df	Significación asintótica (bilateral)
Mantel-Haenszel	11,910	1	0,001

Nota: Bajo el supuesto de independencia condicional, el estadístico de Cochran se distribuye de forma asintótica como 1 distribución de chi-cuadrado de gl, sólo se arregla el número de estratos, mientras que el estadístico de Mantel-Haenszel siempre se distribuye de forma asintótica como 1 distribución de chi-cuadrado de gl. Tenga en cuenta que la corrección de continuidad se elimina del estadístico de Mantel-Haenszel cuando la suma de las diferencias entre lo observado y lo esperado es 0.

Los resultados obtenidos indican que el p-valor es igual a 0,001, menor al nivel de significancia que es de 0,05. Esto significa que la dimensión 1 de la variable independiente si influye sobre la dimensión 1 de la variable dependiente; en ese sentido se acepta la hipótesis del investigador.

Prueba de hipótesis específica 2

Correlación de la hipótesis específica 2

Para determinar la influencia de la dimensión 2 variable independiente sobre la dimensión 2 de la variable dependiente, primero se debe establecer la correlación y la fuerza de la misma entre las dimensiones de las variables. Para ello, se calcula la Rho de Spearman tal como se lee en la Tabla.

Tabla 21

Prueba de correlación de la hipótesis específica 2

Pruebas de chi-cuadrado					
	Valor	df	Significación asintótica (bilateral)	Significación exacta (bilateral)	Significación exacta (unilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	7,213 ^a	1	0,007		
Corrección de continuidad ^b	4,904	1	0,027		
Razón de verosimilitud	7,739	1	0,005		
Prueba exacta de Fisher				0,017	0,012
Asociación lineal por lineal	6,852	1	0,009		

Nota: N de casos válidos 20

a. 2 casillas (50.0%) han esperado un recuento menor que 5. El recuento mínimo esperado es 3.15.

b. Sólo se ha calculado para una tabla 2x2

De acuerdo a los valores obtenidos, el p-valor corresponde de 0,007 que es menor al nivel de significancia que es igual a 0,05 que implica que si existe correlación entre las dimensiones de ambas variables.

Prueba de influencia hipótesis específica 2

Se va a determinar la influencia de la dimensión 2 de la variable independiente sobre la dimensión 2 de la variable dependiente utilizando la prueba de influencia de Manderl_Haenszel. Los resultados se observan en la Tabla.

Tabla 22

Prueba de Influencia de la hipótesis específica 2

Pruebas de independencia condicional			
	Chi cuadrado	df	Significación asintótica (bilateral)
Mantel-Haenszel	4,659	1	,031

Nota: Bajo el supuesto de independencia condicional, el estadístico de Cochran se distribuye de forma asintótica como 1 distribución de chi-cuadrado de gl, sólo se arregla el número de estratos, mientras que el estadístico de Mantel-Haenszel siempre se distribuye de forma asintótica como 1 distribución de chi-cuadrado de gl. Tenga en cuenta que la corrección de continuidad se elimina del estadístico de Mantel-Haenszel cuando la suma de las diferencias entre lo observado y lo esperado es 0.

Los resultados obtenidos indican que el p-valor es igual a 0,031, menor al nivel de significancia que es de 0,05. Esto significa que la dimensión 2 de la variable independiente si influye sobre la dimensión 2 de la variable dependiente; en ese sentido se acepta la hipótesis del investigador.

CAPÍTULO V
DISCUSIONES, CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES

5.1. Discusiones

Resultados

Se obtuvo como resultados de la presente investigación, que, la corrupción es consecuencia de la infracción de deberes que ostentan funcionarios y servidores públicos antes que la falta de aptitud para desempeñar el cargo especial, pues, los representantes de entidades estatales carecen de ética-profesional en la función pública, además de la falta de compromiso que se refleja en muchos empleados de las entidades del Estado; por otro lado, los delitos de infracción de deber buscan proteger de forma efectiva y general para todos los delitos establecidos en el título XVIII del código penal “el recto funcionamiento o adecuado desarrollo de la función del Estado”, basándose en que es un bien jurídico mediato y que no es de aplicación en un delito funcional específico ya que cada tipo penal tienen elementos objetivos distintos; así mismo, el ilícito penal de colusión, busca proteger de forma objetiva y especial, el sólo acto de concertación, siempre y cuando este acuerdo ilegal sea idóneo para dañar al Estado, adicionalmente, se busca proteger el cumplimiento de los principios que establece la ley de contrataciones del Estado en el que resaltan la imparcialidad, transparencia y la igualdad de trato, así mismo, se protege el uso o distribución eficiente de los recursos estatales, además del patrimonio del público.

Antecedentes

Como antecedentes tenemos que, la colusión, es una competencia deshonesta, es aquel acuerdo no permitido por ley realizado entre postores estatales con la finalidad de repartirse mercados, elevar el costo de sus bienes y servicios además de reducir la calidad de los mismos y generarle una pérdida a la entidad estatal; este concepto es distinto al que tenemos hoy día, porque en nuestra legislación establece el acuerdo oculto entre funcionarios y postores, mas no es un acuerdo ilegal propio de proveedores; además, siguiendo la misma línea, en el Derecho Anglosajón la colusión en las compras estatales es el pacto ilícito entre proveedores públicos, dirigido a infringir principios propios del procedimiento y ocasionar un detrimento patrimonial; bajo esta concepción se puede entender que dicho delito sólo sanciona a los oferentes ya que no requiere la intervención de alguna autoridad de alta jerarquía; así mismo, la corrupción se genera a partir de la

desorganización, y falta de gobernabilidad de un Estado el cual produce que los caudales y recursos públicos pasen a pertenencias de los agentes privados.

Teoría

Primero

Doctrina

Establece que, para que exista el delito de colusión, necesariamente deben existir dos o más agentes intervinientes, en el que el sujeto activo es el funcionario o servidor público cualificado, por otro lado el sujeto pasivo será la entidad u organismo del Estado, se puede interpretar que es un delito de encuentro (bilateral); lo que se busca sancionar es aquel acuerdo que tenga la posibilidad de defraudar a la institución pública (concertación idónea) además de la intencionalidad que tiene el representante estatal para lesionar los intereses de la entidad (dolo), bajo esta idea se puede deducir que es un ilícito penal de mera actividad.

Cabe señalar que, según la teoría de infracción del deber, lo que se busca proteger o tutelar son principios y deberes especiales, no es acertado decir que, lo que se busca cuidar en el delito de colusión es el patrimonio, ya que este no es un delito de resultado lesivo ni tampoco está en la sección de delitos contra el patrimonio; el creador de esta teoría “Claus Roxin”, concluyó que no todos los delitos funcionariales tienen contenido patrimonial, entonces, se deduce que, el manto de protección es este delito especial aun teniendo inferencia patrimonial, lo que se tutela es el actuar con pulcritud de agentes públicos para evitar concertaciones destinada a dañar una entidad pública.

Segundo

Norma

El delito de colusión se materializa cuando el sujeto activo en su condición de funcionario o servidor público, al intervenir de manera “directa” o “indirecta” en cualquiera etapa de las modalidades de adquisición, concurso o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación semejante a cargo del Estado concierta con los interesados con el objeto de defraudar al organismo estatal, es decir, se colude para obtener un beneficio propio o para terceros, burlando así el bien jurídico protegido específico en mencionado delito.

La figura delictiva de colusión simple y agravada se diferencian por los verbos rectores como se mencionó en las líneas iniciales de esta investigación, en el caso de la simple con el verbo “concertar” y en la forma agravada con el “defraudare”, sin embargo, se puede notar otra diferencia, que recae sobre el perjuicio potencial o real producido con la conducta colusoria al patrimonio del Estado. En la simple, el peligro de afectación al patrimonio es potencial, es decir que dicho acuerdo subrepticio tenga la probabilidad efectiva de menoscabar el patrimonio estatal y los recursos públicos, en tanto que, en la agravada se exige el perjuicio sea real y efectivo.

La norma sanciona de manera más drástica en los actos de corrupción a los funcionarios y servidores públicos ya que estos ostentan un deber especial de protección el cual les fueron confiados en aplicación del principio de confianza y responsabilidad, mas no es aplicable esta rigurosidad a los particulares (empresarios) porque si bien es cierto estos participan en la comisión del delito, no tienen la cualidad especial que requiere el tipo penal.

Tercero

Jurisprudencia

“El delito de colusión viene a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes (intraneus y extraneus) para lograr un fin ilícito con perjuicio de un tercero”. Y ese tercero es el Estado como sujeto pasivo, que confía en la correcta función pública de los agentes (funcionario o servidor público).

La jurisprudencia en distintas sentencias, se había establecido que el delito de colusión es un delito de resultado en su forma agravada ya que se requiere que haya un perjuicio patrimonial, en cambio con la última casación, se determinó que es un delito de mera actividad ya que basta el solo acuerdo oculto ilícito para configurar el delito.

Así como también se había establecido con anterioridad que el bien jurídico protegido en el delito de colusión es diverso ya que busca proteger aparte del patrimonio estatal, se tutelaran los principios de igualdad, trato justo e igualitario, y transparencia en los procesos de contratación pública, pues así lo había establecido la corte suprema, en cambio con la última sentencia, se estableció que el bien jurídicamente protegido en el tipo penal colusorio es el patrimonio estatal

desde el punto de vista que se administre de manera eficiente los recursos de Estado, así como también, el funcionario actúe de manera cuidadosa y diligente al momento de contratar a un postor.

5.2. Conclusiones

Primero

Con la presente investigación se puede concluir que, se cometen cada vez más delitos contra la administración pública, porque los funcionarios y servidores públicos carecen de valores éticos, más allá de la falta de capacidad, experiencia o preparación académica que puede tener el sujeto que representa al Estado mediante un cargo público, pues, este infringe sus deberes especiales, los cuales les fueron otorgados en aplicación del principio de confianza y responsabilidad, en el cual, el funcionarios aun sabiendo la cualidad de ostenta, decide realizar un uso excesivo de las facultades que posee, causando así un daño irreparable al Estado; así mismo, nuestro sistema de contrataciones de funcionarios y servidores públicos, carece de un estricto control de idoneidad para el cargo que ocupará el postulante, es decir, si bien hay etapas en el proceso de contratación, que consisten en evaluar el conocimiento en diversas materias, experiencia en la gestión pública, capacidad emocional, etc., éstas no garantizan que el intraneus (autor o partícipe) y el extraneus (cómplice) no concierten y cometan el delito de infracción del deber; por ende, es tan accesible cometer delitos especiales, ya que el mismo sistema al no tener un filtro más exhaustivo, permite al funcionario y al particular realizar actos punibles.

Segundo

La idoneidad es un factor importante para determinar si el intraneus amerita atribuirle una pena o una sanción administrativas, será necesario que el funcionario público cuente con una especial vinculación para defraudar al Estado, por lo tanto, cualquier funcionario o servidor que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige, no puede ser sancionado penalmente, ya que, por razones de su cargo y capacidad para delinquir, no cuenta con los requisitos esenciales que la ley requiere para la materialización el hecho punible; además, existe una amplia confusión de cuál sería el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública, existen tesis señalando que el bien jurídico protegido es la defraudación patrimonial, otros autores señalan que es el patrimonio económico del Estado, mientras que para algunos es el correcto y regular

funcionamiento de la Administración Pública, si bien es cierto todos tienen una buena pretensión, el cual es, la protección de los bienes e intereses del Estado, pues, no existe una definición unificada para los autores sobre el mencionado tema, el cual genera también una confusión en estudiantes de Derecho, Funcionarios y/o servidores públicos y particulares, sin embargo, existe una inclinación mayoritaria sosteniendo que, Los delitos especiales buscan proteger el correcto y regular funcionamiento de la administración pública de forma general en todos los delitos comprendido en el título XVIII del Código Penal, de decir se pretende cuidar la correcta gestión de los recursos del Estado, así como también, el debido accionar de los funcionarios y servidores públicos.

Tercero

En específico, el delito de colusión, el cual es materia de análisis de la presente tesis, busca tutelar de manera especial el obrar con pulcritud del funcionario o servidor público en los procesos de contratación pública, o sea, que este trabajador del Estado actúe con transparencia en la realización de sus funciones, así como también, que el mencionado proceso se realice con imparcialidad, libre competencia, y se brinde un trato justo e igualitario a todos los postores; por otro lado; en la forma agravada, protege la asignación eficiente de los recursos público, es decir, que los bienes estatales se administren con eficiencia; y en segundo lugar, busca proteger y evitar que se ocasione un daño efectivo al patrimonio del Estado; añadido que, hay una falta de compromiso del Estado para erradicar la corrupción, es decir, por más sanciones, reglamento y leyes que crea, no se centra en eliminar el fondo del asunto porque existe tanta corrupción y sobre todo en la modalidad de Colusión y esto se debe a que no se está buscando capacitar a los funcionarios en su debida función, el correcto, el manejo de la gestión pública, y los perjuicios que generaría si no protege o vela los bienes e intereses del Estado.

5.3. Recomendaciones

Primero

Se recomienda, preparar al funcionario antes de ejercer sus funciones, es decir capacitar de forma ética, académica y legal, porque esto permitirá que el funcionario y servidor público tenga una correcta función pública; académicamente ayudará a que conozca el ámbito en el que desarrollará el funcionario y le permitirá crear una ética profesional; administrativamente porque contribuirá a una mejor gestión y correcto funcionamiento de la administración pública; y legalmente porque hará que el funcionario y servidor, conozcan los lineamiento y límites permisibles en el que actuarán conforme a ley y evitar así procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores; al mismo tiempo, implementación del “compliance” en el sector privado, incentivar a las empresas a incorporar en sus sistemas de gestión, practicas anti-corruptivas, en efecto, cumplir con normas propias de la entidad privada así como las leyes públicas, al mismo tiempo, deslindar responsabilidad a los interviene de alguna operación administrativa, pues lo que se busca inculcar con el compliance, son la buenas prácticas y funciones que ejerce un trabajador.

Segundo

Para definir el bien jurídico tutelado en los delitos contra la gestión gubernamental, se recomienda, realizar acuerdos plenarios y jurisprudencias que determinen de forma puntual el marco de protección general para todos los delitos contra la administración pública y de manera específica para cada uno de ellos, además, reformar el código penal incrementando la sanción al mal accionar de los intervinientes, tanto funcionarios o servidores públicos como a los empresarios, poniendo mano dura contra las malas prácticas de gestión, contribuyendo así a la reducción de la corrupción; así mismo, que todos los contratos. Licitaciones, normativas, resoluciones, etc. de la administración pública deberían ser accesibles a todo el público en general, claro está, que, si una institución pública niega el acceso a cualquier contrato, información etc. (con excepción de aquellos en los que la seguridad del estado pueda verse afectada) el titular de mencionada entidad debería ser sancionado.

Tercero

Se debe incentivar y respaldar todavía mucho más las denuncias fundamentadas en pruebas directas o en indicios de corrupción; no sólo protección y anonimato, se deben facilitar garantías, procedimientos claros y publicitados para que los ciudadanos puedan hacer uso de ello; son interesantes las propuestas de una Ley de protección jurídica a todos aquellos ciudadanos denunciadores de posibles casos de corrupción; así mismo se deberían limitar los juicios mediáticos y demagógico, o penalizar denuncias con escaso o nulo fundamento, al final, la corrupción está acabando en un circo mediático que daña la imagen del país y de la sociedad en general, por último, fomentar y premiar buenas prácticas en la administración pública con reconocimientos frecuentes, becas, puestos de trabajo otorgados por instituciones y órganos que ostenten la mayor reputación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artículos

Johannes, S.G (2016). *La colusión como práctica anticompetitiva en la contratación pública. Revista Ius et Praxis.* 1(24), 757 - 800. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n1/0718-0012-iusetp-24-01-00757.pdf>

Leyes

Texto Único Ordenado de la Ley n° 30225, Ley de contrataciones del estado. *Diario Oficial El Peruano.* Lima, 13 de marzo de 2019. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/2018_DL1444/TUO_ley-30225-DS-082-2019-EF.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República (2015). Sentencia de casación del 24 de mayo de 2016. Expediente de la Sala Penal Permanente Casación N° 841-2015 Ayacucho. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0d7978804e7fadf8b43bf72670ef9145/OF-5245-2016-S-SPPCS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0d7978804e7fadf8b43bf72670ef9145>

Poder Judicial del Perú (2012). Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116. Recuperado de https://derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N2_2011.pdf

Tribunal Constitucional (2012). Sentencia recaída en el expediente N° 00017-2011-PI/TC. Fiscal de la Nación contra el Congreso de la Republica. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>

Tribunal Constitucional (2010). Sentencia recaída en el expediente N° 01442-2008-PA/TC. Rosa Angélica Reátegui Rengifo contra la resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01442-2008-AA.html>

Corte Suprema de Justicia de la República (2019). Sentencia de casación del 26 de junio de 2019. Expediente de la Sala Penal Permanente Casación N° 9-2018 Junín. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cf9324004aa2f79abceafcd1306a5ccd/CS-SPP-C-09-2018-JUNIN.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cf9324004aa2f79abceafcd1306a5ccd>

Corte Suprema de Justicia de la República (2017). Sentencia de casación del 11 de julio de 2017. Expediente de la Sala Penal Permanente Casación N° 661-2016 Piura. Recuperado de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Cas-661-2016-Piura-Legis.pe_.pdf

Libros

Arismendiz, E. (2015). *La problemática de la participación del extraneus en el delito de colusión ilegal*. Lima, Perú: *Gaceta penal & procesal penal*.

Benavente, H. y Calderón, L., (s.f). *Delitos de corrupción de funcionarios*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Burgos, J., Bustamante, J., Espinoza, N., (2019). *Crimen Organizado y Corrupción de funcionarios, Breves apuntes dogmáticos y procesales*. Lima, Perú: A&C Ediciones Jurídicas.

Cáceres, R. (2016). *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y probatorios. En Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Capcha, Olivia. (2017). *Las contrataciones y adquisiciones del Estado en la jurisprudencia del OSCE*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Enco, A. (2019). *La responsabilidad de la persona jurídica en los delitos de corrupción*. Lima. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Procuraduría Pública Especializada en los Delitos de Corrupción (PPEDC). Recuperado de

<https://procuraduriaanticorruccion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/03/INFORME-LA-RESPONSABILIDAD-DE-LAS-PERSONAS-JURIDICAS.pdf>

García, P., y Castillo, J. (2008). *El delito de colusión*. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley.

Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2015). Montoya, Y. (Coord.). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2019). *Constitución Política del Perú 1993*. Recuperado de https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo2019_WEB.pdf

Montoya, Yvan. (2014). *Fundamento de la posición de garante del funcionario superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados*. En: Gimbernat, E. y García, L. y Peñaranda, E. y Rueda, A. y Suárez, C. y Urquiza, J. *Dogmática del derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Tomo I*. Lima, Perú: Gaceta penal & procesal penal.

Revilla LL., P. (2016). *El delito de colusión en la fase de liquidación del contrato público: el caso de la resolución contractual por incumplimiento. Tomo 90*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Rodríguez Vásquez, J.A., y Torres Pachas, D.R., y Navas Bustamante, A.C., y Novoa Curich, Y.L. (2014). *Compendio jurisprudencial sistematizado: Prevención de la corrupción y justicia penal*. Lima, Perú. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Urquiza, J. (2017). *Código penal práctico: concordancias, doctrina, jurisprudencia, evolución legislativa. Tomo II*. Lima, Perú. Gaceta Jurídica.

Urquiza, J. (2019). *Compendio práctico que sistematiza y conecta la doctrina y jurisprudencia más relevante y actual con los artículos del código penal. Tomo II*. Lima, Perú: Compendium penal. Gaceta Jurídica.

Vargas, Luis. (2012). *Tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: especial referencia a la prueba indiciaria. En Estudios críticos sobre delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima, Perú. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tesis

Ávila, D. (2016). *La colusión en la contratación pública en el Ecuador* (Tesis de maestría). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5561/1/T2247-MDE-Avila-La%20colusi%C3%B3n.pdf>

Chanjan, R. (2014). *La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado* (Tesis de pregrado). Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5647/CHANJAN_DOCUMET_RAFAEL_ADMINISTRACION_DESLEAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Rodríguez, G. (2015). *El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del funcionario de hecho en los delitos contra la administración pública* (Tesis de maestría). Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6930>

ANEXOS

MATRÍZ DE CONSISTENCIA: "DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA MODALIDAD DE COLUSIÓN EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO".

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES, DIMENSIONES E INDICADORES	METODOLOGÍA	TÉCNICAS												
<p>PROBLEMA GENERAL: ¿Por qué se cometen cada vez más delitos de corrupción de funcionarios?</p> <p>PROBLEMA ESPECÍFICO: a) ¿Qué se busca tutelar en los delitos contra la administración pública? b) ¿Qué busca proteger específicamente el delito de colusión en las contrataciones del Estado?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL: Evidenciar por qué se cometen cada vez más delitos de corrupción de funcionarios.</p> <p>OBJETIVO ESPECÍFICO: a) Interpretar qué se busca tutelar en los delitos contra la administración pública. b) Analizar qué busca proteger específicamente en delito de colusión en las contrataciones del Estado.</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL: Es probable que, se cometan cada vez más delitos de corrupción de funcionarios porque las personas que ejercen cargos en la administración pública carecen de valores éticos, más allá de la falta de capacidad para desempeñar el cargo público, infringen sus deberes especiales; coludiéndose entre funcionarios o con terceros interesados con el objetivo de tener algún provecho para sí o para otros, ocasionando un detrimento al Estado.</p> <p>HIOPÓTESIS ESPECÍFICA: a) Es probable que; los delitos contra la administración pública busquen tutelar el correcto desarrollo y funcionamiento de la administración pública, como bien jurídico protegido de forma genérica para todos los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos en ejercicio de sus funciones. b) Es probable que; el delito de colusión en su forma simple, busque proteger de manera específica el obrar con pulcritud del funcionario o servidor público, así como también, protege la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario en los procesos de contratación pública y en su forma agravada busca tutelar la asignación eficiente de los recursos públicos antes que el perjuicio patrimonial efectivo al Estado.</p>	<p>1) DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Dimensiones</th> <th>Indicadores</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Funcionario o servidor público.</td> <td>Sujeto cualificado Es autor del delito. Ostenta el deber especial.</td> </tr> <tr> <td>Sujeto interesado.</td> <td>Proveedor del Estado. Es partícipe del delito. No tiene deber especial.</td> </tr> </tbody> </table> <p>2) COLUSIÓN:</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Dimensiones</th> <th>Indicadores</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>SIMPLE.</td> <td>Concertación. Protege el obrar con pulcritud. No requiere defraudación patrimonial.</td> </tr> <tr> <td>AGRAVADA.</td> <td>Concertación. Protege la asignación eficiente de los recursos públicos. Requiere perjuicio patrimonial efectivo.</td> </tr> </tbody> </table>	Dimensiones	Indicadores	Funcionario o servidor público.	Sujeto cualificado Es autor del delito. Ostenta el deber especial.	Sujeto interesado.	Proveedor del Estado. Es partícipe del delito. No tiene deber especial.	Dimensiones	Indicadores	SIMPLE.	Concertación. Protege el obrar con pulcritud. No requiere defraudación patrimonial.	AGRAVADA.	Concertación. Protege la asignación eficiente de los recursos públicos. Requiere perjuicio patrimonial efectivo.	<p>Diseño: Transversal o transeccional.</p> <p>Tipo de Investigación: Correlacional.</p> <p>Paradigma y Enfoque: Positivista – cuantitativo.</p> <p>Método: Deductivo.</p> <p>Población: -Funcionarios o servidores públicos. -Empresarios que contraten con el Estado.</p> <p>Muestra: -10 Funcionarios o servidores públicos. -10 Empresarios que contraten con el Estado.</p>	<p>Técnicas e instrumentos de investigación: - Análisis de documentos. - Matriz de consistencia. - Cuestionario.</p> <p>Fuentes: Bibliográficas. Documentales. Opiniones de expertos.</p> <p>Tipo de muestreo: No probabilístico.</p>
Dimensiones	Indicadores																
Funcionario o servidor público.	Sujeto cualificado Es autor del delito. Ostenta el deber especial.																
Sujeto interesado.	Proveedor del Estado. Es partícipe del delito. No tiene deber especial.																
Dimensiones	Indicadores																
SIMPLE.	Concertación. Protege el obrar con pulcritud. No requiere defraudación patrimonial.																
AGRAVADA.	Concertación. Protege la asignación eficiente de los recursos públicos. Requiere perjuicio patrimonial efectivo.																

**DOCUMENTOS PARA VALIDAR LOS
INSTRUMENTOS DE MEDICIÓN A
TRAVÉS DE JUICIO DE EXPERTOS**

CARTA DE PRESENTACIÓN

Señor(a)(ita): **Luis Ángel Espinoza Pajuelo.**

Presente

Asunto: VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS A TRAVÉS DE JUICIO DE EXPERTO.

Es grato comunicarme con usted para expresarle mis saludos y así mismo, hacer de su conocimiento que, en mi calidad de bachiller de la carrera profesional de Derecho de la Universidad Autónoma del Perú, **José Guillermo Carpio Bazán**, presento mi proyecto de tesis titulado: **“Delitos contra la administración pública en la modalidad de colusión en las contrataciones del Estado”**; cuyo desarrollo me permitirá optar el Título de Abogado.

En tal sentido, es imprescindible validar el(los) instrumentos(s) con los cuales recogeré los datos pertinentes, para lo cual es necesario contar con la aprobación de especialistas y llevar a cabo la aplicación del(los) instrumento(s) en mención. Conocedor de su connotada experiencia en temas de investigación jurídica, se ha considerado conveniente recurrir a su persona. El expediente de validación que le hago llegar contiene:

- Carta de presentación.
- Definición conceptual(es) de la(s) variable(s) y dimensiones.
- Matriz de operacionalización de la(s) variable(s).
- Certificado de validez de contenido del(los) instrumento(s).

Expresándole mis sentimientos de respeto y consideración me despido de usted, no sin antes agradecerle la atención que dispense a la presente.

Atentamente,

José Guillermo Carpio Bazán
DNI N° 70339749

CARTA DE PRESENTACIÓN

Señor(a)(ita): **Ana Cecilia Alegría Trujillo.**

Presente

Asunto: VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS A TRAVÉS DE JUICIO DE EXPERTO.

Es grato comunicarme con usted para expresarle mis saludos y así mismo, hacer de su conocimiento que, en mi calidad de bachiller de la carrera profesional de Derecho de la Universidad Autónoma del Perú, **José Guillermo Carpio Bazán**, presento mi proyecto de tesis titulado: “**Delitos contra la administración pública en la modalidad de colusión en las contrataciones del Estado**”; cuyo desarrollo me permitirá optar el Título de Abogado.

En tal sentido, es imprescindible validar el(los) instrumento(s) con los cuales recogeré los datos pertinentes, para lo cual es necesario contar con la aprobación de especialistas y llevar a cabo la aplicación del(los) instrumento(s) en mención. Conocedor de su connotada experiencia en temas de investigación jurídica, se ha considerado conveniente recurrir a su persona. El expediente de validación que le hago llegar contiene:

- Carta de presentación.
- Definición conceptual(es) de la(s) variable(s) y dimensiones.
- Matriz de operacionalización de la(s) variable(s).
- Certificado de validez de contenido del(los) instrumento(s).

Expresándole mis sentimientos de respeto y consideración me despido de usted, no sin antes agradecerle la atención que dispense a la presente.

Atentamente,

José Guillermo Carpio Bazán
DNI N° 70339749

CARTA DE PRESENTACIÓN

Señor(a)(ita): **Jorge Pérez López.**

Presente

Asunto: VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS A TRAVÉS DE JUICIO DE EXPERTO.

Es grato comunicarme con usted para expresarle mis saludos y así mismo, hacer de su conocimiento que, en mi calidad de bachiller de la carrera profesional de Derecho de la Universidad Autónoma del Perú, **José Guillermo Carpio Bazán**, presento mi proyecto de tesis titulado: **“Delitos contra la administración pública en la modalidad de colusión en las contrataciones del Estado”**; cuyo desarrollo me permitirá optar el Título de Abogado.

En tal sentido, es imprescindible validar el(los) instrumentos(s) con los cuales recogeré los datos pertinentes, para lo cual es necesario contar con la aprobación de especialistas y llevar a cabo la aplicación del(los) instrumento(s) en mención. Conocedor de su connotada experiencia en temas de investigación jurídica, se ha considerado conveniente recurrir a su persona. El expediente de validación que le hago llegar contiene:

- Carta de presentación.
- Definición conceptual(es) de la(s) variable(s) y dimensiones.
- Matriz de operacionalización de la(s) variable(s).
- Certificado de validez de contenido del(los) instrumento(s).

Expresándole mis sentimientos de respeto y consideración me despido de usted, no sin antes agradecerle la atención que dispense a la presente.

Atentamente,

José Guillermo Carpio Bazán
DNI N° 70339749

DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE LA VARIABLE Y DIMENSIONES

❖ Variable 1: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Definición Conceptual:

Es un conjunto de conductas típicas, que tienen por finalidad proteger bienes jurídicos vinculados a la administración pública y gestión eficiente de recursos públicos, para su correcto y normal funcionamiento.

Dimensiones de la variable 1:

Dimensión 1: Funcionario o servidor público.

Persona que ocupa o ejerce un cargo público o realiza algunas funciones en alguna entidad del Estado.

Dimensión 2: Sujeto interesado (empresario).

Persona(s) que representa a una empresa dentro de un proceso de contratación pública.

❖ Variable 2: DELITO DE COLUSIÓN.

Definición Conceptual:

La colusión en la contratación pública es un tipo de acuerdo subrepticio que se presenta cuando dos o más proveedores del estado (sic), acuerdan elevar los precios, bajar la calidad de los bienes y servicios que se ofertan o repartirse mercados, en vez de competir para ganar un concurso público. Ávila, D (2016).

Dimensiones de la variable 2:

Dimensión 1: Simple.

Modalidad que consiste en realizar un acuerdo oculto con finalidad de defraudar al Estado.

Dimensión 2: Agravada.

Modalidad que consiste en; aparte de realizar un acuerdo para defraudar al Estado, este acuerdo llega a ocasionar un perjuicio público.

Matriz de Operacionalización de variable 1: Delitos contra la administración pública.

Variable	Dimensiones	Indicadores	Ítems o preguntas	Escala del Instrumento
1. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	1. Funcionario o servidor público.	1.1 Sujeto cualificado.	¿Es obligatorio que el funcionario o servidor público encargado de los procesos de contratación pública, sea un sujeto cualificado para dicho proceso?	1.SI 2.NO
		1.2 Es autor del delito.	Cualquier funcionario o servidor público, ¿puede ser autor del delito de colusión?	1.SI 2.NO
		1.3 Ostenta el deber especial.	La corrupción, ¿es consecuencia de la infracción del deber especial que ostenta el funcionario o servidor público antes que la falta de capacidad para desempeñar el cargo?	1.SI 2.NO
	2. Sujeto interesado (empresario).	2.1 Proveedor del Estado.	¿Puede un empresario proveedor del Estado, ser autor de un delito contra la administración pública?	1.SI 2.NO
		2.2 Es partícipe del delito.	El empresario, quien no tiene la cualidad de funcionario o servidor público pero concertó, ¿puede ser imputado con otro título que no sea el de partícipe?	1.SI 2.NO
		2.3 No tiene deber especial.	El empresario proveedor, quien no tiene un deber especial pero cometió un delito contra la Administración pública ¿puede ser imputación con las mismas reglas que se aplican a un funcionario o servidor público?	1.SI 2.NO

Fuente: Elaboración propia.

Matriz de Operacionalización de variable 2: Delito de colusión.

Variable	Dimensiones	Indicadores	Ítems o preguntas	Escala del Instrumento
2. DELITO DE COLUSIÓN.	Simple.	1.2 Concertación idónea.	En los procesos de contratación pública, ¿Es indispensable la concertación idónea antes que la simple concertación, para cometer el delito de colusión?	1.SI 2.NO
		1.3 Protege el obrar con pulcritud	El delito de colusión en su modalidad simple, ¿busca proteger el obrar con pulcritud del funcionario público antes que la imparcialidad, libre competencia y el trato justo e igualitario en los procesos de contratación pública?	1.SI 2.NO
		1.4 Requiere defraudación patrimonial.	¿Se requiere la defraudación patrimonial al Estado para cometerse el delito de colusión?	1.SI 2.NO
	Agravada.	2.2 Concertación.	¿Si la finalidad de la concertación efectuada entre funcionario público y el empresario no es jurídicamente posible, sigue configurando el delito de colusión?	1.SI 2.NO
		2.3 Protege la asignación de recursos públicos.	El delito de colusión en su modalidad agravada ¿busca proteger la asignación eficiente de los recursos públicos antes que el patrimonio del Estado?	1.SI 2.NO
		2.4 Requiere perjuicio patrimonial efectivo.	¿Se requiere el perjuicio patrimonial efectivo antes que la defraudación efectiva, para agravar la pena en el delito de colusión?	1.SI 2.NO

Fuente: Elaboración propia.

Observaciones (precisar si hay suficiencia):

Opinión de aplicabilidad: Aplicable () Aplicable después de corregir () No Aplicable ()

Apellidos y Nombres del juez validador: Dr/Mg/Abog:DNI:

Especialidad del validador:

Lima Sur, 02 de setiembre del 2019

Pertinencia: El ítem corresponde al concepto teórico formulado.

Relevancia: El ítem es apropiado para representar al oponente o específica del constructo.

Claridad: Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo.

Suficiencia: Los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión.

.....

Firma del Experto informante

Observaciones (precisar si hay suficiencia):

Opinión de aplicabilidad: Aplicable () Aplicable después de corregir () No Aplicable ()

Apellidos y Nombres del juez validador: Dr/Mg/Abog:DNI:

Especialidad del validador:

Lima Sur, 02 de setiembre del 2019

Pertinencia: El ítem corresponde al concepto teórico formulado.

Relevancia: El ítem es apropiado para representar al oponente o específica del constructo.

Claridad: Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo.

Suficiencia: Los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión.

.....

Firma del Experto informa

CUESTIONARIO SOBRE “DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA MODALIDAD DE COLUSIÓN EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO”.

Agradecemos su cooperación para responder este breve cuestionario, cual tiene como propósito obtener datos que me permitan analizar las normas jurídicas, doctrinas y teorías nacionales, sobre “**Delitos contra la administración pública en la modalidad de colusión en las contrataciones del Estado**”.

EL PRESENTE INSTRUMENTO ES TOTALMENTE ANÓNIMO.

I. ASPECTO GENERAL.

sexo

() Masculino () Femenino

Cargo Actual:

() Funcionario o servidor público.

() Empresario proveedor del Estado.

II. PREGUNTAS DEL CUESTIONARIO.

1. ¿Es obligatorio que el funcionario o servidor público encargado de los procesos de contratación pública, sea un sujeto cualificado para dicho proceso?
 - a) SI
 - b) NO

2. Cualquier funcionario o servidor público, ¿puede ser autor del delito de colusión?
 - a) SI
 - b) NO

3. La corrupción, ¿es consecuencia de la infracción del deber especial que ostenta el funcionario o servidor público antes que la falta de capacidad para desempeñar el cargo?
 - a) SI
 - b) NO

4. ¿Puede un empresario proveedor del Estado, ser autor de un delito contra la administración pública?
 - a) SI
 - b) NO

5. El empresario, quien no tiene la cualidad de funcionario o servidor público, pero concertó, ¿puede ser imputado con otro título que no sea el de partícipe?
 - a) SI
 - b) NO

6. El empresario proveedor, quien no tiene un deber especial, pero cometió un delito contra la Administración pública ¿puede ser imputación con las mismas reglas que se aplican a un funcionario o servidor público?
 - a) SI
 - b) NO

7. En los procesos de contratación pública, ¿Es indispensable la concertación idónea antes que la simple concertación, para cometer el delito de colusión?
 - a) SI
 - b) NO

8. El delito de colusión en su modalidad simple, ¿busca proteger el obrar con pulcritud del funcionario público antes que la imparcialidad, libre competencia y el trato justo e igualitario en los procesos de contratación pública?
 - a) SI
 - b) NO

9. ¿Se requiere la defraudación patrimonial al Estado para cometerse el delito de colusión?
 - a) SI
 - b) NO

10. ¿Si la finalidad de la concertación efectuada entre funcionario público y el empresario no es jurídicamente posible, sigue configurando el delito de colusión?
 - a) SI
 - b) NO

11. El delito de colusión en su modalidad agravada ¿busca proteger la asignación eficiente de los recursos públicos antes que el patrimonio del Estado?
 - a) SI
 - b) NO

12. ¿Se requiere el perjuicio patrimonial efectivo antes que la defraudación efectiva, para agravar la pena en el delito de colusión?
 - a) SI
 - b) NO